



UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

BRUNO KIEFER LELIS

**NEGÓCIOS PROCESSUAIS E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA: a
(in)suficiência do art. 190 do CPC/2015 às convenções pela Fazenda Pública**

RECIFE

2020

BRUNO KIEFER LELIS

**NEGÓCIOS PROCESSUAIS E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA: a
(in)suficiência do art. 190 do CPC/2015 às convenções pela Fazenda Pública**

Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco como requisito parcial a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Lucio Grassi de Gouveia

Coorientador: Prof. Dr. Mateus Costa Pereira

RECIFE

2020

BRUNO KIEFER LELIS

**NEGÓCIOS PROCESSUAIS E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA: a
(in)suficiência do art. 190 do CPC/2015 às convenções pela Fazenda Pública**

Dissertação submetida a Comissão Examinadora abaixo designada, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, por intermédio do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (Área de Concentração: Direito, Processo e Cidadania / Linha de Pesquisa: Processo, Hermenêutica e Efetividade dos Direitos).

Defesa Pública: Recife, ___ / ___ / ____.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Lucio Grassi de Gouveia
Orientador – Presidente (UNICAP)

Prof. Dr. Mateus Costa Pereira
Coorientador (UNICAP)

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira
Examinador Interno (UNICAP)

Prof. Dr. José Mário Wanderley Gomes Neto
Examinador Interno (UNICAP)

Prof. Dr. Breno Duarte Ribeiro de Oliveira
Examinador Externo (FICR)

À minha querida mãe, Leonor Cristina Kiefer de Oliveira, por todo amor, carinho e dedicação. Mãe, és uma guerreira que há de vencer mais uma batalha. Te amo.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer aos meus pais, Ronaldo e Cristina, por todo o amor e suporte que me deram desde a tenra infância até o presente momento, em que concluo mais uma importante etapa de vida.

Agradeço também às minhas irmãs, Patrícia e Fernanda, por sempre me apoiarem e acreditarem que eu seria capaz de concluir o mestrado, apesar de todas as dificuldades que ocorreram no caminho.

Igualmente, não poderia deixar de agradecer à minha noiva Evelyn pelo incentivo e compreensão durante todo o período do mestrado, principalmente nessa reta final da dissertação, onde começamos a morar juntos. Obrigado, amor!

Agradeço, ainda, ao meu orientador, Prof. Dr. Lucio Grassi, pelo apoio e confiança em mim depositados, onde nunca me cobrou ou pressionou para entrega da dissertação, nem mesmo impôs seus pensamentos ou pontos de vista.

Agradeço com entusiasmo ao meu amigo pessoal e coorientador, Prof. Dr. Mateus Costa Pereira, pelas valorosas orientações, sejam elas nos diversos e frutíferos almoços ou mesmo pelo telefone. A paciência com a leitura e com as correções, o direcionamento, as dicas bibliográficas – cedendo o próprio livro “Introdução ao Direito Processual: a doutrina garantista do processo brasileiro”, no prelo –, as questões metodológicas, entre tantas outras específicas, foram substanciais e deveras importante na elaboração dessa dissertação. Valeu, *brother*!

Registro, ainda, meu mais sincero agradecimento ao Prof. Dr. Alexandre Pimentel, o qual estive como meu orientador durante parcela do tempo em que estive vinculado à instituição e que, por um tropeço meu, precisou se desvincular desse posto. Muito obrigado, professor! Vivendo e aprendendo...

Agradeço também a todos os professores que tive durante o período do mestrado, em especial os professores Joao Paulo Allain, Virginia Colares, Hélio Ourem, Sergio Torres e José Mário, os quais me ajudaram a ampliar o conhecimento, papel fundamental do docente.

Não poderia deixar de agradecer, ainda, a todos os colegas de turma que tive durante esse tempo, sejam eles da 14ª turma do Mestrado ou mesmo do doutorado, sem os quais a caminhada certamente não teria sido tão gostosa e frutífera, em especial a João

Paulo (doutorado), Ricardo, Pablo, Alexandre, Fred, Delmiro, Renata, Marynna, Marcelle, Kamilla, Cris, Caio, João, Simone, Maria Ivanúcia (doutorado) e Izabele.

Agradeço também a todos os meus colegas da Procuradoria Geral do Município de Maceió (PGM – Maceió), os quais me ajudaram e incentivaram a entrar e concluir o mestrado, entre os quais Plínio, Victor, Tássia, Daniel, Guilherme, Luiz Paulo, Antônio, Laila, Carol, Arthur, Márcio. Ao Gustavo, o agradecimento é redobrado, já que me “salvou” em diversos momentos na Procuradoria Urbanística e Ambiental. Valeu, cara!

Meu muito obrigado a todos os meus amigos e familiares de Belo Horizonte e Recife que me apoiaram nessa caminhada, os quais não serão individualizados sob pena de esquecimento pontual. Valeu, pessoal!

Por fim, agradeço aos professores que aceitaram participar da banca de defesa pública, os quais muito me honram com a sua presença. Portanto, agradeço aos Prof. Drs. Sérgio Torres Teixeira, José Mário Wanderley e Breno Duarte.

Muito obrigado a todos!

RESUMO

A cláusula geral de negociação processual consubstancia permissivo jurídico suficiente para regular a negociabilidade das prerrogativas processuais da Fazenda Pública em juízo, mormente em se tratando de seu atual perfil administrativo consensual? Com objetivo de responder essa questão, discute-se a evolução do perfil da Administração Pública, através de uma análise crítica às chamadas “pedras de toque do regime jurídico administrativo” – supremacia e indisponibilidade do interesse público – bem como avalia-se o novo modelo processual advindo da promulgação do Código de Processo Civil de 2015 e suas repercussões na atuação da Fazenda Pública em juízo. Na mesma medida, destrincha-se a tipologia dos negócios jurídicos processuais no panorama da teoria do fato jurídico, avançando para uma análise geral do instituto junto ao CPC/2015 e fechando com sua abordagem específica quando utilizada pela Fazenda Pública para fins de negociar suas prerrogativas processuais. Quanto a metodologia, faz-se uma abordagem dogmática analítica e normativa, através de revisão de literatura e das normas que compõem tanto a área do Direito Processual Civil, como da Teoria Geral do Direito e, obviamente, do Direito Administrativo. Ao fim, conclui-se que a cláusula geral de negociação processual é suficiente para regular a negociabilidade das prerrogativas processuais da Fazenda Pública em juízo, onde a eventual regulação pelos entes serviria apenas como medida recomendável, mas não essencial para que o instrumento seja firmado.

Palavras-chave: Fazenda Pública. Negócios Jurídicos Processuais. Consensualidade administrativa. Cláusula geral de negociação processual. Prerrogativas processuais.

ABSTRACT

Does the general clause of procedural negotiation constitute sufficient legal permissiveness to regulate the negotiability of the Public Administration procedural prerogatives in court, especially in the case of its current consensual administrative profile? In order to answer this question, the evolution of the Public Administration profile is discussed, through a critical analysis of the called “column of the administrative legal regime” - supremacy and unavailability of the public interest - as well as the new model is evaluated procedural arising from the promulgation of the 2015 Code of Civil Procedure and its repercussions on the performance of the Public Administration in court. In the same measure, the typology of procedural juridical businesses is distinguished in the panorama of the theory of legal fact, advancing to a general analysis of the institute with CPC/2015 and closing with its specific approach when used by the Public Administration for the purpose of negotiating its prerogatives procedural. As for the methodology, an analytical and normative dogmatic approach we made, through a literature review and the norms that make up both the area of Civil Procedural Law, as well as General Law Theory and, obviously, Administrative Law. At the end, it is concluded that the general clause of procedural negotiation is sufficient to regulate the negotiability of the procedural prerogatives of the Public Administration in court, where the eventual regulation by the entities would serve only as a recommended measure, but not essential for the instrument to be signed.

Keywords: Public Administration. Contracts of procedure. Administrative consensuality. General clause of procedural negotiation. Prerogative processes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. DA ATUAÇÃO IMPERATIVA À ATUAÇÃO CONSENSUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	15
1.1 Introito	15
1.2. Atuação administrativa imperativa: as prerrogativas públicas como tradução do poder administrativo	15
1.3. O que se entende por interesse público?.....	22
1.4. As “pedras de toque do regime jurídico administrativo”: uma (não tão) nova compreensão	28
1.4.1 Do pensamento tradicional ao pós-positivismo: a Constituição Federal de 1988 como quebra de paradigma.....	28
1.4.2. Supremacia do interesse público sobre o privado?.....	32
1.4.3. (In)disponibilidade do interesse público	36
1.5. Atuação administrativa consensual: a Administração Pública dialógica	44
2. O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ENTRE O PUBLICISMO E O PRIVATISMO	52
2.1. Breve esboço histórico das ideologias processuais	52
2.2 A Constituição Federal de 1988 como contraponto ao maniqueísmo ideológico processual	58
2.3 O princípio da cooperação como norma fundamental do processo civil.....	64
2.4. O contraponto do modelo garantista de processo.....	69
2.5. Os dogmas da irrelevância da vontade e do interesse público no processo	72
2.6. O princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil	76
3. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E PODER PÚBLICO	82
3.1 Considerações preambulares	82
3.2. Dos negócios jurídicos processuais no panorama da teoria do fato jurídico.....	82
3.3. Negócios jurídicos processuais: conceito, classificação, planos e limites gerais....	87

3.4. Negócios jurídicos processuais envolvendo a Fazenda Pública.....	103
CONSIDERAÇÕES FINAIS	119
REFERÊNCIAS	122

INTRODUÇÃO

Em seus pouco mais de cinco séculos de “descobrimento”, o Brasil jamais vivera em período tão extenso de efetiva democracia como o atual. A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo um espírito essencialmente republicano e democrata, disciplinando analiticamente aspectos das mais diversas classes e entidades existentes à época e estabelecendo um conjunto amplo de direitos e garantias fundamentais nunca antes previsto no país. Seus fundamentos e objetivos passaram a irradiar valores perante todo o ordenamento jurídico, seja nas normas pré-existentes ou naquelas que ainda estavam a porvir.

Igualmente, em seu corpo houve a previsão de diversas normas de cunho processual e administrativo, estabelecendo o que se denominou processo civil constitucional e direito administrativo constitucional, a exemplo do art. 5º, inciso LIV (devido processo legal) e da cabeça do art. 37 (princípios gerais da Administração Pública), respectivamente.

A inclusão da eficiência no rol dos princípios gerais da Administração Pública (Emenda Constitucional nº 19/1998) promove uma transformação no Direito Administrativo através de uma mudança metodológica nos planos teórico e prático, onde o mesmo paulatinamente assume uma postura instrumental no desenvolvimento do Estado. Como consequência, a doutrina nacional passa a rever seus institutos, antes consagrados e tidos como verdadeiros dogmas durante muitas décadas, objetivando readequá-los frente às necessidades sociais contemporâneas.

Nesse jaez, as chamadas “pedras de toque do regime jurídico administrativo” – princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público –, corolário de uma atuação administrativa classicamente imperativa (calcada no uso obrigatório das prerrogativas públicas como tradução do poder administrativo), passam por uma releitura contemporânea frente aos princípios e valores constitucionais atualmente previstos, os quais, como visto, guardam uma essência eminentemente democrática, plural.

Se outrora havia uma conformação de ideias, sentimentos e valores, os quais foram traduzidos na Carta Republicana de 1988, a multifacetada sociedade contemporânea do século XXI, traduzida naquilo que Zygmunt Bauman denominou “modernidade líquida”, não permite mais uma simplória leitura binária

(proibido/permitido) do Direito Administrativo (bem como dos outros ramos do direito), de maneira que a participação do administrado quando da tomada de decisão pela Administração Pública passe a ser cada vez mais constante, o que ocasionou a aprovação de um conjunto de normas jurídicas nas últimas décadas que promovem e estimulam a consensualidade. Em igual medida, houve uma ascensão do espírito consensual entre os próprios entes públicos e entre estes e entidades do terceiro setor.

Essa conjunção entre sociedade heterogênea, normas jurídicas aprovadas, Estado Democrático de Direito, pós-positivismo e multiplicidade de interesses constitucionalmente assegurados aos poucos foi se solidificando numa postura administrativa atualmente denominada dialógica, a qual admite o manuseio de prerrogativas públicas (outrora estanques) a fim de otimizar a atuação do ente público na busca do atingimento dos objetivos constitucionalmente assegurados.

No que tange ao Direito Processual Civil, a chamada Constituição Cidadã também se mostrou como verdadeiro paradigma, eis que é tida como contraponto às correntes doutrinárias anteriormente maniqueístas, onde o processo foi caracterizado como dispositivo (privatismo processual) ou inquisitivo (publicismo processual), caso este do Código de Processo Civil de 1973 (doutrina majoritária).

Em que pese o Direito Processual Civil tenha ganhado autonomia científica no fim do século XIX, através da doutrina do alemão Oskar von Bullow, sua característica marcadamente pública – num contraste ao direito privado no qual esteve há séculos vinculado – perdurou intacta até o fim do século passado, onde, no Brasil, a CF/1988 passou não só a mitigar essa divisão, mas também trouxe uma verdadeira reaproximação entre o direito e outros ramos do conhecimento científico, a exemplo da filosofia e da política.

Essa reavaliação do fenômeno processual foi sentida não só no Brasil, mas nos demais países pertencentes à *civil law*, nomeadamente em Portugal, Itália, Alemanha e França.

Fruto dessa inédita forma de enxergar o processo, o novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105/2015) traz em seu bojo princípios e diretrizes com forte apelo liberal e consensual, entre os quais os princípios do respeito ao autorregramento da vontade no processo e da cooperação.

Síntese entre as transformações jurídico-sociais sofridas nas últimas décadas, a oxigenação promovida pela rediscussão do tema na doutrina estrangeira e os princípios supracitados que influenciaram sobremaneira o novo código, os negócios jurídicos

processuais passam de instituto relegado aos primórdios da cientificidade do Direito Processual à um dos principais temas do processo civil contemporâneo, o que provocou uma corrida doutrinária interessante a sua volta com direito a releituras de normas processuais revogadas (como o CPC/1973), as quais passaram a ser tidas com cariz negocial.

Nesses moldes, o CPC/2015 passou a prever diversas hipóteses de negócios jurídicos processuais típicos – muitos dos quais já previstos no código por ele revogado, mas que ganharam especial colorido com a rediscussão da temática. Todavia, foi na instituição de uma cláusula geral de negociação processual que o novo código quebrou vetustos paradigmas, situação que ensejou grande polêmica e atenção por parte da doutrina pátria e de todos aqueles que lidam com a matéria processual, regulamentando a hipótese de negócios processuais atípicos.

Prevista no art. 190 do CPC/2015, a referida cláusula estipula que as partes poderão efetuar mudanças no procedimento para ajustá-lo às particularidades da demanda, autorizando-os a convencionarem sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Entretanto, no início da cabeça do artigo, o dispositivo estabelece que essas convenções poderão ser firmadas em processos sobre “direitos que admitam autocomposição”.

Logo, a possibilidade de a Fazenda Pública se utilizar dessa interessante ferramenta processual passou a ser objeto de indagações e estudos variados, sobretudo em razão de o regime jurídico administrativo (o qual igualmente abrange o perfil processual da Administração Pública em juízo) estar há muito calcado em princípios que alcançaram patamar de dogmas do direito público, as chamadas “pedras de toque do regime jurídico administrativo”, mencionadas em linhas volvidas.

Nesse contexto, a presente dissertação se apresenta como estudo científico direcionado a responder a seguinte indagação: a cláusula geral de negociação processual, prevista no art. 190 do CPC/15 e reflexo de um novo modelo processual, consubstancia permissivo jurídico suficiente para regular a negociabilidade das prerrogativas processuais da Fazenda Pública em juízo, mormente em se tratando de seu atual perfil administrativo consensual?

Para responder essa questão, o estudo se propõe avaliar os fundamentos principiológicos e os limites jurídicos estabelecidos pelo ordenamento ao instituto do negócio jurídico processual enquanto espécie de representação da faceta dialógica da Administração Pública no processo civil contemporâneo.

Deve-se ressaltar, entretanto, que a dissertação possui como foco de estudo um específico tipo de negócio jurídico processual bilateral (ou plurilateral) pelo Poder Público, as chamadas convenções processuais, de maneira que a abordagem dos contratos processuais e mesmo de negócios unilaterais será feita apenas quando se fizer necessário à exposição ou para complementá-la.

Para que isso seja possível, a proposta é realizar uma abordagem dogmática analítica e normativa, através de revisão de literatura e das normas que compõem tanto a área do Direito Processual Civil, como da Teoria Geral do Direito e, obviamente, do Direito Administrativo. A análise e menção de decisões judiciais é feita esporadicamente, não tendo sido realizado exame minucioso da jurisprudência pátria, ante o reduzido lapso temporal de vigência do CPC/2015.

As questões tratadas no presente estudo são de suma importância para conformar os limites e as condições para que as convenções processuais com a Fazenda Pública sejam firmadas com a segurança jurídica necessária, as quais servem como ferramenta de gestão processual para atingimento dos fins previstos pelo ordenamento. Entre esses mencionados fins, encontram-se a redução de custos e a duração razoável do processo, através de uma atuação estatal mais eficiente e consentânea com as necessidades contemporâneas, onde o número de demandas judiciais no qual a Fazenda Pública esteja em um dos lados da contenda (divulgados através dos estudos feitos pelo Conselho Nacional de Justiça, a exemplo do “Justiça em Números”) é preocupante.

No que se refere à hipótese, acredita-se que, em que pese o ordenamento atualmente já ofereça todos os elementos jurídicos necessários à pactuação de convenções processuais por parte da Fazenda Pública, eis que seu perfil dialógico se encontra muito bem fundamentado normativa e doutrinariamente, a aprovação de normas jurídicas próprias por parte de cada ente público servirá de balizas de suma importância para fins de controle de atuação da Administração Pública, bem como para guardar a isonomia de tratamento entre os que convencionam com a mesma.

Para atingimento do escopo propugnado e com vistas a tentar comprovar a hipótese acima delineada que lastreia a presente dissertação, a mesma foi dividida em três Capítulos.

No primeiro Capítulo, o enfoque volve-se ao descortinamento da evolução da atuação administrativa, a qual surge com característica eminentemente imperativa e autoritária (*puissance publique*) – onde o uso das prerrogativas públicas mostrava-se essencial ao chamado regime jurídico administrativo – e paulatinamente vai se

modificando com as transformações jurídico-sociais para se configurar como uma atuação consensual, denominada pela doutrina pátria como Administração Pública dialógica. Para isso, além de constatar que as prerrogativas públicas devem ser vistas como instrumentos a fim de se atingir o chamado interesse público, o conteúdo desse mesmo interesse passa (mormente após a promulgação da CF/88) a ser qualificado como algo extremamente fluido, plástico, volúvel, sobretudo na sociedade multifacetada em que vivemos.

Nesse sentido, o significado e mesmo a existência das chamadas “pedras de toque do regime jurídico administrativo” – princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público –, nas quais o interesse público está contido, passam a ser conseqüentemente questionadas pela doutrina pátria. Decorrencia desse questionamento e de características vinculadas à democracia material, ao pós-positivismo e ao conjunto de normas jurídicas aprovadas pelo Parlamento, a faceta dialógica da Administração Pública passa a ser tida como a forma contemporânea de apresentação um Estado consensual, onde o uso de certas prerrogativas públicas mostra-se estratégico e discricionário.

No segundo Capítulo, a dissertação aborda a transformação histórica do Direito Processual Civil no Brasil e nos países europeus vinculados à *civil law*, demonstrando que sua ideologia alternou durante séculos entre o publicismo (processo de índole inquisitiva) e o privatismo (processo de índole dispositiva), num maniqueísmo míope, alcançando autonomia científica (desvinculando-se da figura de apêndice do direito material) no fim do século XIX, através das ideias de Oskar von Bullow, que o classificou rigidamente como ramo do direito público.

Apesar de os Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973 igualmente guardarem essas características publicistas/inquisitivas – propagadas por aqui por Chiovenda e Liebman, respectivamente –, a Constituição Federal de 1988 surge como um contraponto a essa dualidade rasa de outrora, oxigenando o debate não só com dispositivos processuais em seu corpo, mas com a irradiação de valores plurais e democráticos. Sob o influxo da doutrina europeia das últimas décadas, dos valores constitucionais supramencionados e da ineficiência de seus dispositivos vigentes, o processo civil aos poucos se reaproxima de institutos jurídicos classicamente tidos como de direito privado. O CPC/2015 vem, pois, coroar essa reaproximação, estabelecendo, entre outros, os princípios da cooperação e do respeito ao autorregramento da vontade

como notório contraste aos dogmas do interesse público no processo e da irrelevância da vontade.

Realizada a construção dogmática acerca da hodierna faceta dialógica da Administração Pública, bem como dos princípios e valores processuais concebidos pela doutrina e insculpidos no CPC/2015, o terceiro Capítulo aborda o instituto dos negócios jurídicos processuais e sua utilização pela Fazenda Pública, a fim de observar se a hipótese é efetivamente validada, ou seja, se a conjunção entre um novo modelo processual, o respeito ao autorregramento da vontade, a cláusula geral de negociação processual e a postura consensual da Administração Pública são juridicamente suficientes para regular com segurança os negócios jurídicos processuais firmados pela Fazenda Pública.

Para tanto, explorar-se-á os negócios jurídicos processuais no panorama da teoria do fato jurídico, abordando sua tipologia, conceito, classificação, cláusula geral de negociação processual, limites gerais e, por fim, os limites específicos à sua utilização pela Fazenda Pública, oportunidade em que o foco se volta à negociação de suas prerrogativas processuais (através das convenções) e à análise dos fundamentos jurídicos que a estabelecem.

O objetivo do presente estudo consiste, pois, em contribuir para a discussão de um tema construído à luz de uma indissociável e íntima relação entre as áreas do Direito Administrativo e do Direito Processual Civil, estabelecendo parâmetros e diretrizes de aplicação da cláusula geral de negociação processual à Fazenda Pública em juízo.

1. DA ATUAÇÃO IMPERATIVA À ATUAÇÃO CONSENSUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1 Introito

Compreender a maneira adequada de atuação da Administração Pública hodiernamente é tarefa árdua, exigindo de todos aqueles que com ela dialogam uma compreensão ampla e crítica frente aos desafios sociais contemporâneos. Se outrora as questões que a envolviam exigiam uma postura estática, inflexível e centralizadora por parte dos administradores públicos, a complexidade das relações atuais foi deveras multiplicada, fruto de uma sociedade multifacetada e fragmentada, requerendo uma atuação administrativa mais dinâmica, descentralizada e flexível.

Nesse sentido, o presente capítulo mostra-se assaz importante eis que delineará a forma e as características tradicionais do chamado regime jurídico administrativo, o qual utiliza-se de uma estrutura de atuação focada na imperatividade, passando por uma avaliação crítica de seus fundamentos, até desaguar na sua compreensão mais contemporânea, ajustada aos anseios sociais vividos nesse momento, a qual tende a ser pautada numa atuação administrativa mais dialógica, consensual, e menos unilateral, impositiva.

Para tanto, torna-se indispensável a exploração das principais escolas que deram origem ao direito administrativo, bem como a revisão crítica dos princípios que concedem sustentáculo à estrutura conhecida por esse ramo do direito, as chamadas “pedras de toque do direito administrativo”. Ao fim, avaliar-se-á a real necessidade de alteração da compreensão de suas características, a fim de conformar o regime jurídico administrativo às necessidades sociais anteriormente inexistentes e atualmente exigidas.

1.2. Atuação administrativa imperativa: as prerrogativas públicas como tradução do poder administrativo

Detentor da soberania necessária à consecução de seus fins, o Estado encontra na figura da Administração Pública uma parcela do poder político denominada poder

administrativo, o qual possui características e elementos tidos pela tradicional doutrina administrativista como fundamentais à ordenação da vida em sociedade.¹

Através do poder administrativo, a Administração Pública cumpre seu papel de exercer a chamada função administrativa, em que o uso de prerrogativas públicas a coloca em posição de certa superioridade e privilégio frente aos particulares, uma vez que fora alçada à categoria de guardião do chamado interesse público². São exemplos de prerrogativas públicas: a autoexecutoriedade dos atos administrativos; o poder de polícia; o poder de expropriação de bens; o poder disciplinar; o poder de modificação e rescisão unilateral dos contratos administrativos; a presunção de juridicidade dos atos administrativos, entre outros.³

Numa espécie de contraponto acerca da mencionada função administrativa, é bem verdade que existem administrativistas que perfilham uma linha de pensamento desfocado das questões relacionadas aos poderes administrativos, afirmando que os deveres administrativos é que deveriam ser exaltados, haja vista que o direito administrativo seria mera decorrência do Estado de Direito, no qual a Administração Pública (detentora de parcela do poder político) limitar-se-ia ao que preconiza a lei.⁴

Todavia, em que pese detenha alguma parcela de razão, trata-se de uma forma um tanto quanto romantizada de enxergar os fenômenos jurídicos administrativos tais como eles efetivamente são. Na prática, ainda que os procedimentos ou as regras estejam efetivamente previstos em lei (legalidade como fundamento da ação estatal), há farta doutrina administrativista que também ampara o agir da Administração Pública, muitas delas pinçadas isoladamente num oceano de normas, as quais não guardam correlação num todo sistematizado.

Igualmente, a multiplicidade de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios jurídicos também fazem com que essa suposta previsibilidade e segurança jurídica sejam com razão contestadas.

¹ PALMA, Juliana Benacorsi de. **Sansão e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 36 *et seq.*

² O conceito de *interesse público* será minuciosamente explorado e criticado no próximo item do capítulo.

³ PALMA, Juliana Benacorsi de. *Op. cit.*, p. 38.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 43 *et seq.*

Pois bem. A construção teórica acerca dos poderes administrativos e de suas prerrogativas públicas teve como origem o direito administrativo francês, mais precisamente a Escola da *Puissance Publique*, encontrando nas obras e escritos de Maurice Hauriou seu principal expoente.

A *puissance publique* defendida por Hauriou pode ser sintetizada da seguinte forma:

- (i) O regime administrativo resulta do movimento de centralização administrativa, cuja principal faceta – a centralização administrativa do poder de coação – dá origem à *puissance publique*.
- (ii) O interesse geral, titularizado pelo Estado e apartado do interesse privado, consiste no fundamento legitimador da centralização administrativa do poder de coação e, dessa forma, da *puissance publique*.
- (iii) A *puissance publique* é o elemento central do regime administrativo e, conseqüentemente, do direito administrativo, que se atrela diretamente ao regime administrativo.
- (iv) A *puissance publique* consiste no poder detido pela Administração Central de constituir os administrados unilateralmente em obrigações e de impor servidões excepcionais à propriedade privada com a finalidade de satisfazer o interesse geral, por viabilizar a gestão dos serviços públicos e garantir a ordem pública.
- (v) São características da *puissance publique* a exorbitância, a instrumentalidade e a inafastabilidade.
- (vi) Para a tutela do interesse geral, a Administração Central detém direitos de *puissance publique* e direitos de natureza privada.⁵

Desenvolvida em pleno século XIX com o objetivo de conformação da figura do Estado Moderno (pós-Revolução Francesa), a *puissance publique* se preocupou com a concentração e instrumentalização de um poder então disperso, mas, ao mesmo tempo, com a garantia dos cidadãos contra os abusos de poder perpetrados pelo Poder Público.

Apesar de o binômio autoridade/liberdade ser um dos temas centrais do direito administrativo (aí inclusos aqueles doutrinadores que se baseiam na *puissance publique*)⁶, naquela escola os poderes exorbitantes e instrumentais da Administração Pública parecem se mostrar com mais ênfase e frequência do que as garantias que propugna.⁷ Essa índole autoritária é facilmente verificada nas características acima

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 50

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 37 *et seq.*

⁷ PALMA, Juliana Benacorsi de. *Op. cit.*, p. 52 *et seq.*

descritas, as quais também são observadas na doutrina administrativista pátria⁸, bem como nos demais países da *civil law*.⁹

É na conjugação entre a exorbitância e instrumentalidade das prerrogativas públicas que se verifica a fundamentação principal do regime jurídico administrativo brasileiro. Na teoria geral das prerrogativas públicas, apresentada pela doutrina nacional,

a exorbitância das prerrogativas públicas indica a imbricação entre elas e o regime administrativo, de forma que somente o ente público dispõe das mesmas em detrimento dos particulares quando do exercício da função administrativa. A nota da instrumentalidade, por sua vez, remete à funcionalidade das prerrogativas, especialmente no que tange à tutela do interesse público. Como consequência, a exorbitância assinala a verticalidade das relações administrativas, colocando em evidência a autoridade; enquanto a instrumentalidade cumpre o papel de legitimar a existência das prerrogativas públicas no Estado Democrático de Direito.¹⁰

Alicerçada ainda na necessidade de autonomia científica frente ao direito privado pré-existente, a construção da ideia de exorbitância das prerrogativas públicas levou em conta a guarda do interesse coletivo ou geral, do bem comum – posteriormente identificado como o conceito jurídico indeterminado interesse público – pelo Poder Público, indicando certas peculiaridades dos institutos, regras, princípios e finalidades do direito público em prevalência aos interesses particulares, individuais.¹¹

Logo, parece claro que a noção de exorbitância das prerrogativas públicas alcança grande utilidade prática, visto que “(i) serve de fator de desequilíbrio das relações administrativas (verticalidade) e, assim, (ii) viabiliza a imposição da decisão administrativa, determinando, inclusive, obrigações aos administrados”.¹² Desse modo, poder-se-ia dizer que essa característica, incorporada no direito administrativo brasileiro por meio das obras de Pimenta Bueno e Themístocles Brandão Cavalcanti no início do

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. *In*: Alexandre Santos Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto (Coords.), **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 67. A título de exemplo: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**, 22^a ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 256; CRETELLA JR., José. **Curso de Direito Administrativo**. 18^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 32.

⁹ PALMA, Juliana Benacorsi de. *Op. cit.*, p. 52.

¹⁰ *Ibid.*, p. 53.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

século XX,¹³ é a principal razão e fundamento da ideia de uma supremacia do interesse público sobre o privado.¹⁴

O verbo supracitado “servir” também vem à tona – e é utilizado com ainda mais ênfase – quando se fala da instrumentalidade das prerrogativas públicas, eis que estas detêm funcionalidades características para consecução e tutela do chamado interesse público, sendo verdadeiro fator de legitimação da atuação administrativa.¹⁵ É, assim, sistematizada por Juliana Benacorsi em três classes:

(i) As prerrogativas públicas existem para satisfação do dever de tutela do *interesse público*.

(ii) As prerrogativas públicas afirmam a posição de *supremacia* do interesse público sobre o privado, incorrendo na própria afirmação da supremacia da Administração na relação jurídico-administrativa.

(iii) Para melhor consecução dos seus fins (eficiência) o ordenamento jurídico confere à Administração Pública prerrogativas públicas.¹⁶

Esses chamados fatores de legitimação das prerrogativas públicas conferem à Administração Pública uma singularidade de atuação que é muito explorada pela doutrina pátria, encontrando nos itens (i) e (ii) supracitados a perfeita consonância com o que Celso Antônio Bandeira de Mello chama de “pedras de toque do regime jurídico administrativo”, as quais ainda serão exploradas e criticadas no presente estudo.

No que se refere ao item (iii), é preciso destacar que a instrumentalidade-eficiência das prerrogativas públicas facilita e agiliza as complexas decisões que a Administração Pública precisa ordinariamente tomar, viabilizando e otimizando o atingimento das finalidades públicas através de uma atuação eficaz e econômica. Acaso necessitasse de anuência do(s) particular(es) para cada definição administrativa, dificilmente a Administração Pública atingiria todos os fins colimados pelo ordenamento jurídico.¹⁷

Seja pela característica da exorbitância ou da instrumentalidade, a atuação administrativa autoritária é uma constante quase que inabalável quando se trata dos

¹³ PALMA, Juliana Benacorsi de. **Sansão e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 166.

¹⁴ *Ibid.*, p. 55.

¹⁵ *Ibid.*, p. 56.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*, p. 69 *et seq.*

poderes administrativos e, conseqüentemente, do regime jurídico administrativo, no qual seus elementos estruturantes prerrogativa imperativa e ato administrativo mostram-se como fundamentais para a verdadeira compreensão dessa atuação.¹⁸

Quanto à prerrogativa imperativa (também chamada de “potestade de mando” ou “potestade executiva”), trata-se de elemento que traduz a unilateralidade dos provimentos administrativos, o que legitimaria a Administração Pública impor o conteúdo de sua decisão ao administrado, eis que presente uma relação de sujeição especial entre os sujeitos emissor e receptor.¹⁹

A prerrogativa imperativa serviria (instrumentalidade), pois, para fins de consolidação da ideia de uma supremacia do interesse público, o qual está sob a tutela da Administração.²⁰ Frise-se apenas que, apesar da possibilidade de imposição da decisão administrativa ao administrado, não se está aqui individualizando as relações. Pelo contrário. Característica marcante dessa prerrogativa imperativa é a generalidade, fundamentando genérica e autonomamente as atividades administrativas, modelando, assim, sua atuação autoritária.²¹

O segundo elemento estruturante da atuação autoritária da Administração Pública é o ato administrativo, espécie de provimento que representa não só o mecanismo primeiro de sua atuação, mas a síntese dos institutos do direito administrativo e, ao lado dos contratos administrativos, o momento de contato entre a Administração e os administrados, através de suas liberdades públicas.²²

Também fruto dos pensamentos de Hauriou e da influência europeia-continental, o ato administrativo como tradução da atuação estatal primária possui a unilateralidade e a imperatividade como pressupostos, fazendo com que suas decisões dispensem, via de regra, a participação do(s) sujeito(s) passivo(s), sendo considerada uma atuação administrativa instantânea ou *one shot*.²³

¹⁸ PALMA, Juliana Benacorsi de. **Sansão e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 70 *et seq.*

¹⁹ *Ibid.*, p. 72.

²⁰ *Ibid.*, p. 77.

²¹ *Ibid.*, p. 77 *et seq.*

²² *Ibid.*, p. 80 *et seq.*

²³ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2003, p. 302.

Em que pese a doutrina pátria defenda esse tradicional tipo de atuação, argumentando que a Administração possui diversos deveres administrativos – como a observância do princípio da legalidade, o que garantiria a possibilidade de revisão jurisdicional dos atos emanados – isso não retira a característica de uma atuação estática e com viés autoritário.²⁴

Nesses moldes, a atuação administrativa imperativa encontra na figura do ato administrativo sua mais clara concretização, eis que através dele a Administração se comunica interna (entre agentes e órgãos) e externamente (entre ela e os administrados), impondo sua vontade supostamente prevista na regra de competência.

Entretanto, será que esse pensamento se coaduna com o ordenamento jurídico contemporâneo sem qualquer tipo de crítica ou adaptação?

Reconhecer o ato administrativo como o único momento de contato da Administração com o administrado significa afastar a participação deste no processo de formulação da decisão administrativa, limitando o administrado à mera figura de receptor da decisão administrativa já delineada unilateralmente pela Administração. Embora o ato administrativo não determine a unilateralidade – a qual, conforme exposto, decorreria da prerrogativa imperativa –, a concepção por detrás do ato administrativo que o compreende como o instante de contato entre a Administração e o administrado afirma o viés autoritário de que o ato administrativo pode ser revestir.²⁵

Seja em se tratando do elemento ato administrativo ou mesmo da exorbitância e instrumentalidade das prerrogativas públicas – aí inclusa a prerrogativa imperativa –, as ideias majoritárias que corroboram e fundamentam o regime jurídico administrativo no Brasil ainda se encontram vinculadas a concepções políticas e filosóficas de um período longínquo (início do século XX),²⁶ engessando a atuação da Administração Pública na busca e tutela do chamado interesse público frente às necessidades fluidas e complexas exigidas pela chamada modernidade líquida.²⁷

Por se tratar de temática intrinsecamente ligada a isso, torna-se necessário avaliar criticamente qual o conceito contemporâneo de interesse público, já que se trata de um dos objetivos permanentemente buscados pela Administração Pública – sua primordial guardiã –, o que se fará no próximo item do presente estudo.

²⁴ DE PAULA, Juliana Bonacorsi. *Op. cit.*, p. 84-86.

²⁵ *Ibid.*, p. 86.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 67

²⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, 280p.

1.3. O que se entende por interesse público?

Tema que está permeado de significâncias e significados, conceituar interesse público nunca fora uma empreitada simples, eis que definir é, de certo modo, limitar um sentido, alcance, o que, invariavelmente, será objeto de críticas, ora pelo excesso de elementos considerados, ora pela incompletude dos mesmos.

À presente dissertação, essa abordagem jurídica mostra-se essencial para compreensão do tema, mormente quando a figura do Poder Público se apresenta como uma das partes interessadas na negociação processual. Afinal, a negociação de ônus, deveres ou faculdades processuais por parte do Poder Público seria o mesmo que negociar o interesse público em si?

Em razão da extensão do tema e da complexidade que o envolve, bem como despido do desejo de esgotá-lo – haja vista não ser o objeto imediato desse trabalho –, cuidar-se-á de abordar o instituto visto aos olhos da mais abalizada doutrina jurídica pátria, analisando-o crítica e contemporaneamente.

Em que pese a quantidade de obras e doutrinadores consultados para a apresentação do conceito, imperioso ressaltar que a pretensão do presente estudo é mostrar os mais diversos elementos que o compõem, delimitando verdadeiros espaços de conformação do que se entende por interesse público, tendo em vista ser praticamente impossível uma abordagem hermética para algo tão poroso e, em certa medida, fluido.

Vale dizer ainda que, apesar de haver alguma divergência da doutrina quanto à existência dos conceitos jurídicos indeterminados,²⁸ a sua maciça maioria entende não só pela existência dos mesmos, como qualificam – natureza jurídica – o interesse público como tal.

Nesses moldes, enquanto “os conceitos jurídicos [gênero] são formados por símbolos, que nada mais são do que signos linguísticos, com base fonética, aos quais são conferidos significados através do uso”²⁹ – significados esses que, via de regra, atuam

²⁸ GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 115, p. 267-318, p. 273 *et seq.*, jul./dez. 2017. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/viewFile/516/435>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

²⁹ TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º.

dentro de um espectro de precisão e rigidez, através de um conteúdo certo e identidade uniforme (v.g. ato administrativo, autarquia, tributo)³⁰ – os homônimos indeterminados (espécie) possuem uma plasticidade e liquidez características, fazendo com que o aplicador da norma seja mais profundo, perspicaz, exigindo do mesmo uma atividade interpretativa mais complexa, árdua e, em certa medida, um conhecimento maior para fins de densificação do instituto que se deseja utilizar. Enquanto a indeterminabilidade faz parte do próprio conceito, o mesmo poderá ser qualificável e determinável quando de sua efetiva aplicação ao caso concreto.³¹ São exemplos de conceitos jurídicos indeterminados: boa-fé, urgência, notório saber, devido processo legal, moralidade etc.

Vale ressaltar, ainda, que a plasticidade e a fluidez dos conceitos jurídicos indeterminados faz com que os mesmos sejam dotados de um núcleo duro e incontestado, e um círculo ou halo que o margeia, em que quanto mais afastado do centro maior a vagueza e imprecisão,³² dividindo-se, pois, em zonas de certeza.

Assim, segundo Bandeira de Mello, a chamada zona de certeza positiva seria aquela em que o mencionado núcleo duro do instituto mostrar-se-ia clarividente, sendo de fácil constatação pelo intérprete a necessidade de sua aplicação; a zona de certeza negativa seria, *mutatis mutandis*, aquela em que a também presença de elementos patentes e manifestos dessa vez desautorizariam, com segurança, a aplicação do instituto, como se o outro lado da moeda fosse; e, por fim, há a chamada zona circundante, aquele local intermediário, cinzento, povoado por incertezas que não podem ser eliminadas objetivamente, o qual exige um esforço interpretativo mais contundente que os dois primeiros, eis que o instituto poderá ou não ser aplicado a partir do caso concreto e de sua análise cuidadosa e sistemática com o ordenamento jurídico.³³

15, jul./ago./set., 2008 *apud* FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação**. São Paulo: Atlas, 1994, p. 258. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 14 de jun. 2019.

³⁰ TOURINHO, Rita. *Op. cit.*, p. 318.

³¹ Nos dizeres de García de Entería e Tomás-Ramón Fernández: “Isto é o essencial do conceito jurídico indeterminado: a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma “unidade de solução justa” em cada caso, a qual se chega mediante uma atividade de cognição, objetiva portanto, e não de volição”. ENTERRÍA, Eduardo García de, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo I**. Madri: Civitas, 2000. p. 457.

³² Diversos autores utilizam esse raciocínio, o qual tem no jusfilósofo Karl Englich um de seus melhores expoentes.

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 429.

Logo, ao identificar a natureza jurídica do interesse público como conceito jurídico indeterminado, verificar-se-á grande dificuldade em sua conceituação, pois mera decorrência da elasticidade desse instituto, como numa relação de causa e efeito. Outrossim, numa sociedade multipolar como a que vivemos hoje, a identificação do que venha a ser interesse público fica ainda mais dificultosa, “pois o conceito [...] poderia ser claro e evidente apenas em sociedades teocráticas ou monolíticas, em que há uma auto-evidência de valores”³⁴.

Apesar de tarefa árdua e desafiadora, é preciso deixar claro que a análise do que venha a ser interesse público no presente trabalho será baseada meramente em sua acepção estrita, visto que todo e qualquer sentido ou valor tido no ordenamento jurídico será interesse público em alguma medida (acepção ampla), o que não nos interessa nesse momento.³⁵ Igualmente, fica de antemão descartada qualquer perspectiva de análise metassociológica, sociológica, econômica ou de qualquer outra natureza. A abordagem, para fins didáticos, será eminentemente jurídica.

Nesse sentido, para Bandeira de Mello, o interesse público deve ser conceituado como “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”.³⁶ Percebe-se que, para o mencionado autor, existe uma relação intrínseca entre direitos individuais e públicos; todavia, ainda que possa haver um determinado interesse individual ou alguns interesses individuais que, somados, se contrapõem ao interesse público, esse interesse (público) não pode se chocar contra o interesse de cada um daqueles que compõem determinada sociedade.³⁷

Com isso, alguns entendem que o interesse público e o interesse individual colidente com aquele são qualitativamente equivalentes, diferenciando-se, contudo, quantitativamente, de maneira que aquele configuraria a conjunção de inúmeros

³⁴ GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, maio/ago. 2017, p. 95-130, p. 100. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/53437/33212>>. Acesso em: 17 jun. 2019. Com um similar raciocínio: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 36.

³⁵ GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. *Op. cit.*, p. 281 *et seq.*

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 61.

³⁷ *Ibid.*, p. 61 *et seq.*

interesses individuais (de uma maioria social), o que lhe garantiria especial colorido e distinção.³⁸

Merece atenção, porém, a característica bem apontada por Bandeira de Mello, de que esses interesses convergentes precisam ser atrelados a aspectos comunitários, “como um querer valorativo predominante da sociedade”,³⁹ sob pena de se tratar de mera coincidência de desejos individualizados, desautorizando a designação de interesse público.

Demonstrando raciocínio correlato, Phillip Gil França⁴⁰ afirma que,

O interesse público pode ser compreendido como produto das forças de uma dada sociedade (jurídicas, políticas, econômicas, religiosas, dentre outras) concretizadas em certo momento e espaço que exprime o melhor valor de desenvolvimento de um maior número possível de pessoas dessa mesma sociedade. Então, alcançar esse produto, considerando as forças de uma sociedade, é o dever primordial do Estado, conforme o art. 3.º da CF.

Já para Justen Filho, é preciso muito cuidado para não confundir interesse público com interesse do Estado (pessoa jurídica), ou mesmo interesse dos administradores e agentes públicos, enfatizando, ainda, que o instituto não guarda correlação pura e simples com a ideia de maioria, haja vista que as democracias contemporâneas guardam a característica contramajoritária em sua essência.⁴¹

Em que pese os entendimentos acima delineados, vale salientar que a noção de interesse público, apesar de guardar certa similitude com outros termos parecidos – como bem comum ou interesse coletivo – diferencia-se destes à medida em que se aproxima da figura do Estado, não traduzindo o interesse da pessoa jurídica de direito público em si. É dizer, a partir do momento em que esses interesses convergentes são elevados ao patamar de norma (regras ou princípios), sendo postos no ordenamento

³⁸ BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse publico: desconstrução ou reconstrução? **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Publico, n. 26, mai./jun./jul. 2011, p. 10. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26-MAIO-2011-ALICE-BORGES.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ FRANÇA, Phillip Gil. Interesse público, um conhecido conceito "não indeterminado". **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Ano 2016, Num. 249. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/phillip-gil-franca/interesse-publico-um-conhecido-conceito-nao-indeterminado>>. Acesso em: 21 fev 2018.

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 39 et seq.

jurídico, eles passam a ser configurados como interesses públicos, merecendo guarida e atenção por parte do Poder Público.

Esse entendimento encontra sintonia e conformação nas palavras de Leonardo Carneiro da Cunha, o qual afirma que

A expressão *interesse público* evoca, imediatamente, a figura Estado e, mediadamente, aqueles interesses que o Estado “escolheu” como os mais relevantes, expressados em normas jurídicas, por consultarem aos *valores* prevaletentes na sociedade.⁴²

Nessa toada, alguns⁴³ chegam a afirmar que o interesse jurídico apenas poderá ser qualificado como público se estiver em conformidade com o art. 3º da Constituição Federal de 1988, eis que lá estariam os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre os quais construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁴⁴ Como tais interesses estariam intimamente relacionados à própria finalidade do Estado brasileiro, consubstanciaríamos parcela considerável do conteúdo do que venha a ser o chamado interesse público.

Obviamente, além do respeito e conformidade com os objetivos fundamentais do Estado brasileiro acima mencionados, o interesse público também deve se harmonizar com outros diversos dispositivos previstos na Carta Republicana, mormente aqueles com alta carga axiológica, a exemplo do art. 1º (fundamentos da República), do art. 37 (o qual guarda os princípios que regem a Administração Pública) e, em igual medida, aos próprios direitos e garantias fundamentais, previstos no art. 5º.

Mas aí o leitor poderia questionar: os dispositivos supramencionados também possuem um sem número de conceitos jurídicos indeterminados; sendo assim, como utilizar de conceitos jurídicos indeterminados para interpretar outros conceitos jurídicos

⁴² CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 31.

⁴³ A exemplo do próprio Phillip Gil França, acima citado, bem como de Daniel Wunder Hachem, Eneida Desiree Salgado, Juarez Freitas e Romeu Felipe Bacellar Filho. In: HACHEM, Daniel Wunder. **O princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 224.

⁴⁴ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 17 jun. 2019.

indeterminados? Ora, como afirmado anteriormente, o intérprete deverá se utilizar dos valores contidos nessas normas para fins de interpretação de outras normas, uma vez que se trata aqui de um sistema normativo, o qual guarda coesão e unidade. Seriam, pois, como uma bússola (interpretativa) para o navegante em alto mar (de normas).

Em igual medida, as normas infraconstitucionais também deverão ser avaliadas visando a aquilatar adequadamente o conceito de interesse público, o que inclui as espécies legislativas primárias, previstas no rol do art. 59 da Constituição, bem como as espécies legislativas secundárias, que seriam aquelas que não criam direito novo, mas o elucidam e complementam, a exemplo dos decretos, portarias e instruções normativas exarados pelos mais diversos entes federados.⁴⁵ Muitas vezes, em razão do alto grau de abstração o qual os dispositivos constitucionais possuem – nomeadamente a noção de interesse público – encontrar-se-á na norma infraconstitucional, ainda que espécie legislativa secundária, elementos mais concretos e seguros para aplicação do instituto.

Percebe-se, pois, que a noção de interesse público é de veras aberta, situação que, inclusive, legitima posturas de negação a um conceito objetivamente considerado, uma vez que

ele se relaciona com diferentes normas e conteúdos (p. ex. normas de competência e normas que prescrevem direitos e garantias), é concretizado por meio de diversos procedimentos (p. ex. judicial, administrativo) e constitui-se por meio de um permanente processo diacrônico de compreensão do Estado em uma dada comunidade (p. ex. compreensão do significado de Estado de Direito).⁴⁶

Desse modo, o substrato do interesse público deverá ser cunhado de acordo com o caso concreto e através da observância de todo o plexo normativo, notadamente dos princípios norteadores da República Federativa do Brasil e da Administração Pública brasileira (conforme explanado anteriormente), devendo o Estado atuar conforme a lei e para os fins previstos na lei, como numa relação circular e que se retroalimenta, no qual os axiomas constitucionais servirão de balizas para a decantação do instituto – haja vista

⁴⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 880.

⁴⁶ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 190.

se tratar de valores que servem de base para a ordem jurídica interna – eis que possui uma índole ética em sua própria essência.⁴⁷

Assim, “é possível averiguar que o interesse público é um significante dotado de significado dentro do Direito, e não é um vazio que possibilite a imputação de qualquer razão que se faça conveniente a quem quer que seja”.⁴⁸

1.4. As “pedras de toque do regime jurídico administrativo”: uma (não tão) nova compreensão

1.4.1 Do pensamento tradicional ao pós-positivismo: a Constituição Federal de 1988 como quebra de paradigma

Uma vez delineadas as zonas de certeza positiva e negativa do interesse público, bem como sua zona circundante, preenchendo-se e analisando-se semântica e juridicamente seu conteúdo, torna-se imprescindível ao presente estudo a apresentação de dois institutos há muito consagrados na doutrina brasileira e que são decorrência direta de seu significado, chamadas por Celso Antônio Bandeira de Mello de “pedras de toque do regime jurídico administrativo”, quais sejam: os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público.

Incorporada no direito administrativo brasileiro por meio das obras de Pimenta Bueno e Themístocles Brandão Cavalcanti no início do século XX,⁴⁹ a ideia de supremacia do interesse público sobre o privado encontrou no artigo de Celso Antônio Bandeira de Mello “O conteúdo do regime jurídico administrativo e seu valor metodológico”, de 1967, terreno fértil para seu desenvolvimento, o qual incluiu a indisponibilidade do interesse público como seus verdadeiros pilares.⁵⁰

Para o autor, as mencionadas “pedras de toque” constituem o conteúdo do regime jurídico-administrativo, sendo verdadeiros pressupostos de uma ordem social

⁴⁷ GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. *Op. cit.*, p. 309.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*, p. 166.

⁵⁰ PALMA, Juliana Benacorsi de. *Op. cit.*, p. 166.

estável, garantindo e assegurando a convivência dos indivíduos que compõem a sociedade⁵¹.

Quanto ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, Bandeira de Mello afirma que duas consequências práticas decorrem de seu reconhecimento, a saber: “a) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares; b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações.”⁵² Para sustentar seu posicionamento, argumenta acerca da presunção de juridicidade dos atos administrativos e da relação de verticalidade entre Administração e administrado, respectivamente.⁵³

Segundo o administrativista, é imperioso ressaltar que tais características somente devem se mostrar presentes quando se está a atuar na função administrativa, ou seja, quando o agente público usa deste instrumento para alcançar o interesse coletivo, a finalidade prevista em lei, no qual tais prerrogativas seriam deveres-poderes para tanto, de maneira que não incidiriam quando do resguardo do interesse puro e simples do ente público pessoa jurídica ou de seus agentes governamentais.⁵⁴

No que concerne ao princípio da indisponibilidade do interesse público, Bandeira de Mello afirma que o aludido interesse é algo inapropriável nos regimes democráticos, não estando à plena disposição de quem quer que seja – o que o diferencia do Direito Privado –, já que sua titularidade pertence ao Estado enquanto representante da vontade popular, não da Administração Pública ou do agente público, sendo estes, a bem da verdade, apenas seus curadores.⁵⁵

Sendo a atividade administrativa sujeita à indisponibilidade do interesse público, o qual encontra-se previsto na ordem jurídica posta, afirma o autor que essa característica deveria atender a uma série de outros princípios jurídicos conformadores do direito público, a saber: a) da legalidade, com suas implicações ou decorrências (razoabilidade, proporcionalidade); b) da continuidade do serviço público; c) do controle administrativo; d) da isonomia; e) da publicidade; f) da inalienabilidade dos direitos

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 69.

⁵² *Ibid.*, p. 70.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*, p. 71 *et seq.*

⁵⁵ *Ibid.*, p. 73 *et seq.*

concernentes a interesses públicos; e g) do controle jurisdicional dos atos administrativos.⁵⁶

As chamadas “pedras de toque do regime jurídico administrativo” configurariam, em suma, o núcleo duro do direito público, mostrando-se como sustentáculos da atividade ou função administrativa, eis que corroborariam suas prerrogativas e privilégios. Tal entendimento, que há muito vem sendo mantido pela mais abalizada e tradicional doutrina pátria – aí incluída Bandeira de Mello –, baseia-se na doutrina francesa da Escola da *Puissance Publique*,⁵⁷ já trabalhada no presente capítulo, não havendo menção expressa na Constituição a respeito das mesmas.

Seriam, pois, princípios implícitos hauridos de um conjunto de dispositivos encontrados não só – mas principalmente – na Constituição, mas em todo o ordenamento jurídico.

Exemplificando a supremacia do interesse público sobre o privado, essa doutrina cita os institutos que autorizam a intervenção do Estado na propriedade privada, como a desapropriação e a requisição (art. 5º, incisos XXIV e XXV, respectivamente), e a existência de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativo, como a modificação ou rescisão unilateral dos mesmos (art. 58, incisos I e II da Lei 8.666/1993).

Quanto à indisponibilidade do interesse público, citam as normas que preveem a necessidade de contratações mediante regime de licitações, com igualdade de condições (art. 37, XXI, CF/88) e a renúncia de receitas tributárias apenas mediante lei (art. 150, §6, CF/88).

Deve-se ressaltar, entretanto, que a elasticidade e porosidade do termo interesse público, largamente explanada no presente trabalho, indubitavelmente deságua nos conteúdos jurídicos dos institutos que ora se abordam, de maneira que suas conceituações se tornaram igualmente imprecisas, difíceis. Indo além, suas existências acabam sendo colocadas em xeque por uma parcela da doutrina contemporânea –

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 75 *et seq.*

⁵⁷ Não é difícil constatar a influência de seu pai, Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, em todo o decorrer da sua obra, o qual baseia seu entendimento acerca do regime jurídico administrativo nos ensinamentos de Maurice Hauriou e da Escola da *Puissance Publique*, donde a separação dos Poderes, a submissão da Administração Pública à lei e a existência do poder administrativo no âmbito do Administração Pública são elementos estruturantes do mencionado regime. Para tanto, ver: DE PALMA, Juliana Bonarcosi. *Op. cit.*, p. 38 *et seq.*

mormente a partir de meados da década passada –, escorada num pós-positivismo de origem europeia que avançava a passos largos no país, encontrando na Constituição Federal de 1988 o marco jurídico para tanto.

Para essa (não tão) nova corrente de pensamento, o Direito passa por uma releitura dissociada do velho formalismo monista (legalidade como legitimidade) e fundamentada numa visão mais complexa e profunda, reaproximando-o da moral, filosofia e política. Ao mesmo tempo em que se desconstrói aquele racionalismo cartesiano de outrora, a figura do ser humano é alçada ao centro do ordenamento jurídico⁵⁸, individualizando-o e contrapondo-o às narrativas de massa. Se antes a norma era sinônimo de lei, houve a ruptura desse raciocínio simplista, de maneira que os princípios jurídicos deixam de ser coadjuvantes para adquirir a condição de protagonistas ao lado das regras.

A realização material da Constituição enquanto instrumento de transformação social vira uma obsessão, irradiando valores aos ordenamentos jurídicos recém-inaugurados. Essas recentes concepções jurídicas passaram, assim, a exigir nova interpretação do diploma constitucional, exigindo dos constitucionalistas e hermeneutas a criação de diversos métodos interpretativos *sui generis*.

É com esse olhar pós-positivista que a doutrina contemporânea passa a questionar o dogma das “pedras de toque do regime jurídico administrativo”, desconstruindo-os. Pela repercussão jurídica dessa discussão, bem como pelos fins a que se destina o presente estudo – o qual busca identificar os limites jurídicos que envolvem a negociação de situações processuais pelo Poder Público, outrora tidos como indiscutíveis – mostra-se salutar uma abordagem individualizada de ambos os princípios que o compõem segundo a visão trazida por essa doutrina de direito público, o que se passa a fazer.

⁵⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel . Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A Questão da “Última Palavra” e Alguns Parâmetros de Autocontenção Judicial. In: André Fallet; Marcello Novelino. (Org.). **Constitucionalismo e Democracia**. v. I. Salvador: Jus Podium, 2013, p. 126.

1.4.2. *Supremacia do interesse público sobre o privado?*

Tendo a supremacia do interesse público sobre o privado sido cunhada para garantir o poder de império dos atos estatais, permitir a plena função administrativa e separar a mesclagem público-privado quando se manejava interesses nem sempre razoáveis, com o pós-positivismo e a ascensão da figura do ser humano como centro do ordenamento jurídico (com a consequente proteção de sua dignidade) os embates acerca da classificação, da interpretação e mesmo da existência do princípio – identificado e consagrado perante a doutrina pátria durante o século XX – vieram à tona, confrontando as figuras do interesse público e individual.

Representando essa corrente de pensamento, o professor gaúcho Humberto Ávila publicou artigo no fim do século passado concluindo pela impossibilidade de se atribuir status jurídico de norma-princípio ou postulado normativo ao instituto em testilha, aduzindo que uma prevalência *a priori* e *in abstracto* do mesmo frente aos demais princípios ou direitos consagrados na Constituição não guardaria consonância com a nova ordem constitucional.⁵⁹ Assim, essa impossibilidade de enquadramento do instituto entre os fenômenos descritos pelo autor fragilizaria seu conteúdo, colocando-o numa condição de um axioma,⁶⁰ um verdadeiro dogma impassível de contestação.

Seguindo seus passos, alguns expoentes doutrinadores se reuniram e lançaram a interessantíssima obra “Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público”, contando como colaboradores o próprio Ávila, bem como Daniel Sarmiento, Gustavo Binenbojm, Alexandre Santos de Aragão e Paulo Ricardo Schier, servindo a mesma de verdadeiro paradigma para uma reconstrução e redimensionamento acerca do instituto.

Voltando ao entendimento de Ávila, não se pode conceituá-lo como postulado normativo eis que estes “são entendidos como condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico”⁶¹. Por esse motivo, os postulados normativos “não oferecem argumentos substanciais para fundamentar uma decisão, mas apenas explicam como poder ser obtido o conhecimento do Direito”⁶². Exemplificando, haveriam os

⁵⁹ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 185.

⁶⁰ No sentido atribuído pelo mencionado autor, frise-se.

⁶¹ *Ibid.*, p. 177.

⁶² *Ibid.*

postulados normativos da coerência, da integridade, da reflexão, da razoabilidade, da proporcionalidade, entre outros.⁶³

Ao refutar o enquadramento do instituto também como princípio (ou norma-princípio, como prefere o autor), o mesmo afirma que a supremacia do interesse público sobre o privado não admitiria ponderação nem concretização gradual, pois se está diante de uma verdadeira regra de prevalência (“supremacia”). Assim, as possibilidades de concretização do instituto consistiriam em exceções e não graus, considerando que a prevalência é sua única possibilidade. Logo, se estamos diante de uma ordem jurídica que posiciona a dignidade do ser humano como seu centro, a única regra de prevalência possível de ser firmada via processo dialético seria aquela em favor dos interesses privados e não dos públicos.⁶⁴

Na mesma toada, Daniel Sarmiento questiona a existência do princípio afirmando ser impensável no ordenamento jurídico brasileiro pós-88 um raciocínio jurídico que pré-estabeleça que o interesse público abstratamente prepondera sobre o privado, eis que consubstanciaria afronta aos direitos fundamentais, ao postulado da proporcionalidade e da concordância prática.⁶⁵ Assim, o autor rechaça até mesmo uma variante do princípio em sua versão fraca, moderada, vez que, ainda sim, revestir-se-ia de traços autoritários que não coadunam com o regime democrático estabelecido com a Constituição Federal de 1988, bem como pela elevada dose de subjetivismo na definição do que seria o tal do interesse público, já explanado anteriormente.⁶⁶

Ao interpretar o instituto à sua maneira, Gustavo Binembomj questiona que “qualquer que seja o conteúdo desse ‘interesse público’, obtido em concreto, ele sempre prevalecerá. Ora, isso não é um princípio jurídico. Um princípio que se presta a afirmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá não é um princípio, mas uma tautologia”. Note-se, com isso, que sua leitura corrobora com o que os outros já mencionaram, os quais atestam que o mesmo não encontra guarida no ordenamento jurídico

⁶³ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 178.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 186 et seq.

⁶⁵ SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 82 et seq.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 88 et seq.

contemporâneo, erguido sob os auspícios individuais do pós-positivismo e da pós-modernidade.⁶⁷

Deve-se salientar, contudo, que o raciocínio exposto tanto por Ávila, quanto por Sarmiento e Binbenbojm, detém uma fragilidade a respeito do princípio: ele parte de uma ideia abstratamente considerada de que o interesse público sempre prevalecerá sobre o privado, talvez pela presença do termo “supremacia” quando da cunhagem do instituto.

Ora, nenhum doutrinador brasileiro – a não ser aqueles que detém especial desejo por regimes autoritários e antidemocráticos, ou seja, uma exceção⁶⁸ – aparentemente defende tamanha arbitrariedade, sob pena de se legitimar determinadas condutas absolutamente desprezíveis na contemporaneidade, como a tortura para fins de confissão de um crime (ainda que bárbaro). Ou seja, os fins definitivamente não justificam os meios.

É preciso ressaltar que todo e qualquer princípio traz um raciocínio apriorístico, um pressuposto, o qual, por óbvio, é dotado de alta carga axiológica. Nos dizeres de Emerson Gabardo, “imaginar a ocorrência de um princípio que seja condicional nos seus próprios termos é um inaceitável silogismo”.⁶⁹

Para tanto, basta avaliar outros princípios da igual envergadura, como o da legalidade ou da publicidade. Tanto num como noutro exemplo admitem-se flexibilizações frente a situações específicas, como no caso da lei inconstitucional que pode deixar de ser observada pelo chefe do Executivo ou o caso do sigilo de informação que garante a segurança do Estado ou da sociedade (art. 5º, XXXIII, CF/88), respectivamente. Nem por isso deixam de ser princípios.

Logo, ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não se deve atribuir características de dogma ou axioma,⁷⁰ como aparentemente pretendem certos doutrinadores.

⁶⁷ BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 156. No mesmo sentido: LOUBET, Wilson Vieira. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a administração consensual**. Brasília: Consulex, 2009, p. 64 *et seq.*; PALMA, Juliana Benarcosi de. *Op. cit.*, p. 176.

⁶⁸ Vale dizer que este autor não detém conhecimento de nenhum administrativista ou publicista que possui essas características autoritárias.

⁶⁹ GABARDO, Emerson. *Op. cit.* p. 105.

⁷⁰ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 176.

Outro ponto que denota a fragilidade da tese recai numa suposta preferência às avessas, no qual haveria uma prevalência dos direitos e garantias fundamentais frente ao interesse público. Se se pretende combater uma ideia abstrata e pré-concebida, ou seja, sem qualquer espécie de ponderação ou processo dialético, nada mais razoável do que não se utilizar dessas mesmas características para expor seu raciocínio.

Se é verdade que as críticas perpetradas pelos doutrinadores supracitados são contundentes, que se faça a justiça valorizando um entendimento do próprio Ávila, o qual afirma que, para que a descoberta de qualquer princípio seja metodicamente sustentável, qualquer interesse (seja ele público ou privado) só pode assumir uma relação de condicionada prioridade *in concreto*, não antes, *in abstracto*.⁷¹

E é na cautelosa análise de situações concretas, e outras hipotéticas (porém mensuráveis), que o presente estudo buscará ponderar os institutos e princípios em questão a fim de vislumbrar em quais situações haverá a possibilidade de se flexibilizar a tal supremacia do interesse público, que há muito engessou o direito processual afirmando que suas disposições eram aprioristicamente superiores pelo simples fato de se tratar de normas de direito público.

A passagem de uma viciosa *relação de supremacia* a uma virtuosa *relação de ponderação* marca, assim, o atual estágio evolutivo dessa interação, cada vez mais intensa, entre sociedade e Estado e põe em evidência a missão instrumental que lhe cabe, tudo para que jamais e a qualquer pretexto se volta a invocar supremacias téticas ou *raisons d'Etat* para sobrepor quaisquer interesses aos direitos fundamentais.⁷²

Pode parecer contraditório (mesmo não o sendo!), mas é na “flexibilização” da supremacia do interesse público frente a outros princípios constitucionalmente assegurados que se pretende resguardar esse mesmo interesse, situação que ensejará novos olhares a velhos institutos processuais, os quais ganharam especial colorido com a entrada em vigor da Lei 13.105/2015 – Código de Processo Civil. Em outras palavras, é na adequada aquilatação do instituto que o mesmo poderá ser devidamente aplicado ao caso concreto, objetivando exatamente o interesse alhures explanado.

⁷¹ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 191.

⁷² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 330.

1.4.3. *(In)disponibilidade do interesse público*

Outro princípio exaustivamente trabalhado pela doutrina pátria, mormente por Celso Antônio Bandeira de Mello – o mesmo o integra ao conceito das “pedras de toque do regime jurídico administrativo” –, a indisponibilidade do interesse público igualmente alcançou o status de dogma do direito administrativo, sendo por décadas utilizada como argumento sumário para vedar, peremptória e equivocadamente, qualquer espécie de composição nas relações jurídicas em que o Poder Público se fizesse presente.

Para o mencionado autor, a referida indisponibilidade é decorrência de uma premissa básica: o interesse público é de titularidade da coletividade, a qual é representada pela figura do Estado. Logo, não haveria possibilidade de o administrador público negociar ou dispor desse interesse, já que inapropriável. Ao Poder Público caberia simplesmente a sua curatela para os fins e objetivos previstos no próprio ordenamento jurídico, exercitando-o através da função administrativa e mediante o conjunto de órgãos que o compõem.⁷³

Segundo esse entendimento, a indisponibilidade do interesse público guardaria íntima relação com o princípio republicano, no qual a coisa pública (*res publica*) não poderia ser livremente negociada pelo administrador, a seu bel prazer, já que a possibilidade de se dispor de algo é consequência de quem detém sua titularidade.⁷⁴

Um dos exemplos que ilustram e corroboram essa linha de entendimento é aquele que prevê autorização legal para alienação de bens imóveis que compõem o patrimônio de um determinado ente público (art.17, I, Lei 8.666/1993).⁷⁵ Ou seja, o administrador público não teria o poder puro e simples de dispor sobre o bem público, alienando-o; para que isso fosse possível, seria necessária uma lei aprovada pelo parlamento, em que o povo autoriza o administrador público a alienar um bem que pertence ao próprio povo.

No mesmo sentido, a indisponibilidade do interesse público encontra amparo na necessidade de prestação contínua e obrigatória de serviços públicos essenciais à

⁷³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Op. cit.*, p. 73 *et seq.*

⁷⁴ CAMBI, Eduardo; MACHADO, Fernando. A disponibilidade do interesse público no novo Código de Processo Civil e o princípio da eficiência na Administração. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 44, n. 142, jun. 2017, p. 134.

⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 939 *et seq.*

população, de maneira que é vedada a paralisação ou qualquer outra forma de disposição desses serviços pela vontade pura e simples do administrador. Ainda que o serviço público seja delegado a um terceiro vinculado à iniciativa privada, a sua titularidade permaneceria com o Estado, o qual ficaria com a obrigação de fiscalizar o concessionário a fim de que o serviço permanecesse regular, sob pena de retomada do mesmo para prestação pela via direta.⁷⁶

A atividade tributária do Estado igualmente seria serviço público que não pode ser interrompido, suspenso ou paralisado, já que essencial à arrecadação de receitas que objetivam a própria manutenção da máquina pública, bem como dos serviços essenciais acima elencados. Assim, seria vedado ao administrador público qualquer atitude no sentido de dispor da atividade arrecadatória ou mesmo dos recursos oriundos da atividade tributária.

Aos poucos, a indisponibilidade do interesse público avançou de princípio implícito do direito público à “pedra de toque do regime jurídico administrativo”, ou seja, categorizou-se praticamente como um dogma jurídico, o que por muito tempo fez com que a ideia de consensualidade na Administração Pública fosse praticamente descartada, ressalvados casos extremamente pontuais. Nesse sentido, sua aplicação aos casos concretos passou a ser tão categórica e descriteriosa que se aproximou de uma verdadeira regra jurídica, ou seja, aplicava-se à moda do tudo-ou-nada, através de um regime de subsunção do fato à norma, adotando-se raciocínio disjuntivo.⁷⁷

Com isso, um reduzido número de litígios que envolviam o Poder Público era objeto de acordos, negociações ou outra espécie de atuação consensual. Ainda que, num caso concreto, a possibilidade de se firmar um acordo fosse extremamente vantajosa para terminação da controvérsia, o simples fato de envolver o regime jurídico administrativo e todas as prerrogativas públicas traduzia-se como uma notória vedação, engessando o administrador e fazendo com que o litígio migrasse para o Poder Judiciário.

Logo, ao se pensar em acordo ou negociação que envolvesse a Administração Pública e que não tratasse de questões de natureza eminentemente privada (a exemplo do aluguel de um imóvel privado para instalação de um órgão público), ou de autorização

⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 705-706.

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39-40.

legal expressa e específica para um determinado caso, a conclusão era peremptória: vedase em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Entretanto, as teses que passaram a questionar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado acabaram por reverberar sobre o princípio da indisponibilidade do interesse público. Uma das principais razões para tanto é que, em ambos, a noção de interesse público (conceito jurídico indeterminado) faz parte de seu conteúdo. Alguns doutrinadores chegam a defender a tese de que o princípio da indisponibilidade do interesse público seria consequência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.⁷⁸

Assim, a fluidez do termo interesse público seria um elemento em comum entre ambos os institutos, fato que, por si só, dificultaria uma definição segura acerca de seu conteúdo. Não encontrando critérios objetivos factíveis e definidos para sua aplicação, o mencionado princípio acabaria por sucumbir cientificamente, sendo utilizado comumente para fins eminentemente retóricos, uma construção teórica de limitado significado para a ação administrativa.⁷⁹

Àqueles que adotam essa tradicional corrente doutrinária (indisponibilidade do interesse público como princípio implícito do direito administrativo), há quatro acepções de indisponibilidade em que seus fundamentos se amparam, as quais serão elencadas não só para fins didáticos, mas para questionamento do seu conteúdo; são eles: i) indisponibilidade da finalidade legal; ii) indisponibilidade do dever de agir da Administração; iii) indisponibilidade de bens e serviços públicos; e iv) indisponibilidade das competências administrativas (dentre elas, as prerrogativas públicas).⁸⁰

Quanto à i) indisponibilidade da finalidade legal, essa tradicional corrente doutrinária afirma que o administrador público não poderia direcionar a atividade administrativa segundo sua própria vontade, devendo buscar sempre os objetivos colimados pelo ordenamento jurídico. Satisfeita a finalidade legal, guarnecer-se-ia, por consequência, a tutela do interesse público.⁸¹

⁷⁸ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 68.

⁷⁹ PALMA, Juliana Benacorsi de. *Op. cit.*, p. 177.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*, p. 178.

Todavia, a atuação administrativa que não seja calcada na prerrogativa imperativa *a priori* não confronta essa linha de raciocínio. Muitas vezes os fins buscados pelo ordenamento jurídico mostrar-se-ão em perfeita consonância com uma atuação consensual, mormente quando esta é fundamentada, por exemplo, nos artigos 1º, 3º, 5º ou 37 da Constituição Federal, ou mesmo em algum (conjunto de) dispositivo(s) infraconstitucional(is). Logo, os acordos administrativos podem ser instrumentos que guardam perfeita consonância com as finalidades legais ao lado dos demais instrumentos compreendidos no regime jurídico administrativo, como os atos imperativos e unilaterais.⁸²

Na mesma medida, a ii) indisponibilidade do dever de agir pela Administração igualmente não impede que o administrador público possa acordar com terceiros (sejam eles pessoas públicas ou privadas) acerca de situações jurídicas postas sob sua análise, uma vez que o mencionado acordo não importa necessariamente em inércia ou demora da Administração em agir na defesa de finalidades públicas. Muito pelo contrário. A consensualidade pode perfeitamente corresponder a uma forma de ação rápida, eficaz e juridicamente viável da Administração Pública.⁸³

Quanto à iii) indisponibilidade de bens e serviços públicos, acaso haja expressa previsão legal, ou mesmo sendo o resultado consensual mais eficaz ao atingimento do interesse público que o ato unilateral, não haverá qualquer mácula às prerrogativas e finalidades resguardadas pela Administração Pública, caindo por terra o pensamento tradicional que veda sua aplicação.⁸⁴

Por fim, no que se refere à iv) indisponibilidade das competências administrativas, inclusive das prerrogativas públicas, apesar de a Lei Federal nº 9.784/1999 (lei do processo administrativo federal) prever que é “vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei” (art. 2º, parágrafo único, inciso II),⁸⁵ deixar de empregar prerrogativas públicas – seja ela imperativa ou não – num determinado caso concreto não significa renúncia às mesmas; basta que haja uma robusta

⁸² PALMA, Juliana Benacorsi de. **Sansão e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 178-179.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*, p. 179.

⁸⁵ BRASIL. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

motivação jurídica para tanto, a fim de não se tornar uma prática habitual, bem como que o fim a ser atingido seja aquele previsto pelo ordenamento jurídico (juridicidade).⁸⁶

Na mesma toada do que foi dito quanto ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, vale aqui idêntico raciocínio: muitas vezes, é na própria flexibilização do princípio da indisponibilidade do interesse público que se encontra o resguardo a esse mesmo interesse.

Vale a pena destacar, ainda, outro viés acerca do mencionado princípio, muito utilizado por parcela da doutrina nacional, em que o conceito de interesse público seria fatiado em interesse público primário e interesse público secundário, situação em que apenas um desses interesses poderia ser objeto de transação e relativa disponibilidade.

Trazida da doutrina italiana de Renato Alessi,⁸⁷ trata-se de tese recorrente no Brasil quando o assunto é atuação administrativa consensual e possibilidades de disposição do interesse público.

Para essa teoria, o interesse público primário coincidiria com o interesse na realização de políticas públicas voltadas para o bem-estar social, ou seja, seria o interesse social, da coletividade como um todo, confundindo-se com os próprios objetivos do Estado (*lato sensu*) previstos na Constituição Federal, a exemplo daqueles trazidos pelo art. 3º. Já o interesse público secundário seria aquele interesse do próprio ente federado enquanto pessoa jurídica sujeita de direitos, como se interesse particular fosse, possuindo cunho patrimonial.⁸⁸

Assim, segundo essa teoria, o administrador público poderia se utilizar de instrumentos consensuais de resolução de conflitos quando se tratar do interesse público secundário, já que atrelado a direitos próprios do ente (pessoa jurídica), na maioria das vezes interesses que admitem uma quantificação monetária, através de uma expressão patrimonial. Lado outro, quanto ao interesse público primário, seria vedado qualquer espécie de transação, acordo ou outra espécie de instrumento consensual, uma vez que o

⁸⁶ PALMA, Juliana Benacorsi de. **Sansão e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 180.

⁸⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 78.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 55.

administrador não poderia dispor de um interesse que não lhe pertença, sendo direito difuso, pertencente à coletividade.⁸⁹

Em que pese doutrinadores de estirpe defendam e trabalhem com essa tese, seccionando o conceito de interesse público entre primário e secundário, não nos parece ser o melhor entendimento, e por uma razão já abordada no presente estudo: a dificuldade em se estabelecer com segurança o conceito do instituto. Logo, pela ausência de critérios objetivos na identificação concreta acerca do conceito de interesse público, recai-se no mesmo vício, não encontrando sustentação científica tal tese.⁹⁰

Seja qual for a posição adotada, os mecanismos consensuais de resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública – seja em sua esfera administrativa ou após sua judicialização – passaram a ser tornar uma necessidade frente aos novos tempos.

Tida como um dos principais *repeat players* junto ao Poder Judiciário (muito em razão da mentalidade engessada acerca das mencionadas “pedras de toque do regime jurídico administrativo”), a Fazenda Pública costuma congestionar o Poder Judiciário com demandas inócuas, desnecessárias. Representando essa constatação, um estudo elaborado em 2011 pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a fim de identificar os 100 (cem) maiores litigantes do Poder Judiciário brasileiro, identificou as pessoas jurídicas de direito público como as maiores litigantes, aparecendo no topo da lista em dois ramos: a Justiça Federal e a Justiça do Trabalho. Na Justiça Estadual só perderia para os bancos, estando em segundo lugar.⁹¹

Numa rápida análise do relatório “Justiça em números”, também feito pelo CNJ, verifica-se que os custos com o Poder Judiciário no país alcançam cifras bilionárias, subtraindo da educação, saúde, seguridade social, segurança, entre tantos outros direitos constitucionalmente estabelecidos uma quantia de verbas públicas que poderia alterar a

⁸⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 81 *et seq.*, jul./set. 1997; SUNDFELD, Carlos Ari; TACITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 111-115, out./dez. 1997. GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 21, p. 141-148, mar. 2002.

⁹⁰ A possibilidade de uso de instrumentos consensuais será mais aprofundada no próximo item do presente estudo.

⁹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes**. Brasília, mar. 2011. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2019.

realidade do país. Em 2018, por exemplo, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 93,7 bilhões, tendo havido o ingresso de 28,1 milhões processos perante esse Poder.⁹²

Em que pese a quantidade de processos ajuizados, muitos deles pela Fazenda Pública ou em face dela, a conciliação, política permanente do CNJ desde 2006, apresenta lenta evolução. Em 2018 foram 11,5% de processos solucionados via conciliação. Segundo o Conselho, “apesar de o novo Código de Processo Civil (CPC) tornar obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação, em três anos o índice de conciliação cresceu apenas 0,5 ponto percentual.”⁹³

Migrando para a seara administrativa, cumpre destacar algumas previsões normativas e instrumentos que, em alguma medida, já permitem a afirmação de que o interesse público fora de fato flexibilizado, sem que isso seja necessariamente inconstitucional, ilegal ou antirrepublicano. É o caso, por exemplo, da arbitragem (Lei Federal nº 9.307/1996).

Apesar de o Supremo Tribunal Federal, ainda nos idos de 1973, no paradigmático Caso Lage (AI nº 52.181), ter sinalizado positivamente quanto à possibilidade de a Administração Pública figurar em algum dos polos da demanda arbitral,⁹⁴ muitos doutrinadores continuaram extremamente resistentes à hipótese, alegando, em suma, afronta aos princípios da legalidade administrativa, da indisponibilidade do interesse público e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, eis que a Lei de Arbitragem (Lei Federal nº 9.307/1996) quedava-se silente quanto a isso.⁹⁵

Entretanto, com a Lei Federal nº 13.129/2015, a qual incluiu dispositivos na supracitada Lei de Arbitragem, passou a se prever expressamente a possibilidade da Administração Pública se utilizar desse meio para fins de resolução de seus litígios.

⁹² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019**. Brasília, 2019, p. 219. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2019.

⁹³ *Ibid.*, p. 220.

⁹⁴ A ocasião discutia-se a inconstitucionalidade de dispositivos do Decreto-Lei nº 9.521/1946, o qual regulava o destino dos bens deixados por Henrique Lage, grande industrial brasileiro. Cf. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 75-76. Ver também: HENRIQUE Lage. *In: Wikipédia: a enciclopédia livre*. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Henrique_Lage> Acesso em: 2 dez. 2019.

⁹⁵ BARREIROS, Lorena. *Op. cit.*, p. 76 et seq.

Exemplo interessante para ser citado é o caso da desapropriação amigável, existente no ordenamento jurídico desde meados do século XX, através do art. 10 do Decreto-Lei 3.365/1941. Ainda que muitos afirmem que a margem de discussão cinge-se somente ao preço do bem – vetor interpretativo que guarda forte consonância com o dogma do princípio da indisponibilidade do interesse público –, há doutrina que defende uma ampliação desse entendimento, utilizando-se, por exemplo, a aplicação conjunta da lei do processo administrativo (Lei Federal nº 9.784/99) para a definição de prazo para a desocupação do imóvel, entre outras hipóteses.⁹⁶

Outra festejada ferramenta fora o acordo de leniência, seja ele em defesa da ordem econômica (surgido com a MP nº 2.055/2000, a qual inseriu dispositivo junto à Lei Federal nº 8.884/1994, e aperfeiçoado na Lei Federal nº 12.529/2011), em função do combate à corrupção ou no âmbito licitatório (esses dois estabelecidos através da Lei Federal nº 12.846/2013).⁹⁷

Igualmente, as Parcerias Público-Privadas (Lei Federal nº 11.079/2004) representam claramente uma ampliação do processo de participação deliberativa do administrado, no qual o mesmo colabora decisivamente na modelagem da decisão administrativa, assumindo responsabilidades que, em outras modalidades contratuais, estariam atreladas à Administração Pública.⁹⁸

Vê-se, pois, que diversos exemplos podem ser citados (sobretudo instrumentos surgidos nas últimas décadas) para fins de corroborar o entendimento de que a “pedra de toque” indisponibilidade do interesse público não é mais um óbice para a consensualidade dentro da Administração Pública, não podendo ser entendida como dogma ou – a depender da corrente doutrinária adotada – sequer como princípio.

A fim de avaliar, com a consistência que se faz necessária, essa (não tão) recente abertura da Administração Pública aos mecanismos consensuais de resolução de conflitos, passemos a trabalhar sua faceta dialógica.

⁹⁶ PORTELA, Felipe Mêmolo. Desapropriação amigável: revisitação do tema à luz do direito administrativo contemporâneo. **Argumentos: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná** – UENP, Jacarezinho, n. 21, jul.-dez./2014, p. 112 et seq.

⁹⁷ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Op. cit.*, p. 65 et seq.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 71 et seq.

1.5. Atuação administrativa consensual: a Administração Pública dialógica

Conforme se viu nos itens anteriores, a noção de interesse público e seus desdobramentos principiológicos passaram recentemente por intenso processo de revisão, expurgando aquele raciocínio dogmático que outrora vigia.

A postura tradicional do administrador, que se utiliza dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público como forma de vedação apriorística de acordos ou convenções com outras pessoas, sejam elas públicas ou privadas, mostra-se hodiernamente ultrapassada frente aos avanços ocorridos na sociedade do século XXI.

Logo, essas barreiras teóricas, que sempre engessaram a atividade administrativa, devem ser devidamente trabalhadas e ponderadas nos casos concretos, para fins de promoção de uma postura mais eficiente (porém, igualmente dotada de juridicidade) e mesmo proporcional, em que a vedação à atuação consensual ou a imposição de uso das prerrogativas públicas estejam previstas de maneira expressa na norma.⁹⁹

É preciso ter em mente que a instrumentalidade das prerrogativas públicas não deve sufocar a Administração Pública, como se compulsórias fossem, senão servir de ferramenta para atingimento dos fins previstos na norma de competência. Nesse sentido, o afastamento episódico e pontual dessas prerrogativas poderá, sim, otimizar a atuação do ente público e buscar, ao mesmo tempo, os fundamentos e objetivos constitucionalmente previstos.

Acerca das prerrogativas públicas como instrumentos de tutela do interesse público, Juliana Benacorsi de Palma assevera, com lucidez e maturidade:

O caráter de instrumentalidade das prerrogativas públicas implica reconhecer na esfera de discricionariedade a faculdade de a Administração recorrer ou não às prerrogativas para satisfazer determinada finalidade de ordem pública. Por serem meros instrumentos de trabalho voltados ao alcance dos mencionados fatores de legitimação, questionáveis, como visto, é plenamente admissível que no caso concreto a Administração deixe de utilizar as prerrogativas públicas ou, ainda, as utilize de diferentes formas, inclusive de forma integrativa com o administrado. O “privilégio” que as prerrogativas públicas determinam

⁹⁹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 182.

consiste na possibilidade de a Administração Pública, ao contrário dos particulares, poder contar com essas faculdades exorbitantes.¹⁰⁰

O entrelaçamento entre a multiplicidade de interesses constitucionalmente assegurados e a complexidade das relações contemporâneas passaram a exigir uma atuação mais democrática, em que a participação da sociedade entra como um importante componente para legitimação das decisões tomadas pela Administração Pública, tendo as figuras consensuais surgido para bem atender a essa finalidade.

Alguns chegam a afirmar que a participação popular deve ser tida como verdadeiro princípio fundamental, sendo pressuposto da consensualidade, eis que só há que se falar em consenso se houver a participação do outro, seja ele pessoa pública ou privada.¹⁰¹

O princípio da participação está diretamente referido à expansão da consciência social e ao natural anseio das pessoas de influir de algum modo nas decisões de poder que repercutirão sobre seus respectivos interesses e é nessa linha que se estão produzindo as transformações dos modelos simples, de *democracias representativas*, em modelos politicamente mais complexos, de *democracias participativas*, possibilitando aos indivíduos, no gozo da cidadania, na tersa lição de Jean Rivero, não apenas escolher *quem* os governará, mas *como* querem ser governados.¹⁰²

Com a redemocratização do país e a promulgação da Constituição Cidadã, a atuação administrativa calcada na prerrogativa imperativa, corolário de um pensamento autoritário e inflexível (Estado impositor), perde espaço, situação em que a atuação administrativa consensual emerge como um dos meios de se atingir as finalidades estatais previstas naquela Carta (Estado mediador).¹⁰³⁻¹⁰⁴ Aos poucos, a consensualidade passa a ser vista como uma forma de atuação que pode perfeitamente corresponder às suas competências administrativamente previstas em lei (*lato sensu*), muitas vezes de forma

¹⁰⁰ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 181.

¹⁰¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações...** p. 273-274.

¹⁰² *Ibid.*, p. 274.

¹⁰³ BARREIROS, Lorena. *op. cit.*, p. 48.

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no Séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista de Dir. Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 31-50, abr./jun. 2008, p. 38. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/504/488>>. Acesso em: 17/12/2019.

mais assertiva que a atuação tradicional; basta que busque os fins previsto no ordenamento jurídico (juridicidade).¹⁰⁵

Tal qual ocorreu no século XX, no qual a evolução doutrinária superou a ideia de insindicabilidade do mérito administrativo, bem como refez conceitos básicos e tradicionais desse ramo do direito (a exemplo de legalidade e imperatividade), o início desse século tem na consensualidade um dos principais instrumentos para se romper com pensamentos que obstaculizam a atuação estatal, tornando-a mais eficiente e legítima aos olhos dos administrados.

Mas, afinal, o que seria consensualidade?

Tomada em *sentido amplo*, a consensualidade corresponde a qualquer forma de acordo de vontades da Administração Pública, abrangendo indistintamente acordos judiciais, acordos intragovernamentais e os contratos administrativos em geral. Esta conceituação de consensualidade determina a definição de atuação administrativa consensual como a ação da Administração Pública por meio de acordos em sentido amplo, seja na esfera administrativa ou judicial, seja entre Administração Pública e administrado ou exclusivamente no âmbito do Poder Público.¹⁰⁶

Caracterizada como uma das técnicas de gestão administrativa – via alternativa à atuação imperativa tradicional, não excludente desta – a atuação administrativa consensual é composta, pois, de dois vieses: a) o viés pragmático, relacionado à governança pública e à instrumentalização de seus mecanismos de operacionalização, através do foco na eficiência; e b) o viés cidadão, no qual se busca uma valorização substantiva do diálogo e da participação popular.¹⁰⁷

Quanto ao viés pragmático, mostra-se evidente a preocupação com novas formas de trato da coisa pública, deixando para trás o caráter binário das relações jurídicas (permitido/proibido), numa clara aproximação com as ideias de Norberto Bobbio – através da sua teoria funcional do Direito – no qual este seria um instrumento útil de alcance dos mais variados fins.¹⁰⁸ Obviamente, não se está a endossar a máxima “os fins

¹⁰⁵ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 179.

¹⁰⁶ PALMA, Juliana Benacorsi de. *Op. cit.*, p. 111. Vale ressaltar que a autora ainda divide a atuação administrativa consensual em outros dois sentidos: *amplíssimo* e *restrito*. Todavia, não se adequam ao proposto no presente estudo, pelo qual não vale a pena conceitua-los.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 112. No mesmo sentido: BARREIROS, Lorena. *Op. cit.*, p. 47.

¹⁰⁸ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do Direito. Barueri: Manole, 2007, p. 57.

justificam os meios”, mas sim afirmar que a gestão pública é complexa e rica em variáveis, não podendo a dinâmica da ação estatal se coadunar com um comportamento digno de meados do século passado.

No que se refere especificamente à eficiência, sendo ela um conceito jurídico indeterminado, tal qual interesse público, torna-se necessária a verificação de seu real conteúdo dentro da doutrina nacional, em que se auferem três distintas interpretações: a uma, eficiência como equivalência de “boa administração”; a duas, eficiência como mecanismo de valorização das decisões tomadas pela Administração Pública (conceito mais difundido no país); e a três, eficiência como dever de escolha do meio mais adequado para tomada de decisões eficientes ao caso concreto.¹⁰⁹

Quanto ao viés cidadão, trata-se de consequência natural da crise de legitimidade do poder nas democracias representativas nos dias de hoje, no qual os indivíduos desejam participar mais ativamente das definições de políticas públicas num Estado via de regra ineficiente frente aos direitos e deveres constitucionais estabelecidos, encontrando nas audiências públicas, consultas públicas, intimação do particular (a fim de participar no processo administrativo deliberativo que o envolva), entre outras formas de manifestação correlatas, os mecanismos ideais para tanto.¹¹⁰

Vê-se, portanto, que a atuação consensual do Poder Público guarda íntima relação com o próprio interesse público no chamado constitucionalismo de resultado,¹¹¹ que traz uma forte preocupação com a eficiência e eficácia de seus dispositivos, promovendo, pois, a própria cidadania. Deixa-se para trás o foco no processo de decisão puro e simples (burocracia) para se buscar o melhor resultado da decisão, o qual deverá refletir os valores e princípios constitucionalmente estabelecidos.¹¹²

Ora, distintamente do que se possa aceitar sem maiores indagações, em todas as modalidades preventivas e de composição de conflitos em que se envolva a Administração Pública, no âmbito do Direito Administrativo, jamais se cogita negociar o *interesse público*, mas de negociar *os modos de atingi-lo com maior eficiência*.

É que coexiste, com o interesse público deduzido no conflito, o interesse público, não menos importante, de compô-lo. Esse interesse em dirimir o conflito, e retomar a normalidade nas relações sujeitas à disciplina administrativa, é indubitavelmente da maior importância, tanto na esfera social

¹⁰⁹ PALMA, Juliana Benacorsi de. *op. cit.*, p. 120.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 131.

¹¹¹ Sinônimo de *neoconstitucionalismo* ou *constitucionalismo pós-positivista*. Para tanto, ver: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações...** p. 328

¹¹² *Ibid.*, p. 329.

como na econômica, justificando que sejam encontrados modos alternativos de atendimento ao interesse público envolvido, que não aqueles que deveriam ser unilateralmente aplicados pelo poder [sic] Público.¹¹³

Um das principais formas de promoção da consensualidade na seara administrativa (senão a principal), o processo administrativo aparece como instrumento essencial de uma gestão administrativa contemporânea, preocupada com o conjunto de valores democráticos e republicanos,¹¹⁴ chegando a ser tido por alguns doutrinadores como verdadeiro requisito de validade do ato administrativo,¹¹⁵ uma vez que sua função principal consistiria na garantia dos direitos dos administrados em face da Administração Pública.

Ainda que se admita o princípio da supremacia, o ato consensual pode ser considerado o próprio interesse público, de forma que a atuação administrativa consensual não determina a prevalência do interesse privado em detrimento do interesse público; pelo contrário, segundo esse argumento, a consensualidade corresponderia ao processo de satisfação do interesse público concretizado no acordo administrativo. O ponto está em considerar não apenas o ato administrativo como expressão do interesse público, mas também o acordo firmado entre Administração e administrado no âmbito do processo no qual haja negociação da prerrogativa pública (imperativa). Tendo em vista os possíveis efeitos positivos da consensualidade – como a efetividade da decisão bilateral, a economia de tempo e de custos bem como a maior adequação da solução negociada em relação às particularidades da situação concreta –, é importante que se reconheça o ato consensual como a própria expressão do interesse público.¹¹⁶

Tendo em vista o amplo espectro de interesses e direitos envolvidos na atuação cotidiana da Administração Pública, a mesma deverá promover, na maior medida possível, a interação entre os agentes públicos e àqueles que serão diretamente atingidos pelas decisões que serão tomadas, no qual todos os interesses sejam contemplados, promovendo, pois, o diálogo constante.¹¹⁷ Obviamente que uns ou outros interesses serão episodicamente afastados num juízo de ponderação e razoabilidade; ainda assim, não deixarão de ser avaliados.

¹¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 346.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 332-333. Ver também: PALMA, Juliana Benacorsi de. *Op. cit.*, p. 114 et seq.

¹¹⁵ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 224.

¹¹⁶ PALMA, Juliana Benacorsi de. *op. cit.*, p. 171-172.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 172.

Essa faceta dialógica¹¹⁸ da Administração Pública promove cada vez mais o afastamento de uma atuação *one shot*, estática – em que o ato administrativo reinava absoluto como manifestação estatal e o administrado era limitado à figura de seu mero receptor –, e passa a ressaltar a participação do administrado no processo de formulação da decisão administrativa, pluralizando o debate e conferindo mais legitimidade à atuação administrativa.¹¹⁹

Nesse jaez, pode-se afirmar que na administração dialógica há uma margem de intervenção comunicativa, onde os atores sociais discutem amplamente questões e aspectos que os envolverão – desde cidadãos, passando por entidades do terceiro setor e até outros entes públicos – com o fito de estabelecer as medidas administrativas a serem implementadas pela Administração Pública.¹²⁰

Logo, entre as principais características da Administração Pública Dialógica, pode-se citar: i) empreender uma concepção democrática da função administrativa nos seus mais diversos segmentos; ii) fomentar o emprego da consensualidade no trato das matérias ou questões públicas; iii) destacar a politização do cidadão com vista a participar efetivamente na formação da decisão estatal; e iv) trabalhar relações talhadas, sempre que possível, na reciprocidade comunicativa.¹²¹

Destoando em demasia de todo esse arcabouço democrático e dada a ausência de amparo normativo, as chamadas “pedras de toque do regime jurídico administrativo” são colocadas em xeque nos últimos tempos e definitivamente não podem mais servir (como outrora) como argumento puro e simples para negar a viabilidade de uma postura mais consensual da Administração Pública.

Nesses moldes, não nos parece em nada absurda a afirmação de que, a princípio, não há objeto que não possa ser transacionado no âmbito do direito administrativo, salvo, obviamente, os casos em que expressa previsão normativa assim determine.

Por estar na pauta do dia e pela polêmica que o envolve, vale citar, a título de exemplo, o caso de atos de improbidade administrativa. O §1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8.429/1992) vedava expressamente essa

¹¹⁸ LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **Administração Pública Dialógica**. Curitiba: Juruá, 2013. 500 p.

¹¹⁹ PALMA, Juliana Benacorsi de. *op. cit.*, p. 80 *et seq.*

¹²⁰ LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *op. cit.*, p. 101.

¹²¹ *Ibid.*, p. 102.

possibilidade. Apesar do citado dispositivo ter sido revogado pela Medida Provisória (MP) nº 703/2015, permitindo, assim, que houvesse o acordo de ajustamento de conduta, a mesma perdeu sua vigência em decorrência do prazo de validade ter se esvaído (art. 62, §3º, da CF/88), voltando a valer a regra anterior. Entretanto, em mais uma reviravolta no tema, foi promulgada há poucos dias (24 de dezembro de 2019) a Lei Federal nº 13.964, a qual atribuiu nova redação ao dispositivo em testilha (com *vacatio legis* de trinta dias): “§ 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta lei”.¹²²

A Resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), publicada à época em que a redação da MP estava em vigor, permanece tratando do assunto e permite em seu art. 1º, §2º¹²³ que o Ministério Público firme acordos de ajustamento de conduta com aquele que fora enquadrado em ato de improbidade administrativa.

Em pese haja polêmica e antagonismo acerca do assunto, a modificação legislativa aparentemente não encontra óbice em nenhum dispositivo constitucional, denotando que o Poder Legislativo está, paulatinamente, se despindo das amarras burocráticas outrora engessadoras de condutas mais arrojadas e eficientes.

A celebração de acordo substitutivo encontra-se envolta na discricionariedade administrativa, o que implica afirmar que a atuação imperativa ou a consensual são opções colocadas à disposição da Administração Pública, para escolha dentro da margem de liberdade conferida pelo ordenamento jurídico. Desde que procedimental e devidamente fundamentada, a Administração pode prosseguir o processo sancionador e, comprovada a responsabilidade administrativa, aplicar a sanção ou celebrar acordo substitutivo, mediante consentimento do administrado, após etapa de negociação da prerrogativa sancionatória. Ademais, a celebração de acordo substitutivo também não pode ser considerada um direito oponível pelo particular com o fulcro no princípio da igualdade, pelo fato de cada caso ser notadamente particular em relação a outro.¹²⁴

¹²² BRASIL. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 16 jan. 2020.

¹²³ “§ 2º É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado”. BRASIL. **Resolução n. 179 do Conselho Nacional do Ministério Público, de 26 de julho de 2017**. Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2020.

¹²⁴ PALMA, Juliana Benacorsi de. *Op. cit.*, p. 285.

Nesse sentido, direitos pecuniários, prerrogativas públicas (mesmo a imperativa – da qual é espécie a prerrogativa sancionadora –, dado o seu caráter instrumental), atos de autorização, dentre outros, servem como ótimo exemplo de objetos plenamente transacionáveis pela Administração Pública, ressalvadas as vedações legais ou, ainda, os casos de vinculação administrativa.

Entrando na segunda década do século XXI, no qual as necessidades e exigências sociais não param de aumentar, demanda-se de fato uma postura mais ativa, corajosa e justa por parte dos agentes públicos, encaixando-se com perfeição os instrumentos consensuais de resolução de conflitos.

2. O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ENTRE O PUBLICISMO E O PRIVATISMO

2.1. Breve esboço histórico das ideologias processuais

Não é de hoje o entendimento de que o direito reflete a forma do exercício de poder político em uma dada sociedade. Com o direito processual não fora diferente. Com o fim da Idade Média (séc. XIV), a lenta derrocada do pensamento medieval obscurantista foi dando espaço para a figura do indivíduo e do Estado, numa contraposição ao poder da Igreja e do império romano.¹²⁵

Se o pluralismo moral decorrente da emancipação do ser humano passou a ser uma característica da modernidade, a partir dos pensamentos de Maquiavel e Bodin os conceitos de Estado e soberania são cunhados, no qual a concentração do poder nas mãos do monarca tornar-se-ia fundamental à época na luta contra os vazios de poder deixados pela antiga multiplicidade de instâncias (impérios, reinos, feudos, cidades, corporações etc). No seio da sociedade, a paz, a segurança e a ordem eram mais importantes que a liberdade. O medo da guerra, da desordem e da anarquia favorecia a concentração de poderes nas mãos dos reis¹²⁶.

Inicialmente, o poder do monarca era sustentado em questões divinas, mas o racionalismo cartesiano passa a influenciar sobremaneira diversos aspectos sociais, inclusive o debate político, vindo a ser utilizado para legitimar a posição do rei no chamado despotismo esclarecido, situação na qual a lei material e processual – criada pelo monarca e aplicada cruamente pelo juiz “boca da lei” – passa a ser o padrão objetivo na resolução de conflitos, numa resposta clara às incertezas da sociedade de mercado emergente¹²⁷.

O excesso de leis que intervinham no cotidiano dos súditos, a extensa jurisdição voluntária dos magistrados, a necessidade de prévia aprovação das demandas

¹²⁵ RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e Processo Civil: Negócios Jurídicos Processuais, Flexibilização Procedimental e o Direito à Participação na Construção do Caso Concreto**. Salvador: JusPodivm. 2016, p. 36 *et seq.*

¹²⁶ *Ibid.*, p. 37 *et seq.*

¹²⁷ *Ibid.*, p. 41 *et seq.*

judiciais pelo juiz, a enorme burocracia e os largos poderes instrutórios do julgador foram algumas das características marcantes do processo durante o período absolutista.¹²⁸

Com a crescente ascensão da classe burguesa (fruto da Revolução Industrial) e da interferência exacerbada do Estado Absolutista na vida da população, a insegurança jurídica, a falta de garantias e os valores de liberdade trazidos por Adam Smith e pela Revolução Americana foram alguns dos principais combustíveis para que o povo se insurgisse contra a monarquia, vista como inimiga por cancelar desigualdades de direitos em favor do clero e da nobreza, os quais não pagavam impostos e detinham diversas regalias. Juntamente com os Estados Unidos da América, a França evoca sua própria revolução e promove uma quebra de paradigmas. É o nascimento, pois, do Estado Liberal Clássico.¹²⁹

O constitucionalismo – e as constituições americana (1787) e francesa (1793), frutos dessa corrente de pensamento – passa, então, a limitar os poderes do governante, organizar a estrutura do Estado e, ao mesmo tempo, garantir expressamente direitos e liberdades individuais, o que nunca havia ocorrido até então. Trata-se do Estado de Direito (Estado legislativo), o qual foi moldado pelo Estado Liberal e pelo conjunto de ideias defendidos pela burguesia, notadamente a iniciativa privada e a segurança da propriedade.¹³⁰

O processo civil europeu e latino-americano passa, então, a ser diretamente influenciado por essa série de valores liberais,¹³¹ situação que enseja uma mudança substancial em suas características ao longo do século XIX, conferindo às próprias partes litigantes o controle da iniciativa e do ritmo processuais, numa notória aproximação ao individualismo enquanto controvérsia entre autônomos.¹³² Saliente-se que essa postura processual era adotada não só na França, mas em praticamente toda a Europa continental, o que incluía a Itália e a Alemanha, que passavam pelo processo de unificação ao longo daquele século.¹³³

¹²⁸ RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e Processo Civil: Negócios Jurídicos Processuais, Flexibilização Procedimental e o Direito à Participação na Construção do Caso Concreto**. Salvador: JusPodivm. 2016, p. 45 *et seq.*

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ *Ibid.*, p. 56 *et seq.*

¹³¹ PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao direito processual: a doutrina garantista do processo brasileiro**. Tirant lo blanch. 2020, no prelo, p. 36.

¹³² RAATZ, Igor. *op. cit.*, p. 59-60.

¹³³ *Ibid.*, p. 61-62.

Aos litigantes cabia dar o primeiro passo e marcar – todo – o compasso. Às partes competia apresentar os enunciados de fato e de direito (*thema decidendum*), aportar os meios de prova (*thema probandum*) e impulsionar o desenvolvimento do procedimento. Já o julgador, que sequer tinha contato com a produção probatória, estava adscrito ao julgamento (em apreciar todo o material reduzido a termo); um rele espectador do drama judiciário. Em geral, as irregularidades formais não podiam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, restando subordinadas à provocação do interessado. O juiz não era munido de poderes espontâneos; donas do objeto do processo, as partes ainda retinham domínio sobre ele próprio.¹³⁴

Especificando algumas das mudanças estabelecidas no processo civil, as quais corroboravam a ideologia liberal-burguesa, tem-se: i) a admissão da demanda não necessitava de aprovação pelo juiz, sendo verdadeiro domínio do particular, em que a vontade do cidadão em iniciar um processo reinava (princípio da oportunidade); ii) a tutela jurisdicional era um serviço feito pelo Estado aos cidadãos, e qualquer particular encontrava proteção de seus direitos alegados; iii) o juiz não detinha o chamado poder de espontaneidade, típico da época absolutista, de maneira que era vedado ao mesmo agir de ofício no decorrer do iter processual ou mesmo a colaboração na fixação da prova pelas partes; iv) as próprias partes é que dispunham do processo, podendo, inclusive, prolongá-lo indefinidamente quando da fase instrutória; v) a figura do juiz era similar à de um árbitro, limitando-se a assegurar as regras do embate, sendo um ser absolutamente passivo (e, conseqüentemente, neutro) mesmo na condução formal do processo; vi) a passividade do juiz era traduzida na sentença, imperando o princípio da congruência.¹³⁵

Essa passividade, característica dos juízes da época, refletia um processo eminentemente privatista (contratualista), como numa extensão das relações particulares, em que as decisões judiciais apenas diziam a lei, sendo um elemento em comum tanto no Estado Absolutista quanto no Estado Liberal, diferenciando-se apenas no que se refere ao elemento legitimador: a lei do soberano e a lei do Parlamento, respectivamente. Foi nesse sentido, pois, que o Estado Liberal acabou sendo o berço do positivismo-exegético.¹³⁶

Sem conseguir satisfazer as exigências de liberdade e igualdade descritas na lei – o que acabou culminando com diversos conflitos entre os burgueses e as classes menos abastadas e mais populosas –, o Estado Liberal paulatinamente perde sua força em detrimento do fortalecimento de um modelo que buscava ativamente (*facere*) um padrão

¹³⁴ PEREIRA, Mateus Costa. *op. cit.*, p. 36-37.

¹³⁵ RAATZ, Igor. *op. cit.*, p. 62-65.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 66-67.

de vida igualitário e digno para todos os seus cidadãos, deslocando o foco da atenção da esfera legislativa para a executiva: o Estado Social.¹³⁷

Paralelamente, o direito processual vai se desvencilhando do direito material e ganhando autonomia como ramo específico do direito. Partindo da premissa de que a relação jurídica processual é independente e pública (por envolver o Estado-juiz), o alemão Oskar von Bülow foi considerado como o grande responsável por essa guinada do processo como ramo autônomo do direito,¹³⁸ no qual a sua regulamentação estaria rigidamente prevista na lei, não havendo possibilidade das partes modificarem, pela sua própria vontade, o procedimento.¹³⁹ “Enquanto franceses e italianos se preocupavam em comentar seus códigos, os alemães se dedicaram à construção das bases científicas à sua codificação processual”.¹⁴⁰ Eis que muito bem construída, a tese rapidamente se popularizou por toda a Europa.

Somente com a ênfase emprestada aos fins sociais do processo civil, verificada na passagem do século XIX para o século XX, altera-se de modo decisivo o foco de atenção para a importância pública do fenômeno processual, e começam a aparecer os primeiros reflexos concretos de novos estudos propugnando a renovação do método científico e um enfoque mais afim com a idéia de soberania estatal.¹⁴¹

Um dos grandes influenciadores dessa ideologia processual – processo como instrumento de superação das desigualdades sociais, dissociado da lógica liberal – foi Franz Klein, o qual teve suas ideias utilizadas para aprovação do Código de Processo Civil austríaco (o ZPC – *Zivilprozessordnung*, de 1895) e de diversos outros diplomas no mundo ocidental. Para Klein, o processo seria como uma instituição estatal de bem estar social que deveria proporcionar à sociedade uma jurisdição célere, o que somente poderia ser alcançado no âmbito de uma técnica procedimental embasada no protagonismo decisório.¹⁴²

¹³⁷ RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e Processo Civil: Negócios Jurídicos Processuais, Flexibilização Procedimental e o Direito à Participação na Construção do Caso Concreto**. Salvador: JusPodivm. 2016, p. 69-71.

¹³⁸ PEREIRA, Mateus Costa. *op. cit.*, p. 38. No mesmo sentido: MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: RT, 2009, p. 32; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, p. 277.

¹³⁹ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 109-110.

¹⁴⁰ PEREIRA, Mateus Costa. *op. cit.*, p. 39.

¹⁴¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 48.

¹⁴² ANDRADE, Francisco Rabelo Andrade de; FARIA, Guilherme Henrique Lage. O modelo social de processo: conjecturas sobre suas origens, desenvolvimento e crise frente ao novo paradigma do estado

Em que pese a positivação de um sem número de direitos sociais nos ordenamentos jurídicos da época – da qual são referência a Constituição Mexicana (1917) e a Constituição de Weimar (1919) – o Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) não alterou os elementos essenciais do capitalismo. Muito pelo contrário. Esse conjunto de direitos obrigacionais por parte do Estado serviu como mera mercadoria retórica para reduzir o campo de atuação de setores revolucionários¹⁴³. Gradualmente, o Estado foi se dilatando e se colocando numa posição de superioridade frente aos indivíduos, com atitudes assistencialistas e paternalistas, em que os mesmos seriam meros clientes destituídos de obrigações e de capacidade participativa.¹⁴⁴

Por óbvio, as condições políticas e sociais trazidas pelo Estado do Bem-Estar Social desaguarão não só no direito constitucional, mencionado alhures, mas também nos outros ramos do direito, aí incluso o direito processual (como ocorrera outrora), reforçando demasiadamente a visão do processo como exercício de uma função eminentemente pública à disposição do povo como instrumento de justiça social.¹⁴⁵

Ainda hoje a processualística teima em perceber que, conquanto sociais, os avanços não foram democráticos. Que os excessos causados pela reviravolta no modelo processual (de escrito para oral; de privado para público) foram originados pelo «vírus autoritário» – expressão de Correia de Mendonça – carreado pelo advento da «modernidade» do processo. Que a ideologia em sentido estrito foi camuflada pela ideologia em sentido amplo (universalização do modelo). [...]

A exacerbação do viés público forjou a concepção do processo como «instrumento da jurisdição»; por suposto, ferramenta predisposta (pelo Estado) à resolução de conflitos por meio da tutela do direito objetivo. Sendo inegável que o projeto instrumentalista se esboça no pensamento de Büllow, seus contornos definitivos se devem ao gênio de Franz Klein, responsável pelo que foi chamado de «formalismo processual» moderno.¹⁴⁶

A publicização do processo¹⁴⁷ passa a ser praticamente um dogma, com todas as consequências (danosas) daí advindas,¹⁴⁸ a exemplo do significativo aumento dos

democrático de direito. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 23, 2014, João Pessoa/PB. **Anais...** João Pessoa/PB: CONPEDI, 5 a 8 de novembro de 2014. p. 292-322. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c59115e88a6dbe2f>>. Acesso em: 18 out. 2019.

¹⁴³ RAATZ, Igor. *op. cit.*, p. 72 *et seq.*

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 74-75.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 77.

¹⁴⁶ PEREIRA, Mateus Costa. *op. cit.*, p. 48.

¹⁴⁷ Também chamada de *socialização processual*. Nesse sentido: FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: JusPodivm, 2016, p.129 *et seq.*

¹⁴⁸ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Liberdade, autonomia e convenções processuais*. In: **Negócios processuais. Tomo II**. Antônio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira (coord.). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 24-26.

poderes do magistrado; da nova visão do direito de ação, o qual passava a ser visto como direito público exercido contra o Estado; e da nova concepção sobre o que seria o processo, designado como uma sucessão de atos concatenados objetivando fins eminentemente públicos, sendo as partes meros “‘provocadores’ da jurisdição inerte”.¹⁴⁹

Antônio do Passo Cabral, numa visão voltada ao tratamento da temática que se apresenta no presente estudo, sintetiza, à sua maneira, as principais características dessa publicização, a saber:¹⁵⁰

(a) o Estado almejava implantar, pelo processo, *escopos públicos*, que se *sobrepõem* aos interesses privados das partes e que levariam à *aplicação imperativa da regra legislada*, considerada a lei a *única fonte da norma processual*;

(b) a concepção de que as *normas processuais seriam todas de ordem pública*, e portanto *cogentes, estabelecidas no interesse público e inderrogáveis* pela vontade das partes; a vontade dos litigantes não poderia interferir decisivamente no trâmite do procedimento de maneira diversa daquela prevista na norma legal;

(c) rejeição do processo como “coisa das partes” e a *inflação dos poderes oficiosos do juiz*, inclusive e sobretudo na condução do procedimento; o Estado-juiz passou a ser a personagem central da relação jurídica processual.

No Brasil, o estabelecimento de um processo com ranço autoritário e como algo pertencente ao direito público veio ao cabo do pensamento europeu,¹⁵¹ principalmente nas ideias de Giuseppe Chiovenda (CPC/1939)¹⁵² e de Enrico Túlio Liebman (CPC/1973),¹⁵³ o que é facilmente identificado na Exposição de Motivos dos mencionados Códigos.¹⁵⁴

Contudo, a partir da década de 1970, o modelo de socialização característico do Estado de Bem-Estar Social entra em crise no mundo, visto que os Estados não conseguiam satisfazer uma quantidade tão grande de direitos positivados nas ordens

¹⁴⁹ CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 115 *et seq.*

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 117.

¹⁵¹ TOSCAN, Anissara. *Convenção processual mitigatória de preclusão. In: Negócios processuais. Tomo II.* Antônio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira (coord.). Salvador: Juspodivm, 2020, p. 395-398.

¹⁵² O próprio regime ditatorial adotado no Estado Novo de Getúlio Vargas, com nítida vocação totalitária, populista e paternalista, influenciou sobremaneira a adoção de um Código de Processo Civil que i) buscava o reforço do papel do Estado e ii) unificado, em detrimento de dos códigos estaduais. A restauração da autoridade do processo era o objetivo. Nesse sentido: FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios processuais...*, p. 174 *et seq.*

¹⁵³ No CPC/1973, havia norma que exigia homologação judicial de laudo arbitral, a fim de que o mesmo contivesse os mesmos efeitos de uma sentença judiciária. Nesse sentido: CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 126.

¹⁵⁴ Nesse sentido: CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 125-126; e FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios processuais...*, p. 173 *et seq.*

jurídicas internas. O procedimentalismo, de Jüngen Habermas, é apresentado como um terceiro paradigma do direito, o qual se apresentava como uma fuga do pêndulo privado-público ou mesmo uma complementaridade entre os mesmos, demonstrando substancialmente uma compreensão procedimental do Direito.¹⁵⁵

No Brasil, o declínio do regime militar, a redemocratização e a promulgação de uma nova Constituição – que traduziu um conjunto de valores contemporâneos e, pois, plurais – trouxeram uma nova visão dos fenômenos jurídicos (aí incluso, obviamente e como não poderia deixar de ser, o direito processual), visão essa que será devidamente explanada no próximo item.

2.2 A Constituição Federal de 1988 como contraponto ao maniqueísmo ideológico processual

Pelo esboço histórico trazido no item anterior, viu-se que a evolução da figura do Estado e do direito no ocidente, durante aproximadamente os últimos mil anos, caminhou no sentido de contrapor ideologias existentes que, aos poucos, se mostraram frágeis na prática. Em que pese as mudanças tenham sido efetivamente lentas, denota-se, no cotejo entre elas, que o dualismo sempre foi uma característica marcante, no qual uma nova teoria/ideologia era criada opondo-se à outra, numa relação binária.

Malgrado reconheça-se algum valor nessa postura maniqueísta – a exemplo da própria emancipação do direito processual como ramo jurídico –, essa visão dual encobre um raciocínio raso, promove isolamento e ausência de diálogos construtivos, e revela, a bem da verdade, preferências do espírito humano.¹⁵⁶

Modelos duais costumam incorrer em simplificações. Não só. Também em artificialismos. Conquanto não se sugira o abandono deles, pois seu contato inicial pode ter utilidade pedagógica, há modelos mais simplificadores que outros, os quais longe de contribuir, inibem a futura compreensão do tema. No âmbito processual é o que sucede quando se contrapõe «privatismo x publicismo», «verdade real x verdade formal» ou «questão de fato x questão de direito», para ficarmos com alguns exemplos marcantes. Além dessas contraposições não favorecerem a compreensão de diferentes posturas teóricas da processualística, são remissivas a maniqueísmo digno de repulsa, obnubilando a seriedade dos debates.¹⁵⁷

¹⁵⁵ FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais...**, p. 177 *et seq.*

¹⁵⁶ PEREIRA, Mateus Costa. *op. cit.*, p. 13. No mesmo sentido: SALDANHA, Nelson Nogueira. Do maniqueísmo à tipologia: observações sobre atitudes metodológicas e ideológicas no pensamento social moderno. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 28, n. 23-25, 1982. Disponível em: <<https://bit.ly/2DTxkUy>>. Acesso em: 20. fev. 2016.

¹⁵⁷ *Ibid.*

No decorrer do século passado esse maniqueísmo foi evidenciado em diversos momentos, dos quais podemos citar, apenas a título de ilustração, a Guerra Fria entre Estados Unidos (capitalismo) e União Soviética (socialismo) pelo modelo político-econômico ideal, bem como a natureza do processo, o qual passou de característica privatista a ser eminentemente público.

Todavia, no fim do século XX essas dualidades vão perdendo força em razão de um conjunto de fatores, entre os quais: i) o fim da própria Guerra Fria, representada pela queda do Muro de Berlim, em 1989; ii) a extinção de regimes autoritários em diversos países, como Portugal, Espanha, Itália e outros na América Latina, incluso o Brasil; iii) o declínio das metanarrativas e das certezas objetivas; iv) o avanço da tecnologia e da internet; v) o individualismo e fluidez das relações interpessoais,¹⁵⁸ entre outros.

A abertura democrática a partir de 1985 e a promulgação da Constituição Federal de 1988 – após amplos debates realizados pelas mais diversas frentes na Assembleia Nacional Constituinte (de indígenas aos próprios militares), tiveram um papel assaz importante nesse sentido, eis que representaram e positivaram inúmeros valores eminentemente plurais e democráticos. A instituição do Estado Democrático de Direito no Brasil veio, pois, no intuito de superar os chamados Estado Liberal e Estado Social.¹⁵⁹ Nas palavras de Igor Raatz,¹⁶⁰

(...) o Estado Democrático de Direito se contrapõe à relação pendular entre o privado e o público presente na contraposição entre Estado Liberal e Estado Social. Na verdade, busca-se um equilíbrio entre autonomia privada e autonomia pública, o que já significa pensar o espaço público numa dimensão democrática.

Na mesma medida, o pós-positivismo – que tem entre suas características a força normativa da Constituição, a filtragem constitucional, a emancipação dos princípios à categoria de normas jurídicas, a reaproximação entre direito, moral, filosofia e política etc – fez com que houvesse um enfraquecimento da ideia dos ramos jurídicos,

¹⁵⁸ A soma dos itens iii, iv e v, entre outras características pontuais, poderia ser traduzida naquilo que o sociólogo polonês Zygmunt Bauman denominou de *modernidade líquida*. Nesse sentido: BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.*

¹⁵⁹ RAATZ, Igor. *op. cit.*, p. 86.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 88.

oportunidade em que essas relações dicotômicas mostraram-se sobremaneira superficiais.¹⁶¹

Com essa nova maneira de pensar os fenômenos jurídicos, bem como com o advento da Constituição Cidadã refletindo esses valores, superou-se a limitação do conceito de democracia a uma concepção meramente formal, de obediência ao sufrágio universal. O mesmo passou a abarcar também uma acepção material, compreendendo uma dimensão valorativa e substancial da norma aprovada por aqueles que são os legitimados pelas regras do jogo democrático.

Corroborando esse raciocínio, Dalton Santos Morais afirma que¹⁶²

a democracia atualmente desejada, portanto, é uma democracia constitucional, pluralista e tolerante em que, por meio dos direitos fundamentais declarados para todos os indivíduos e organizações que compõem a sociedade, assegura-se uma “democracia de direitos” que impede o esquecimento de lembranças históricas nem tão distantes de que “apesar do seu caráter fluido e aberto, a democracia (meramente representativa), paradoxalmente, traz em seu bojo a potencialidade de determinação social, da identificação do povo com o ‘povo uno’, o fantasma totalitário, o perigo de seu contrário”.

Nessa toada, a democracia contemporânea deve compreender e estimular mecanismos de participação popular, deixando de ser uma democracia representativa de identificação – o que torna o cidadão em mero objeto do poder político – para ser uma democracia representativa de apropriação, na qual a sociedade participa ativamente do debate público nas mais diferentes esferas do poder estatal, desde a implementação de políticas públicas ao debate junto aos Tribunais, naquilo que Peter Häberle chama de “sociedade aberta aos intérpretes da Constituição”.¹⁶³⁻¹⁶⁴

Na conjugação de uma democracia participativa (de apropriação) com uma democracia material, a sociedade avança para uma concepção mais igualitária e justa, desenvolvendo-se a fim de alcançar os objetivos fundamentais da república previstos na

¹⁶¹ RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e Processo Civil: Negócios Jurídicos Processuais, Flexibilização Procedimental e o Direito à Participação na Construção do Caso Concreto**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 109-110.

¹⁶² MORAIS, Dalton Santos. *Democracia e Direitos Fundamentais: propostas para uma jurisdição constitucional democrática*. In: **Supremo Tribunal Federal: entre a soberania popular e o contramajoritarismo?** FALLET, André; Novelino, Marcelo (org.). Salvador: JusPodivm, 2014, p. 162-163.

¹⁶³ RAATZ, Igor. *op. cit.*, p. 90.

¹⁶⁴ Para tanto, ver: HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

Constituição (art. 3º, CF/88). Esse desenvolvimento inevitavelmente deságua num aumento da autonomia política, financeira, moral e intelectual daquela dada sociedade, traduzindo-se, assim, em liberdade.¹⁶⁵

Enquanto na doutrina liberal clássica o termo liberdade traduzia-se como amplitude de ação, um não impedimento por parte do Estado, a doutrina social acabou por sufocá-lo em prol da igualdade e da justiça social. Buscando uma adequação a essa visão binária, a doutrina democrática estabelece a liberdade como autonomia, uma vontade livre que se autodetermina, devendo o Estado buscar um equilíbrio entre liberdades positivas e negativas, entre o domínio público e o domínio privado.¹⁶⁶

Essa visão de liberdade como autonomia decisória substancial estabelecida pela doutrina democrática, somada ao conjunto de características trazidas pelo pós-positivismo, acaba rebatendo no processo civil, questionando a posição cômoda e estática de ramo do direito público. Igualmente, a positivação de valores processuais na Constituição Federal de 1988 consolidou “o processo como garantia constitucional do povo, através da consagração de princípios de direito processual que se implementam por intermédio da observância das garantias processuais-constitucionais”.¹⁶⁷

Essa mescla entre a constitucionalização de normas processuais e de filtragem constitucional traduz-se naquilo que a doutrina denomina de processo civil constitucional ou neoprocessualismo,¹⁶⁸ o qual reflete os valores democráticos previstos na Constituição. Logo, a Constituição e seus valores são vistos como condição e fim para aplicação da norma processual. Nos dizeres de Raatz, “[a] Constituição ordena e disciplina o direito processual, bem como é condição de possibilidade da interpretação das normas processuais.”¹⁶⁹

Em sentido próximo, Cassio Scarpinella Bueno trata sobre o tema:

Estudar o direito processual civil *na e da* Constituição, contudo, não pode ser entendido como algo *passivo*, que se limita à identificação de que determinados assuntos respeitantes ao direito processual civil são previstos e regulamentados naquela Carta. Muito mais do que isso, a importância da aceitação daquela proposta metodológica mostra toda sua plenitude no sentido

¹⁶⁵ Nesse sentido: SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

¹⁶⁶ RAATZ, Igor. *op. cit.*, p. 95 *et seq.*

¹⁶⁷ FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais...**, p. 201-202.

¹⁶⁸ Expressão utilizada por Fredie Didier Jr. Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie. Teoria do processo e Teoria dos direitos: o neoprocessualismo. *In*: DIDIER JR., Fredie. (Org.) **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2010b, v. 2.

¹⁶⁹ RAATZ, Igor. *op. cit.*, p. 123-124.

*ativo de aplicar as diretrizes constitucionais na construção do direito processual civil, realizando pelo e no processo, isto é, pelo e no exercício da função jurisdicional, os misteres constitucionais reservados para o Estado brasileiro, de acordo com o seu modelo político, e para seus cidadãos.*¹⁷⁰

Logo, não se trata apenas de identificar determinados direitos e garantias processuais previstos na Carta Republicana como importantes e que deveriam, pois, ser protegidos, a exemplo do direito de ação, do devido processo legal ou da duração razoável do processo; deve-se ir muito mais além, abarcando o complexo de poderes atribuídos às partes quando da promoção da demanda, no desenvolvimento do processo e na formação da decisão judicial, com a realização do direito material no caso concreto.

Em razão desse conjunto de fatores – que avança desde os elementos políticos e históricos, ao conceito de democracia contemporânea, de liberdade democrática, de pós-positivismo, de processo civil na e da Constituição (o chamado processo civil constitucional) – o direito processual civil vai se desgarrando da petrificada noção de ramo do direito público, o qual embasou o raciocínio jurídico quando da aprovação dos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973 (modelo inquisitorial de processo), e volta a dialogar com o modelo adversarial ou dispositivo de processo, derivado do privatismo processual, advindo daí diversas consequências.

Enquanto a natureza inquisitorial preponderava nos Códigos anteriores, o processo civil democrático e contemporâneo passa a ser qualificado como misto ou cooperativo, encontrando no novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) sua fiel representação. Em sentido diverso, a partir de outros fundamentos filosóficos e históricos, mas também em crítica ao dualismo anterior, fala-se em um modelo garantista, o qual será tratado no presente estudo oportunamente.

A Carta Republicana de 1988 teve – e continua tendo – papel de protagonismo na construção dessa nova imagem do direito processual, irradiando valores fundamentais quando da elaboração e aprovação da norma, bem como na sua interpretação e execução,

¹⁷⁰ SCARPINELLA BUENO, Cássio. O modelo constitucional do direito processual civil: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. *In*: JAYME, Fernando Gonzaga. FARIA, Juliana Cordeiro de. LAUAR, Maira Terra (coord.). **Processo civil – Novas tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 157-166. Disponível na Internet: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/016.pdf>>. Acesso em: 11 de ago. 2019.

superando aquele arraigado maniqueísmo ideológico entre publicismo e privatismo processuais, ou modelo inquisitivo e dispositivo de processo, respectivamente.¹⁷¹

Se o pós-positivismo (e a filtragem constitucional, mais especificamente) afetou incisivamente o direito processual civil, o qual era outrora rigidamente qualificado como ramo do direito público, o mesmo ocorreu com o direito privado, antes alicerçado eminentemente em aspectos patrimoniais (sobretudo o Código Civil de 1916). Nesses moldes, os institutos jurídicos privados também passaram por uma releitura e um abrandamento de suas características, “publicizando-se”.

Isso pode ser visto de maneira clara quando tratamos, por exemplo, da autonomia privada:

A autonomia privada – que no direito civil estava alicerçada na noção de negócio jurídico – também foi sendo gradualmente reduzida, sem que tenha desaparecido. Com a constitucionalização do direito civil seus institutos funcionalizaram-se, abandonando-se o seu caráter individualista e patrimonialista. *No processo, porém, a socialização e a publicização praticamente sufocaram a autonomia privada – isso talvez tenha se dado em razão do reconhecimento de que o processo fosse um ramo do direito público.* Hoje, todavia, os caminhos da constitucionalização do direito privado e do direito processual civil se entrecruzam, até porque assim como a unidade do direito privado está na Constituição, também nela está a unidade do fenômeno jurídico. Daí que os dois ramos do direito passam a partilhar de elementos comuns, como, por exemplo, o devido processo legal, o qual, na perspectiva, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tem sido convocado a regular relações entre os particulares. Do mesmo modo, o princípio da autonomia privada, tão caro ao direito civil, passa a ganhar maior expressão no processo civil, como corolário do princípio geral da liberdade, constitucionalmente reconhecido no direito brasileiro.¹⁷²

A cooriginalidade da autonomia privada e da autonomia pública, na qual ambas “surtem” da Constituição, autoriza que os interessados possam não só participar da formação da decisão judicial, influenciando o juízo com argumentos e provas, mas também do próprio procedimento, devendo o processo ser visto hodiernamente como espaço democrático.¹⁷³

Além de existir um direito fundamental à decisões fundamentadas (art. 93, IX, CF/88), há um direito (também de índole fundamental) a uma resposta correta por parte do Estado-juiz, devendo esta ser entendida como a melhor resposta possível.¹⁷⁴

¹⁷¹ RAATZ, Igor. *Ibid.*, p. 124-125.

¹⁷² *Ibid.*, p. 126-127.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 97-98.

¹⁷⁴ Para tanto, ver STRECK, Lenio. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Entretanto, esse dever imposto ao julgador deve vir no bojo de um processo que permita às partes um debate amplo e franco sobre o direito material, em que, para isso, as mesmas possam colaborar efetivamente com a construção da decisão e do procedimento ao lado do magistrado.¹⁷⁵

Essa espécie de conciliação das características inquisitivas e dispositivas é que tem fomentado a ideia do processo como comunidade de trabalho entre juiz e as partes,¹⁷⁶ chamado de “processo cooperativo” e positivado no art. 6º do Novo Código de Processo Civil.¹⁷⁷

Deve, assim, ser abandonado aquela visão estática do objeto litigioso, aquele “modo clássico de distribuição do papel das partes e do juiz segundo o qual àquelas cabem os fatos e a esse o direito”,¹⁷⁸ o que será melhor explanado no próximo item dessa dissertação.

2.3 O princípio¹⁷⁹ da cooperação como norma fundamental do processo civil

Na tentativa de superar o pensamento tradicional e dualista dos modelos inquisitivo e dispositivo, bem como imbuída pelo conjunto de valores democráticos consagrados na Constituição Federal de 1988, a doutrina pátria, seguindo os passos da alienígena (sobretudo alemã, francesa e portuguesa), passa a defender a existência de uma cooperação intersubjetiva no processo civil, na qual partes e juiz devem colaborar para que se alcance o melhor resultado no caso posto sob análise perante o Poder Judiciário.¹⁸⁰

¹⁷⁵ RAATZ, Igor. *op. cit.*, p. 100 *et seq.*

¹⁷⁶ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 371-385.

¹⁷⁷ RAATZ, Igor. *op. cit.*, p. 102 *et seq.* Raatz faz menção, ainda, à José Carlos Barbosa Moreira, aduzindo que este doutrinador trouxe, ainda que indiretamente, interessantes trabalhos que trouxeram para o debate essas características colaborativas dentro do processo em alguns de seus ensaios ao longo das décadas de 80 e 90.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 107-108.

¹⁷⁹ Sobre a natureza jurídica da cooperação processual, há interessante debate travado pelos doutrinadores Lênio Streck e Daniel Mitidiero. Para tanto, ver: STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.*; MITIDIERO, Daniel Francisco. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lênio Streck. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 194, ano 36, abr./2011, p. 57-64; STRECK, Lenio Luiz. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “Colaboração no processo civil” é um princípio? **Revista de Processo**, São Paulo, n. 213, nov/2012, p. 14-29. Entendendo que se trata de um dever, não um princípio: BRETAS, Ronaldo. Que é cooperação processual? **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, abr./jun. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2Jcc8g3>>. Acesso em: 18 jan. 2020.

¹⁸⁰ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *op. cit.*, p. 47 *et seq.*

Ora, cooperar significa operar em conjunto, trabalhar simultaneamente, colaborar, auxiliar.¹⁸¹ Logo, a cooperação intersubjetiva no processo é a necessidade de todos os atores processuais (partes, juiz e mandatários judiciais) atuarem com afincamento visando à justa composição do litígio, com brevidade e eficácia.¹⁸²

Assim, no processo civil constitucional não haveria mais espaço para um sistema processual centrado apenas nas partes ou no juiz, devendo as obrigações, ônus e responsabilidades serem divididas equitativamente entre todos os atores processuais a fim de que essa interação nos atos do procedimento seja contínua e cooperativa, afastando o protagonismo judicial de outrora. Trata-se de uma releitura atualizada e ordenada do princípio do contraditório,¹⁸³ chamada por alguns de policentrismo processual, fruto do princípio da cooperação.¹⁸⁴

Se o processo deve ser visto como uma comunidade de trabalho em que todos os sujeitos processuais hão de colaborar para obtenção, em tempo razoável, de decisão de mérito justa e efetiva, revela-se natural que, nesse contexto, às partes se reserve um espaço também para dispor sobre aspectos do processo no bojo do qual o conflito será solucionado. Essa atividade põe em evidência a tensão entre o exercício do poder estatal e a liberdade individual, assumindo o princípio da cooperação um papel fundamental na harmonização dessa tensão.¹⁸⁵

Nesse sentido, o princípio da cooperação deve ser analisado sob duas acepções: a primeira, que trata do dever das partes de cooperar com o juiz ou o tribunal; e a segunda, que trata de o juiz ou tribunal cooperar com as partes,¹⁸⁶ como numa espécie de sistema circular, retroalimentando-se.

No que se refere à primeira acepção, poderíamos destacar a necessidade de as partes agirem com boa-fé processual (subjetiva e objetiva) e todas suas consequências

¹⁸¹ MICHAELIS. Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/cooperar/>>. Acesso em: 10 set. 2019. Vale registrar que não vislumbramos diferenciação entre os vocábulos cooperação e colaboração. Inclusive, os termos em questão são tomados em sinonímia no Dicionário Michaelis, conforme demonstrado. Todavia, registramos a preocupação técnica de Sérgio Torres Teixeira em distinguir a colaboração (alcança a todos) da cooperação (apenas as partes), com variação de deveres (alcance).

¹⁸² GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. In: **Revista de Processo**, vol. 172, jun/2009, p. 35.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 32.

¹⁸⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 74 *et seq.*

¹⁸⁵ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *op. cit.*, p. 192.

¹⁸⁶ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função... *op. cit.*, p. 33.

práticas, como evitar atitudes que possam incidir em litigância de má-fé, ato atentatório à dignidade da jurisdição ou mesmo o abuso do direito.¹⁸⁷ Já quanto ao dever do juiz de colaborar com as partes, há profícua doutrina portuguesa que orienta sua seção em outras quatro partes: dever de esclarecimento, dever de prevenção, dever de consulta e dever de auxílio às partes.¹⁸⁸

Apesar de o Código de Processo Civil de 1973 ser tido como um diploma ora inquisitivo, ora dispositivo,¹⁸⁹ bem como por não dispor dessas características marcadamente cooperativas, ao se fazer uma atenta releitura verifica-se algumas dessas nuances incipientes em seu interior, entre as quais aquelas previstas no art. 130 (produção de provas pelo juiz), no art. 131 (julgamento pelo princípio do livre convencimento motivado), no art. 339 (dever de todos colaborarem com o Judiciário para a descoberta da verdade), e nos arts. 340, inciso I, e 342 (oitiva das partes pelo juiz para que forneçam esclarecimentos sobre a matéria de fato ou de direito), apenas a título de exemplo.¹⁹⁰

Todavia, foi no art. 6º do novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei n. 13.105/2015) que o princípio da cooperação ganhou efetivo destaque, sendo positivado e alçado à categoria de norma fundamental do processo civil,¹⁹¹ numa notória aproximação com o direito processual português, o qual já continha dispositivo tratando sobre o tema (art. 266º do Código lusitano de 1961, aprovado pelo Decreto-Lei nº 44.129, de 28 de dezembro de 1961), mas que foi devidamente oxigenado através de uma reforma processual,¹⁹² estando atualmente consagrado do novo CPC português (2013), notadamente nos artigos 7º e 8º.¹⁹³

¹⁸⁷ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. In: **Revista de Processo**, vol. 172, jun/2009, p. 32.

¹⁸⁸ Para tanto, ver: GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Cognição... op. cit.*, p. 47 *et seq.*

¹⁸⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa. Processo não pode sufocar os direitos que nele são discutidos. **Revista Consultor Jurídico**, 26 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-26/opiniao-processo-nao-sufocar-direitos-nele-sao-discutidos>>. Acesso em 28 ago. 2019.

¹⁹⁰ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *A função... op. cit.*, p. 33.

¹⁹¹ “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil.

¹⁹² “Art. 6º da Lei n. 33/1995: As alterações à lei processual deverão consagrar o dever de cooperação para descoberta da verdade, a par da necessidade de uma adequada ponderação, em termos de proporcionalidade, eticamente fundada, entre o direito à reserva da intimidade da vida privada e a obtenção da verdade material e os direitos e interesses da contraparte [...]”. PORTUGAL. **Lei nº 33/1995, de 18 de agosto**. Autoriza o Governo a rever o Código de Processo Civil. Diário da República, Lisboa, 18 ago. 1995, I Série-A n. 190, p. 5172.

¹⁹³ “Art.º 7º. Princípio da cooperação.

Sob os auspícios do modelo cooperativo de processo, o sistema passou a conferir mais credibilidade à boa-fé e ao consenso, atenuando o Poder Judiciário suas características de órgão julgador e passando a se apresentar como instância de resolução de conflitos. Perdem espaço a imposição do magistrado, a decisão terminativa, a decisão surpresa, o protagonismo judicial, a irresponsabilidade dos atores processuais. Ganham relevância a composição, a boa-fé, a decisão de mérito, o contraditório, a responsabilidade processual.

Essa correlação entre o princípio da cooperação e outros já consagrados pela doutrina pátria e positivados na CF/88 fica muito clara na observação feita por Gouveia:

Não podemos deixar de reconhecer a estreita ligação do princípio da cooperação com os princípios do devido processo legal, da boa-fé e do contraditório. O diálogo passa a ser estabelecido entre juiz e partes e o contraditório passa a envolver o direito de as partes influenciarem diretamente no processo decisório, podendo interferir e condicionar de forma eficaz a atuação dos demais sujeitos do processo. Não é qualquer decisão que “ponha fim ao conflito” que serve. Somente a decisão fruto do devido processo legal, no qual predomina a boa-fé, onde juiz e partes tenham tido a oportunidade de dialogar, interferindo estas no seu resultado final, estará legitimada pelo procedimento, para usar uma expressão de Luhmann. Não interessa ao sistema que qualquer decisão seja tomada, mas que o caso concreto seja decidido em um processo que permita a atuação e a participação direta de todos os seus agentes.¹⁹⁴

Ao garantir que as partes possam influenciar – com mais ênfase e numa frequência maior – as decisões proferidas pelo juiz, flexibilizando questões e posturas processuais outrora estanques, o modelo cooperativo mostra-se como aquele que confere

1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º.

4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.

Artigo 8.º. Dever de boa-fé processual

As partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior.”. PORTUGAL. **Lei nº 41/2013, de 26 de junho**. Aprova o Código de Processo Civil. Diário da República, Lisboa, 26 jun. 2013, I Série, n. 121, p. 3518-3665.

¹⁹⁴ Gouveia, Lúcio Grassi de. Audiência de saneamento e organização no Código de Processo Civil cooperativo brasileiro de 2015. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n. 91, jul./set. 2015, p. 132.

mais legitimidade à atividade jurisdicional. Isso fica ainda mais patente quando se impõe ao magistrado os deveres de esclarecimento, prevenção e auxílio às partes.

Logo, vê-se que o princípio da cooperação favorece decisões de mérito mais justas e efetivas, em que o jurisdicionado, ainda que vencido, teoricamente aceitará com mais naturalidade o resultado processual – legitimidade –, já que participa de maneira mais assídua e ativa de toda a construção da decisão judicial.¹⁹⁵ Trata-se, pois, do modelo de direito processual civil adequado ao princípio do devido processo legal e ao Estado Democrático de Direito.¹⁹⁶

Há várias razões por trás dessa nova visão procedimental, entre as quais: a valorização da linguagem e do discurso argumentativo; o fomento à formas de solução consensual do conflito; os valores democráticos trazidos pela Constituição Federal de 1988 quando da interpretação das normas processuais; o caráter substantivo do princípio contraditório; a primazia da resolução de mérito; e a própria releitura do fenômeno processual,¹⁹⁷ o qual deixa de ser um formalismo excessivo e passa a ser um formalismo valorativo.¹⁹⁸

Em que pese esse formalismo valorativo cunhado por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira o aproxime do instrumentalismo, o foco do processo passa a ser a organização do processo com vistas a que sejam atendidas suas finalidades primordiais, a delimitação de poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais e a ordenação do procedimento.¹⁹⁹ Nesses moldes, é na exaltação dos valores constitucionais, na simetria das partes no processo e na condição do juiz como seu coordenador (sem o outrora protagonismo judicial do instrumentalismo) que se assenta o formalismo contemporâneo de índole valorativa, onde o princípio da cooperação é intrínseco à sua condição e coloca na mesma condição hierárquica todas as figuras que participam do processo, sendo o magistrado a figura aplicadora da decisão trabalhada conjuntamente pelos atores processuais para atingimento de fins constitucionais.

¹⁹⁵ CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 213.

¹⁹⁶ DIDIER JÚNIOR. Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *In: Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 213.

¹⁹⁷ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *op. cit.*, p. 189-190.

¹⁹⁸ Nesse sentido: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *In: DIDIER JR., Fredie. Leituras complementares de processo civil*. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 151 *et seq.* À guisa de informação, saliente-se que o *formalismo-valorativo* tem seu marco na publicação de obra do mesmo autor, já citada no presente estudo, qual seja: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁹⁹ PEREIRA, Mateus Costa. *op. cit.*, p. 102-103.

Buscando um equilíbrio entre as posições doutrinárias contemporâneas, Antônio do Passo Cabral esclarece que “o formalismo contemporâneo, de índole cooperativa, é compatível com a flexibilização negocial das formas porque revela o equilíbrio entre público e privado que norteia o devido processo legal na atualidade”.²⁰⁰ Destaque-se, todavia, que o formalismo processual exigido hodiernamente deve abranger a totalidade formal do processo, aí incluso os ônus, poderes e faculdades de todos os sujeitos processuais.²⁰¹

Percebe-se, desta forma, que o tema do presente estudo caminha lado a lado com essa visão contemporânea de processo, em que o procedimento deve admitir certas flexibilizações negociadas entre os atores processuais em prol da satisfação das partes na obtenção do bem da vida discutido na lide, bem como da coesão de um sistema jurídico mais aberto, plural e democrático.

Da mesma forma, quanto mais satisfação das partes com o andamento do processo, maior a credibilidade que o Poder Judiciário gozará perante a sociedade, gerando à colaboração um círculo virtuoso de cooperação espontânea.²⁰²

2.4. O contraponto do modelo garantista de processo

Advindo das ideias construídas por Luigi Ferrajoli, o garantismo surge como modelo teórico criado com o fim de limitar o poder estatal (não só, mas sobretudo) na esfera penal, estando calcado no Estado de Direito enquanto garantidor das liberdades individuais em confronto com arbitrariedades que possam surgir no exercício do poder.²⁰³

Aplicado ao direito processual, o garantismo emerge e se espraia como teoria liberal com vistas ao resguardo do processo enquanto garantia constitucional do cidadão, num notório contraponto à sua visão enquanto instrumento da jurisdição e do Estado. Ora, se o processo é garantia, jurisdição é poder, e o mesmo só será legitimamente exercido se observar todas as garantias previstas no ordenamento jurídico – sobretudo a Constituição

²⁰⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 218.

²⁰¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 3 ed. rev., ampl., e atual. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 186-187.

²⁰² CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 217.

²⁰³ PEREIRA, Mateus Costa. *op. cit.*, p. 230.

– a exemplo do devido processo legal, da ampla defesa, da imparcialidade, da imparcialidade, da igualdade etc.²⁰⁴

Atacando de frente o ativismo judicial, essa teoria reivindica um manejo estritamente técnico do processo e entende que decisões utilitaristas amesquinham a constitucionalidade das regras que estruturam o devido processo, atingindo não só o procedimento em si, mas o próprio conteúdo da decisão proferida pelo magistrado, numa idiossincrasia caprichosa que denota seu arbítrio solipsista.²⁰⁵

Ao avaliar a cooperação na forma como insculpida no CPC/2015, entende a doutrina garantista que o formalismo-valorativo na verdade se traveste de notório autoritarismo (denominado neoprotagonismo),²⁰⁶ encontrando na cooperação sua fiel representação. Nesse jaez, os escopos metajurídicos professados pelo instrumentalismo confundir-se-iam com os valores apregoados pela formalismo-valorativo, aproximando-os ou até confundindo-os, eis que haveria uma notória invasão da moral no direito, aproximando o direito processual de hoje às ideias de Franz Klein (socialização do processo).²⁰⁷

A título de exemplo, declamam que o chamado dever de auxílio do magistrado – uma das acepções do princípio da cooperação – não encontraria suporte no devido processo legal, uma vez que a ordem jurídica não tolera o abandono da condição de terceiro pelo magistrado para coadjuvar qualquer das partes (assistindo-as), sob pena de quebra da imparcialidade. Alegam, pois, que esse papel assistencial do magistrado travestiria um “paternalismo intrusivo”, muito comum nos países latino-americanos.²⁰⁸

Na mesma toada, essa corrente doutrinária entende que a repartição dinâmica do ônus da prova (art. 373, § 1º, do CPC/2015) afronta incisivamente a pressuposição de inocência constitucionalmente assegurada, eis que presume situações de vulnerabilidade

²⁰⁴ PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao direito processual**: a doutrina garantista do processo brasileiro. Tirant lo blanch. 2020, no prelo, p. 236.

²⁰⁵ RAMOS, Glauco Gumerato. Carta de Jundiaí: pela compreensão e concretização do garantismo processual. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 100, p. 309-314, out./dez. 2017.

²⁰⁶ STRECK, Lenio. *O “bom litigante”* – Riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. **Revista Brasileira de Direito Processual–RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 339-354, abr./jun. 2015, p. 343.

²⁰⁷ PEREIRA, Mateus Costa. *op. cit.*, p. 121-124.

²⁰⁸ PEREIRA, Mateus Costa. *op. cit.*, p. 126.

não previstas no ordenamento, denotando, pois, menoscabo a direitos e garantias comezinhas.²⁰⁹

Entre os argumentos colhidos pelos garantistas encontra-se um liame de simples aferição: o que deve existir no processo é a repartição de funções, tal qual prevê o ordenamento. Logo, essa repartição deve ser técnica e fulcro do devido processo legal, já que há uma notória distinção (incompatibilidade) entre as funções do juiz e dos sujeitos parciais do processo.²¹⁰

De outra banda, muitos sequer entendem que a cooperação é um princípio – alegam que as regras que tratam dos procedimentos processuais não adquiriram espessura ontológica com a incidência desse *standard* –, senão um dever de participação imbricado ao contraditório efetivo, situação que rende fortes críticas não só quanto à técnica legislativa utilizada, mas à própria constitucionalidade do art. 6º do CPC/2015.²¹¹ Logo, “sem o caráter deontológico, o *standard* de não passa[ria] de elemento que “ornamenta” e fornece “adereços” à argumentação. Pode funcionar no plano performativo do direito. Mas, à evidência, não como ‘dever ser’”.²¹²

Quando o art. 6º do CPC/2015 relaciona a justeza da decisão judicial ao dever dos atores processuais em colaborar para que nela se chegue, entendem os garantistas que essa cooperação parece ficar aquém do dever de prestar uma resposta adequada à Constituição.²¹³

Tratando do dever de colaboração das partes, afirma-se que somente por boa delimitação valeria falar em cooperação das e entre as partes: se fosse tomada em um sentido “fraco”. Isso porque constitui exigência que não se coaduna com o exercício da advocacia, onde o processo rege-se por ônus, valendo o raciocínio até mesmo para os casos de abuso de direito processual ou litigância de má-fé, onde o CPC/2015 prevê

²⁰⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Presunção de inocência civil: algumas reflexões no contexto brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 100, p. 129-144, out./dez. 2017.

²¹⁰ PEREIRA, Mateus Costa. *op. cit.*, p. 252-253.

²¹¹ Nesse sentido: BRETAS, Ronaldo. *op. cit.*; DELFINO, Lúcio. *Cooperação processual: Inconstitucionalidades e excessos argumentativos*—Trafegando na contramão da doutrina. **Revista Brasileira de Direito Processual—RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 149-168, jan./mar. 2016.

²¹² STRECK, Lenio. *op. cit.* p. 345.

²¹³ *Ibid.* p. 349.

penalização financeira ou processual ao ilícito, mas não um cerceamento das garantias fundamentais processuais.²¹⁴

Assim, para não expungir o artigo 6º do novo CPC e salvá-lo, a única solução parece ser uma “interpretação conforme a Constituição”, em algo como: “Todos os sujeitos do processo [leia-se: *o juiz*] devem cooperar entre si [leia-se: *com as partes*] para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (tachado, grifo e interpolação nossas).²¹⁵

Percebe-se, por tudo que foi mencionado, que o garantismo prevê uma imperatividade do devido processo legal enquanto norma constitucional, o qual constrangeria o magistrado a se curvar diante dele, respeitando-o e traduzindo-se, pois, em segurança jurídica, transparência e previsibilidade.

2.5. Os dogmas da irrelevância da vontade e do interesse público no processo

Por muito tempo, a doutrina processualista se manteve resistente ao tratar de elementos volitivos dos atos processuais, afirmando que os mesmos seriam limitados à prática ou não de um determinado ato cujos efeitos jurídicos encontravam-se previamente descritos na lei, sendo despiciendo qualquer análise sobre a vontade daquele que o praticara, já que vinculados a características eminentemente privadas.²¹⁶ Esse fato impediu por décadas um estudo mais aprofundado sobre a teoria dos atos processuais e de eventuais vícios de vontade por trás dos mesmos.²¹⁷

Acreditava-se que a análise dos atos processuais praticados por qualquer das partes ou interessados deveria ser estritamente objetiva, eis que as situações processuais decorreriam de expressas previsões normativas. Os atos processuais eram, pois, atos jurídicos *stricto sensu*, no qual, preenchido o suporte fático da regra jurídica, seus efeitos eram automaticamente previstos pelo ordenamento.²¹⁸

²¹⁴ STRECK, Lenio. *O “bom litigante” – Riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. Revista Brasileira de Direito Processual–RBDPro*, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 339-354, abr./jun. 2015, p. 350-351.

²¹⁵ *Ibid.* p. 351.

²¹⁶ *Ibid.* 346. Ver ainda: FARIA, Guilherme Henrique Laje. *op. cit.*, p. 46.

²¹⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: Negócios Processuais*. Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira (Coords.). Salvador: JusPodivum, 2015, p. 38.

²¹⁸ Para tanto, ver: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 12ª ed., 2003. Vale dizer que a temática será devidamente abordada no próximo capítulo da presente dissertação.

Logo, a única margem de liberdade da parte seria a prática ou não do ato, o qual estava contido numa sequência sistematicamente predeterminada na lei, numa espécie de tabelamento de efeitos. Em outras palavras, tais atos não seriam moldáveis, por assim dizer.²¹⁹

Igualmente, o protagonismo e a superioridade do juiz na condução do processo, também fruto do pensamento publicista/inquisitivo, não permitiam qualquer raciocínio que vinculasse questões acordadas pelas partes (a não ser o mérito do próprio direito litigioso) ao crivo do juiz. Às partes limitava-se pedir; ao juiz, dotado de superioridade, cabia decidir.

Nas palavras de Leonardo Carneiro da Cunha,²²⁰

Esse pensamento formou o *dogma da irrelevância da vontade* no processo, pois não seria possível vincular o juiz à vontade de quem se encontrasse em posição de inferioridade. Logo seria irrelevante a vontade das partes no processo. O *dogma da irrelevância da vontade* no processo decorre, ainda, do estigma de separar o direito processual do direito material.

Predominava o entendimento de que o elemento volitivo traria desestabilização procedimental e, conseqüentemente, insegurança jurídica, devendo haver a prevalência da forma pré-fixada em detrimento da vontade criadora das partes. A irrelevância da vontade fora, assim, um dogma necessário à construção de uma teoria processual associada ao hiperpublicismo, fruto dos clássicos ensinamentos de Franz Klein e Oskar von Bulow (século XIX).²²¹

No mesmo sentido (e quase como consequência), o interesse público no processo também fora alçado à categoria dogma jurídico. O fato de o direito processual ser ramo do direito público vedava às partes qualquer tipo de flexibilização procedimental. A própria arbitragem fora, por muito tempo, dissociada de um caráter jurisdicional por parte da doutrina tradicional, raciocínio que influenciou o CPC de 1939 e de 1973, os quais determinavam que o laudo arbitral (entendia-se que os árbitros não proferiam sentença) deveria ser homologado pelo juiz estatal. Somente após a

²¹⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *op. cit.*, p. 38.

²²⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: Negócios Processuais*. Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira (Coords.). Salvador: JusPodivum, 2015, p. 38.

²²¹ CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 182-183.

promulgação da lei da arbitragem (Lei Federal nº 9.307/1993) a decisão proferida pelo árbitro passou a ter carácter jurisdicional pelo ordenamento jurídico pátrio.²²²

O mesmo ocorreu, por exemplo, com os negócios jurídicos processuais, quase não citados pela doutrina tradicional no decorrer do século XX. A própria expressão “negócio jurídico” causava estranheza, eis que o termo era relacionado ao direito privado, sendo, pois, desconsiderado pela incompatibilidade com a natureza eminentemente pública atribuída ao processo, bem como com os poderes e protagonismo conferidos ao juiz.²²³

A suposta inderrogabilidade das normas procedimentais, no qual as partes somente poderiam dispor de regras supletivas, é fruto exatamente desse dogma hiperpublicístico, o qual prevê que as mesmas são (em sua maciça maioria) cogentes, imperativas e inderrogáveis, numa clara vinculação ao pensamento consagrado por Büllow.

Trata-se de pensamento tradicional, que deve ser superado pelo simples fato de que muitas normas não são cogentes, mas sim estabelecidas no interesse dos litigantes, estando dentro de sua esfera de disponibilidade.²²⁴ De fato, “[é] possível haver direito privado cogente e direito público dispositivo.”²²⁵

Apesar de entender que a estabilização do carácter público do processo foi importante – e mesmo necessária – quando do surgimento do direito processual como ciência e categoria autônoma do direito, manter esse posicionamento sem quaisquer reservas na atualidade (ou seja, mais de um século depois), desconsiderando a vontade das partes e seus interesses privados, não parece ser a melhor escolha, mormente quando se avalia tal conjuntura dentro do neoprocessualismo, em que o princípio da cooperação requer pensamento distinto.²²⁶

Sobre isso, Antônio do Passo Cabral é assertivo ao afirmar que

em muitos ramos do direito público, como o direito constitucional, administrativo, tributário e até penal, a doutrina e jurisprudência têm buscado equilibrar os interesses públicos e privados envolvidos sem partir de uma relação de supremacia ou prevalência apriorística. E assim deve ser também

²²² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei Nº 9.307/96. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 189.

²²³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *op. cit.*, p. 36-37.

²²⁴ CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 182-183.

²²⁵ *Ibid.*, p. 184.

²²⁶ *Ibid.*, p. 168.

no direito processual, especialmente no direito processual civil, que lida com pretensões materiais próprias do direito privado.²²⁷

No capítulo anterior, trabalhou-se exaustivamente os conceitos de supremacia do interesse público sobre o privado e de indisponibilidade do interesse público, ocasião em que se demonstrou que não se tratam de conceitos herméticos e de fácil definição, mas de natureza relativamente plástica em razão da indeterminabilidade do conceito jurídico de interesse público.

Foi visto ainda, que há forte e respeitada corrente doutrinária que desmistifica esses dois pilares do direito público, quebrando-se alguns paradigmas que verdadeiramente o engessam e não permitem a oxigenação necessária à uma contemporaneidade fluida, plural e democrática, até mesmo por se tratar de princípios, espécie normativa que admite ponderações a partir do caso concreto.

É preciso esclarecer que, ao se tratar do conceito contemporâneo de contraditório, a cooperação e a boa-fé são elementos dignos de nota, no qual a própria norma fomenta o uso de mecanismos para equilibrar a liberdade dos litigantes (derivada da autonomia privada) e o interesse público inerente à própria jurisdição.²²⁸

Nesse sentido, deve-se encontrar um ponto de equilíbrio entre o publicismo e o privatismo,²²⁹ em que o processo não volte à categoria de “coisa das partes”, típica do pensamento pré-científico do processo, mas que não fique imóvel ao ponto de se tornar “coisa sem partes”, devendo-se ir além do publicismo, mas a partir dele.²³⁰ É partindo desse entendimento que, ao fim, a doutrina cunha o princípio de autorregramento da vontade, o qual merece um tópico à parte.

²²⁷ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 168-169.

²²⁸ *Ibid.* p. 170

²²⁹ AUTORI

²³⁰ GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre ônus da prova**: estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro. Tese de doutorado. Pontifício Universidade Católica de São Paulo, 2013, p. 15. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6185>>. Acesso em 02 set. 2019.

2.6. O princípio do respeito ao autorregramento da vontade²³¹ no Processo Civil

Conforme já mencionado no item 2.2 do presente estudo, a noção de liberdade advinda com a Constituição Cidadã exigia uma aproximação com o conceito de autonomia como vontade de se autodeterminar, no qual o Estado buscaria um equilíbrio entre as liberdades positivas e negativas a fim de evitar a manutenção do *status quo*, bem como o sufocamento promovido pelo aparato estatal que vigia até então.

A valorização da autonomia privada teve papel preponderante nesse sentido, entranhando-se pouco a pouco mesmo naqueles institutos e searas tradicionalmente ocupadas por um pensamento eminentemente público, como é o caso do direito processual civil, constitucional e administrativo.

A autonomia privada, portanto, é, em sentido largo, decorrência do princípio da liberdade e da própria dignidade da pessoa, entendida como corolário da autodeterminação do indivíduo. Nessa perspectiva, gozar de liberdade é atuar livremente tanto na sua própria esfera de interesses, quanto na esfera pública, participando desta para construir os próprios limites dessa mesma autonomia. A concepção da autonomia como manifestação de um poder de criar normas tem respaldo, desse modo, na própria ideia de democracia, que nos atuais contornos do Estado Democrático de Direito, não se limita à veste restrita da democracia representativa, dando especial relevo para a participação (direta e indireta) dos indivíduos na criação e desenvolvimento da ordem jurídica.²³²

Essa valorização trouxe interessantes contornos na processualística contemporânea. O hiperpublicismo; a figura do “super-juiz”, como ser superior no processo e tutor das partes; a busca da “verdade real” e outras características correlatas que até então preponderavam, passaram a não mais encontrar guarida no Estado Democrático de Direito pós-88, muito menos com a aprovação do novo Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105/2015). De fato, era necessário ultrapassar aquele raciocínio inadequado que “permitia” até mesmo a concessão de tutelas satisfativas de ofício pelo magistrado.²³³

Apesar de o consagrado princípio dispositivo há muito limitar os poderes do juiz – eis que indica o poder dos litigantes de iniciar o processo, de conformar o seu objeto

²³¹ O termo não é pacífico na doutrina pátria, havendo até quem o chame de *princípio da autonomia privada*. Nesse sentido: Raatz, Igor. *op. cit.*, p. 158 *et seq.* Sobre as diferentes nomenclaturas, ver: NOGUEIRA, Pedro Henrique. *op. cit.*, p. 157-158.

²³² *Ibid.* p. 180.

²³³ CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 151-152.

(necessária adstrição entre pedido e decisão judicial) e mesmo de transigir ou renunciar ao direito material em discussão – o formalismo processual contemporâneo deve conjugar esses poderes com as prerrogativas das partes, no qual a liberdade se constitui como um dos vetores fundamentais do Estado brasileiro, tudo com equilíbrio, equivalência e coordenação, e não numa vetusta relação de hierarquia e supremacia.²³⁴

Noutra medida, o princípio do debate (também chamado de princípio dispositivo em sentido processual) igualmente é elemento que ajuda a compreender o processo como algo que, em certa medida, pode ser customizado pelas partes, uma vez que dele decorrem, por exemplo, as faculdades de alegar fatos e produzir provas.²³⁵

Enquanto o princípio dispositivo (em sentido material) tem sede constitucional (e portanto adquire uma maior dimensão política), o princípio do debate é técnico, e significa uma opção legislativa para o desenvolvimento do processo. Esta afirmação não quer dizer que o princípio do debate não esteja imune a concepções e escolhas legislativas, mas apenas que este princípio não tem fundamento constitucional rígido. Trata-se de uma opção política e ideológica de cada sistema processual: ou apostar na condução do processo exclusivamente focada no juiz, ou uma tendência de valorização das partes. E o sistema processual brasileiro introduziu e incorporou o princípio do debate, como afirma a melhor doutrina.²³⁶

O reconhecimento da liberdade das partes na definição do procedimento (tanto em sua acepção material quanto processual) é característica que ganhou relevo e atenção nas últimas décadas em razão desse conjunto de fatores políticos e ideológicos trazidos não só pela Constituição Federal de 1988, mas também pela doutrina estrangeira.

Nesse sentido, avançou o entendimento de que as partes deveriam possuir a autonomia necessária para trabalhar com mais ênfase e liberdade aspectos procedimentais, com vistas a adequá-los às suas necessidades, ocasião em que situações jurídicas-processuais poderiam ser objeto de alguma margem de negociação.

Resguardando o direito fundamental à liberdade e à própria dignidade da pessoa humana, o Código de Processo Civil de 2015 passou a estabelecer uma gama variada de dispositivos que, lidos em seu conjunto e somados à síntese entre princípio dispositivo e princípio do debate, autorizou a doutrina a cunhar um novo princípio processual implícito, denominado de princípio do respeito ao autorregramento da vontade

²³⁴ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 152-155.

²³⁵ *Ibid.*, p. 156.

²³⁶ *Ibid.*, p. 156-157.

no processo,²³⁷ no qual as partes ficariam legitimadas a se autorregular sem a imposição de restrições irrazoáveis e injustificadas.²³⁸

Obviamente, o autorregramento da vontade guarda estreita conexão com o a autonomia privada,²³⁹ mas dela se diferencia por estar mais próximo uma natureza pública, enquanto aquela aproximar-se-ia a uma natureza de cunho privado, possuindo, destarte, restrições e limites mais acentuados, sobretudo legislativamente.²⁴⁰

Quanto ao(s) dispositivo(s) processual(is) que denotaria(m) sua existência, há não só normas positivadas no CPC/15 que autorizam sua constatação, mas também um microsistema coerente de proteção a esse princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo, entre os quais podemos mencionar, a título de exemplo, aqueles que estimulam a autocomposição como forma de solução dos litígios (arts. 165 a 175, 334, 515, III e §2º, 695 e 725, VIII); a primazia da vontade da parte na delimitação do objeto litigioso (arts. 141, 490, 1.002 e 1.013); a previsão de negócios processuais (arts. 63, 65, 190, 191, 225, 313, II, 337, §6º, 357, §2º, 362, I, 373, §§3º e 4º, 471, 775, 998, 999, 1.000); e o princípio da cooperação (art. 6º); isso sem falar das leis de mediação (Lei Federal nº 13.140/2015) e arbitragem (Lei Federal nº 9.307/1996, recentemente alterada pela Lei Federal nº 13.129/2015).²⁴¹

Vê-se, pois, que as partes possuem amplitude e liberdade na condução e desenho do procedimento que não era previsto com tal dimensão nos códigos de processo civil do século passado, podendo exercer (ou não) prerrogativas ou garantias processuais através de negócios jurídicos unilaterais ou através de convenções, adaptando-o às suas necessidades.²⁴²

²³⁷ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 158-159.

²³⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *In: Negócios Processuais*. Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira (coords.). Salvador: JusPodivum, 2015, p. 21-22. Segundo o autor, “um processo que limite injustificadamente o exercício da liberdade não pode ser um processo devido. Um processo jurisdicional hostil ao exercício da liberdade não é um processo devido, nos termos da Constituição brasileira.”

²³⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *op. cit.*, p. 156-157.

²⁴⁰ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *op. cit.*, p. 188-189.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 189.

²⁴² CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 160.

Talvez o maior exemplo dessa nova realidade seja aquele previsto no art. 190 do Código de Processo Civil de 2015,²⁴³ o qual prevê uma cláusula geral de negociação processual, alterando substancialmente a forma como o processo deve ser visto pelas partes, pelo juiz e pelo ordenamento jurídico como um todo.

Em que pese o tema seja trabalhado em tópico específico no presente estudo (Capítulo III), cumpre definir resumidamente os negócios jurídicos processuais como acordos plurilaterais em que as partes, antes ou durante o processo, determinam a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais, ou mesmo são autorizadas a estabelecer alterações no procedimento a fim de adaptá-los aos seus interesses, sendo, via de regra, desnecessária a homologação judicial para que produzam efeitos.²⁴⁴

Como veremos no próximo capítulo, a liberdade advinda do autorregramento da vontade encontra limites no respeito ao formalismo processual, abrangendo, assim, a totalidade formal do processo, na qual está inclusa a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais.²⁴⁵

A vantagem de sintetizar os limites ao autorregramento da vontade na categoria ampla e abrangente do “formalismo processual” está em que, a partir dela, se torna facilmente destacável a série de normas (*lato sensu*), a abranger não só os princípios (v.g. princípio e subprincípios, direito de defesa, juiz natural, publicidade, submissão do juiz à lei etc.) formadores do chamado “estatuto básico processual”, mas também as regras, ordenadoras da atividade processual.²⁴⁶

Não se trata de um retorno puro e simples ao privatismo processual de outrora ou de estabelecer um processo adversarial nos moldes da *common law*, mas sim de uma forma cooperativa de condução do processo, no qual os poderes do magistrado são reduzidos (e não eliminados!) a fim de conter o arbítrio que antes imperava, fomentar o controle por todos os atores envolvidos e distribuir a responsabilidade entre os mesmos, numa perfeita adequação com os ditames constitucionais e com o formalismo processual

²⁴³ “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.” BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil.

²⁴⁴ CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 74. Ressalte-se que o tema será devidamente abordado no próximo capítulo da presente dissertação.

²⁴⁵ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *op. cit.*, p.185-186.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 186.

contemporâneo.²⁴⁷ Nos dizeres de Didier, “discurso que afasta a liberdade do ambiente processual tem ranço autoritário. Processo e liberdade convivem. Liberdade não é nem pode ser palavra maldita na Ciência do Direito Processual”.²⁴⁸

A amplitude do valor liberdade no processo civil constitucional, travestida processualmente no princípio do respeito ao autorregramento da vontade, é, assim, situação que enseja uma necessária ruptura com o raciocínio que imperava durante a égide do Código de 1973, sob pena de esvaziamento do seu potencial e do seu alcance, resultando numa interpretação *contra legem*.²⁴⁹

Para 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 o Estado. E, sendo as partes as titulares, deve ser garantida, às mesmas, liberdade maior no sentido da disposição (*lato sensu*) sobre determinadas situações [ônus, poderes, faculdades e deveres] processuais.²⁵⁰

O próprio CPC/2015 estabeleceu prevalência normativa pela liberdade negocial. Ora, o uso do adverbio “somente” no parágrafo único de seu art. 190 parece deixar claro a validade e eficácia *prima facie* dos negócios firmados entre as partes, no qual a negativa de sua aplicação ou sua invalidação figurariam como verdadeiras exceções, impondo ao juiz um ônus argumentativo nesse sentido, o que será melhor trabalhado no próximo capítulo.²⁵¹

Ainda que surjam vozes a entoar que tais negociações poderão ocasionar desequilíbrio das partes no processo, eis que não são equivalentes processualmente, é preciso deixar claro que o juízo poderá controlar (e até invalidar) os acordos abusivos, o que será visto em momento oportuno no presente estudo. Sob outro ângulo, nos contratos privados as partes também não são iguais, nem por isso eles são, via de regra, abusivos ou nulos. Em outras palavras, “desigualdades existem hoje, no processo e fora dele, e nosso atual sistema publicista não cuidou de extingui-las”,²⁵² de maneira que seria

²⁴⁷ CABRAL, Antônio do Passo, *op. cit.*, p. 153-154.

²⁴⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio do respeito..., p. 21.

²⁴⁹ REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para adequada compreensão da inovação do CPC/2015. *In: Negócios Processuais*. Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira (Coords.). Salvador: JusPodivum, 2015, p. 275.

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 162-163.

²⁵² *Ibid.*, p. 169-171.

ingenuidade e excesso de romantismo imaginar que o processo colaborativo acabaria com as mesmas.²⁵³

De toda forma, essa prevalência normativa pela liberdade negocial de aspectos procedimentais, a qual encontra guarida no princípio do respeito ao autorregramento da vontade, deve guardar correspondência com os princípios constitucionais, a fim de que seja constituída com o conteúdo de garantia processual-constitucional.²⁵⁴

A flexibilização procedimental oriunda da negociação processual, encontra, portanto, clarividente limitação no modelo constitucional de processo, haja vista que, em que pese a releitura (constitucionalizada) do papel que o formalismo desenvolve na seara processual, o “novo” procedimento moldado pelas partes deverá ser apto a garantir a máxima fruição das garantias fundamentais dos jurisdicionados, tendo em vista que o leito onde são assegurados os princípios constitucionais é o procedimento.²⁵⁵

É com respeito a esse formalismo processual contemporâneo em cada ato praticado que essa nova estrutura procedimental criada pelos sujeitos processuais guardará validade e legitimidade democrática no exercício da função jurisdicional.²⁵⁶

²⁵³ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 217-219.

²⁵⁴ FÁRIA, Guilherme Henrique Laje. *op. cit.*, p. 216-218.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 218.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 218.

3. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E PODER PÚBLICO

3.1 *Considerações preambulares*

De início, antes de adentrar ao conceito, aos elementos e limites dos negócios jurídicos processuais, foco da presente dissertação, necessário explorar sua tipologia, já que fundamental para a adequada compreensão do instituto.

Assim, após perpassar as premissas históricas e ideológicas do tema em testilha, o presente capítulo explorará suas premissas lógico-conceituais, esmiuçando conceitos extraídos da Teoria Geral do Direito – a exemplo dos fatos jurídicos, atos jurídicos e negócios jurídicos – eis que, por muito tempo, o tema ficou relegado quando se tratou da temática processual, uma vez que desenvolvido numa seara eminentemente privada.

Apresentada sua natureza, explorar-se-á mais detidamente seu conceito e suas características, bem como seus limites gerais previstos no ordenamento jurídico. Mais adiante, a presente dissertação avaliará os limites específicos e principais desafios dos negócios jurídicos processuais quando presente a Fazenda Pública em um dos polos da negociação, tendo em vista os elementos de direito público que o permeiam, entre os quais aqueles trabalhados no Capítulo 1 da presente dissertação.

3.2. *Dos negócios jurídicos processuais no panorama da teoria do fato jurídico*

Conforme explanando no capítulo anterior, a necessidade de apartar o direito material do direito processual, conferindo autonomia científica a este e categorizando-o rigidamente como ramo do direito público, fez com que, por muito tempo, não houvesse um estudo adequado acerca da teoria dos atos processuais, vez que a teoria do fato jurídico fora tradicionalmente associada ao direito privado. Logo, como o dogma da irrelevância da vontade amparava todo o direito processual, os negócios jurídicos processuais não encontraram ambiente fértil para ali se desenvolverem.²⁵⁹

²⁵⁹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *op. cit.*, p. 115.

Entretanto, como a teoria do fato jurídico não deve se prender ao direito privado, sendo, segundo doutrina majoritária, matéria pertencente à Teoria Geral do Direito,²⁶⁰ sua análise mostra-se como premissa lógica ao presente estudo, mormente quando se fala numa cláusula geral de atipicidade da negociação processual prevista no art. 190 do novo Código de Processo Civil de 2015, a qual traduz o já trabalhado princípio do autorregramento da vontade no processo.²⁶¹⁻²⁶² Vejamo-la, pois.

Antes de serem jurídicos, fatos são simplesmente acontecimentos do mundo real, tal qual o nascer do sol, o voo de um pássaro ou uma chuva de verão; ou seja, são fenômenos que ocorrem e que preexistem ao direito, sendo assim denominados pelos seres humanos. Os fatos naturais, tais como os descritos nesses citados exemplos, são aqueles sobre os quais não incidem quaisquer normas jurídicas, sendo irrelevantes ao direito. Entretanto, os fatos jurídicos são assim denominados pela incidência de alguma espécie normativa sobre os mesmos: ocorrendo o fato concreto (chamado de suporte fático) que se encaixe à uma determinada hipótese de incidência da norma, tem-se o chamado fato jurídico (*lato sensu*), o qual se subdivide entre: i) fato jurídico *stricto sensu*; ii) ato-fato jurídico; iii) ato jurídico *lato sensu*, o qual subdivide-se em iii.i) ato jurídico *stricto sensu* e iii.ii) negócio jurídico; e iv) ato ilícito.²⁶³

O chamado fato jurídico *stricto sensu* é aquele que dispensa qualquer espécie de ato humano como seu elemento essencial, ou seja, o ato humano poderá até contribuir para que o suporte fático seja preenchido, mas o mesmo é completamente desconsiderado por lhe faltar a vontade de praticá-lo.²⁶⁴ Como exemplo, cite-se o nascimento ou a morte de um ser humano, ou mesmo a chuva torrencial numa grande capital, a qual promove alagamentos e destrói moradias e estabelecimentos comerciais.

Já o ato-fato jurídico, apesar de humano, prescinde o elemento volitivo, exista ele ou não. É dizer, o ordenamento jurídico o trata como se fato jurídico fora, só que

²⁶⁰ Para uma análise mais aprofundada sobre o tema, ver: PEREIRA, Mateus Costa. **A teoria geral do processo e seu tripé fundamental**: racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. Vale mencionar que a obra consubstancia a versão comercial da dissertação de mestrado defendida pelo referido autor (coorientador da presente dissertação) junto a essa Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 115-116.

²⁶² Nesse sentido, feliz a colocação de Fredie Didier Jr.: “Reconhecida a existência de uma Teoria Geral do Direito, que fornece os conceitos jurídicos fundamentais aplicáveis a qualquer ramo, não há qualquer sentido em negar-lhe aplicação ao estudo do Direito Processual.”. DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos Processuais e Condições da Ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 4.

²⁶³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: parte geral. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 183. Malgrado não seja uníssona, preferiu-se adotar a classificação ponteana eis que tradicionalmente aceita e trabalhada pela maior parte da doutrina brasileira.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 187.

diverge do mesmo pelo fato de ser praticado por um ser humano. A título de exemplo, cite-se a caça ou a pesca.²⁶⁵⁻²⁶⁶

O gênero ato jurídico *lato sensu* subdivide-se em ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico. Quanto ao ato jurídico *stricto sensu* tem-se aquele em que o praticante deseja a sua prática (presença do elemento volitivo), porém não escolhe a categoria jurídica em que o mesmo será enquadrado, de maneira que os efeitos jurídicos encontram-se previstos previamente na lei, sendo inviável a sua modificação.²⁶⁷ Como exemplo, cite-se a constituição de domicílio e a interrupção da prescrição.

No que se refere aos negócios jurídicos, estes são representantes da maior expressão da autonomia da vontade, em que o(s) agente(s) não só atua(m) de posse do elemento volitivo na prática do ato, mas também escolhe(m) o seu enquadramento legal e seu conteúdo eficaz.²⁶⁸⁻²⁶⁹ Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello, negócio jurídico

é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.²⁷⁰

Finalmente, os atos ilícitos são aqueles contrários ao direito onde não há norma jurídica que pré-exclua a ilicitude (a exemplo da legítima defesa), ocasião em que a norma prevê uma consequência desvantajosa o mesmo.²⁷¹

Em que pese os atos processuais sejam há muito classificados como espécie de atos jurídicos, a teoria do fato jurídico não deve ser integralmente transplantada ao direito processual, merecendo os devidos temperamentos, mormente quando se trata dos

²⁶⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 12ª ed., 2003, p. 130. Considerando a situação posta no presente estudo, entende-se desnecessário adentrar nas subdivisões do ato-fato jurídico, tais como *atos reais*, *atos-fatos jurídicos indenizativos* e *atos-fatos jurídicos caducificantes*.

²⁶⁶ Antônio do Passo Cabral promove um interessantíssimo debate acerca dessa subcategoria de fato jurídico, discordando da classificação ponteana adotada por Marcos Bernardes de Mello e pela maioria da doutrina nacional. Contudo, ainda que coerentes seus fundamentos, não adentraremos nessa seara, sob pena de escaparmos do objetivo principal do presente estudo. Para tanto, ver: CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 47 *et. seq.*

²⁶⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *op. cit.*, p. 148.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 218.

²⁶⁹ Por *categoria eficaz* entende-se toda espécie “de efeitos jurídicos encontráveis no direito; desde as mais elementares situações jurídicas às mais complexas relações jurídicas”. *Ibid.*, p. 28.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 225.

²⁷¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *op. cit.*, p. 219-220.

negócios jurídicos processuais. Como outrora não havia a separação entre direito público e privado, os principais institutos dogmáticos eram construídos no seio do Direito Civil. Estando o Direito Processual afeto a uma seara reconhecidamente pública, com diversas especificidades normativas daí advindas – dentre as quais aquelas que atestam uma menor liberdade do que a observada pelo direito privado, onde impera a autonomia da vontade – os citados temperamentos mostram-se necessários.²⁷²

Nesses moldes, fala-se em teoria dos fatos jurídicos processuais, no qual as espécies anteriormente mencionadas são adaptadas à temática processual²⁷³ e o ponto de partida é o chamado fato jurídico processual *lato sensu*,²⁷⁴ dividindo-se em: i) fato jurídico processual *stricto sensu*; ii) ato-fato jurídico processual; iii) ato jurídico processual *lato sensu*, subdividindo-se em iii.i) atos jurídicos processuais *stricto sensu*; e iii.ii) negócios jurídicos processuais, foco do presente estudo; e iv) ato ilícito processual.²⁷⁵

Quanto aos fatos jurídicos processuais *stricto sensu* estes são nada mais do que fatos naturais que, exteriores ao procedimento, acabam por encaixar em alguma hipótese abstrata de incidência contida na regra processual e, por isso, provocam efeitos e consequências jurídicas no processo, a exemplo da morte de alguma das partes, provocando a suspensão do processo e a sucessão processual (arts. 313, I e §§1º e 2º do CPC/2015), ou mesmo o parentesco, que pode ensejar o impedimento do juiz (art. 144, III, IV e VIII do CPC/2015).²⁷⁶

O ato-fato jurídico processual é aquele ato jurídico apto a gerar efeitos em um processo e que, apesar de produzido por ação humana, o ordenamento despreza a vontade de praticá-lo, considerando apenas o resultado fático promovido no feito.²⁷⁷ Exemplo clássico apontado pela doutrina é a revelia (tal qual todas as demais perdas de prazos peremptórios). Ora, basta que a mesma ocorra para que o ordenamento preveja os efeitos

²⁷² CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 46-47.

²⁷³ Nesse mesmo sentido: ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 251-252.

²⁷⁴ “Fato ou complexo de fatos que, juridicizado pela incidência de norma processual, é apto a produzir efeitos dentro do processo.” Cf.: BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. **Revista de Processo**. n. 148, jun./2007, p. 293-320. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 304.

²⁷⁵ Vale aqui o mesmo raciocínio quando se tratou da *teoria dos fatos jurídicos*: adotou-se a tradicional classificação ponteana, não se olvidando que carece de unicidade junto à doutrina pátria. É que, apesar de tocar a questão levantada, não se deve perder de vista o objetivo da presente dissertação, o que poderia eventualmente ocorrer caso a discussão fosse levada adiante.

²⁷⁶ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *op. cit.*, p. 122-123; BRAGA, Paula Sarno. *op. cit.* p. 313.

²⁷⁷ BARREIROS, *op. cit.*, p. 123-124; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *op. cit.*, p. 132-133.

processuais, como a presunção de veracidade das alegações de fato formuladas pelo autor (art. 344, CPC/2015).

Por sua vez, malgrado os conceitos de fato jurídico processual *stricto sensu* e de ato-fato jurídico processual acima estabelecidos possuam parcela de polêmica, o ponto onde há maior divergência doutrinária facilmente encontra-se na definição da espécie ato jurídico processual *lato sensu*, a qual possui como subespécies os atos jurídicos processuais *stricto sensu* e os negócios jurídicos processuais.

Entre os critérios utilizados para se estabelecer uma definição acerca dessa espécie estão: somente se produzir efeitos no processo é que o ato pode ser chamado de ato jurídico processual; apenas os atos praticados por sujeitos da relação processual podem ser qualificados como tal; só se qualificam como atos jurídicos processuais aqueles que ocorrem no processo, sendo a sede do ato a sua qualificadora; e há aqueles que o definem dessa forma quando sejam praticados no procedimento e pelos sujeitos processuais.²⁷⁸

Não obstante a supracitada divergência, adotar-se-á uma definição simples e objetiva para ato jurídico processual *lato sensu*, que guarda coerência com a noção ampla já estabelecida quando da conceituação de fato jurídico processual e encontra guarida na doutrina processualista contemporânea.

Nesse sentido, Pedro Nogueira é assertivo ao afirmar que é desnecessário que o ato praticado esteja integrado à cadeia do procedimento judicial para ser considerado processual.²⁷⁹ Já Lorena Barreiros o conceitua como “a conduta humana volitiva que comp[õe] o núcleo da *fattipecie* de uma norma processual, sendo por esta reputado apto a produzir efeitos em uma relação jurídica processual, ainda que futura”²⁸⁰ e Antônio do Passo Cabral arremata: “O ato processual, portanto, é o ato jurídico que produz ou é apto a produzir efeitos no processo”²⁸¹.

Definido o seu conceito em sentido amplo, a distinção crucial entre as subespécies ato processual *stricto sensu* e negócio jurídico processual encontra-se na escolha da categoria jurídica eficaz pelo agente e na modulação dos efeitos do ato, ocasião em que àquele é vedado e a este é permitido.

²⁷⁸ Síntese doutrinária é feita com maestria por Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Nogueira. Cf.: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; DIDIER JR., Fredie. *op. cit.*, p. 31.

²⁷⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *op. cit.*, p. 59-67.

²⁸⁰ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *op. cit.*, p. 126.

²⁸¹ CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 51.

Em outras palavras, ato jurídico processual *stricto sensu* pode ser conceituado como um ato humano volitivo no qual o praticante deseja a produção de determinados efeitos jurídicos que estão previamente estabelecidos pela lei processual, não havendo a possibilidade de sua alteração enquanto categoria jurídica, ocasião em que a sua margem de liberdade limitar-se-á meramente à escolha da prática do ato pura e simples ou não.²⁸² Trata-se da imensa maioria de atos praticados dentro do processo, a exemplo da citação, da réplica, da intervenção de terceiros, da sentença, da interposição de recurso e da penhora.

Ainda que o conceito acerca dos negócios jurídicos processuais tenha sido facilitado com a distinção supra, merece a devida atenção e abordagem em separado, o que será devidamente trabalhado no próximo tópico da presente dissertação.

No que concerne aos atos ilícitos processuais, estes podem ser conceituados como condutas contrárias ao direito e que sofrem a incidência de uma norma processual atribuindo uma consequência desvantajosa àquele que o praticara, consequência essa que pode ser o dever de indenizar (art. 80, 81 e 774, CPC/2015), a perda de um direito (art. 622, CPC/2015), a autorização conferida ao ofendido para praticar um determinado ato (art. 846, CPC/2015) ou a invalidade do ato (art. 279, CPC/2015).

3.3. Negócios jurídicos processuais: conceito, classificação, planos e limites gerais

Se à primeira vista a simples menção ao tema causa certa estranheza ao leitor mais desavisado – já que os negócios jurídicos há muito estão atrelados à esfera privada –, necessário esclarecer que o instituto fora cunhado à primeira vez (ainda que com a nomenclatura acordo ou contrato processual) no longínquo ano de 1887, através do alemão Josef Kohler.²⁸³ Segundo o referido autor, as partes poderiam negociar situações jurídicas processuais²⁸⁴ para que se produzissem efeitos no processo, sendo o contrato

²⁸² BRAGA, Paula Sarno. *op. cit.*, p. 315.

²⁸³ CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 107.

²⁸⁴ Não obstante o tema *situações jurídicas processuais* seja passível de discussão e aprofundamento, não nos parece adequado fazê-lo nesse momento, pelo qual o leitor poderá encontrar maiores detalhes nas obras de Marcos Bernardes de Mello e mesmo de Pedro Henrique Nogueira. Cf.: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 12ª ed., 2003; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 3 ed. rev., ampl., e atual. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 75 *et seq.*

(instrumento) instituto categorizado junto à teoria geral do direito, não ao direito privado.²⁸⁵

Entretanto, as ideias de seu compatriota Oskar von Büllow – entre as quais o interesse público no processo, por envolver o Estado-juiz; a superioridade da figura do juiz; e a irrelevância da vontade – se sobressaíram à época, ocasionando uma forte guinada rumo ao publicismo, em que a vedação ao processo convencional era necessária e mesmo consequência de um ramo jurídico que surgia naquele momento, afastando-se do direito material.²⁸⁶

Mas, afinal, o que seriam os negócios jurídicos processuais? Pela completude na definição, vale trazer aqui a compreensão estabelecida por Lorena Miranda Santos Barreiros, a qual os conceitua como

fatos voluntários (exteriorizações de vontade unilaterais, bilaterais ou plurilaterais) que sofreram a incidência de norma processual, cujo suporte fático atribui ao sujeito o poder de decidir quanto à prática ou não do ato e quanto à definição de seu conteúdo eficaz (tanto selecionando uma categoria jurídica eficaz já definida previamente pelo sistema jurídico quanto estabelecendo, dentro dos limites fixados pelo próprio ordenamento jurídico, determinadas situações jurídicas processuais ou alteração do procedimento).²⁸⁷

Serão, pois, negócios jurídicos processuais quando existir um poder de determinação e regramento da categoria jurídica e de seus resultados (como limites variados). Há vontade de praticar o ato e vontade de ingressar na categoria e produzir o resultado — enquanto que no ato jurídico processual em sentido estrito basta a vontade em praticar o ato, pois a categoria e seus resultados são invariavelmente definidos na lei.

Não obstante o instituto tenha sido debatido durante algum tempo nos países da Europa continental, notadamente na Alemanha, Itália e França,²⁸⁸ a influência de Büllow produziu uma doutrina majoritariamente avessa à suas características, situação que perdurou até o fim do século XX.²⁸⁹

²⁸⁵ CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 108.

²⁸⁶ CABRAL, *Ibid.*, p. 109 et seq; REDONDO, Bruno Garcia. *op. cit.*, p. 269-270.

²⁸⁷ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Op. cit.*, p. 140. Verifica-se, por óbvio, uma natural aproximação ao conceito de *negócio jurídico* estabelecido por Marcos Bernardes de Mello no item anterior, onde a diferença primordial está na referência ou objeto sobre o qual a negociação dar-se-á, qual seja, o processo.

²⁸⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. *In: Negócios Processuais*. Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira (Coords.). Salvador: JusPodivum, 2015, p. 81-84; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC. *In: Negócios Processuais*. Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira (Coords.). Salvador: JusPodivum, 2015, p. 245-254.

²⁸⁹ CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 107-126.

Em solo brasileiro, o instituto em testilha fora um não-tema durante praticamente todo o século passado,²⁹⁰ passando a ser evidenciado apenas nos últimos quinze anos.²⁹¹

Entretanto, após a ascensão do tema no Brasil, parcela da doutrina apontou que diversos dispositivos contidos no CPC/1973 eram típicas hipóteses de negócios jurídicos processuais. Leonardo Carneiro da Cunha exemplifica bem alguns desses casos: “a) modificação do réu da nomeação à autoria (arts. 65 e 66); (...) c) acordo de eleição de foro (art. 111); (...) e) desistência do recurso (art. 158; art. 500, III); f) convenções sobre prazos dilatatórios (art. 181); (...) i) convenção de arbitragem (art. 267, VII; art. 301, IX)”²⁹² Em contrapartida, malgrado haja alguma divergência estabelecida, a doutrina majoritária entende que os Códigos de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei nº 1.068/39) e 1973 (Lei Federal nº 5.869/1973) não dispunham de hipóteses para construção de convenções atípicas das partes em matéria processual.²⁹³

A constatação de que o CPC/1973 possuía típicas hipóteses de negócios jurídicos processuais adveio da retomada do tema no país após a virada europeia, com Alemanha, Portugal e França tratando com mais frequência e aceitação o instituto²⁹⁴. Até então, a doutrina pátria majoritária²⁹⁵ rejeitava até mesmo a existência de negócios jurídicos processuais na legislação brasileira (o que incluía os negócios típicos), a despeito de importante ensaio publicado na década de 80 por José Carlos Barbosa Moreira sobre o tema,²⁹⁶ entre outras breves menções feitas por processualistas de renome.²⁹⁷

Neste sentido, concorda-se, pois, com a opinião de Rodrigo Tenório Tavares de Melo, de que a razão para tanto talvez estivesse na ausência de um disciplinamento específico e claro acerca dos negócios jurídicos processuais no CPC/1973, bem como

²⁹⁰ Salvo raros e dispersos artigos, como o escrito pelo ilustre Barbosa Moreira na década de oitenta. Cf: BARBOSA MOREIRA, Jose Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual. Temas de direito processual civil*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

²⁹¹ Informação fornecida por Antônio do Passo Cabral, em sua aula sobre Convenções Processuais, na disciplina Questões Atuais de Hermenêutica Processual, de responsabilidade do orientador à presente dissertação, professor Lúcio Grassi de Gouveia, integrante da grade de matéria do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, em Recife, aos 22 de agosto de 2019.

²⁹² CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos...* *op. cit.*, p. 42. Insta destacar que muitos dos exemplos podem ser facilmente transpostos para o atual Código, modificando-se, apenas, a capitulação do artigo.

²⁹³ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *op. cit.*, p. 111-115.

²⁹⁴ Para tanto, ver: NOGUEIRA, Pedro Henrique. *op. cit.*, p. 166-171.

²⁹⁵ Aí incluso Cândido Rangel Dinamarco, Daniel Mitidiero e Alexandre Freitas Câmara. Cf: CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 141-142.

²⁹⁶ BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*

²⁹⁷ A exemplo de Frederico Marques, Moacyr Amaral Santos e José Joaquim Calmon de Passos. Cf: CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 143-144.

pelo arraigado espírito publicista/inquisitivo advindo das ideias consolidadas por Büllow, em que os já mencionados dogmas do interesse público no processo e da irrelevância da vontade imperavam até então (no Brasil e no restante do mundo, frise-se).²⁹⁸

Retomada a temática pela doutrina europeia, o instituto passa a ser visto com outros olhos pelos processualistas brasileiros, muito em razão de ter se apresentando num terreno com condições mais adequadas e férteis para seu crescimento, entre as quais: i) a sensível reaproximação entre o direito material e processual; ii) o contexto democrático no qual o país está inserido, em que se enfatiza a participação popular, chegando a ser tida por doutrinadores de estirpe como verdadeiro princípio jurídico;²⁹⁹ iii) a reaproximação com os meios consensuais de resolução de conflitos; iv) a exaltação constante à boa-fé (subjéctiva e objectiva; material e processual)³⁰⁰; v) o pós-positivismo e sua valorização dos princípios jurídicos, entre outros.

A aprovação do novo Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105/2015) vem para coroar essas características e valores supracitados, estabelecendo não só um conjunto expresso de normas fundamentais do processo civil (aí incluso princípios e regras com alta carga axiológica), mas também uma cláusula geral³⁰¹ de negociação processual – a qual deflui daquelas normas –, estando estabelecida no art. 190 do novel diploma:

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.

Vê-se, pois, que a cláusula geral de negociação processual é, concomitantemente, fruto e exemplo da divisão equitativa de responsabilidade entre todos os atores que compõem a relação processual (policentrismo processual) permitindo – e mesmo fomentando – a participação das partes na construção do procedimento, a fim de

²⁹⁸ TAVARES DE MELO, Rodrigo Tenório. **O controle dos negócios jurídicos processuais da Fazenda Pública**: da liberdade de negociação à preservação do interesse público. 2019. 213 f. Dissertação (Pós-Graduação) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2019, p. 78-79.

²⁹⁹ Encaminhamos o leitor ao item 1.4 da presente dissertação.

³⁰⁰ O Enunciado nº 407 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis conjuga boa-fé e negócios jurídicos processuais. A saber: “Nos negócios processuais, as partes e o juiz são obrigados a guardar nas tratativas, na conclusão e na execução do negócio o princípio da boa-fé”.

³⁰¹ Acerca do conceito e características das *cláusulas gerais*, confira-se: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 151-174.

atingir a melhor resposta possível por parte do Poder Judiciário e, conseqüentemente, uma decisão com alta carga de legitimidade. É dizer, os princípios da cooperação e do autorregramento da vontade (este como resultado de uma aglutinação dos princípios dispositivo e do debate) autorizam às partes o manejo das normas processuais para atingimento dos fins previstos no ordenamento jurídico, numa releitura contemporânea do princípio do contraditório, valorizando a liberdade e autonomia das partes (cf. Capítulo II).

Entre os exemplos de negócios jurídicos processuais atípicos estão aqueles previsto no Enunciado nº 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis,³⁰² dentre os quais: o pacto de impenhorabilidade; o acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza; o acordo de rateio de despesas processuais; a dispensa consensual de assistente técnico; o acordo para não promover execução provisória; e o acordo de produção antecipada de prova.³⁰³

Outra característica digna de nota e que se encontra expressa no dispositivo transcrito: as partes podem não somente alterar o procedimento ordinariamente previsto, mas ainda convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa.³⁰⁴

Complementando o dispositivo que trata da cláusula geral de negociação processual (art. 190), merece destaque o art. 200 do CPC/2015,³⁰⁵ o qual, frise-se, é uma cópia do art. 158 do CPC/1973.

Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.

³⁰² O referido fórum é um excelente parâmetro de raciocínio, eis que reúne centenas de processualistas de todo o Brasil, sendo os enunciados aprovados à unanimidade.

³⁰³ Vale citar outros exemplos trazidos pelo mesmo Fórum: “Enunciado nº 490. São admissíveis os seguintes negócios processuais, entre outros: pacto de inexecução parcial ou total de multa coercitiva; pacto de alteração de ordem de penhora; pré-indicação de bem penhorável preferencial (art. 848, II); pré-fixação de indenização por dano processual prevista nos arts. 81, § 3º, 520, inc. I, 297, parágrafo único (cláusula penal processual); negócio de anuência prévia para aditamento ou alteração do pedido ou da causa de pedir até o saneamento (art. 329, inc. II)”; “Enunciado nº 579. Admite-se o negócio processual que estabeleça a contagem dos prazos processuais dos negociantes em dias corridos.”

³⁰⁴ No mesmo sentido: Enunciados nº 257 e 258 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

³⁰⁵ Nesse sentido: Fórum Permanente de Processualistas Civis - Enunciado nº 261: “O art. 200 aplica-se tanto aos negócios unilaterais quanto aos bilaterais, incluindo as convenções processuais do art. 190”.

Com a oxigenação do tema após a virada europeia, parcela da doutrina chegou a afirmar que os negócios jurídicos processuais já dispunham de cláusula geral de atipicidade ainda na égide do Código de Processo Civil de 1973, representada no mencionado artigo 158. O assunto é controvertido.³⁰⁶

O dispositivo supra transcrito traz, como se vê, um critério subjetivo – quanto ao sujeito que pratica o ato – acerca dos negócios jurídicos processuais, classificando-o como unilateral (aquele cuja formação advém de apenas um dos polos emanador de vontade, a exemplo do reconhecimento da procedência do pedido – art. 487, III, a), bilateral³⁰⁷ (quando há dois polos emanadores de vontade, citando como exemplo a eleição de foro pelas partes – art. 63) e plurilateral (em que há três ou mais polos emanadores de vontade e que concorrem para a formação do negócio, a exemplo da sucessão processual voluntária – art. 109).³⁰⁸

Quanto aos negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais, estes se subdividem, ainda, em contratos e convenções (ou acordos) processuais, onde os primeiros reuniriam vontades atinentes a interesses contrapostos (na prática, pouco usuais) e, os segundos, aos interesses convergentes (maioria substancial dos casos). Por sua importância ao presente estudo, impõe-se a conceituação detalhada:

Pode ser conceituada como o negócio jurídico bilateral ou plurilateral cujas vontades conformadores dirigem-se ao atendimento de interesse comum, consistente na disposição sobre situações jurídicas processuais (criação, modificação ou extinção destas) ou sobre o procedimento em processo atual ou futuro. (...)

Compreende como convenções processuais ajustes celebrados dentro ou fora do processo, antes ou durante seu curso, vocacionados, pois, a produzir efeitos em processo atual ou futuro, quer criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas processuais, quer escolhendo ou modificando o procedimento.³⁰⁹

³⁰⁶ Defendendo essa tese: CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 99-100, nota de rodapé n. 227; TUCCI, Rogério Lauria. Negócio Jurídico Processual. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 54, p. 190-192. Em sentido contrário: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 2, p. 484; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. **Teoria Geral do Processo**: Comentários ao CPC de 2015, parte geral, Rio de Janeiro: Método, 2015, p. 613-614.

³⁰⁷ Este ainda é seccionado pela doutrina em contratos processuais (quando as vontades se referem a interesses contrapostos) e acordos ou convenções processuais (quando as vontades se referem a interesses comuns, convergentes. Alguns chegam a falar em “avença”, “pacto”, “protocolo” ou “cláusula”, não havendo uniformidade de tratamento. Cf.: CABRAL. Antônio do Passo. *op. cit.*, 55-62.

³⁰⁸ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *op. cit.*, 141.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 143.

Permanecendo na tipologia, necessário pontuar que os negócios jurídicos processuais podem ser, ainda, prévios ou incidentais. Os negócios prévios (também chamados de preparatórios ou pré-processuais) são aqueles firmados antes da instauração do processo ou mesmo do próprio litígio surgir entre as partes e é visto com grande expectativa pela doutrina, eis que pode ser utilizado como verdadeira *commodity* quando da negociação do próprio objeto em que o contrato de direito material está sendo firmado – situação interessante que autoriza uma espécie de mercantilização do processo –, bastando que haja uma previsibilidade (precisão e determinação do objeto).³¹⁰ Em se tratando dos negócios incidentais, são aqueles firmados visando a um determinado desenho procedimental num processo jurisdicional já existente, atuando como um instrumento de gestão do mesmo.³¹¹

No que tange ao grau de liberdade das partes, vale destacar que os negócios jurídicos processuais podem ser regidos por normas cogentes, quando só resta a escolha pela categoria eficaz — ex.: desistência da ação ou de recurso; reconhecimento da procedência do pedido; não oposição de exceção de incompetência etc —, ou podem encontrar-se no âmbito da dispositividade, quando também é possível o regramento do conteúdo eficaz do negócio, sempre dentro de balizas legais mínimas — ex.: foro de eleição; convenção para substituição de bem penhorado; convenção para distribuição do ônus da prova; convenção de arbitragem;³¹² a transação, dentre outros.³¹³

Conforme trabalhado no capítulo anterior, o princípio do autorregramento da vontade privilegia o valor liberdade como elemento essencial na busca de uma verdadeira autonomia visando à construção de um processo adequado às necessidades das partes. Essa característica fica ainda mais evidente quando se percebe que o CPC/2015 estabelece uma prevalência de validade e eficácia *prima facie* dos negócios jurídicos processuais, uma vez que o juiz poderá recusar aplicação dos negócios “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”.

³¹⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 83-88.

³¹¹ *Ibid.*, p. 88. No mesmo sentido: ANDRADE, Érico. *Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional: a importância dos negócios processuais para implementação das novas tendências do CPC/2015*. In: **Negócios processuais. Tomo II**. Antônio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira (coord.). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 55-85.

³¹² Enquadram-se aí as convenções de arbitragem, por serem atos humanos volitivos que, sofrendo incidência de norma processual, podem produzir efeitos no processo, *in casu*, a extinção do feito por ausência de o requisito de validade objetivo extrínseco.

³¹³ MELLO, Marcos Bernardes de. *op. cit.*, p. 176-177.

Como dito alhures, o uso do advérbio de exclusão “somente” não só deixa clara essa constatação, como transfere ao juiz o ônus argumentativo de invalidar os negócios firmados.³¹⁴ Trata-se da máxima *in dubio pro libertate*, onde a norma jurídica convencionalizada pelas partes teria preferência em relação à norma legislada ou à iniciativa do juiz.³¹⁵

Ainda assim, a flexibilização do procedimento advinda da negociação processual encontra limites no modelo constitucional de processo,³¹⁶ onde o mesmo estabelece ora norma cogente, ora norma dispositiva.³¹⁷

No campo das normas dispositivas, cite-se como exemplo de negócios processuais admissíveis o acordo para realização de sustentação oral; o acordo para ampliação do tempo de sustentação oral; o julgamento antecipado do mérito convencional; a convenção sobre prova; e a redução de prazos processuais.³¹⁸

Se até no direito privado a autonomia da vontade encontra limites (expressos ou tácitos) estabelecidos pelo ordenamento jurídico, não poderia ser diferente quando se tratasse do exercício do autorregramento da vontade em âmbito processual, faceta pública do instituto.

Há diferentes formas de se estabelecer os planos de existência, validade e eficácia dos atos jurídicos em geral. Quanto aos negócios jurídicos processuais a mesma lógica se aplica, não havendo uma unicidade doutrinária.

Especificamente quanto ao seu plano existencial, há quem entenda como seus pressupostos uma manifestação de vontade e a referibilidade a um determinado procedimento.³¹⁹ Outros que adicionam aos mencionados elementos o autorregramento

³¹⁴ CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 162-163.

³¹⁵ Máxima essa cunhada por Peter Schlosser e utilizada com frequência por Antônio do Passo Cabral. Cf: CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 162-164.

³¹⁶ Cf.: LAGE FARIA, Guilherme Henrique. *op. cit.*, p. 218.

³¹⁷ Ilustrando a situação, cite-se o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: Enunciado nº 6. “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”; Enunciado nº 20. “Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos”.

³¹⁸ Enunciado nº 21 - Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Outro exemplo trazido pelo mesmo Fórum: “Enunciado nº 262. É admissível negócio processual para dispensar caução no cumprimento provisório de sentença”

³¹⁹ GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: TR, 2015, p. 137.

da vontade.³²⁰ Há quem afirme ser os agentes (sujeitos), a vontade regrada, o objeto e a forma.³²¹ Por fim, há que os classifique em elementos intrínsecos (objeto e forma) e extrínsecos (sujeitos, tempo e lugar).³²²

Entretanto, adotaremos um critério que estabelece três elementos constitutivos dos negócios jurídicos processuais: o subjetivo (ligado aos sujeitos), o objetivo (o objeto do negócio) e o formal (a sua forma).³²³

No que se refere ao elemento subjetivo, o CPC/2015 prevê que ao menos dois sujeitos devem se fazer presentes para que as convenções³²⁴ possam existir, onde o art. 190 os denomina como “partes”. Todavia, a conotação ao termo “partes” deve ser vista com cautela, eis que não pode ser tomada exclusivamente em sua acepção material ou processual³²⁵. Essa ponderação é assaz pertinente, já que o art. 190 deve ser interpretado como integrante de um conjunto de dispositivos processuais que formam um microsistema de negociação processual.³²⁶

Assim, o conceito que deve ser extraído do termo “partes” previsto no art. 190 do CPC/2015 melhor condiz com a definição de sujeitos processuais ou sujeitos do processo, sendo aquele que tenha mera potencialidade de figurar como sujeito processual, envolvendo figuras como o juiz³²⁷, o perito, testemunhas, os próprios advogados e os membros do Ministério Público.³²⁸

Ressalte-se, outrossim, que o tema possui nuances particulares quando se trata da legitimidade para construção de uma convenção e quais seus efeitos na ordem jurídica alheia. Explica-se. Apesar de as convenções processuais de fato produzirem efeitos na

³²⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *op. cit.*, 206-208.

³²¹ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRO, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 282.

³²² YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 65-68.

³²³ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *op. cit.*, p. 199-200.

³²⁴ Os *negócios jurídicos processuais unilaterais*, por óbvio, não podem ser qualificados como *convenções processuais*, pelo que o foco aqui dar-se-á na espécie *convenção* ou *acordo*.

³²⁵ Essa constatação é observada na simples possibilidade de convenções processuais prévias, onde o processo sequer foi iniciado pelas partes integrantes.

³²⁶ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *op. cit.*, p. 193-199.

³²⁷ Há grande divergência doutrinária acerca da possibilidade de a figura do juiz figurar como parte nas convenções processuais. Entendendo pela possibilidade: DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1, 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 150; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *op. cit.*, p. 203-213. Entendendo pela impossibilidade, por todos: CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 250-260;

³²⁸ Nesse sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 337; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *op. cit.*, p. 200-203.

esfera jurídica de terceiros – a exemplo do juiz, que deverá observar seus termos e aplicar a norma convencionada no lugar da norma legislada, se dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento –, trata-se aqui de uma legitimidade *ad actum*, ou seja, legitimidade para o ato, eis que “todo ato de disposição tem que partir do sujeito que titulariza a situação processual, ou ao menos daquele que se lhe afirma titular. As partes não estão autorizadas a deliberar senão sobre situações jurídicas que estejam na sua esfera de autonomia”.³²⁹⁻³³⁰

Em se tratando do elemento objetivo, o objeto das convenções processuais deve referir-se a um processo existente (negócios incidentais) ou futuro (negócios prévios), este sendo ao menos previsível, ou seja, deve versar uma situação jurídica individualizada e concreta (precisão), bem como exige uma determinação mínima e necessária para se estabelecer todas as suas características desde o nascimento da avença.

Permanecendo no objeto das convenções processuais, as mesmas podem tratar sobre alterações no procedimento ou disposição sobre situações jurídicas processuais, consoante estabelece a cabeça do art. 190 do CPC/2015.

Quanto à primeira hipótese, as partes possuem liberdade para modificar o procedimento e derrogar regras preestabelecidas a fim de adequá-lo às necessidades específicas da questão discutida, suprimindo certos atos ou invertendo a ordem de sua realização, numa clara aplicação do princípio da adequação.³³¹ Dois exemplos que ilustram essa situação são: i) a supressão da audiência de mediação ou conciliação previsto no art. 334 do CPC/2015; e ii) a modificação na forma de intimação das partes, podendo se dar por aplicativos de comunicação utilizados no cotidiano, como o *WhatsApp* e o *Telegram*.³³²

³²⁹ CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 305

³³⁰ No mesmo sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Civis prevê: “Enunciado nº 491: É possível negócio jurídico processual que estipule mudanças no procedimento das intervenções de terceiros, observada a necessidade de anuência do terceiro quando lhe puder causar prejuízo”; “Enunciado nº 402. A eficácia dos negócios processuais para quem deles não fez parte depende de sua anuência, quando lhe puder causar prejuízo”; “Enunciado nº 115: O negócio jurídico celebrado nos termos do art. 190 obriga herdeiros e sucessores”; “Enunciado nº 253: O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte”; “Enunciado nº 254: É inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica.

³³¹ Para tanto, ver REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 131-137.

³³² Enunciado nº 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. No mesmo sentido: BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *op. cit.*, 216-218.

Já quanto às situações jurídicas processuais, admite-se às partes a negociação acerca de seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, a exemplo da convenção que veda a execução provisória e da convenção que retira o efeito suspensivo de recurso, o que, ao contrário, permitiria a execução provisória em situações não previstas.³³³

Ao se fazer menção ao elemento formal de existência de um negócio jurídico processual trata-se do meio de exteriorização do ato jurídico,³³⁴ de maneira que não há uma forma rígida ou previamente estabelecida para tanto – o que permite a aplicação do princípio da liberdade das formas –, conquanto alguma formalidade mínima seja necessária. Admite-se, pois, até mesmo negócios jurídicos processuais verbais, os quais podem ser firmados em audiência e reduzidos a termo ou mesmos registrados em mídias eletrônicas (vídeo em DVD ou *pen drive*, p. ex.), o que se mostra extremamente útil nos tempos atuais.³³⁵

Uma vez delineada a estrutura existencial dos negócios jurídicos processuais (mais especificamente das convenções processuais), passa-se imediatamente para a análise do plano da validade dos mesmos, sendo matéria longe de encontrar posição pacífica na doutrina pátria. Debater-se-á, assim, seus principais contornos e posições.

Malgrado os requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral, previstos no art. 104 do Código Civil, sirvam de baliza interpretativa para os negócios jurídicos processuais³³⁶, há requisitos específicos que precisam ser tratados.

Se no plano de existência dos negócios processuais exige-se a simples presença de sujeitos processuais ou “partes”, necessário mencionar que, para que sejam válidas, as partes devem ser plenamente capazes para o estabelecimento do regramento desejado (arts. 70 a 76, CPC/2015), o que é trazido expressamente pelo *caput* do art. 190 do CPC/2015.

Há quem se limite a falar em capacidade de ser parte – aptidão genérica para ser sujeito de direitos processuais – e capacidade de estar em juízo – aptidão de exercício autônomo de situações jurídicas processuais (art. 70, CPC/2015).³³⁷ Todavia, pela própria

³³³ Hipóteses, essas, igualmente previstas no Enunciado nº 19 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.

³³⁴ Adota-se aqui a forma em sentido estrito. Para sua acepção ampla: YARSHELL, Flávio Luiz. *op. cit.*, p. 65-68.

³³⁵ CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, 327-330.

³³⁶ Há quem afirme serem os mesmos requisitos. Cf.: Fórum Permanente de Processualistas Cíveis - Enunciado nº 403: “A validade do negócio jurídico processual, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei”.

³³⁷ TAVARES DE MELO, Rodrigo Tenório. *op. cit.*, p. 86-87.

coerência com o plano anterior, essa definição é incompleta, exigindo o acréscimo de uma característica, qual seja, o fato de que aquele que celebra o negócio possa validamente exteriorizar a manifestação ou declaração de vontade constitutiva do negócio (capacidade negocial).³³⁸ Quanto à capacidade postulatória, em que pese não haja previsão normativa expressa que exija a presença de um advogado quando da negociação processual (até porque pode se falar em negócios prévios, consoante visto acima), trata-se de medida recomendável.³³⁹

Vale ressaltar ainda que, a cláusula geral de negociação processual traz importante característica em seu parágrafo único, qual seja: a vulnerabilidade como incapacidade processual negocial. Nesse caso, saliente-se que não há vulnerabilidade por presunção (nem mesmo quando da hipossuficiência econômica pura e simples), de forma que é preciso cogitar uma “hipervulnerabilidade negocial”, já que o próprio enunciado normativo explicita a necessidade de que a mesma seja “manifesta”, a ponto de distorcer sua manifestação de vontade.³⁴⁰ Logo, é clarividente a preocupação do ordenamento com a proteção aos vulneráveis, havendo dispositivos que atuam como verdadeiro limite à autonomia da vontade.

Ainda nesse plano, o mesmo dispositivo prevê que a validade do negócio processual pode ser questionada quando a convenção processual for estabelecida através de contrato de adesão, permitindo-se ao juiz negar-lhe aplicação. Em que pese a possibilidade de controle judicial, não há uma proibição expressa à inserção de convenção processual nos contratos de adesão. Veda-se, sim, a sua inserção feita de modo abusivo, onde a abusividade se configura como qualificadora do ato.³⁴¹ Isto posto, nada impede que a convenção processual inserida através de contrato de adesão beneficie o aderente, o que é raro no cotidiano forense.³⁴² Frise-se, por fim, que o art. 423 do Código Civil (que trata acerca da interpretação dos contratos de adesão), deve ser utilizado para os mesmos

³³⁸ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *op. cit.*, 216-218.

³³⁹ Nesse sentido: YARSHELL, Flávio Luiz. *op. cit.*, p. 76; CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 316-318. Ressalte-se, ainda, a opinião do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, o qual estabelece, em seu Enunciado nº 18: “Há *indício* de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”. (grifou-se)

³⁴⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *op. cit.*, p. 277-280.

³⁴¹ Frise-se que o art. 423 do Código Civil, o qual trata acerca da interpretação dos contratos de adesão, deve ser utilizado para os mesmos fins quando os negócios jurídicos prévios ou incidentais estiverem incluídos em contratos de adesão.

³⁴² BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *op. cit.*, p. 345-347. No mesmo sentido: TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível em: <https://www.academia.edu/17136701/Um_processo_pra_chamar_de_seu_nota_sobre_os_neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_2015_?auto=download>, p. 07. Acesso em: 17/12/2019.

fins quando os negócios jurídicos processuais prévios ou incidentais estiverem incluídos em contratos de adesão, interpretando-se as cláusulas ambíguas e contraditórias em favor do aderente.³⁴³

Quanto aos vícios de vontade típicos do direito material, a melhor doutrina é clara ao afirmar que maculam os negócios processuais, ensejando invalidades parciais ou totais.³⁴⁴ Há situações previstas no próprio CPC/2015, entre as quais a que autoriza a invalidação de atos processuais com fulcro na legislação material (art. 966, §4º) e a possibilidade de rescisão da sentença transitada em julgado quando o ato praticado estiver viciado com dolo ou coação (art. 966, III, CPC/2015).³⁴⁵

Não menos importante, a validade do negócio jurídico processual requer objeto lícito, possível e determinado/determinável,³⁴⁶ aproximando novamente o direito material e processual e evidenciando o microsistema de negociação processual existente no ordenamento.

Esse microsistema, onde direito material e processual mutuamente se entrelaçam, desempenha função de verdadeiro leito onde o interprete é autorizado a navegar, garantindo importantes balizas interpretativas ao instituto. Logo, vê-se que é sadio o estreitamento desse diálogo, onde o “intercâmbio serve para o alicerçamento seguro do edifício de um ordenamento unitário, cujos traços arquitetônicos foram traçados pelas linhas mestras da tábua axiológica de valores da Constituição”.³⁴⁷ Exemplificando, cite-se os artigos 112, 113 e 114 do Código Civil.³⁴⁸

Voltando à licitude do objeto, trata-se de ululante constatação, eis que o ordenamento prevê diversos limites, tácitos e expressos, à celebração de negócios

³⁴³ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *op. cit.*, 282.

³⁴⁴ Enunciado nº 134 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Negócio jurídico processual pode ser invalidado parcialmente”.

³⁴⁵ No mesmo sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Enunciado nº 132. Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 190”.

³⁴⁶ Essa última característica já fora trabalhada no presente estudo, pelo qual remete-se o leitor ao início do presente tópico.

³⁴⁷ Nesse sentido: AFFONSO, Filipe José Medon. *Diálogos entre direito civil e processual civil em matéria de negócios jurídicos*: em busca da construção de um ordenamento unitário. In: **Negócios processuais. Tomo II**. Antônio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira (coord.). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 87-110.

³⁴⁸ Nesse mesmo sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Civis produziu os seguintes enunciados: “Enunciado nº 404. Nos negócios processuais, atender-se-á mais à intenção consubstanciada na manifestação de vontade do que ao sentido literal da linguagem”; “Enunciado nº 405. Os negócios jurídicos processuais devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”; “Enunciado nº 506. Os negócios jurídicos processuais benéficos e a renúncia a direitos processuais interpretam-se estritamente”.

jurídicos processuais, a exemplo das normas constitucionais processuais. Nas palavras de Guilherme Henrique Lage de Faria,

para que haja validade do negócio processual, a abrangência de atuação da autonomia privada das partes deverá ser analisada à luz dos preceitos do formalismo processual democrático, resguardando em cada ato processual da nova estrutura procedimental criada pelos sujeitos processuais o conteúdo dos princípios e garantias fundamentais insculpidos na Constituição, sem os quais não há legitimidade democrática no exercício da função jurisdicional, e, por conseguinte, validade do processo.³⁴⁹

Entre os limites constitucionais, cite-se como exemplo a escolha do juiz da causa ou a modificação de competência absoluta, ambas pela afronta ao princípio do juiz natural (CF/88, art. 5º, XXXVII e LIII); a convenção que afaste a exigência de motivação das decisões judiciais (CF/88, art. 93, IX); a convenção para supressão de primeira instância;³⁵⁰ ou mesmo o negócio que afaste o regime de publicidade externa dos atos processuais fora dos casos expressos previstos no art. 5º, inciso LX, da CF/88.

Em se tratando dos limites previstos na legislação infraconstitucional, cite-se a vedação às partes para pactuar a suspensão do processo por mais de seis meses (art. 313, §4º, CPC/2015); a criação de recursos não previstos no rol do art. 994 do CPC/2015; o acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, entre outros.

Um dos temas centrais ao presente estudo, saliente-se a condição prevista no início da cabeça do art. 190 do CPC/2015, qual seja: os negócios jurídicos processuais devem versar sobre direitos que admitam autocomposição. É de se atentar, contudo, que “direito que admita autocomposição” (gênero) não significa necessariamente direito disponível (espécie). Destarte, pode-se afirmar que “[t]odo direito disponível admite autocomposição, mas nem todo direito que admite autocomposição é disponível”,³⁵¹ pelo que o assunto será devidamente abordado no próximo tópico, eis que intimamente relacionado aos limites processuais da Fazenda Pública para negociar aspectos procedimentais ou situações jurídicas.

A validade do negócio jurídico processual pressupõe, ainda, a possibilidade do objeto, dividindo-se, pois, em possibilidade física – decorrente de sua própria natureza ou da prestação – e jurídica – decorrente de norma jurídica de cunho legal ou convencional.³⁵² Logo, podemos citar como exemplos de negócios inválidos a convenção

³⁴⁹ FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais...**, p. 218.

³⁵⁰ Exemplo previsto no Enunciado nº 20 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

³⁵¹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *op. cit.*, p. 250.

³⁵² NOGUEIRA, Pedro Henrique. *op. cit.*, 284-285.

para estipulação de um perito já falecido e a convenção para afastar impedimento do magistrado, respectivamente.

Ademais, tal qual ocorre no direito material (art. 184, do Código Civil - microssistema de negociação processual), uma vez maculada parte da convenção processual, há clara possibilidade de sua invalidação parcial.³⁵³ Entretanto, a convenção só poderá ser invalidada caso se comprove o efetivo prejuízo àquele que acordou, aplicando-se, pois, a máxima *pas de nullité sans grief*.³⁵⁴

Por fim, não obstante a proximidade entre as matérias, imprescindível deixar claro que a convenção processual é autônoma em relação ao negócio material em que estiver inserida, de tal sorte que: a uma, a invalidade deste não implica necessariamente a invalidade da convenção processual;³⁵⁵ a duas, a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual³⁵⁶.

Avançando ao critério de eficácia dos negócios jurídicos processuais, imperioso iniciar com a distinção das categorias eficaciais entre os negócios prévios e incidentais.

Quanto aos negócios prévios (pré-processuais), há aquilo que Marcos Bernardes de Mello denomina de situação jurídica básica, ou seja, uma produção mínima de efeitos (variável conforme a natureza do fato jurídico a que se refere).³⁵⁷ Assim, somente se o fato jurídico não puder produzir a sua plena eficácia, ou se ainda não a produziu, tem a situação jurídica básica importância e significado. Exemplo que ajuda a elucidar a questão é a lei durante a *vacatio legis*. Desde que publicada, apesar de não poder produzir sua eficácia própria de incidir, vincula os poderes legiferantes, uma vez que terá de ser revogada se não se quiser que entre em vigor. Ou seja, a necessidade de revogação pela forma prescrita em lei constitui o conteúdo da situação jurídica básica.

Quanto aos negócios incidentais (celebrados no bojo de um processo já existente), a eficácia jurídica emanada por eles é – salvo condição suspensiva ainda não ocorrida – plena ou final, encontrando o negócio processual apto a produzir seus efeitos próprios. Desse modo, “[a] referibilidade a um processo é pressuposto de existência do

³⁵³ No mesmo sentido: Fórum Permanente de Processualistas Civis – “Enunciado nº 134: Negócio jurídico processual pode ser invalidado parcialmente”.

³⁵⁴ Também é o entendimento do Fórum Permanente de Processualistas Civis – “Enunciado nº 16: O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo”.

³⁵⁵ Enunciado nº 409 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

³⁵⁶ Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

³⁵⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia, 1ª parte. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100-103.

negócio processual; a sua inserção em um processo real afigura-se como condição viabilizadora de sua plena eficácia”.³⁵⁸

Permanecendo na temática da eficácia, surge a seguinte dúvida: a homologação judicial pode ser qualificada como condição de eficácia dos negócios processuais? Ora, segundo previsão contida no art. 200 do CPC/2015, os atos das partes que consistam em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzirão imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais, ressalvando, no parágrafo primeiro, a desistência da ação, a qual depende de homologação judicial para produzir efeitos e constitui verdadeira *conditio iuris*, elemento complementar do suporte fático daquele negócio processual.³⁵⁹

Nesse jaez, a doutrina contemporânea estabelece, via de regra, a eficácia imediata dos negócios processuais atípicos (art. 190, CPC/2015).³⁶⁰ Consequentemente, qualifica a homologação judicial dos negócios processuais como condição de eficácia apenas se houver previsão expressa na lei³⁶¹ – tal qual o parágrafo único supracitado – ou se as partes assim convencionarem, interpretação que, como visto, se coaduna com a autonomia das partes e com o princípio do autorregramento da vontade no processo.³⁶²

Situação interessante ocorre quando as partes estabelecem que aquela convenção processual só terá eficácia uma vez homologada pelo juiz, já que o negócio jurídico firmado tornar-se-ia um título executivo judicial (art. 515, III, CPC/15). Em caso de eventual negativa do magistrado quanto à referida homologação, a mesma continuaria válida e eficaz, porém, sem o status de título executivo.³⁶³

³⁵⁸ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *op. cit.*, p. 275.

³⁵⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *op. cit.* p. 210.

³⁶⁰ No mesmo sentido: Fórum Permanente de Processualistas Cíveis - “Enunciado nº 133: Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial”;

³⁶¹ Nesse sentido o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. “Enunciado nº 260: A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio”.

³⁶² ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 141. No mesmo sentido: Enunciado nº 133 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis; GODINHO, Robson Renault. *op. cit.*, p. 137; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 40, n. 244, jun./2015, p. 412; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1, 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 395.

³⁶³ GOUVEIA, Lúcio Grassi de; GADELHA, Marina Motta Benevides. *Negócios Jurídicos Processuais: “Libertas Quæ Sera Tamen”*. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 96, p. 164-165, out./dez. 2016.

3.4. Negócios jurídicos processuais envolvendo a Fazenda Pública

Uma vez delineada a tipologia dos negócios jurídicos processuais, bem como suas principais características, planos e limites gerais, cabe avaliar meticulosamente o instituto frente ao conjunto de regras e princípios no qual está inserida a Fazenda Pública, o chamado regime jurídico administrativo, o que se passa a fazer.

Se outrora as palavras negócio, acordo, convenção, conciliação, mediação, arbitragem, entre outras correlatas, eram raramente utilizadas (ou de plano descartadas) quando se fazia presente a Administração Pública – ou a Fazenda Pública, sua faceta processual³⁶⁴ –, essa situação vai paulatinamente se modificando, encontrando hodiernamente momento de grande entusiasmo, uma vez que há solo propício para tanto.

A transição de uma Administração Pública inicialmente patrimonial, passando por um modelo burocrático, avançando para um perfil gerencial e culminando numa faceta dialógica³⁶⁵ é perceptível numa análise histórica e no conjunto de normas aprovadas pelo Parlamento brasileiro.

Se essa faceta dialógica/consensual inicialmente se mostrou na longínqua década de 40 do século passado, através da desapropriação amigável (art. 10 do Decreto-Lei 3.365/1941), o seu avanço foi evidenciado com propriedade a partir da redemocratização do país, com a promulgação da Carta Republicana de 1988. Entretanto, há diversas outras normas infraconstitucionais que, aos poucos, corroboraram e consolidaram esse viés, entre as quais a Lei da Arbitragem (Lei Federal nº 9.307/1996); as leis que regulamentaram os Juizados Especiais Federais (Lei Federal nº 10.259/2001) e da Fazenda Pública (Lei Federal nº 12.153/2009); as Parcerias Público-Privadas (Lei Federal nº 11.079/2004); o acordo de leniência, seja ele em defesa da ordem econômica (o qual surgiu com a MP nº 2.055/2000 e foi aperfeiçoado na Lei Federal nº 12.529/2011), seja em função do combate à corrupção ou no âmbito licitatório (através da Lei Federal nº 12.846/2013), as quais já foram trazidas e exploradas com a devida profundidade no primeiro Capítulo do presente estudo.³⁶⁶

Todavia, essa característica ganhou contornos ainda mais precisos com a entrada em vigor das Leis Federais nºs 13.129/2015 e 13.140/2015, as quais previram

³⁶⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *op. cit.*, p. 5-6.

³⁶⁵ LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro, *op. cit.*, p. 71-112.

³⁶⁶ BARREIROS, *op. cit.*, p.49-92.

expressamente a autorização para que a Administração Pública se valha da arbitragem e da mediação, respectivamente.

Malgrado o perfil dialógico e consensual da Administração Pública tenha se salientado com a positivação desse conjunto de normas supracitadas, sua imensa maioria autoriza a disposição de direitos de ordem material, o que já denota alguma flexibilização das chamadas “pedras de toque do regime jurídico administrativo” – princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público.

Contudo, foi no Código de Processo Civil de 2015 que o modelo dialógico de Administração Pública consolidou seu perfil processual, onde o seu citado art. 190 viabilizou à Fazenda Pública a estipulação de mudanças no procedimento, através dos negócios jurídicos processuais (gênero) e suas espécies convenções processuais e acordos processuais.

Em que pese a cabeça do artigo 190 do CPC/2015 não tenha mencionado expressamente a Fazenda Pública (tal qual o art. 85, parágrafos 3º, 5º e 7º; art. 91; art. 95, §4º; art. 100, parágrafo único; art. 178, parágrafo único, dentre tantos outros previstos no seu interior), a possibilidade de a mesma utilizar dos negócios jurídicos processuais decorre das mais variadas premissas, sejam elas de cunho lógico-estrutural – a exemplo dos princípios do debate, da participação e do consenso, ínsitos ao Estado Democrático de Direito, os quais preconizam a construção de uma cultura consensual em lugar de uma cultura impositiva³⁶⁷ – ou de cunho efetivamente processual, entre as quais:

- a) a previsão (agora expressa e de cunho geral) de possibilidade de a Administração Pública valer-se da arbitragem e da mediação para solução de seus conflitos de interesses; b) a consagração do estímulo ao uso do sistema multiportas de solução de conflitos como política pública judiciária (e, pois, estatal); c) o sistema processual civil encartado no Código de Processo Civil de 2015 que se pauta, em grande medida, na incitação à busca de soluções consensuais aos conflitos.³⁶⁸

³⁶⁷ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 93-94.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 94. No mesmo sentido: TEIXEIRA, José Roberto Fernandes. Negócios jurídicos processuais e Fazenda Pública. In: ARAÚJO, J. H. M.; CUNHA, L. C. da (Coord.). **Advocacia pública**. v. 03. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 173-182; SANTOS, Tatiana Simões dos. Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (Coord.). **Negócios processuais**. v. 01. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 507-519; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *op cit.*, p. 662-663; ROSENBLATT, Paulo; TAVARES DE MELO, Rodrigo Tenório. O negócio jurídico processual como estratégia para a recuperação fiscal do crédito inscrito em dívida ativa: o plano de amortização de débitos. Direito Público: **Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v.15, n.1, jan./dez., 2018. p. 257-273; FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Os negócios jurídicos processuais e a fazenda pública. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 280, p. 353-375, jun. 2018, p. 354.

Apesar de ainda haver doutrinadores que entendem que a cláusula geral de negociação processual não pode ser aplicada à Fazenda Pública em juízo,³⁶⁹ – escoradas num raciocínio simplório de que só é permitida a negociação processual em processos que versem sobre “direitos que admitam autocomposição” – a doutrina majoritária entende o contrário,³⁷⁰ sustentando que tal vedação tratar-se-ia de enorme contradição, eis que há um conjunto de dispositivos previstos no código que fomentam a consensualidade (a exemplo do art. 3º, parágrafos 2º e 3º; art. 6º; art. 174, entre outros). Além da contradição apontada, aponte-se que a Fazenda Pública é, como já visto no presente estudo, uma litigante habitual (*repeat player*), de maneira que a sua exclusão certamente mitigaria a efetividade da norma em questão.³⁷¹

Outrossim, consoante demonstrado no decorrer do primeiro Capítulo, a indisponibilidade do interesse público preconizada pela tradicional doutrina administrativista brasileira deve ser vista com temperamentos, haja vista a fluidez do conceito jurídico indeterminado interesse público.³⁷² Ora, sem critérios científicos objetivos e factíveis que corroborem e constatem com alguma segurança o que seja interesse público, vedar aprioristicamente a utilização dos negócios jurídicos processuais (mais especificamente das convenções processuais) pela Fazenda Pública mostra-se absolutamente desarrazoado e contraproducente, ou seja, uma construção teórica de limitado significado para a ação administrativa estratégica em âmbito processual.³⁷³

Na mesma toada, deve-se ressaltar a ausência de uniformidade na doutrina e na jurisprudência para tratar acerca do que seria “direitos que admitam autocomposição”. Há uma questão crucial que precisa ser esclarecida para que o entendimento acerca do art. 190 do CPC/2015 seja o melhor possível: causas que tratem sobre “direitos que admitem autocomposição” devem ser entendidas como gênero, do qual causas que versem sobre direitos disponíveis é uma espécie. Logo, todo direitos disponível admite autocomposição, mas nem todo direito que admite autocomposição é disponível.³⁷⁴

Nesse sentido, a utilização pelo legislador do termo “direito que admita autocomposição” expressa uma opção legislativa, qual seja: permitir amplamente a

³⁶⁹ TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o Direito Civil**: impactos, diálogos e interações. São Paulo: Método, 2015, p. 115.

³⁷⁰ É o caso, inclusive, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “Enunciado nº 256. A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual”

³⁷¹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *op. cit.*, p. 94.

³⁷² Em sentido contrário: TAVARES DE MELO, Rodrigo Tenório. *op. cit.*, p. 90.

³⁷³ No mesmo sentido: CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 342-344.

³⁷⁴ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *op. cit.*, p. 250.

utilização de negócios processuais, ainda que se trate de processo cujo objeto litigioso verse sobre direitos materiais indisponíveis.³⁷⁵ O raciocínio ecoa, inclusive, na atuação do Ministério Público enquanto defensor de direitos difusos e coletivos, onde o Conselho Nacional do Ministério Público já regulamentou os negócios processuais para seus membros, através da Resolução nº 118 de 1º de dezembro de 2014.³⁷⁶

Ressalte-se, todavia, que não há uniformidade na doutrina nem mesmo do que seriam direitos (in)disponíveis, onde em certos momentos a associam a direitos patrimoniais;³⁷⁷ ora a possibilidade de transação de um direito;³⁷⁸ outros a predicam a situações jurídicas alienáveis,³⁷⁹ entre outras variadas abordagens. No mesmo sentido, os próprios tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) não dispõem de um entendimento uníssono.³⁸⁰

Em resumo, não há qualquer uniformidade conceitual, nem na doutrina especializada, nem na jurisprudência, acerca do que seria a disponibilidade sobre o processo. Não obstante, à luz do CPC/2015, não se faz necessário perquirir o que significaria “disponibilidade” para sindicar o objeto dos acordos processuais. De fato, ao tratar da cláusula geral de convencionalidade processual, e ao contrário da lei de arbitragem, o CPC/2015 utiliza a expressão “direitos que admitam autocomposição”, muito mais genérica e abrangente.³⁸¹

Haverá casos em que a indisponibilidade do direito material provocará efeitos reflexos no direito processual, impossibilitando a convenção processual. Todavia, isso ocorrerá porque certas convenções poderão atingir indiretamente questões referentes aos interesses materiais. Exemplo que ilustra bem essa situação é o *pactum de non petendo*³⁸²

³⁷⁵ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *op. cit.*, p. 250.

³⁷⁶ “Art. 15. As convenções processuais são recomendadas toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim para resguardar âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais.

Art. 16. Segundo a lei processual, poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais.

Art. 17. As convenções processuais devem ser celebradas de maneira dialógica e colaborativa, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos por intermédio da harmonização entre os envolvidos, podendo ser documentadas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta.”

³⁷⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Forense Universitária, 1994, v.1, p. 55.

³⁷⁸ SCAVONE JR., Luiz Antônio. **Manual de Arbitragem**. São Paulo: TR, 2014, p. 25-28.

³⁷⁹ MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 3 *et seq.*

³⁸⁰ A indisponibilidade de um direito é conceituada à luz de critérios notoriamente distintos pelo STF e STJ, conforme pode ser visto nas seguintes jurisprudências: AgR no RE nº 410.715-SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 22.11.2005; AgR no RE 436.996-SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 22.11.2005; RE nº 248.869-SP, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 07.08.2003; Resp 753.565-MS, rel. Min. Luiz Fux, j. 27.03.2007; REsp nº 470.935-RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10.12.2003.

³⁸¹ CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 339.

³⁸² Contrato por meio do qual as partes acordam pela impossibilidade de exigir-se, judicialmente, um determinado crédito ou uma obrigação que lhe é devida.

com prazo muito alargado e que envolva alimentos, já que o ordenamento veda a renúncia aos mesmos (art. 1.707 do Código Civil).³⁸³ “Atos de disposição processual não podem [assim] atingir efeitos proibidos no direito material. A disposição de direitos processuais não pode, v.g., implicar indiretamente em renúncia a direitos materiais irrenunciáveis”.³⁸⁴

Percebe-se, pois, que toda essa explanação acerca do polêmico trecho “direitos que admitam autocomposição”, contido na cabeça do art. 190 do CPC/2015, envolve questões relacionadas a um requisito objetivo de validade dos negócios jurídicos processuais, qual seja, a licitude do objeto. Entretanto, é preciso deixar claro que todos os requisitos trazidos na seção anterior, sejam eles de existência, validade ou eficácia, devem ser transplantados para os negócios jurídicos processuais firmados pela Fazenda Pública, sejam eles prévios ou incidentais.

Uma vez estabelecida a possibilidade de a Fazenda Pública se utilizar de negócios jurídicos processuais, passa-se a averiguar quais seriam os limites específicos impostos pelo ordenamento para que os mesmos sejam firmados.

Consoante explanado no primeiro Capítulo da dissertação, o ordenamento jurídico conferiu à Administração Pública uma série de prerrogativas com vistas a municar o Estado na busca dos fins preconizados pela Constituição Federal de 1988. Se outrora essas prerrogativas consubstanciavam requisitos obrigatórios da função administrativa (regime jurídico administrativo), viu-se que esse raciocínio não encontra mais guarida na atual conformação do agir estatal.

A instrumentalidade das prerrogativas públicas é, pois, medida que se impõe na busca por uma atuação eficiente e eficaz por parte do Poder Público. Logo, tais “vantagens” servem como ferramentas (não dispostas aos particulares) na busca dos objetivos trazidos pelo próprio ordenamento (o qual pode ser traduzido no conceito jurídico indeterminado interesse público), não devendo sufocar a Administração Pública, como se compulsórias fossem.

Pois bem.

Tais como as prerrogativas de direito material – a exemplo da autoexecutoriedade dos atos administrativos, do poder de tutela, do poder hierárquico, do

³⁸³ Em que pese a subseção ser direcionada ao tratamento de questões afetas aos negócios jurídicos processuais firmados pela Fazenda Pública, exemplos que a envolvam serão utilizados posteriormente por razões estratégicas.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 341-342. No mesmo sentido: NOGUEIRA, Pedro Henrique, *op. cit.*, 272-274; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *op. cit.*, p. 248-253; Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “ A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”.

poder de expropriar, da prerrogativa imperativa, do poder de polícia, da prerrogativa sancionatória, entre outras – há uma série de prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública para que a mesma possa atuar, da melhor e mais ampla maneira possível, em prol do interesse público. São exemplos os prazos diferenciados (art. 183 do CPC/2015) e a remessa necessária (art. 496 do CPC/2015).

Há quem afirme que tais prerrogativas são inconstitucionais, pois denotariam privilégios odiosos em clara afronta à Constituição, notadamente ao princípio da isonomia.³⁸⁵ Entretanto, a doutrina brasileira majoritária entende pela constitucionalidade dos mesmos, fundamentando tal raciocínio também no princípio da isonomia, só que em sua acepção aristotélica, ou seja, de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.³⁸⁶ Na mesma toada, a doutrina estrangeira há muito concorda e prevê diversas prerrogativas e excepcionalidades aplicadas à Fazenda Pública, a exemplo da França (através do contencioso administrativo e de seu *Conseil d'État*), Itália, Espanha, Portugal e Alemanha.³⁸⁷

Em que pese as prerrogativas processuais da Fazenda Pública objetivem o equilíbrio efetivo entre as partes no processo e levem em consideração que a mesma estará em juízo na busca pelo chamado interesse público, a maneira como essa distinção é tratada possui não só razões, mas efeitos diversos, dividindo-se em i) prerrogativas relacionadas ao regime jurídico de direito material a que se sujeitam as pessoas jurídicas de direito público ou à própria natureza dessas; e ii) prerrogativas relacionadas ao funcionamento da estrutura administrativa.³⁸⁸ Vejamo-las.

As chamadas prerrogativas relacionadas ao regime jurídico de direito material a que se sujeitam as pessoas jurídicas de direito público ou à própria natureza dessas são estruturadas objetivando o resguardo precípua do interesse público e/ou do patrimônio público. Logo, não admitem negociabilidade.

Exemplo preciso dessa espécie de prerrogativa é o regime jurídico de pagamento de débitos pela Fazenda Pública, o precatório (art. 100 da CF/88). Ora, o referido regime possui como fundamentos a prerrogativa material de inalienabilidade dos

³⁸⁵ Assim se manifestar, por exemplo, José Miguel Garcia Medina em relação aos prazos processuais diferenciados em prol da Fazenda Pública (art. 183 do CPC/2015). Cf: MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 4. ed. São Paulo: TR, 2016, p. 315.

³⁸⁶ Nesse sentido: VIANA, Juvenal Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 39; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *op. cit.*, p. 33.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 34-35.

³⁸⁸ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Negociabilidade de prerrogativas processuais da Fazenda Pública: tentativa de sistematização*. In: **Negócios processuais. Tomo II**. Antônio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira (coord.). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 275-277.

bens públicos (art. 100, do Código Civil) e o respeito à impessoalidade e à moralidade no pagamento de débitos jurídicos (*caput* do art. 37, da CF/88). Assim, mostrar-se-ia negócio/convenção ilícita aquela que negociasse até mesmo parcelamento de crédito, denotando por via transversa burla ao regime do precatório.³⁸⁹

Outro exemplo é a remessa necessária,³⁹⁰ onde a sentença proferida deve ser objeto de duplo grau de jurisdição obrigatório, eis que o próprio ordenamento pondera *in abstracto* os escopos jurídico e social do processo, conferindo primazia ao primeiro em detrimento do segundo.³⁹¹ Nesse sentido, não podem as partes estabelecer novas hipóteses de remessa necessária ou excluir hipóteses existentes sem autorização legal, eis que também incidiriam em ilicitude do objeto.³⁹²

Na mesma toada, Lorena Barreiros pontua alguns exemplos claros de negócios que afetariam o regime jurídico de direito material a que se sujeitam as pessoas jurídicas de direito público, *verbis*:

a) as dispensas de adiantamento de despesas processuais em processo judicial (art. 91 do CPC/2015), de preparo de recursos (art. 1007, §1º, do CPC/2015) e de depósito prévio para propositura de ação rescisória (art. 968, §1º, do CPC/2015); b) o juízo privativo outorgado aos entes públicos por leis estaduais de organização judiciária (com a criação de varas da Fazenda Pública); c) a previsão de regras especiais para fixação de honorários de sucumbência em processos nos quais a Fazenda Pública figure como parte (art. 85, §§ 3º a 7º, do CPC/2015); d) a proibição legal de deferimento de medidas liminares em determinadas hipóteses, especialmente quando implique pagamento de qualquer natureza (art. 7º, §§2º e 5º, da Lei nº 12.016/2009), a necessidade de ouvida dos entes públicos antes da concessão de tutela provisória em mandado de segurança coletivo e em ação civil pública (art. 2º da Lei nº 8.437/1992 e art. 22, §2º, da Lei nº 12.016/2009) e a restrição à execução provisória de sentenças ou acordãos (art. 14 da Lei nº 12.016/2009 e art. 2º-B da Lei nº 9.494/1997).³⁹³

Quando aos exemplos acima suscitados pela referida autora, saliente-se que o item “c” (relativo aos honorários de sucumbência que a Fazenda Pública deverá arcar) permite temperamentos, uma vez que admitir-se-á convenção processual para ampliar

³⁸⁹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Negociabilidade de prerrogativas processuais da Fazenda Pública: tentativa de sistematização*. In: **Negócios processuais. Tomo II**. Antônio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira (coord.). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 278.

³⁹⁰ Prevista no art. 496 do CPC/2015 e em legislações esparsas, a exemplo do art. 28, §1º, do Decreto-Lei nº 3.365/1941, do art. 19 da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) e do art. 14, §1º, da Lei nº 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança).

³⁹¹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Negociabilidade...*, p. 278-280.

³⁹² No mesmo sentido: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Remessa necessária no novo CPC*. In: ARAÚJO, José Henrique Moura; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). **Advocacia pública**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 140. Contra: CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. **A disponibilidade e a negociabilidade da remessa necessária no CPC/2015**. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-24-a-disponibilidade-e-a-negociabilidade-da-remessa-necessaria-no-cpc-15>>. Acesso em 03/02/2020.

³⁹³ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Negociabilidade...*, p. 280.

(nunca para diminuir) a proteção ao erário a que destina os parágrafos do artigo 85 do CPC/2015.³⁹⁴

No que concerne às prerrogativas relacionadas ao funcionamento da estrutura administrativa, as mesmas têm por objetivo a concretização do princípio da isonomia já mencionado, uma vez que a complexa estrutura burocrática da Fazenda Pública e o volume de trabalho imposto aos advogados públicos em muitos momentos inviabilizam o cumprimento de ônus, faculdades, poderes ou deveres processuais no mesmo prazo que dispõe o particular. Entretanto, por não envolver em si o regime jurídico de direito material, estariam sujeitos à maior amplitude negocial, sendo, pois, lícitas as convenções cujo objeto se qualifique como tal.³⁹⁵

A título de exemplo cite-se a possibilidade de a Fazenda Pública convencionar a diminuição de certos prazos processuais em limites minimamente razoáveis, desde que essa redução não afete o núcleo essencial do seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa.³⁹⁶ Minudencia-se. Em causas de menor complexidade e que estejam dentro do limite de valor estatuído pela Lei dos Juizados Especiais Federais (art. 3º da Lei Federal nº 10.259/2001), caso a ação seja distribuída no juízo comum (exceção à competência absoluta, prevista no art. 109, §3º, da CF/88), parece-nos que não haverá qualquer prejuízo à Fazenda Pública caso a mesma convencie a redução de prazo de recurso de apelação para que o mesmo fique nos 10 (dez) dias úteis estabelecidos pela mencionada lei federal, em que pese o rito ordinário nesse caso estabeleça o prazo de 30 (trinta) dias úteis (art. 1.003, §5º, cominado com o art. 183, do CPC/2015).³⁹⁷

Na mesma toada, poderá a Fazenda Pública convencionar acerca da intimação pessoal do advogado público³⁹⁸, admitindo-se, por exemplo, a fixação de calendário processual (art. 191, do CPC/2015), onde o §2º do artigo dispensa a intimação das partes

³⁹⁴ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Negociabilidade de prerrogativas processuais da Fazenda Pública: tentativa de sistematização*. In: **Negócios processuais. Tomo II**. Antônio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira (coord.). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 281-282.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 282.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 283. Interessante notar que diversos entes já regulamentaram o negócio processual sobre prazos processuais. A saber: Resolução AGE/MG Nº 11, de 22 de março de 2019; Portaria PGM São Paulo nº 128, de 24 de outubro de 2019; Resolução PGE/RJ Nº 4.324 de 07 de janeiro de 2019; Portaria PGE/PE nº 24 de 14 de fevereiro de 2019.

³⁹⁷ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções...*, p. 346-347.

³⁹⁸ No mesmo sentido, prevê o Enunciado nº 30 do Fórum Nacional do Poder Público: “É cabível a celebração de negócio jurídico processual pela Fazenda Pública que disponha sobre formas de intimação pessoal”.

para a prática do ato.³⁹⁹ Permite-se até mesmo a convenção para dispensar a intimação da Fazenda Pública (nos moldes delineados pelo §1º do art. 183 do CPC/2015) acerca da inclusão de processo em pauta de julgamento, oportunidade em que um mero protocolo institucional determinando a publicação no órgão oficial (a exemplo dos Diários de Justiça eletrônicos – DJe) supriria tal necessidade.⁴⁰⁰ Outrossim, deve ser admitida a convenção processual para cumprimento de decisões judiciais, inclusive para execução de políticas públicas.⁴⁰¹

Situação que tem chamado bastante atenção é a possibilidade de negociação de prerrogativas relacionadas ao funcionamento da estrutura administrativa quando se tratam de execuções fiscais. Apesar de o rito das execuções fiscais estar previsto na Lei Federal nº 6.830/1980, é de amplo conhecimento que o mesmo está defasado (regulamentado no início da década de oitenta) e não tem sido assaz frutífero quando o assunto é recuperação de créditos fiscais, sejam eles relativos a dívidas de cunho tributário ou não. Tal constatação pode ser observada, inclusive, no levantamento “Justiça em Números”, feito pelo Conselho Nacional de Justiça e já mencionado no presente estudo.

A ineficácia, o alto custo, a morosidade (entre outros fatores) da execução fiscal ordinária tem levado a debates extremamente frutíferos por parte da doutrina no afã de oxigenar e trazer efetividade e eficiência ao sistema. Entre eles se encontra a chamada “regulação responsiva”, a qual prevê métodos cooperativos e de “psicologia fiscal” para estimular o adimplemento voluntário da obrigação tributária principal (sem abrir mão da força, acaso necessário), encaixando-se perfeitamente no perfil dialógico da Administração Pública.⁴⁰²

Uma das formas de uso da regulação responsiva é exatamente a possibilidade de se firmar negócios jurídicos processuais no âmbito da execução fiscal.⁴⁰³ Cite-se, a

³⁹⁹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Negociabilidade...*, p. 285. Nesse sentido, cite-se a regulamentação dessa hipótese em diferentes entes públicos no Brasil: Art. 2º, inciso I, da Resolução AGE/MG Nº 11, de 22 de março de 2019; Art. 1º, inciso I, da Portaria PGM São Paulo nº 128, de 24 de outubro de 2019; Art. 1º, inciso VI, da Resolução PGE/RJ Nº 4.324 de 07 de janeiro de 2019; Art. 1º, inciso I, da Portaria PGE/PE nº 24 de 14 de fevereiro de 2019. Na mesma toada: Enunciado nº 52 do Fórum Nacional do Poder Público. “O órgão de direção da advocacia pública pode estabelecer parâmetros para a fixação de calendário processual”.

⁴⁰⁰ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Negociabilidade...*, p. 286.

⁴⁰¹ Cf.: Art. 2º, inciso VII, da Resolução AGE/MG Nº 11, de 22 de março de 2019; Art. 1º, inciso VII, da Portaria PGM São Paulo nº 128, de 24 de outubro de 2019; Art. 1º, inciso VIII, da Resolução PGE/RJ Nº 4.324 de 07 de janeiro de 2019; Art. 1º, inciso IV, da Portaria PGE/PE nº 24 de 14 de fevereiro de 2019.

⁴⁰² ROSENBLATT, Paulo; TAVARES DE MELO, Rodrigo Tenório. *O negócio jurídico processual como estratégia para a recuperação do crédito inscrito em dívida ativa: o plano de amortização de débitos fiscais. Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, v.15, n.1, jan./dez., 2018, p. 258-259.

⁴⁰³ Nesse sentido: Enunciado nº 9 do Fórum Nacional do Poder Público. “A cláusula geral de negócio processual é aplicável à execução fiscal”.

título de exemplo: convenção para realização de penhora em bem que, conquanto líquido, não esteja entre os primeiros da lista prevista no art. 11 da Lei nº 6.830/1980; convenção para escolha do avaliador do bem penhorado (art. 870, parágrafo único c/c art. 471, CPC/15 e art. 13, § 2º, da Lei nº 6.830/80); convenção para emenda ou substituição da certidão de dívida ativa (CDA) mesmo após a decisão de primeira instância (art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/80); convenção para escolha de leiloeiro escolhido pelas partes (art. 883, do CPC/2015); convenção a fim de reunir diversas execuções fiscais em torno de uma só, como num processo-piloto (art. 28, Lei nº 6.838/1980); convenção para calendarização processual.⁴⁰⁴

Todavia, a maior novidade dos negócios jurídicos processuais no âmbito da execução fiscal é, sem dúvida, o chamado plano de amortização de débitos fiscais, o qual permite a regularização da situação fiscal do contribuinte através de pagamentos que não sejam necessariamente iguais, mensais e sucessivos (tais como o instituto do parcelamento, previsto no art. 155-A, do CTN), já que há diversas particularidades que podem influenciar na sua capacidade contributiva em um dado mês, a exemplo de sazonalidades.⁴⁰⁵

[E]sse é um plano de pagamento em parcelas do crédito tributário/não-tributário, no curso do processo executivo, que levará em consideração as peculiaridades do caso e as condições de pagamento do contribuinte. É um acordo intraprocessual atípico, lastreado na cláusula geral do artigo 190 do novo CPC de negociação sobre o processo. Convindo as partes, o devedor cumprirá a sua obrigação ou obrigações, se mais de uma forem as execuções fiscais, de maneira voluntária, realizando o pagamento na forma e prazos acordados.⁴⁰⁶

Instrumento que vem encontrando cada vez mais espaço no universo jurídico das execuções fiscais Brasil afora, o plano de amortização de débitos fiscais já se encontra previsto em diversos entes federados, em atos normativos variados, a exemplo da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (Portaria PGFN nº 742, de 21 de dezembro de 2018), Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco (Portaria PGE/PE nº 24, de 14 de fevereiro de 2019), Procuradoria Geral do Município de São Paulo (Portaria PGM São Paulo nº 128, de 24 de outubro de 2019) e Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais (Resolução AGE/MG Nº 11, de 22 de março de 2019).

⁴⁰⁴ ROSENBLATT, Paulo; TAVARES DE MELO, Rodrigo Tenório. *O negócio jurídico...*, p. 266-267. Quanto à calendarização no processo de execução fiscal, cite-se o Enunciado nº 10 do Fórum Nacional do Poder Público: “É possível a calendarização dos atos processuais em sede de execução fiscal e embargos”.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 268.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 269.

Ultrapassada a análise do principal e mais polêmico requisito objetivo de validade dos negócios jurídico processuais envolvendo a Fazenda Pública, a licitude do objeto, cumpre destacar que o exame dos demais requisitos, sejam eles objetivos ou subjetivos, deve estar intimamente ligado aos requisitos do ato administrativo, eis que a celebração do mesmo é resultado de uma decisão administrativa prévia tomada por um agente público, ainda que dentro de um processo administrativo.⁴⁰⁷

São, pois, requisitos de validade do ato administrativo que conduzirá a feitura do negócio jurídico processual pela Fazenda Pública:

a) a competência (requisito subjetivo de validade); b) a licitude, possibilidade, precisão e determinabilidade do objeto (requisitos objetivos de validade) [já abordado]; c) a existência de motivo subjacente a prática do ato e que guarde com esse vínculo de pertinência lógica (também requisito objetivo de validade); d) a forma prevista ou não defesa em lei (requisito formal de validade) e; e) a finalidade de interesse público (requisito finalístico de validade). Além desses, destaca-se, ainda, a motivação do ato administrativo [...]

Quanto ao motivo (circunstância fática e jurídica que visa à prática do ato), o ato administrativo que autoriza a celebração de um negócio ou convenção processual deve guardar correlação com um fato que o justifique, a exemplo da convenção que declare expressa e conjuntamente a desnecessidade de realização de audiência de conciliação pela impossibilidade de composição.⁴⁰⁸

Em que pese haja alguma divergência quanto a natureza jurídica da motivação do ato administrativo, a doutrina administrativista majoritária costuma associá-la à requisito formal de validade do ato.⁴⁰⁹ Em tempos onde a atuação administrativa deve ser calcada na juridicidade, no Estado Democrático de Direito, no diálogo, na cidadania e na soberania popular, a motivação do ato administrativo que firma o negócio jurídico processual é medida que se impõe, devendo ser suficiente, inteligível e congruente, até mesmo para fins de controle do ato, podendo ser utilizada, por exemplo, na forma de considerando no próprio instrumento convencional.⁴¹⁰

No que se refere à forma do negócio jurídico processual firmado pela Fazenda Pública enquanto meio de exteriorização do ato jurídico, foi visto na subseção anterior

⁴⁰⁷ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 301.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 349-251.

⁴⁰⁹ Por todos: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: RT, 1979, p. 152.

⁴¹⁰ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 354-356.

que, via de regra, não há uma forma predeterminada para tanto (princípio da liberdade das formas). Contudo, em se tratando do agir administrativo essa formalidade precisa ser vista com mais cuidado, até mesmo para fins de sindicabilidade da atuação estatal (controle). Logo, deverá o negócio ser escrito, ainda que reduzido a termo após ser verbalizado pelo presentante da Fazenda Pública (advogado público).⁴¹¹

Porém, frise-se que certas omissões administrativas, ainda que praticadas pela Fazenda Pública em juízo, poderão configurar negócios processuais caso o ordenamento preveja efeitos jurídicos, tal qual manifestação de vontade fosse. Exemplo simples é quando a Fazenda não alega a existência de convenção de arbitragem celebrada entre as partes e o autor ajuíza a demanda junto ao Poder Judiciário, ocasião em que o CPC/2015 afirma implicar aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral.⁴¹²

Em se tratando da finalidade do ato que corrobore o negócio processual, não basta que a Fazenda Pública use (como fundamentação) a busca pura e simples pelo atingimento do “interesse público” (finalidade imediata), já que, como vimos no primeiro Capítulo, a indeterminabilidade da expressão não confere margem segura para um eventual controle do ato, necessitando apontar qual a finalidade concreta a ser atingida (finalidade mediata). Por óbvio, o negócio deverá objetivar eficiência processual (art. 37, *caput*, da CF/88 c/c art. 8º, do CPC/2015), seja ela decorrente de uma diminuição no prazo de tramitação do processo, economia de recursos financeiros ou mesmo ajuste do procedimento às particularidades da causa, devendo ser rechaçados (por sua invalidade) negócios processuais que contrariem esse requisito.⁴¹³

Por fim, a competência reflete o elemento subjetivo de validade dos negócios processuais firmados pela Fazenda Pública, tal qual a capacidade de ser parte ou capacidade de estar em juízo (travestidas em capacidade negocial) para os sujeitos privados (*caput* do art. 190 do CPC/2015), conforme se viu na subseção anterior. É na análise cautelosa desse elemento que buscar-se-á responder ao problema de pesquisa apresentado na introdução dessa dissertação, qual seja, se o art. 190 do CPC/2015 é normativamente suficiente para regular a negociabilidade das prerrogativas processuais

⁴¹¹ CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. *Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo*. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. v. 01. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 495.

⁴¹² BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções...*, p. 358-359.

⁴¹³ CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. *Fazenda Pública...*, p. 497; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções...*, p. 360-362.

da Fazenda Pública em juízo, ou se os entes públicos necessariamente precisariam regulamentar a aplicação do instituto para que os mesmos pudessem ser firmados.

Por tudo o que fora exposto na presente pesquisa científica, viu-se não só que o negócio jurídico processual firmado pela Fazenda Pública possui características marcadamente híbridas, mesclando o tempo todo aspectos de Direito Processual e Direito Administrativo, mas também que a juridicidade é característica do ato administrativo e deve pautar a atuação estatal hodiernamente, sem se limitar à letra fria da lei; que, por isso, a competência administrativa pode ser prevista expressamente ou extraída do texto normativo e da construção da norma que conferirá juridicidade ao fato da vida; e que a valorização da participação da sociedade (princípio da participação) é medida que se impõe num Estado Democrático de Direito.⁴¹⁴

Essas características elencadas no parágrafo anterior autorizam o raciocínio de que, malgrado não haja uma lei expressa que afirme que a Fazenda Pública poderá firmar negócios jurídicos processuais, essa possibilidade é decorrência de uma competência implícita.⁴¹⁵ Mas não é só. Dessa conclusão, sucedem outras três (consequências).

A primeira conclusão é a de que, em regra, sendo atribuído ao agente o poder-dever discricionário para atuar unilateralmente na conformação procedimental, subjaz a essa competência, em âmbito implícito, a competência para fazê-lo consensualmente. [...]

A segunda conclusão é a de que a competência implícita para a celebração de convenções processuais que tenham por objeto a disposição de situações jurídicas processuais também pode ser extraída da competência (fundada em poder-dever discricionário) para a prática de atos unilaterais de conformação procedimental. [...]

A terceira conclusão é a de que, havendo, por força do negócio jurídico processual celebrado, disposição reflexa de direito material pelo Poder Público, a convenção será lícita desde que, observados, logicamente, os demais requisitos do negócio a ser celebrado, o agente que praticar o ato tenha a competência (expressa ou implícita) para dispor daquele direito material.⁴¹⁶

Sendo, pois, a Advocacia Pública o órgão que apresenta, judicial ou extrajudicialmente, os entes públicos (arts. 131 e 132, da CF/88 c/c art. 75, incisos I a III do CPC/2015), mostra-se essencial avaliar quem possui a efetiva competência para a prática dos negócios jurídicos processuais em nome da Fazenda Pública. Seria apenas o órgão de direção geral da Advocacia Pública correspondente (Advogado-Geral da União, Procurador Geral do Estado, Procurador Geral do Município)? Depende de delegação

⁴¹⁴ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 307.

⁴¹⁵ *Ibid.*

⁴¹⁶ *Ibid.* 307-308.

específica pelos órgãos de execução dessas instituições? Ou o advogado público dispõe de competência para firmá-los, independentemente dessa delegação?

Para responder esses questionamentos, quatro premissas devem ser avaliadas: primeira, o negócio jurídico processual (espécie da categoria ato processual *lato sensu*) destina-se a produzir efeito em um processo, alterando o procedimento ou regrado disposições a situações jurídicas processuais titularizadas pelas partes celebrantes do acordo; segunda, que os advogados públicos possuem autonomia constitucional implícita e independência funcional;⁴¹⁷ terceira, que o advogado público deve pautar sua atuação nos princípios que regem a Administração Pública, entre eles o da eficiência; e quarta, que os negócios jurídicos processuais podem ou não implicar a disposição indireta do direito material.⁴¹⁸

Considerando todas essas premissas, admite-se a conclusão no sentido de que: i) os advogados públicos possuem independência técnico-funcional para escolher a forma de atuação em juízo que resguarde, de maneira mais eficiente, o interesse público; ii) não se pode excluir, *a priori*, a possibilidade de os advogados públicos celebrarem diretamente os negócios processuais – aí inclusas as convenções processuais –, mormente quando os mesmos objetivem eficiência processual.⁴¹⁹

Malgrado a competência dos advogados públicos esteja estabelecida, deve-se delinear a, limitando-a nos seguintes casos: a) o negócio jurídico processual não pode implicar a disposição, ainda que indiretamente, do direito material discutido, a menos que o advogado possua competência legal expressa para tanto; b) o negócio jurídico processual não poderá ser firmado caso haja algum regramento do ente vedando expressamente sua celebração; c) deve-se respeitar o princípio da isonomia.⁴²⁰

No que se refere à isonomia, embora o princípio não vede *a priori* a negociação processual individual por parte do advogado público, como citado acima e até mesmo em razão da autonomia funcional dos mesmos, é de bom alvitre que os órgãos de (re)apresentação (judicial e extrajudicial) do Estado assim o façam com vistas a uniformizar a atuação da Fazenda Pública em juízo.⁴²¹ Tal constatação guarda relação,

⁴¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A responsabilidade do advogado de Estado*. **Revista de Direito Processual Geral**, Rio de Janeiro, n. 63, 2008, p. 102.

⁴¹⁸ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 309-312.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 312.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 313.

⁴²¹ SANTOS, Tatiana Simões dos. *Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública*. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. v. 01. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 514-515.

ainda, com a teoria dos precedentes administrativos, os quais condicionam a atuação administrativa democrática e republicana.⁴²²

Noutra toada, há quem afirme que a regulamentação ampla e detalhada dos negócios por cada ente público seria essencial em razão de aspectos relacionados ao controle do ato negocial.⁴²³ Entretanto, por toda a análise feita no presente estudo não se concorda com tal conclusão. Ora, não obstante a regulamentação seja possível e até recomendável, isso apenas conferirá maior segurança (ou mesmo conforto) ao advogado público quando da feitura de negócios processuais, não havendo que se falar em essencialidade da medida.

O ordenamento jurídico brasileiro já possui um rol amplo e suficiente de normas para controlar a validade dos negócios processuais firmados e que estabelecem responsabilidades em caso de eventual ilicitude cometida pelo advogado público ou outro servidor qualquer. O próprio parágrafo único do art. 190 do CPC/2015 deixa claro que o juiz controlará a validade das convenções, podendo o magistrado se utilizar das balizas estabelecidas pelo próprio Código, bem como pelo conjunto normativo, a exemplo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942) e da Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8.429/1992).

Quanto à responsabilização do advogado público que firme convenções processuais inaptas ao resguardo do interesse público, ou mesmo indo de encontro com norma expressa nesse sentido, poderá vir a responder civil, administrativa ou penalmente pelos danos causados ao ente ao qual esteja vinculado. Por óbvio, essa responsabilização deverá ser averiguada em sede de processo administrativo disciplinar ou mesmo em processo judicial, devendo-se provar o dolo ou erro grosseiro (art. 28, da LINDB c/c art. 159, do Código Civil, e o artigo 32, da Lei 8.906/94.). Esse, inclusive, também é o entendimento da Corte Suprema brasileira.⁴²⁴

Logo, conclui-se que o ordenamento jurídico já dispõe de normas suficientes para regular o estabelecimento de negócios e convenções processuais pelos advogados

⁴²² BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 331-338; SANTOS, Tatiana Simões dos. *op. cit.*, p. 514. No mesmo sentido, prevê o art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942): “Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.”

⁴²³ TAVARES DE MELO, Rodrigo Tenório. *op. cit.*, p. 193.

⁴²⁴ MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 1º fev. de 2008.

públicos, bem como para controlar os negócios firmados que possam vir de encontro com o interesse público ou com algum dispositivo expresso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que fora abordado na presente dissertação, nota-se que o instituto do negócio jurídico processual (e mais detidamente a convenção processual) se apresenta como uma importante ferramenta para modular, de acordo com as especificidades que o caso concreto requer, o procedimento judicial, a fim de melhor atender aos anseios e particularidades das partes que litigam em juízo.

Apesar de já previsto nos Códigos de Processo Civil revogados (tanto no CPC/1973 como no CPC/1939), o tema ganhou proeminência quando se positivou junto ao novel Código de Processo Civil de 2015 uma hipótese nunca antes prevista no país: uma cláusula geral de negociabilidade processual (art. 190), a qual estabelece a possibilidade de se pactuar convenções processuais atípicas, reacendendo o debate junto à doutrina nacional.

Tendo em vista que a Administração Pública (detentora do poder administrativo enquanto parcela do poder político do Estado) é tutora do chamado interesse público e, por isso, possui um regime jurídico próprio de atuação, denominado regime jurídico administrativo, com inúmeras prerrogativas materiais e processuais que a colocam numa situação de vantagem frente ao particular, o objetivo do presente estudo consistiu em avaliar se a cláusula geral de atipicidade negocial no processo civil, prevista no art. 190 do CPC/2015, consubstancia permissivo jurídico suficiente para regular a negociabilidade das prerrogativas processuais da Fazenda Pública em juízo, mormente em se tratando de seu atual perfil administrativo dialógico/consensual.

Para responder a essa questão essencialmente híbrida, eis que se situa tanto na área do Direito Processual Civil quanto do Direito Administrativo, o estudo foi feito sob a perspectiva dogmática analítica e normativa, através de ampla pesquisa bibliográfica e análise do conjunto normativo brasileiro, verificando-se que a abertura à consensualidade – tanto processual como administrativamente – é uma necessidade premente e que deve ser não só considerada, mas, sobretudo, incentivada nos dias de hoje.

Se outrora a legalidade estrita, a rígida vinculação ao direito público, a homogeneidade social, a imperatividade, entre outras características correlatas, fundamentavam os ramos jurídicos supracitados, a juridicidade, a fluidez do Direito, a heterogeneidade social e a democracia associam-se à imagem contemporânea dos

mesmos, onde a autonomia e o diálogo emergem como instrumentos para compreender adequadamente essa nova realidade.

Não cabem mais essas visões anacrônicas (deveras rasas, míopes e simplórias) dos fenômenos jurídicos, os quais eram aplicados num raciocínio dual, binômico, como proibido/permitido. O caleidoscópio de possibilidades e valores dos tempos atuais requer um operador do direito com perspicácia e maleabilidade suficientes para captar essas sensíveis variações, não um burocrata que se limite a carimbar hipóteses legais brutas.

Essa constatação vem ao cabo de um novo Código de Processual Civil que promove valores como o consenso, a cooperação, a razoável duração do processo, o devido processo legal, a boa-fé, a proporcionalidade, a razoabilidade, a juridicidade, a eficiência, entre tantos outros previstos expressa ou implicitamente em seu texto. E é com base nesses valores que os negócios jurídicos processuais encontraram terreno propício para florescer, inclusive nas demandas que envolvem a Fazenda Pública em juízo.

Contudo, por não possuir idêntico grau de liberdade que as pessoas privadas em sua atuação, deverão os entes públicos – e, conseqüentemente, os advogados públicos e as Advocacias Públicas enquanto órgãos de representação jurídica dos mesmos – redobrar a atenção ao firmarem negócios jurídicos processuais, uma vez que há clara distinção entre as prerrogativas processuais estabelecidas pelo ordenamento, as quais se dividem em prerrogativas relacionadas ao regime jurídico de direito material a que se sujeitam as pessoas jurídicas de direito público ou à própria natureza dessas, e prerrogativas relacionadas ao funcionamento da estrutura administrativa.

Nesse sentido, as prerrogativas relacionadas ao regime jurídico de direito material a que se sujeitam as pessoas jurídicas de direito público ou à própria natureza dessas não podem ser objeto de livre negociação processual pelo advogado público, eis que, em última medida, estarão negociando o próprio direito material discutido no processo, a menos que o advogado público possua competência legal explícita para tanto e o ordenamento jurídico não vede expressamente essa possibilidade (a exemplo do regime de precatórios, previsto no art. 100 da CF/88).

Lado outro, quanto às prerrogativas relacionadas ao funcionamento da estrutura administrativa do ente, essas podem ser objeto de negociação processual pelos advogados públicos, uma vez que não envolvem em si o regime jurídico de direito material, estando sujeitas a uma maior amplitude negocial.

Para ambas as hipóteses, destaque-se apenas que o princípio da isonomia deverá nortear a negociação, eis que o regime de precedentes administrativos precisa ser observado pelos órgãos de representação jurídica do ente.

Logo, comprovou-se a hipótese prevista no início da pesquisa científica, já que se acreditava que o art. 190 do CPC/2015 era suficiente para regular a pactuação de convenções processuais pela Fazenda Pública, de maneira que a regulamentação individualizada por parte de cada ente público configura-se como medida apenas recomendável, mas não essencial para que o instrumento seja firmado.

Essa regulamentação por parte de seus órgãos jurídicos de representação do ente – Advocacia Pública – pode ser vista como um *plus*, uma medida extra que apenas conferirá maior conforto e segurança ao advogado público (detentor de implícita autonomia, frise-se!) que firme negócios processuais prévios ou incidentais. Ainda que inexistentes, o ordenamento jurídico já dispõe de normas suficientes para controlar a validade dos negócios processuais firmados e a própria responsabilidade daquele que pactua indevidamente aspectos processuais, a exemplo do próprio Código de Processo Civil em vigor, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), da Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8.429/1992) e das leis que regulamentam os regimes jurídicos dos servidores públicos do ente.

Saliente-se, contudo, que a constatação obtida na presente dissertação destoa, em certa medida, daquela a que chegou Rodrigo Tenório Tavares de Melo em estudo correlato,⁴²⁵ o qual concluiu que a “regulamentação ampla e detalhada” da matéria pelo ente mostrar-se-ia como medida “essencial” à pactuação de convenções processuais pelos advogados públicos. Em que pese o seu problema de pesquisa tenha sido distinto ao do presente estudo, eis que direcionado às medidas específicas de controle dos negócios jurídicos processuais firmados pela Fazenda Pública, o diálogo entre ambos se fez de maneira proposital e propositiva, a fim de contribuir e enriquecer o debate sobre essa importante ferramenta processual, o que se espera ter conseguido.

⁴²⁵ O qual obteve o título de mestre em Direito na mesma instituição em que o presente estudo será submetido para os mesmos fins. Cf. TAVARES DE MELO, Rodrigo Tenório. **O controle dos negócios jurídicos processuais da Fazenda Pública**: da liberdade de negociação à preservação do interesse público. 2019. 213 f. Dissertação (Pós-Graduação) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2019.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de; FARIA, Guilherme Henrique Lage. O modelo social de processo: conjecturas sobre suas origens, desenvolvimento e crise frente ao novo paradigma do estado democrático de direito. *In: Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, 23, 2014, João Pessoa/PB. Processo e Jurisdição. Anais...* João Pessoa/PB: CONPEDI, 5 a 8 de novembro de 2014. p. 292-322. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c59115e88a6dbe2f>>. Acesso em: 18 out. 2019.

AFFONSO, Filipe José Medon. Diálogos entre direito civil e processual civil em matéria de negócios jurídicos: em busca da construção de um ordenamento unitário. *In: Negócios processuais. Tomo II.* Antônio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira (coord.). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 87-110.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil.** São Paulo: LTr, 2015.

_____. As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC. *In: Negócios Processuais.* Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira (coords.). Salvador: JusPodivum, 2015, p. 245-268.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ANDRADE, Érico. Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional: a importância dos negócios processuais para implementação das novas tendências do CPC/2015. *In: Negócios processuais. Tomo II.* Antônio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira (coord.). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 55-85.

RAGÃO, Alexandre Santos. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 117-216.

ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo,** São Paulo, ano 40, n. 244, p. 393-423, jun./2015.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 171-217.

BARBOSA MOREIRA, Jose Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. **Temas de direito processual civil**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

INENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 117-216.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do Direito. Barueri: Manole, 2007.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. **Revista de Processo**. n. 148, jun./2007, p. 293-320. São Paulo: Ed. RT, 2007.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3365.htm>. Acesso em: 29 jun. 2019.

_____. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm>. Acesso em: 17 ago 2019.

_____. **Código de Processo Civil**: Lei no 5.869/73. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 09 jul. 2019.

_____. **Lei nº 6.830, 22 de setembro de 1980.** Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6830.htm>. Acesso em: 03 fev. 2020.

_____. **Lei nº 7.347, 24 de julho de 1985.** Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm>. Acesso em: 11 set 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 21 jul. 2019.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 15 ago 2019.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 15 nov. 2019.

_____. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 14 nov. 2019.

_____. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 04 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 08 jul. 2019.

_____. **Código Civil: Lei 10.406/2002.** Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 dez. 2019.

_____. **Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.** Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 11 out. 2019.

_____. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 07 dez. 2019.

_____. **Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015.** São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015.** Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2019/2015/lei/l13129.htm>. Acesso em: 31 jan. 2020.

_____. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2019/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 28 jan. 2020.

_____. **Resolução CNPM n. 179, de 26 de julho de 2017.** Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2017. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2020.

_____. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2019.** Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2019/2019/lei/L13655.htm>. Acesso em: 15 jan 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pesquisa sobre os 100 maiores litigantes (2011).** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 13 out. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019: ano-base 2016.** Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2019.

BRASIL. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. **Portaria PGFN nº 360, de 13 de junho de 2019.** Brasília: Ministério da Fazenda. Disponível em: <<https://sei.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 03 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça; REsp 753.565-MS. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 27 de março de 2007. **DJe**. Brasília, 08 de jul. 2007. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=753565&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça; REsp 470.935-RS. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 10 de dezembro de 2003. **DJe**. Brasília, 23 de mar. 2004. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=470935&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 248.869-SP. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 07 de agosto de 2003. **DJe**. Brasília, 12 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28248869%2E%2E%2E+OU+248869%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y558llzn>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. AgR no RE nº 410.715-SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 22 de novembro de 2005. **DJe**. Brasília, 05 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28410715%2E%2E%2E+OU+410715%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yxk8ul6g>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. AgR no RE 436.996-SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 22 de novembro de 2005. **DJe**. Brasília, 03 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28436996%2E%2E%2E+OU+436996%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y3ov9sw6>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 24.631/DF, Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 23 de novembro de 2007. **DJe**. Brasília, 1 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2824631%2E%2E%2E+OU+24631%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y688llzn>>. Acesso em: 07 fev. 2020.

BRETAS, Ronaldo. Que é cooperação processual? *In*: **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, abr./jun. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2Jcc8g3>>. Acesso em: 18 jan. 2020.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 26, mai./jun./jul. 2011. Disponível

em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26-MAIO-2011-ALICE-BORGES.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2019.

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

CAMBI, Eduardo; MACHADO, Fernando. A disponibilidade do interesse público no novo Código de Processo Civil e o princípio da eficiência na Administração. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 44, n. 142, jun. 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei N° 9.307/96. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. **Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos**. Salvador: JusPodivm, 2018.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: RT, 1979.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Presunção de inocência civil: algumas reflexões no contexto brasileiro. *In: Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 25, n. 100, p. 129-144, out./dez. 2017.

_____.; PEREIRA, Mateus Costa. Processo não pode sufocar os direitos que nele são discutidos. *In: Revista Consultor Jurídico*, 26 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-26/opiniaio-processo-nao-sufocar-direitos-nele-sao-discutidos>>. Acesso em 28 ago. 2019.

CRETELLA JR., José. **Curso de Direito Administrativo**. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2013.

_____. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. *In: Negócios Processuais*. Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira (coords.). Salvador: JusPodivm, 2015, p. 27-62.

DELFINO, Lúcio. Cooperação processual: Inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina. In: **Revista Brasileira de Direito Processual–RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 149-168, jan./mar. 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos Processuais e Condições da Ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Teoria do processo e Teoria dos direitos: o neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie. (Org.) **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2010b.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 207-218.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, v. 01. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015a.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, v. 01. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: **Negócios Processuais**. Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira (coords.). Salvador: JusPodivm, 2015, p. 19-26.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Instituições de direito processual civil**. v. 2. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENTERRÍA, Eduardo García de, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo I**. Madri: Civitas, 2000.

FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FRANÇA, Phillip Gil. Interesse público, um conhecido conceito "não indeterminado". **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Ano 2016, Num. 249. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/phillip-gil-franca/interesse-publico-um-conhecido-conceito-nao-indeterminado>>. Acesso em: 21 fev 2018.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, maio/ago. 2017, p. 95-130. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/53437/33212>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

_____.; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/viewFile/516/435>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. **Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC de 2015, parte geral**. Rio de Janeiro: Método, 2015.

GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015.

_____. **Negócios processuais sobre ônus da prova: estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro**. Tese de doutorado. Pontifício Universidade Católica de São Paulo, 2013. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6185>>. Acesso em 02 set. 2019.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *In: Revista de Processo*, n. 172, jun./2009, p. 32-54, São Paulo: RT, 2009.

_____. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *In: DIDIER JR., Fredie (org.). Leituras complementares de processo civil*. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 371-385.

_____; GADELHA, Marina Motta Benevides. Negócios Jurídicos Processuais: “*Libertas Quæ Sera Tamen*”. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Belo Horizonte, ano 24, n. 96, p. 153-172, out./dez. 2016.

_____. Audiência de saneamento e organização no Código de Processo Civil cooperativo brasileiro de 2015. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 23, n. 91, p. 123-136, jul./set. 2015.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS.*, Porto Alegre, v. 21, p. 141-148, mar. 2002.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HACHEM, Daniel Wunder. **O princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HENRIQUE Lage. *In: Wikipédia: a enciclopédia livre*. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Henrique_Lage> Acesso em: 2 dez. 2019

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. O direito administrativo de espetáculo. *In: Alexandre Santos Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto (Coords.), Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **Administração Pública Dialógica**. Curitiba: Juruá, 2013.

LOUBET, Wilson Vieira. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a administração consensual**. Brasília: Consulex, 2009.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. Liberdade, autonomia e convenções processuais. *In: Negócios processuais. Tomo II*. Antônio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira (coord.). Salvador: JusPodivm, 2020.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. Malheiros: São Paulo, 2005.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**, 1ª parte. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MICHAELIS. Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portuguesbrasileiro/cooperar/>>. Acesso em: 10 set. 2019.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: RT, 2009.

_____. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lênio Streck. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 194, ano 36, abr./2011, p. 57-64.

MORAIS, Dalton Santos. Democracia e Direitos Fundamentais: propostas para uma jurisdição constitucional democrática. *In: Supremo Tribunal Federal: Entre a soberania popular e o contramajoritarianismo*. FALLET, André; Novelino, Marcelo (org.). Salvador: JusPodivm, 2014, p. 161-188.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, jul./set. 1997.

_____. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A responsabilidade do advogado de Estado. **Revista de Direito Processual Geral**, Rio de Janeiro, n. 63, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. *In: Negócios Processuais*. Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira (coords.). Salvador: JusPodivum, 2015, p. 81-91;

_____. **Negócios jurídicos processuais**. 3 ed. rev., ampl., e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *In: DIDIER JR., Fredie. Leituras complementares de processo civil*. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 151-171.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no Séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista de Dir. Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 31-50, abr./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/504/488>>. Acesso em: 17/12/2019.

PALMA, Juliana Benacorsi de. **Sansão e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

PEREIRA, Mateus Costa. **A teoria geral do processo e seu tripé fundamental: racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

_____. **Introdução ao direito processual**: a doutrina garantista do processo brasileiro. Tirant lo blanch. 2020, no prelo.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: parte geral. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

PORTELA, Felipe Mêmolo. Desapropriação amigável: revisitação do tema à luz do direito administrativo contemporâneo. **Argumentos: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP**, Jacarezinho, n. 21, jul.-dez./2014.

PORTUGAL. **Lei nº 33/1995, de 18 de agosto**. Autoriza o Governo a rever o Código de Processo Civil. Diário da República, Lisboa, 18 ago. 1995, I Série-A n. 190, p. 5172.

PORTUGAL. **Lei nº 41/2013, de 26 de junho**. Aprova o Código de Processo Civil. Diário da República, Lisboa, 26 jun. 2013, I Série, n. 121, p. 3518-3665.

RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e Processo Civil**: Negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto. Salvador: JusPodivm. 2016.

RAMOS, Glauco Gumerato. Carta de Jundiaí: pela compreensão e concretização do garantismo processual. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 100, p. 309-314, out./dez. 2017.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para adequada compreensão da inovação do CPC/2015. *In*: **Negócios Processuais**. Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira (coords.). Salvador: JusPodivum, 2015.

_____. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: JusPodivm, 2017.

SALDANHA, Nelson Nogueira. Do maniqueísmo à tipologia: observações sobre atitudes metodológicas e ideológicas no pensamento social moderno. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 28, n. 23-25, 1982. Disponível em: <<https://bit.ly/2DTxkUy>>. Acesso em: 20. fev. 2016.

ARMENTO, Daniel. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 171-217.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. O modelo constitucional do direito processual civil: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. *In*: JAYME, Fernando Gonzaga. FARIA, Juliana Cordeiro de. LAUAR, Maira Terra (coord.). **Processo civil – Novas tendências**: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 157-166. Disponível na Internet: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/016.pdf>>. Acesso em: 11 de ago. 2019.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *In*: André Fallet; Marcello Novelino. (org.). **Constitucionalismo e Democracia**. v. I. Salvador: JusPodivm, 2013.

STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “Colaboração no processo civil” é um princípio? **Revista de Processo**, São Paulo, n. 213, nov/2012, p. 14-29.

_____. O “bom litigante”: Riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. **Revista Brasileira de Direito Processual–RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 339-354, abr./jun. 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; TACITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 111-115, out./dez. 1997.

TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível em:

<https://www.academia.edu/17136701/Um_processo_pra_chamar_de_seu_notas_sobre_os_neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_2015_?auto=download>. Acesso em: 17/12/2019.

TAVARES DE MELO, Rodrigo Tenório. **O controle dos negócios jurídicos processuais da Fazenda Pública**: da liberdade de negociação à preservação do interesse público. 2019. 213 f. Dissertação (Pós-Graduação) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOSCAN, Anissara. Convenção processual mitigatória de preclusão. *In*: **Negócios processuais. Tomo II**. Antônio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira (coord.). Salvador: JusPodivm, 2020.

TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 15, jul./ago./set., 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. Negócio Jurídico Processual. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 54.

VIANA, Juvenal Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 151-174.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 63-79.