

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO CURITIBA**

JHONATHAN MATTOS BELIATO

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E A ATUAÇÃO DA FAZENDA
PÚBLICA FRENTE A ESTE INSTITUTO**

Curitiba

2018

JHONATHAN MATTOS BELIATO

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E A ATUAÇÃO DA FAZENDA
PÚBLICA FRENTE A ESTE INSTITUTO**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel em
Direito, do Centro Universitário Curitiba**

Orientador: Ruy Alves Henriques Filho

CURITIBA

2018

JHONATHAN MATTOS BELIATO

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E A ATUAÇÃO DA FAZENDA
PÚBLICA FRENTE A ESTE INSTITUTO**

**Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca
Examinadora formada pelos professores:**

Orientador: _____

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de

2018

AGRADECIMENTOS

Ao término de um trabalho, uma longa caminhada se fez, muitas pessoas foram importantes e, nesse momento, são lembradas com gratidão.

Ruy Alves Henriques Filho, ao aceitar a orientação, confirmou a visão que possuía de um professor empenhado e bem-intencionado em mudar a realidade do judiciário brasileiro, e com quem pude pedir conselhos para realizar um trabalho sempre melhor.

A meus avós, Juraci Lúcio de Mattos e Rodolfo Cardoso Mattos; meu pais, Maria Bernadethe de Mattos e Alessandro Magno Beliato; meus tios, em especial a Maria Ieda de Mattos e Luiz Lúcio de Mattos; e, minha esposa, Kesler da Rosa Costa.

Aos amigos, Gabriel Henrique de Paula, Matheus Graciolli, Leonardo Galdiano e Juliano Pedrozo que ao longo do curso sempre incentivaram e estiveram e estão apoiando para continuar cursando a faculdade de Direito.

RESUMO

O presente trabalho objetiva demonstrar a importante intenção do CPC/2015 em incentivar a consensualidade processual e solução de conflitos por métodos alternativos. A autonomia da vontade, liberdade processual, autorregramento e cooperação são princípios a estabelecerem esta possibilidade de adequação do processo conforme os interesses das partes. Com o advento do art. 190 do CPC/2015, questiona-se a aplicação deste artigo frente a Administração Pública, se é destinatária desta norma e se estaria autorizada a utilizar em seus processos judiciais. Somente com a mudança no entendimento da atividade jurídica que o Poder Público se propõe para que a negociação processual seja possível, flexibilidade e discricionariedade se fazem importantíssimas para que a atuação da Fazenda Pública seja mais adequada aos interesses, tanto da Administração Pública, quanto do particular.

Palavras-chave: Negócios Jurídicos Processuais, Fazenda Pública, art. 190 do CPC/2015, Incentivo a consensualidade, adequação do procedimento.

LISTA DE SIGLAS

CPC 2015 – Código de Processo Civil de 2015

CPC 1973 – Código de Processo Civil de 1973

CPC 1939 – Código de Processo Civil de 1939

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CCAF – Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

STF - Supremo Tribunal Federal

EUA – Estados Unidos da América

ART – Artigo de Lei

SUMÁRIO

Introdução	9
1. Panorama Histórico do Sistema Common Law	11
1.1 Início do Common Law nos Estados Unidos da América.....	12
2. Da Utilização dos Costumes Como Jurisprudência e Precedentes	14
2.1 Costumes e Sua Utilização no Reino Unido.....	14
2.2 Costumes e Sua Utilização nos Estados Unidos da América.....	14
2.3 Da Sistemática do Common Law nos Estados Unidos da América.....	16
2.4 Da relação das Partes Litigantes com a Common Law.....	18
2.5 Da Sistemática do Confronto Utilizado nos Estados Unidos da América.....	19
2.5.1 Do Método Utilizado nos EUA Chamado Pré-Trial.....	19
2.5.2 Audiências Pré-Julgamento (Pretrial Conference)	20
3. Dos Princípios Basilares para Negociação Processual	20
3.1 Do Princípio da Liberdade Processual.....	20
3.2 Do Direito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil.....	21
3.3 Do Princípio da Cooperação.....	22
3.4 Entendimento dos Autores a Respeito da Negociação Processual.....	23
4. Administração Pública como Destinatária da Regra Estabelecida pelo Art. 190 do CPC/2015	29
4.1 Convenções Processuais.....	30
4.2 Fundamentos Constitucionais e Processuais do Art. 190 do Código de Processo Civil de 2015.....	34
4.3 Regime Jurídico de Negociação Processual Envolvendo o Poder Público.....	35
4.3.1 Da Validade da Decisão Administrativa de Celebração de Negócios Jurídicos Processuais.....	37
4.4 Da Capacidade Subjetiva para Celebração de Negócios Jurídicos pela Administração Pública.....	40
4.4.1 Competência.....	40
4.4.2 Poder da Discricionariedade do Agente Público.....	41
4.4.3 Imparcialidade.....	42
4.4.4 Vulnerabilidade do Poder Público.....	43

4.5 Administração Pública como Alvo de Precedentes para Celebração da Negociação Processual.....	44
4.4.1 Precedente Administrativo no CADE Propiciando Segurança Jurídica Aquém do Poder Judiciário Tradicional.....	46
4.5.1 Juizados Especiais Federais e Juizados Especiais da Fazenda Pública.....	48
4.6 Métodos Alternativos para Solução de Conflitos e a Atuação da Administração Pública Frente a Esta Possibilidade.....	49
4.6.1 Arbitragem.....	49
4.6.2 Mediação e Conciliação.....	52
Conclusão.....	55

INTRODUÇÃO

O panorama histórico do início do subsistema jurídico do Common Law, a valorização de costumes inicialmente, para depois se fortalecer em jurisprudência e precedentes. Se modernizou na Inglaterra, chegou até os EUA por conta da colonização inglesa frente aos povos norte-americanos. As diferenças entre as sociedades influenciaram os seus sistemas jurídicos. A alteração do entendimento da importância dos costumes, criação de métodos novos para demandar judicialmente, incentivos a consensualidade e efeitos práticos relevantes a serem utilizados por outros países.

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015, vulgo Código de Processo Civil, na data de 16 de março do mesmo ano. Dentre os pilares do Novo Código de Processo Civil, há a valorização da autocomposição e consensualidade. Por conta disso, as normas inseridas no Capítulo que trata de normas fundamentais do processo civil, consagram a necessidade de incentivo a soluções consensuais e estímulo à utilização de métodos que foquem no alcance da solução negociada.

Tendo em vista que o principal foco do Novo Código de Processo Civil é o estímulo a consensualidade e incentivo a encontrar métodos alternativos para solução dos conflitos, a cláusula geral de negociação processual, art. 190 do CPC, surge para proporcionar às partes a livre negociação processual com objetivo de adequar o procedimento estabelecido em lei com seus interesses.

Princípios são mencionados como necessários para respeito e real utilização do art. 190 do CPC. Princípios como Autonomia da Vontade, Autorregramento da Vontade, Liberdade Processual e Cooperação devem ser observados no momento em que o particular invocar tal direito baseado em artigo legal. Assim como no Common Law dos EUA, a maior atuação das partes é necessária para que o processo seja mais célere, adequado e coerente.

O juiz tem papel importante nesta modalidade processual, o incentivo a consensualidade é inerente a sua função pública e social, pois o princípio da Cooperação consagra esta nova atuação do magistrado frente ao processo.

Aberta a possibilidade de negociação processual atípica, questiona-se a abrangência da norma do art. 190 do CPC/2015 quanto a Administração Pública. O Poder Público é alvo também da cláusula geral de negociação, tendo a necessidade de visualização de requisitos para que sua eficácia e validade seja cumprida. O interesse público é coberto por esta modalidade de demandar judicialmente.

Superada a questão de o Poder Público ser destinatário do art. 190 do CPC/2015, inicia-se o pensamento para que seja viável esta prática através de Convenções Processuais, com base na autonomia e autorregramento da vontade como preceito a ser respeitado, inclusive com respaldo na Constituição de 1988.

PANORAMA HISTÓRICO DO SISTEMA COMMON LAW

Apesar da origem ocidental os países do continente americano trataram os fatos juridicamente relevantes de maneiras diferentes. Segundo Carlos Ferreira de Almeida o direito é “sistemas jurídicos (ou ordens jurídicas) são conjunto coerentes de normas e de instituições jurídicas que vigoram em relação a um dado espaço e/ou a uma certa comunidade”. Mais correto seria em estabelecer uma norma geral do direito para países ocidentais, porém as diferenças entre as nações nos forçam a abandonar o ideal de um sistema único serviria para englobar a todas elas. Diante da impossibilidade de universalização dos sistemas jurídicos, surgem assim os subsistemas, o Civil Law, presente em países germânicos e latinos e o Common Law, subsistema aplicado em países em origem anglo-saxões.¹

Tendo sua referência os sistemas jurídicos utilizados em países anglo-saxões, a Common Law estabelece com base em costumes, os quais influenciam as decisões judiciais, formando jurisprudência e precedentes.² O subsistema da Common Law, como o conhecemos, foi iniciado em 1.066 d.C. com a conquista do povo Normando frente aos bárbaros anglo-saxões.³ A necessidade de iniciação do julgamento através de princípios comuns, em “lei comum”, como a tradução literal do termo “Common Law” determina, se deu com base na falta de uniformidade das decisões bárbaras na região em que atualmente é a Inglaterra.

A falta de concordância entre as tribos se deu por diversos motivos. A história mostra que as diferenças eram de grande monta, bem como dificuldades em manter e entender a língua da tribo diversa, diferentes modos de vida e cultura. Corroborando com as diferenças da formação dos povos, a instabilidade política e jurídicas saltava aos olhos, o direito consuetudinário fez com que as tribos entrassem em conflito e passassem a se valer de normas locais, costumes específicos de cada tribo, sem o conceito de nação tampouco de unificação dos povos.⁴

¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao Direito Comparado**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.p 119.

² MACIEL, José Rodrigues. Col. Direito Vivo – **História do direito**, 7th edição. Saraiva Educação, 5/2016. pg 187.

³ SOARES, Guido Fernando Silva. Common law. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2000.p 22 e 25.

Com o passar dos anos, os Normandos foram aprimorando o método de julgamentos baseados em decisões anteriores para ações semelhantes, ou seja, estabeleceram o instituto da jurisprudência e dos precedentes. Para legitimar as decisões vindas dos precedentes, criou-se o julgamento com base em num procedimento pré-estabelecido. Criou-se um processo semelhante com o qual conhecemos hoje, tramitação envolvendo diversas pessoas e com sentença proferida no final do processo, permitindo defesas dos acusados através de provas e até revisão da decisão por pedido direto ao Rei e, depois, ao seu conselho. Essa sentença faria o precedente para demais casos com os quais se assemelhavam. Já naquela época, os julgadores não criavam o direito, apenas aplicavam o direito já existente, buscando sempre, na medida do possível, manter as decisões coerentes.⁵

1.1 Início do Common Law nos Estados Unidos da América

Antes da revolução americana, a aplicação do direito inglês nas colônias se dava de forma bastante difusa e precária, embora fosse inegavelmente um referencial, tanto é que é considerado a implementação do Common Law nos EUA uma continuidade e não ruptura de estabelecer o direito. Diversos obstáculos de ordem fática contribuíram decisivamente para a falta de êxito quanto à efetividade do direito inglês nas colônias antes do século XVIII: a insatisfação dos colonos em certos aspectos da justiça social na Inglaterra; a falta de juristas com experiência para o desenvolvimento do direito norte-americano; e a disparidade das condições de vida nos dois países.⁶

Entretanto, no século XVIII o direito colonial foi aperfeiçoado sendo fortemente influenciado pelo direito inglês. Com a revolução americana este processo foi abalado devido à forte antipatia política e ao desenvolvimento de um direito adaptado à realidade do novo Estado independente. Além disso, o forte caráter parlamentar do direito na Inglaterra não se encontra nos EUA. O povo americano confia mais no judiciário do que em seu Parlamento devido a fatores

⁵ DAVID, René, **os grandes sistemas do direito contemporâneo**, trd. Hermínio A. Carvalho – 4ª ed. São Paulo: Martins fontes

⁶ BEGGIATO, Túlio Fávaro. **Os precedentes judiciais no Brasil e a transcendência dos motivos determinantes em sede de fiscalização normativa abstrata**. Jus Navigandi, ano 15, n. 2519.p 42.

históricos, transferindo a autoridade suprema do Povo à Constituição e não ao Parlamento.

Com a proclamação da independência americana em 04 de julho de 1776, as até então chamadas de treze colônias, estabeleceram em 1781, normas que viriam a ser chamadas de “Artigos da Confederação” dos estados-membros. As 13 colônias eram poderosas individualmente perante o governo central, tanto politicamente quanto economicamente.

Tais transformações jurídicas ocorridas no período acompanharam a evolução política e social norte-americana, mas as treze colônias inglesas da América, até a independência, observaram o desenvolvimento social e econômico distintos umas das outras. Estas diferenças entre as colônias e a expansão de outras frente a algumas, características políticas e religiosas igualmente diferentes, desencadearam disputas entre elas, especialmente por razões territoriais.

Contudo, a redação da carta elaborada pelos Estados-Membros, ao atribuir todo poder de gestão a eles mesmos e nada reservado ao poder central, essa prática se mostrou insustentável sendo impossível o governo central desempenhar suas atribuições de maneira satisfatória. O poder dos estados era tão grande que sequer havia interesse em unidade ou de nação dentro da confederação dos Estados-Membros. Os interesses não eram comuns, caso persistisse os conflitos internos as colônias não sobreviveriam sozinhas, era necessário a criação de unidade forte e coesa.

Havia o temor de que com tanta divergência entre as colônias, após ter passado por um processo emancipatório sangrento, estariam sujeitos a ver seu recém-criado país implodir-se ou até mesmo ser conquistado por outra nação.

Questionamentos acerca das práticas da metrópole a parte, os colonos tinham temores de perigo a unidade americana, os reformadores que iniciaram a elaboração dos “Artigos da Confederação”, em 1786 reuniram-se novamente para realização de uma conferência. O resultado dessa conferência foi que cada colônia enviaria um membro ao congresso que ocorreria no próximo verão com um único objetivo; revisar os artigos da confederação.

Os representantes enviados à convenção nacional decidiram que havia a necessidade de reescrever a Constituição, corrigindo o problema da falta de unidade entre os Estados-Membros, desde que com isso ficasse protegida a liberdade individual e, ao mesmo tempo, fortalecendo o poder central da União.

Como se nota da história americana, não foi a Constituição que criou os Estados-Membros, mas sim os estados que criaram a Constituição. Em suma, a marca desse novo constitucionalismo é o “Rule Of Law”, o Estado de Direito, e o republicanismo, que são os dois pilares do modelo político em vigência até hoje nos Estados Unidos da América.

DA UTILIZAÇÃO DOS COSTUMES COMO JURISPRUDÊNCIA E PRECEDENTES.

2.1 Costumes e Sua Utilização no Reino Unido.

De acordo com René David, a lei e a jurisprudência são fontes por excelência no direito inglês, uma terceira fonte é constituída pelo costume, em segundo plano, não sendo possível comparar os costumes com a lei e a jurisprudência.⁷

Nas palavras de David, o direito inglês não é um direito consuetudinário. A Common Law pode retirar algumas das suas regras dos vários costumes locais, porém o processo em si de constituição da Common Law constituiu em elaborar um direito jurisprudencial, fundado sobre a razão, que substituísse o direito da época anglo-saxônica, basicamente fundado sobre os costumes.⁸

Atualmente, os costumes desempenham função restrita no direito inglês. Sua função importante é retirada por uma regra a qual exige que o costume, para que seja obrigatório, tenha o caráter imemorial, ou seja, que existia em 1189.⁹

Entretanto, os costumes têm sua importância e não deve ser subestimado. A sociedade inglesa não é exclusivamente regida pelos costumes, se hoje não tem importância quanto já teve a séculos atrás, desempenha, de fato, uma fração determinante da vida inglesa.¹⁰

2.2 Costumes e sua utilização nos Estados Unidos da América.

⁷ DAVID, René. p. 437.

⁸ DAVID, René. p. 437

⁹ DAVID, René. p. 437

¹⁰ DAVID, René, p. 438

A Rule Of Law, Estado de Direito, é utilizado nos EUA e na maioria das nações ocidentais, têm origem na Grécia antiga com Aristóteles e Cícero, os seus criadores a consideravam um dogma essencial. Revolucionários como Thomas Paine e John Adams insistiam, em seus escritos de independência, que a Rule Of Law era a condição fundamental do Auto-governo.

Com base no Estado de Direito e no republicanismo, aliado ao fato da independência estadunidense, criou-se vertente do Common Law, adaptado às particularidades do país e de acordo com seu sistema de governo federalista. Com isso, os costumes ganham força no direito nos EUA, mas por um motivo diferente, devido a sua federalização. Com a Constituição Americana de 1789, criou-se normas básicas as quais variam de estado para estado, essas normas se sobrepõem a quaisquer outras que venham a divergir.

Devido ao poder representativo grande dos estados, a suprema corte americana não pode desconsiderar a autonomia que os estados possuem de interpretação da legislação local. Assim, com o princípio da separação entre os poderes da república, o princípio do federalismo não é explorado de forma expressa na constituição, muito embora seja também pilar da estrutura constitucional americana.

O federalismo gerou consequências importantes aos estados membros no instante em que aceitaram a soberania da União perante seus interesses. Cada estado tem a faculdade de elaborar seu próprio direito como melhor entender, sujeito apenas às restrições impostas pela Constituição Federal.

Outro ponto importante é no momento da aplicação do direito. Como a legislação é restrita e os precedentes judiciais são utilizados por quase todos os jurisdicionados, o poder legislativo é preterido no momento da “criação” do direito. Esse aspecto é importante para mensurar a força dos precedentes no direito americano.

Para os norte-americanos filiados que são da tradição do Common Law, na observância da lei, não se aplicam analogias ou interpretações extensivas, essa prática só é autorizada no que diz respeito à utilização de precedentes em decisões judiciais. Tal postura se deve a fatores históricos, desconfiança que os magistrados possuíam frente os legisladores, que entendiam haver limitações no poder de criar o direito de acordo com os casos concretos.

O sistema político norte americano não privilegia a utilização apenas de costumes para basear leis, necessita também que o legislador estabeleça normas para utilização prévia. Entretanto, é crescente a utilização do direito legislado, limitado em certa medida a “criação do direito” por parte dos juízes.

A separação do judiciário norte americano entre judiciário estadual e federal inviabilizou a utilização de leis com base apenas em costumes. As leis são necessárias diante da forte representatividade dos interesses dos estados frente aos da União, além de estabelecer normas gerais para todos os entes federados. O criar o direito através dos juízes com base em precedentes está sendo repensado.

2.3 Da Sistemática do Common Law nos Estados Unidos da América.

Segundo Antônio Carlos Wolkmer, a Common Law estabelece como o ponto central de toda criação judicial a decisão de casos particulares e não na formulação de regras gerais e abstratas, pois, segundo Wolkmer, a criação judicial expressada por sentenças representa a fonte autêntica do direito objetivado.¹¹

Estefânia Maria de Queiroz Barboza esclarece que o Direito na Common Law é elaborado pelos juízes, e o mérito das decisões são influenciados por fatores sociais, políticos, econômicos e históricos, bem como a confiabilidade que o poder judiciário transmite aos jurisdicionados.¹² Diante dessas influências, Martin Nuria González elenca outras características como: flexibilidade; espírito realista e prático; concepção empírica do mundo; pensamento concreto em oposição às ideias gerais; marcante caráter judicial; caso real e prático e o direito ser eminentemente jurisprudencial.

Da mesma maneira entende Luiz Kietzmann no que diz respeito às decisões serem proferidas com base no método indutivo, empiricamente, do particular para o geral.¹³

¹¹ WOLKMER, Antônio Carlos. Ideologia, Estado e direito. 3ª ed. São Paulo: Editora **Revista dos Tribunais**, 2000.

¹² BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **As Origens Históricas do Civil Law e do Common Law**. Vol. 11, Rio de Janeiro, 2018, p. 1467 a 1474.

¹³ KIETZMANN, Luís Felipe de Freitas. **Da uniformização de jurisprudência no direito brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1124, 30 jul. 2006.p 02.

Cada caso tem peculiaridades, possui detalhes diferentes que podem modificar o entendimento dos julgadores com a conseqüente mudança do precedente a ser utilizado. Ainda que tenham casos essencialmente idênticos, entendimentos gerais são aplicados em casos específicos, desde que se enquadrem de forma justa ao caso concreto. Ao decidir os conflitos de interesses que lhe são apresentados, deve o juiz recorrer a princípios pertinentes à área do direito de que trata a matéria, ponderando sobre qual precedente deverá ser observado no caso concreto. A dinâmica, ou flexibilidade, já mencionada por González, se faz presente tendo em vista que as decisões são proferidas baseadas em casos que se apresentam diariamente.

Contudo, é importantíssimo atenção constante às especificidades dos novos processos pois se o precedente a ser utilizado for equivocado, a segurança jurídica é gravemente atingida. Outro ponto importante é a observação das mudanças na sociedade tornando os precedentes antigos, se tornarem inadequados.

Susan M. Reinhart salienta que o tribunal, visando garantir previsibilidade, imparcialidade e coerência, deve aplicar como precedente princípios bem resolvidos ou há muito estabelecidos.

Se os principais elementos no caso concreto diferem do precedente, chamado *paradigma*, o juiz precisa retirar da análise dos precedentes por entender que não há semelhança nos elementos fundamentais, afastando-se do processo a ser julgado.¹⁴

Assim como é importante visualizar a semelhança do precedente e o processo a ser julgado, o método da superação do precedente é utilizado no momento em que o caráter vinculante da decisão deixa de existir, seja por qualquer motivo, seja por lei posterior a qual regulou a matéria, por sinal é a tendência a se iniciar nos EUA, ou veio a ser substituído por outro precedente.

O aspecto criativo do juiz é vislumbrado, especialmente, quando determinado caso relaciona-se a um tema completamente novo e é levado ao seu exame. Nesta situação, ausente a legislação escrita ou precedente, é inegável que o juiz cria o direito, aplicando concepções jurídicas pertinentes e adequadas em seu entendimento. Não é à toa que tais considerações, em casos novos, são referidas como *legislative facts*.

¹⁴ BEGGIATO.p 49.

2.4 Da Relação das Partes Litigantes com a Common Law.

Os envolvidos nos processos têm condição de dialogarem antes do início da demanda. Ambas as partes são chamadas pelo magistrado ou pela parte interessada em dialogar, é proposto um acordo com objetivo de não propositura da demanda. Caso o acordo não seja interessante para qualquer das partes ou esteja em desacordo com a legislação, o acordo pré-processual não é celebrado. Até aí não há novidade.

Não celebrado o acordo, às partes é facultado estabelecer particularidades para o processo que virá a tramitar. Identifica-se então a diferença entre os subsistemas do Common Law e Civil Law, entretanto, pelo menos no direito brasileiro, esta particularidade do Common Law está para ser inserida no processo civil do nosso país. O art. 190 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) autoriza o diálogo para determinar especificações quanto ao processo judicial, nos atos judiciais, prazos, recorribilidade e outros detalhes.

Voltando aos hábitos do Common Law, da possibilidade de as partes acordarem detalhes do trâmite processual, é autorizado ao juiz e até é incentivado, de certa forma, pelo legislador, em chamar as partes para conversar. Nesse momento, iniciam-se as tratativas para delimitar os detalhes do processo e o magistrado só interfere quando há ponto em desacordo com a legislação ou quando verifica a perda de equidade entre as partes, causando extrema prejudicialidade a uma delas. O art. 190 do CPC as matérias que versem sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes negociarem, desde que não sejam hipóteses de renúncia a direito ou preceito fundamental.

Este acordo vale para todo o processo e em todas as instâncias, as partes se vinculam a ele de forma irrestrita em relação àquela demanda. Ou seja, o que as partes combinaram no momento da negociação processual vincula-se a eles, não há discussão posterior quanto a forma do procedimento. Desde que o acordo tenha sido realizado respeitando os preceitos legais e princípios como o da razoabilidade, da equidade e garantindo o devido processo legal, o acordo é válido, sempre ressalvando que qualquer irregularidade no acordo o magistrado tem o dever de intervir. Cumpridos os requisitos, o ato jurídico é lícito, portanto gera consequências previstas pelos envolvidos e as quais precisam respeitar.

2.5 Do Sistema de Confronto Utilizado nos Estados Unidos da América.

O conceito deste sistema determina que se enfatize o princípio do contraditório, isto é, choque de argumentos e teses, atribuindo integralmente às partes o ônus de produzir as provas e apresentar os fatos, com iguais oportunidades para submetê-los a um julgador neutro e passivo.

A característica fundamental do Sistema de Confronto é a separação rigorosa das partes, seus advogados e o magistrado, de quem reúne as provas e de quem sentencia o processo. A passiva, de certa forma, atuação do magistrado na produção das provas se dá com a justificativa de que, inconscientemente, determinando as provas a serem produzidas e a apuração dos fatos, perde-se a imparcialidade pois sua mente estabelece convicções que conduz seus atos na direção de confirmá-las, possivelmente até desconsiderar informações que surjam contrárias ao entendimento já pré-estabelecido.

Em contrapartida, os magistrados brasileiros colhem depoimentos e deliberam a respeito da produção das provas. No sistema americano os próprios advogados dirigem-se às partes, sem envolvimento do magistrado. É importante lembrar que a passividade do juiz não é total, a fiscalização há para garantir equidade entre as partes ou se há equilíbrio na produção das provas.

Diante desse cenário, o advogado tem papel fundamental pois é quem impulsiona o processo e a quem cabe o ônus de investigar e apresentar os fatos ao juízo. Sendo assim, cabe ao advogado identificar previamente o resultado do processo e ponderar se há vantagem em continuar com o litígio ou se é melhor opção negociar para realizar acordo. Para que essa liberdade seja exercida completamente, o sistema norte americano disponibiliza meios para que a negociação ocorra.

2.5.1 Do Método Utilizado nos EUA Chamado Pré-Trial.

No processo norte-americano, antes de uma causa ser submetida a exame e manifestação do juiz ou do júri, existe o procedimento preparatório e instrutório denominado *the discovery stage*. Esta fase é conduzida quase exclusivamente pelos advogados, sem a presença do juiz e só será necessária a participação do magistrado em situações específicas, se alguma das partes provocar, por exemplo;

afastar resistência da parte contrária em revelar suas provas, proteger informações ou evitar abusos.

Durante esta fase, ao advogado é lícito ter direito a coletar toda e qualquer prova legal relacionada com a causa e ter conhecimento das provas obtidas pela parte contrária. Daí vem a expressão “discovery”, descoberta. O advogado pode realizar oitiva da parte contrária e até indagar testemunhas, sob juramento. É princípio fundamental do Sistema de Confronto que as partes não podem ser surpreendidas com documentos que não tiveram acesso previamente.

Tal procedimento alivia a justiça e encurta extremamente a duração do processo. I) todo esse procedimento é realizado fora da corte, sem a presença do juiz, poupando tempo; II) a causa somente vai a julgamento se efetivamente estiver madura; caso o autor não possua todas as provas que entenda necessárias e pertinentes a sua tese, porém, poderá o réu requerer ao juiz que o processo seja julgado no estado em que se encontra, objetivando o encerramento. III) permite aos advogados que elaborem suas teses de acordo com as provas já obtidas, adequando suas teses às provas. IV) objetiva ao advogado avaliar se há possibilidade de êxito na ação, possibilitando a realização de acordo.

As oportunidades que a legislação permite às partes a confecção de acordo economiza tempo e dinheiro, além de desafogar o judiciário e tornar o sistema judicial auto-sustentável.

2.5.2 Audiências Pré-Julgamento (Pretrial Conference).

Embora não tenha caráter obrigatório, são reuniões com o juiz da causa e as partes acompanhadas de seus advogados, quantas vezes o magistrado entender necessário, sempre com o objetivo de conciliação entre os litigantes.

Essas audiências informais servem para fixar as provas que serão produzidas e quem deverá produzi-las, determinar data limite para instrução, averiguação da lista de testemunhas e quais serão interrogadas, ou seja, sanear o processo para que a decisão seja a mais célere e objetiva possível.

DOS PRINCÍPIOS BASILARES PARA NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL.

3.1 Do Princípio da Liberdade Processual.

Esta liberdade se faz necessária no momento em que é pensado o direito ao autorregramento; direito que todo sujeito tem de regular juridicamente os seus interesses, de poder definir o que reputa melhor ou mais adequado para a sua existência.

O princípio do autorregramento se define como um complexo de poderes que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada.¹⁵ O poder de autorregramento da vontade se identifica por quatro zonas de liberdade, são elas;¹⁶ a) liberdade de negociação; b) liberdade de criação de negócios atípicos, estranhos à legislação vigente; c) liberdade de estipular a negociação da forma que as partes entendam necessárias; d) liberdade de se vincular se realiza ou não a negociação processual.

Pensar na liberdade processual não pode ser considerado algo contrário ao direito ainda mais diante de um estado democrático, o qual se encara o processo jurisdicional como método de exercício de poder. A liberdade processual está aí para ser utilizada pelos interessados, porém há de se pensar em limites para sua utilização e este alerta já está sendo feito por doutrinadores os quais entendem que há excesso na negociação processual.¹⁷

É importante ressaltar que o princípio do autorregramento não significa dizer que os procedimentos escritos devem ser preteridos. Defender esta prática é entender que o direito à liberdade convive com a atribuição de poderes ao órgão jurisdicional, até porque o poder de autorregramento da vontade no processo não é limitado. Se o processo não exigisse autonomia da vontade das partes, sua utilização e licitude fossem tão fortes não seria legítimo requisitar liberdade no processo.¹⁸

3.2 Do Direito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil.

¹⁵ GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual – primeiras reflexões**. Rio de Janeiro. 2007.

¹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Teoria Geral**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 78-80, v. II

¹⁷ “Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais”. Pedro Gomes de Queiroz (trad.) **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2014, n. 228, p. 362.

¹⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da validade**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, capítulo XII.p 246.

No âmbito processual, este princípio está relacionado diretamente ao princípio da liberdade processual, objetivando assegurar às partes que o direito fundamental de se autorregular seja por elas exercido sem imposição de restrições irrazoáveis ou injustificadas, resguardando o direito à liberdade.

Ainda que não previsto no CPC/2015, é válido a inserção do mesmo no rol de normas fundamentais do processo civil, pois se trata de princípio inserido no diploma legal infraconstitucional, superando o dogma da irrelevância da vontade no processo.¹⁹

O autorregramento da vontade submete-se a restrições maiores e tem seus limites estabelecidos em lei. Quando se fala em restrições em matéria de processo, existe também graduação dos limites, aumentando conforme os acordos forem versados quanto ao procedimento, se comparados com os limites impostos às convenções que têm por objeto situações jurídicas processuais.

O CPC é estruturado de modo a estimular a autocomposição como solução de conflitos. Separa um capítulo para discorrer a respeito da conciliação e mediação (art. 165 e 175); estabelece a oportunidade de autocomposição antes mesmo da defesa do réu (art. 344 e 365); permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III e art. 725, VIII); permite que no acordo judicial seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, §2º), permite acordos processuais atípicos (art. 190) e calendarização para a prática de atos processuais (art. 191, caput).

Em suma, o direito ao autorregramento da vontade no processo civil está estabelecido de forma a garantir a vontade das partes de autorregular. De modo simples, esse princípio busca tornar o processo jurisdicional um espaço propício para o exercício da liberdade processual.²⁰

3.3 Do Princípio da Cooperação

Este princípio se baseia na legislação contida no art. 6º Código de Processo Civil. Esse artigo aponta como base para o processo célere e eficaz o chamado

¹⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Princípio do autorregramento da vontade no processo civil**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 19

²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo.p 03.

“ativismo judiciário” exercido pelo juiz e pelas partes. Esse ativismo é o que legitima a cooperação das partes entre si e do magistrado para solução da lide, tornando-os corresponsáveis pelo resultado do processo, e o juiz sendo protagonista no processo, não somente um fiscal de regras. Fredie Didier Júnior se posiciona a respeito deste princípio da seguinte maneira: atualmente, prestigia-se no Direito estrangeiro o princípio da cooperação, que orienta o magistrado a se figurar como colaborador no processo.²¹

Sob o influxo do modelo cooperativo do processo, o ordenamento processual passou a emprestar maior valor ao consenso, a redimensionar o papel do judiciário, que passa a ser uma esfera de resolução de conflitos e não apenas de julgamento deles.²² A cooperação estrutura o sistema processual de modo a que este se torne mais receptivo aos negócios jurídicos processuais, propugnando pelo respeito à atuação das partes no processo, aniquilando o dogma da irrelevância da vontade no processo e convocando o juiz à adoção de uma postura menos autoritária e mais comunicativa no processo.

A doutrina entende que, este dever de cooperação recíproca entre as partes e o magistrado deve ser compreendida através de subdivisão em, pelo menos, quatro pilares essenciais: o dever de prevenção, de esclarecimento, de auxílio às partes e de consulta. Estes requisitos básicos devem ser entendidos da seguinte forma: o dever de prevenção significa o cabimento por parte do magistrado em apontar para as partes as “deficiências” processuais com o objetivo de saneamento das mesmas, por exemplo, emenda a petição inicial; o dever de esclarecimento, função do magistrado de sanar dúvidas das partes; o dever de auxílio consiste na função do juiz estabelecer equidade entre as partes; por fim o dever de consulta o qual obriga o juiz a ouvir as partes.

Em resumo, o legislador visou substituir a figura monótona do juiz no processo, apenas atuava como fiscal de regras, como Didier disse, para uma figura mais atuante e cooperativa para a solução do litígio.

3.5 Entendimento dos Autores a Respeito da Negociação Processual

²¹ JUNIOR, Fredie Didier. **Revista de Processo**. 2006. P. 76

²² CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p.49.

Diversos autores divergem entendimentos a respeito da utilização, implementação e até mesmo da legalidade da negociação processual. O dogma da irrelevância da vontade no processo, baseado na influência do publicismo deu azo à premissa segundo a qual os efeitos dos negócios jurídicos deveriam decorrer diretamente das partes, o que não aconteceria no processo, eis que os efeitos dos atos praticados derivam da lei ou dependem de interferência judicial para serem produzidos. Ou seja, as leis processuais seriam consideradas mais importantes frente à vontade das partes, impossível seria modificar o processo ainda que benéfico para todos.²³

Segundo autores que não reconheciam a prática da negociação processual, outro argumento utilizado é este: Impossibilidade de dispor do caráter público dos atos processuais. Diante disso, tornou-se quase impossível a aceitação da viabilidade de negociação processual, levando a prejudicar as normas estabelecidas por vontade dos particulares.²⁴

Ainda sob a competência do CPC de 1939, Alfredo de Araújo Lopes da Costa, entendia os negócios jurídicos processuais como categoria, espécie integrante de gênero fatos jurídicos processuais, mencionando a existência de negócios unilaterais e bilaterais, por intermédio dos quais a parte lograria o efeito almejado de forma direta e imediata.²⁵ Outro exemplo de negócios jurídicos processuais é mencionado por Pontes de Miranda no momento em que se refere, como exemplo, a desistência.

Calmon dos Passos defende que negócios jurídicos processuais consiste no exercício de direito processuais subjetivos. Entretanto, em 2002, Calmon dos Passos mudou entendimento e sustentou que a vontade das partes não era suficiente para a produção imediata de efeitos sobre a relação jurídica processual, dependendo de deliberação judicial. A partir do instante que a negociação processual necessita de homologação judicial retira o caráter de liberdade para

²³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 36.

²⁴ MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova**. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 241, mar./2015, p. 470.

²⁵ COSTA, Alfredo de Araujo Lopes da. **Manual elementar de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 103

negociar o procedimento, sendo assim, segundo Passos, tal prática seria ilegal frente à atual legislação brasileira.²⁶

Em diferentes países o instituto da negociação processual é utilizado, como por exemplo na Alemanha. Barbosa Moreira examina a doutrina alemã a respeito do tema, encontra entendimentos diversos, os que defendem a impossibilidade sob o argumento de que no âmbito processual seria reputado proibido tudo o que não é permitido. Ainda que exista entendimentos contrários, Moreira salienta de que o entendimento majoritário alemão é no sentido favorável à utilização da negociação processual, com ressalva quanto aos limites para a celebração destas convenções.²⁷

Corroborando com o entendimento majoritário alemão, Flávio Luiz Yarshell admite a celebração de limitadas convenções em matéria processual, defendendo que haja limites para estas convenções, resguardando sempre a igualdade material entre as partes, garantir o respeito ao contraditório efetivo e a busca dos pilares da jurisdição, ou seja, que os direitos fundamentais sejam assegurados, respeitados e estejam acima de qualquer negociação processual.²⁸

Fredie Didier Júnior, refere-se a negócios jurídicos processuais enquadrando negócios jurídicos processuais no contexto da teoria dos fatos jurídicos processuais.²⁹ Segundo Didier, o art. 461, §5º do CPC de 1973 previa a possibilidade de o magistrado valer-se de negócio jurídico unilateral atípico para estimular o cumprimento da prestação do devedor.

Autores como Paulo Sarno Braga entendem que é possível a prática de convenções processuais gerando consequências legais ainda sejam atípicas, não estejam previstas na legislação. Contudo, pondera que estes negócios processuais não podem ferir a norma cogente.

Leonardo Greco defende a sistematização do tema, aponta limites para exercícios da autonomia das partes, o momento da eficácia dos negócios jurídicos processuais, a disciplina quanto a sua revogação e o regime geral a que se

²⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 69-70

²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista de processo**, São Paulo, n. 33, jan.-mar./1984, p. 184-188.

²⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 173-174.

²⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 54-64

submetem. Assim como Barbosa Moreira, preocupa-se com os limites para a utilização do instituto.³⁰

Greco menciona a existência de outras convenções processuais atípicas e que estejam em acordo com o ordenamento jurídico brasileiro. Alguns exemplos colidem com os garantidos na Constituição de 1988, como duplo grau de jurisdição no instante em que as partes acordam em não recorrer da decisão, pré-estabelecer bens objetos de eventuais penhoras.³¹

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira reconhece e cita alguns exemplos de negócios jurídicos processuais citando acordos que fixam prazos para contestação de ações rescisórias e a sentença ou decisão prolatada em demanda cautelar atípica, na qual o magistrado elegerá medidas mais corretas a salvaguardar o alegado direito subjetivo da parte requerente.

Humberto Theodoro Júnior mencionou a figura dos negócios jurídicos processuais, para, em seguida negar-lhe importância, destacando o posicionamento doutrinário segundo o qual não haveria possibilidade de distingui-los dos atos processuais, de modo que estariam eles resumidos nesta categoria, assim como Calmon dos Passos.³²

Examinando a temática a luz do CPC/2015, em obra escrita conjuntamente com Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Peron, Theodoro modifica seu posicionamento, conferindo especial destaque à figura dos negócios jurídicos processuais. Os autores apontam o Estatismo (valorização do juiz no processo, formalismo rigoroso e predominância do direito legislado), em voga desde o final do século XIX, como um fator que impediu a disseminação do uso da figura dos negócios jurídicos processuais.³³

Registram a existência no antigo CPC, de regramentos que autorizam a realização de ajustes procedimentais, a exemplo da cláusula de eleição de foro e da

³⁰ GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual** – primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier**. São Paulo, RT, 2008, p. 290-304

³¹ GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual**. p. 303-304

³² THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, 31. Ed. Rio de Janeiro :Forense, 2000, v.I, o. 191

³³ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dieler; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, o. 258-259.

cláusula de arbitragem. No entanto enfatizam que as normas processuais seriam de “ordem pública”, impassível de flexibilização (tanto mais por acordo entre as partes), impedia a admissão da ideia de negócios jurídicos processuais e concorrendo para a resistência ao tema no cenário atual.³⁴

Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávia Pedron examinam o tema negócios jurídicos processuais sob o prisma dos três planos de análise do fato jurídico (existência, validade e eficácia).³⁵ Afirmam que a cláusula de atipicidade da negociação processual demanda discussões sobre seu aprimoramento, sobretudo, mudança de mentalidade por parte dos agentes processuais.³⁶

Alexandre Freitas Câmara é outro que modifica o entendimento primário que era no sentido de negar existência de tal categoria, sob o fundamento de que os atos volitivos dos sujeitos processuais produziam apenas os efeitos consignados em lei.³⁷ Ao discorrer acerca do novo processo civil brasileiro, Câmara apresenta classificação dos atos das partes, nela incluindo os atos dispositivos ou negócios processuais. Em concordância com o art. 190 do CPC/2015, reconhece o autor a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais típicos ou atípicos, antes ou no curso do processo.³⁸

Vale destacar o posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero. Os dois primeiros já haviam reconhecido a existência de negócios jurídicos processuais no direito brasileiro, ao tratar acerca das convenções processuais em matéria de prova, disciplinadas no art. 333, § único do CPC de 1973, apesar de 40 anos previstas no texto legal, não foram objeto de casos importantes ou de uso proveitoso por qualquer segmento negocial específico.³⁹

Para Robson Godinho, o tema das convenções probatórias instituiu-se um silêncio. Para sanar o problema de distribuição do ônus da prova, a doutrina defendeu a dinamização desse ônus e houve edição do texto normativo com tal

³⁴ THEODORO JUNIOR, p. 265-268

³⁵ THEODORO JUNIOR, p. 281 a 288

³⁶ THEODORO JUNIOR. p. 299 a 300.

³⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 1, p. 231-232

³⁸ CÂMARA, p. 125-129

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: RT, 2015, v. 1, p. 199.

intento (art. 6º, VIII do CDC/1990). Assim como já mencionado, Godinho ressalta que o tema não teve seu poder das partes da regulação sobre a matéria, em exercício de sua autonomia da vontade.⁴⁰

Por sua vez, Mitidiero negava a existência da categoria dos negócios jurídicos processuais, também sob o fundamento de que os efeitos do ato processual seriam sempre regrados por lei, assim como afirmou Alexandre Câmara.⁴¹

Tempo depois, em obra escrita por Marinoni, Arenhart e Mitidiero apresentam suas considerações críticas quando a tendência de “contratualização” do processo civil, adotada, segundo eles, pelo CPC de 2015. Lembram que o interesse privado desconsidera a verdadeira função da jurisdição que é a solução dos conflitos.⁴²

Marinoni, Arenhart e Mitidiero contestam, também, o argumento segundo o qual a aceitação dos negócios jurídicos processuais seria uma autorização para a possibilidade, outorgada pelo ordenamento jurídico às partes, de disporem do próprio litígio levado a juízo. Os autores argumentam que as concessões pelo Estado aos litigantes, para exercício de sua autonomia da vontade, não podem ser consideradas como uma autorização para que eles decidam o que deve ou não deve o Estado fazer. Advertem do risco de reduzir o processo a um mero instrumento particular para solução de conflitos, buscando sempre equilíbrio de modo que a autonomia da vontade das partes no processo não conflitasse com o processo legal à luz da Constituição.⁴³

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco conferiam ênfase a posição doutrinária que sustentava a existência da categoria dos negócios jurídicos processuais, sob o argumento de que a vontade do sujeito não seria apta a determinar os efeitos no ato praticado.

Sob a égide do CPC de 1973, pouco se estudou acerca dos negócios jurídicos processuais, não servindo de estímulo e nem mesmo o teor do art. 158 do antigo CPC.⁴⁴ Influenciada pelo dogma da irrelevância da vontade no processo civil, a

⁴⁰ GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 34-35.

⁴¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Memória Jurídica.p 06.

⁴² MARINONI, p. 582-583.

⁴³ MARINONI, p. 583

⁴⁴ Art. 158 do Código de Processo Civil de 1973: **“Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”**.

doutrina não vislumbrou no referido artigo uma cláusula geral de atipicidade dos negócios jurídicos processuais, utilizando-o mais da relação aos negócios processuais típicos.⁴⁵

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO DESTINATÁRIA DA REGRA ESTABELECIDADA PELO ART. 190 DO CPC/2015.

O disposto no art. 190 do Código de Processo Civil, a princípio, não tem o poder público como destinatário. O grau de abertura pela consensualidade administrativa do Brasil não atingiu tal pico para que esse instituto seja forte o suficiente para ser utilizado pela Administração Pública.

Devido a alterações havidas pelo Direito Administrativo com o modelo adotado pelo Brasil como Administração Pública gerencial, estabeleceram que a eficiência administrativa teria grande valia, sendo necessário adotar sistema mais flexível, dialogando com o particular.

Com a flexibilização da Administração Pública, não há razão para proibir o uso da arbitragem para dispor de direitos patrimoniais disponíveis ou indisponíveis passíveis de transação e, nessas mesmas condições, negar-lhe a disposição sobre situações jurídicas processuais que contemple o mesmo objeto acerca do qual caberia o uso de arbitragem ou de mediação. Não termina na possibilidade de utilização da mediação e arbitragem, passa também pela possibilidade de estimular a utilização de novos sistemas de solução de conflitos como política pública judiciária e estatal, além da grande intenção do novo CPC que é incitar à busca de soluções consensuais aos conflitos.

Sobre este último aspecto, há flagrante contradição lógico e sistemática caso o Estado, ao mesmo tempo em que editasse o Código de Processo Civil em grande medida pautado na solução dos conflitos através da consensualidade, simplesmente se retirasse de a ele se submeter. Excluir a parcela de demandas que envolve os entes públicos do regramento previsto no art. 190 do CPC/2015 equivaleria a limitar, em medida considerável, a efetividade da norma em questão. Portanto, conclui-se que os entes públicos são, também, alvos do art. 190 do Código de Processo Civil.

⁴⁵CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Negócios jurídicos processuais: uma nova fronteira? *Revista do Advogado*, ano XXV, nº 126, maio/2015, p. 77-78

Alguns princípios corroboram com a conclusão de que é possível a utilização do art. 190 por parte da Administração Pública. O privatismo processual é um deles, princípio este que defende a liberdade individual e menor interferência do Estado na autonomia privada. Há nesse sentido predominância das partes na condução formal do procedimento, cabendo-lhes a definição do objeto do processo, a especificações das questões de fato e de direito que serão objeto de deliberação judicial. O processo é visto como algo das partes, sendo permitida a autonomia privada em matéria processual.⁴⁶

Ainda que no campo das ideias o privatismo processual é interessante, no momento em que se estuda a possibilidade de implantação deste sistema, chega-se à conclusão de que é retrocesso algo tão livre aos desejos dos particulares a atividade jurisdicional, é necessário um meio termo.

Outro princípio a ser lembrado é o do publicismo processual e o dogma da irrelevância da vontade no processo. O processo civil moldou-se conferindo ao magistrado maiores poderes de condução material e formal do processo, com ampla iniciativa probatória. Em contrapartida, as partes são postas para escanteio, passam a atuar como figurantes no processo, retirando deles os poderes no que se referem à definição quanto ao desenrolar do procedimento e à busca da verdade.

O processo não é mais visto como coisa das partes, mas sim como uma relação jurídica de Direito Público, um fenômeno a ser gerenciado pelo Estado, a quem é obrigado prestar serviços rápidos e corretor. Com a perda de espaço das partes quanto a formalidade do processo, o publicismo negou relevância das partes no processo, conferindo à lei única fonte de norma processual.

À parte caberia apenas optar por praticar ou não o ato, estando os efeitos de sua escolha, seja ela qual for previamente definido pelo legislador. Além disso, encontram-se as partes a posição de inferioridade em relação ao juiz, suas vontades não poderiam vinculá-lo.

4.1 CONVENÇÕES PROCESSUAIS

A convenção processual é muito importante para a compreensão da cláusula geral de atipicidade da negociação processual prevista no art. 190 do CPC de 2015.

⁴⁶ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 65-109

Os acordos processuais é a mais importante espécie de negócios jurídicos processuais bilaterais e plurilaterais. Pode ser conceituada como o negócio bilateral ou plurilateral cujas vontades conformadoras dirigem-se ao entendimento de interesse comum, consistente na disposição sobre situações jurídicas processuais, ou sobre procedimento, em processo atual ou futuro.⁴⁷⁻⁴⁸

Compreende-se convenções processuais ajustes celebrados dentro ou fora do processo, antes ou durante o seu trâmite, pois produzirá efeitos em processos atuais ou futuros, quer criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas processuais, quer escolhendo ou modificando o procedimento. Pouco importa, além, disso, que o acordo produza efeitos na esfera do direito material.

Os acordos processuais podem ser classificados, quanto ao objeto, em dispositivos e obrigacionais; quanto ao momento de celebração, em prévios e incidentais; quanto a vantagens que geram as partes celebrantes, em onerosos e gratuitos; quanto a existência de previsão legal, em típicos e atípicos.⁴⁹

Da relação ao objeto, denominam-se dispositivos os acordos que versam sobre o rito processual (procedimento), derogando normas que o disciplinam. Denomina-se obrigacionais os acordos que possuem efeitos abdicativos e estabelecem, para uma ou para ambas as partes, obrigações de fazer ou não fazer, criando, modificando ou extinguindo situações jurídicas processuais. São negócios prestacionais, não derogativo de norma aplicável ao caso. Não por outra razão, a liberdade de disposição nos acordos obrigacionais é maior do que os acordos dispositivos.⁵⁰

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira se referindo especificamente aos acordos de procedimento, subdivide-os em estáticos e dinâmicos. Na convenção estática, as partes limitam-se a escolher um procedimento já existente. Já quanto às convenções dinâmicas, envolvem a criação de novo rito, a restrição de fases, a modificação de prazos processuais ou a forma dos atos do processo.⁵¹

⁴⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 52-53-68.

⁴⁸ CABRAL, p. 58-68.

⁴⁹ CABRAL, p. 72-86.

⁵⁰ CABRAL, p. 75

⁵¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 92.

Tomando-se por referência o momento de sua celebração, as convenções processuais serão prévias, quando celebradas antes da instauração do processo. Serão incidentais quando se referirem a litígio já instaurado perante o poder judiciário.⁵²

Ditas convenções funcionam como verdadeiros instrumentos de gestão processual, embora, com o modelo cooperativo de processo, tais convenções encontram, para sua celebração, maiores limites impostos à autonomia da vontade das partes em relação aos acordos privados, sobretudo quando necessitam de efetivação pelo judiciário.

Para que os interesses das partes sejam atendidos, é necessário pensar em como serão válidos e eficazes perante às leis. O elemento básico para os negócios jurídicos corresponde à presença de manifestação de vontade consciente e autorregrada, bem como o elemento complementar que varia conforme a descrição prevista em cada fato. Faltando qualquer desses elementos, a manifestação da vontade, válida e eficaz, não se faz valer processualmente. Ou seja, caso a manifestação da vontade não tenha partido de pessoa consciente para tanto, incapaz por exemplo, é nula tal cláusula de negociação processual. Cumprido o requisito de consciência para manifestação da vontade, o objeto pelo qual será negociado, o processo judicial, seja algo de tamanha onerosidade o resultado da negociação, não é lícito tal ato.

Estabelecido um dos alvos do art. 190 do CPC, que é a Administração Pública, salientado a respeito das convenções processuais que partem do conceito de privatismo processual, mas ponderando que não é o melhor caminho, passando pelo dogma da desconsideração da autonomia da vontade no processo civil, o qual não se justifica, chega-se ao conceito de cláusula geral para negociação processual.

O conceito de cláusula geral é a mistura de diversas características de técnicas legislativas que lhe correspondem.⁵³ A primeira técnica é a casuística, caracterizada por sua rigidez e imutabilidade, objetiva elevar a tipicidade dos diplomas normativos ao grau máximo. O tipo normativo deve abranger todas as respostas almejadas pela sociedade e cabe ao intérprete a tarefa de subsumir o fato à norma. A complexidade das relações sociais e a velocidade que se processam

⁵² CABRAL, p. 76-77.

⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 139, jul.-set./1998, p. 07.

mudanças no seio da sociedade tornaram evidente a incapacidade de referida técnica em acompanhar o progresso social de forma satisfatória.

A técnica de legislar por meio de estabelecimento de cláusulas gerais passa, assim, a ser utilizada juntamente com o casuísmo, buscando conferir maior efetividade aos direitos por aquela tutelados. Referida técnica vale-se de linguagem vaga, aberta, promovendo ampliação do campo semântico do texto normativo, autorizando o juiz a criar a norma jurídica com base no caso concreto. Esta técnica reduz o grau de complexidade ao mínimo conferindo maior flexibilidade ao sistema.⁵⁴

Enquanto espécie de texto normativo, a cláusula geral pode ser conceituada como sendo aquela que contempla indeterminação legislativa tanto no precedente quanto no consequente normativo. A hipótese fática independe do legislador e vale-se de termos vagos.

Quanto ao conceito de procedimento é premissa lógica imprescindível à compreensão da cláusula geral de negociação processual redigida no art. 190 do CPC 2015. O conceito procedimento pode ser entendido da maneira que Giovanni Conso entende, considerando o procedimento com uma modalidade de ato complexo de formação sucessiva, ou seja, um conjunto de atos ligados, ordenados em sequência de observância necessária, destinados a atingir um ato final, ato complexo que se estrutura por uma sucessiva cadeia de surgimento e adimplemento de deveres jurídicos. A mesma linha de pensamento é utilizada por Calmon de Passos.⁵⁵

Cândido Rangel Dinamarco segue a linha de que só há procedimento se existir contraditório e inserido num conjunto sistemático de atos atrelados por vínculo de dependência sucessiva e pelo escopo de preparar o ato final ao qual é vocacionado.⁵⁶

Para Antônio Carlos Marcato, o processo seria a união da relação jurídica aliada ao contraditório com a forma, o procedimento. Com a junção do aspecto formal

⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 139, jul.-set./1998, p. 08.

⁵⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 83

⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 131-132.

e exterior do processo formaria o procedimento, sendo composto por uma série de atos com objetivo de solução dos processos.⁵⁷

Rogério Ives Braghittoni define o processo como o resultado da conjugação do procedimento e da relação jurídica processual, enquanto que o procedimento consistiria na configuração formal e cronológica do processo, como se fosse seu “exoesqueleto”.

Da análise das conceituações doutrinárias anteriormente referidas, pode-se inferir que o procedimento consiste em uma série ou um conjunto de atos ligados por vínculo de dependência, focados em possibilitar a atuação de uma ou mais vontades.

Em visão mais conformada aos valores do Estado Constitucional, Luiz Guilherme Marinoni reconhece às partes envolvidas em uma demanda judicial não apenas o direito à participação, como, sobretudo, o direito ao procedimento adequado à tutela do direito material,⁵⁸ reforçando a ideia de direito fundamental ao procedimento que melhor lhe convém.

4.2 Fundamentos Constitucionais e Processuais do Art. 190 do Código de Processo Civil de 2015.

Passando pelos entendimentos tradicionais de que o processo é aquilo que está escrito e que a vontade das partes não teria qualquer influência em seu curso pois tudo que havia de necessário para o devido cumprimento jurisdicional estava na lei. Também já houve quem defendeu que as mudanças constantes na sociedade fizeram com o procedimento escrito e imutável não seria capaz de acompanhar a complexidade das relações jurídicas. No âmbito processual surgiram diversas tendências de simplificação do processo, afastando formalidades desnecessárias.⁵⁹

No Brasil, tais necessidades fizeram surgir inúmeras iniciativas legislativas com objetivo de simplificação processual e duração razoável do processo. Alguns exemplos apenas de mudanças realizadas pelos legisladores com intuito de acelerar os processos; Emenda nº 45/2004 acrescentou ao art. 5º da Constituição Federal o

⁵⁷ MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 71-73. Em sentido semelhante: YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 166.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. **Revista Jurídica**. Sapucaia do Sul, RS: Notadez, n. 347, set./2006, p. 14.

⁵⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês. **Revista de processo**, São Paulo, n. 150, ago./2007, p. 67.

inciso LXXVIII, que assegura a todos no judiciário ou processo administrativo, a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade na tramitação. No prisma infraconstitucional, a criação dos Juizados Especiais Estaduais (Lei nº 9.099) e Federal (Lei nº 10.259/2001), a incorporação da liquidação e do cumprimento de sentença em fases processuais pela Lei nº 11.232/2005, dentre outras.

Entretanto, o avanço apresentado pelo CPC/2015 vai além das reformas com intuito de simplificar os procedimentos. Ao estabelecer a possibilidade de negociação processual no art. 190, o Código de Processo Civil de 2015 permitiu a abdicação de normas legais por vontade das partes, conferindo a está caráter normativo, de modo que a norma legal passa a ser subsidiária, sendo aplicada caso não haja convenção entre as partes quanto às especificações do procedimento que melhor lhe atendem.

A mudança, de certo, conduziria a questionamentos acerca da constitucionalidade do referido artigo legal. É razoável esperar questionamentos tendo em vista a mudança drástica da legislação federal, até porque a doutrina e jurisprudência negavam tal possibilidade.

A segurança jurídica relacionada à existência de normas legisladas não se entendia com a maior participação popular. O ordenamento jurídico brasileiro entendia que preestabelecer a forma do ato e do procedimento garantiria a contenção de arbítrios, o respeito à ordem e a isonomia entre as partes. Esse pensamento limitou as possibilidades de atuação popular nos procedimentos.

O primeiro passo para demonstrar a constitucionalidade do dispositivo em debate consiste em evidenciar a sua compatibilidade com a segurança jurídica. Humberto Ávila, ao construir o seu conceito analítico de segurança jurídica, qualifica-a como uma norma-princípio cujo aspecto material denota um estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, atrelados à palavra segurança.⁶⁰

A cognoscibilidade não exige para que se tenha segurança jurídica o entendimento exato do conteúdo das normas gerais e individuais, basta que lhe seja proporcionado aprender os sentidos possíveis do texto normativo, sendo-lhe concedidos núcleos de significação a partir dos quais o sentido possa ser reconstruído, por intermédio da argumentação.⁶¹

⁶⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 256.

⁶¹ÁVILA, p. 128-129.

A confiabilidade protege situações subjetivas já garantidas pelo ordenamento, resguardando as expectativas, sem deixar de possibilitar mudanças graduais. Quanto a calculabilidade consiste na capacidade de antever as consequências jurídicas de atos ou fatos, capacidade esta que deve ser alcançada pela maioria das pessoas. Ávila nega que a segurança jurídica demande a previsibilidade, que corresponderia, em seu entender, à capacidade total de antever tais consequências decorrentes de condutas próprias ou alheias.⁶²

A segurança jurídica não consiste em que sejam conhecidos antecipadamente os efeitos jurídicos de um ato, mas, sim, que sejam controláveis os processos de organização utilizados para reconstruir o alcance e o sentido dos enunciados normativos.⁶³

Cláudio Pereira de Souza Neto afirma que a ideia de que o procedimento jurisdicional deveria ser previsto em lei decorre da necessidade de passar previsibilidade àquele sujeito processual. Tal previsibilidade é garantida através da legalidade (art. 5º, II, da CF/88) e objetiva impedir atuação estatal arbitrária.⁶⁴ Enquadrada a norma negocial no conceito de legalidade e uma vez que a legalidade, neste sentido amplo, é capaz de conferir previsibilidade ao procedimento, a convenção das partes em matéria processual respeita o núcleo essencial do princípio da segurança jurídica. Não se admite que, sob o fundamento da ausência de previsibilidade, seja vedada a negociação em matéria processual; a imprevisibilidade porventura decorrente de um determinado acordo celebrado deve ser verificada no caso concreto, no âmbito do controle de validade da convenção realizado pelo juiz. Conclui-se, assim, que os negócios jurídicos processuais não apenas não ferem o núcleo essencial do princípio da segurança jurídica como este se preordena a garantir a efetividade de tais negócios.

Quanto ao princípio do devido processo legal, é necessário esclarecer que a ideia da cláusula negocial é compatível com a garantia fundamental prevista na constituição. À luz do preceito legal constitucional, nenhum processo será justo se restringir a participação dos agentes processuais com autonomia da vontade em

⁶² ÁVILA, p. 272-273.

⁶³ ÁVILA, p. 262-263.

⁶⁴ SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Segurança. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 231

harmonia com a legislação. Além do devido processo legal, é necessário pensar em um devido processo constitucional de produção de Direito, para dar uma mais precisa noção dos atuais contornos que a garantia deve abranger.⁶⁵

Sendo assim, a tendência na ampliação da autonomia privada em matéria processual se enquadra no princípio democrático de uma maior participação popular na atuação estatal, abrindo a possibilidade de construção do procedimento da maneira que mais atendam às suas necessidades, desde que respeitados os direitos fundamentais processuais.⁶⁶

4.3 O REGIME JURÍDICO DE NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL ENVOLVENDO O PODER PÚBLICO.

4.3.1 Da Validade da Decisão Administrativa de Celebração de Negócios Jurídicos Processuais.

A decisão de realizar ou não a negociação processual parte exclusivamente dos envolvidos diretamente na Administração Pública. É necessário analisar e investigar quais intenções e influências que os requisitos do ato administrativo exercem sobre a validade do negócio celebrado.

Ao estabelecer elementos para validar os atos administrativos de negociação processual, a doutrina converge quanto a pressupostos de existência desse ato (sujeito, objeto e forma) e requisitos de sua validade (competência, motivo e finalidade).⁶⁷

Os doutrinadores mencionam requisitos de validade dos atos administrativos, são eles; a) competência como requisito subjetivo de validade; b) a licitude, possibilidade, precisão e determinabilidade do objeto como requisitos objetivos de validade; c) a existência de motivo subjacente à prática do ato e que guarde esse vínculo de coerência lógica, também requisito objetivo de validade; d) a forma prevista ou não defesa em lei como requisito formal de validade e; e) finalidade de

⁶⁵ PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de processo**, São Paulo, ano 26, n. 102, abr.-jun./2001, p. 58-59.

⁶⁶ SANTOS, Marina França. Intervenção de terceiro negociada: possibilidade aberta pelo novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 241, mar./2015, p. 104.

⁶⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 93-94, nota de rodapé nº 22.

interesse público como requisito finalístico de validade.⁶⁸ Esses requisitos de validade devem ser observados para prática do ato administrativo que conduzirá à conclusão do negócio jurídico processual pelo Poder Público.⁶⁹

A intenção de estabelecer requisitos mínimos para validade da negociação processual envolvendo negócios jurídicos processuais e o Poder Público não é engessar a atividade partindo simplesmente destes princípios, mas, sim, iniciar a análise da negociação e presença destes princípios para que a negociação seja válida e não seja considerada afetada pela falta dos mesmos. O vício é necessário, mas não suficiente para decretação de que certa negociação processual seja considerada inválida. A compreensão dessa realidade é fundamental à análise do plano da validade dos negócios jurídicos processuais que participa o Poder Público.

Constatada a invalidade da negociação processual através de vício capaz de afetar o ato administrativo, a invalidação é providência que, a princípio, há de ser adotada pela Administração,⁷⁰ de ofício ou mediante provocação da parte interessada, ou pelo Poder Judiciário, quando provocado.

Entretanto, se por um lado o defeito existente denota a desconformidade do ato com a legislação, com violação ao princípio da legalidade administrativa, por outro, o desfazimento do ato que decorre da sanção invalidatória também pode acarretar violação aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé, quando se tratar de vício sem consentimento do particular.⁷¹

A decisão para invalidar o ato administrativo eivado de vício deve ser fruto de ponderação de princípios em conflito,⁷² da qual se pode concluir; a) pela efetiva necessidade de invalidação do ato administrativo que atribui ao negócio processual, respeitando o devido processo legal administrativo ou judicial, dependendo do caso; b) pela convalidação do ato defeituoso, tornando-o válido a partir da correção e⁷³; c) pela confirmação do ato, admitindo a sua produção de efeitos, a despeito da

⁶⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: RT, 1979, p. 73-76.

⁶⁹ CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. **Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC**

⁷⁰ SANTOS NETO, João Antunes dos. **Da anulação ex officio do ato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 163.

⁷¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Teoria geral dos atos administrativos: uma releitura à luz dos novos paradigmas do direito administrativo**.

⁷² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 227.

⁷³ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 4. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 128

existência do vício não sanado.⁷⁴ A decisão não pode ser anterior, é necessário examinar o caso concreto.

Existem fatores importantes para análise do ato administrativo que influenciam na decisão, a boa-fé do particular que realizou o negócio jurídico processual, o atendimento ao interesse público e o resguardo ao direito de terceiros. Caso a decisão da administração seja por invalidar o negócio jurídico processual seja pelo motivo que for, desde que o particular não tenha concorrido para o vício de formação do negócio processual, haverá a possibilidade não apenas de discussão do ato na esfera judicial, mas, ainda, a busca por indenização pelos danos advindos da quebra de confiança do administrado com a administração pública.⁷⁵

Há entendimento, em certa maneira, do autor Alexandre Santos Aragão, de que se o negócio jurídico processual fruto de decisão viciada que culminou em sua celebração já estiver produzindo efeitos no âmbito de um processo judicial, o Poder Público encontra-se impedido de, no exercício de sua autotutela, invalidá-lo.

Conforme já difundido em diversas obras, ao magistrado cabe a averiguação se aquele pacto pré processual é protegido pela legislação diante da autorização legal que o art. 190 do Código de Processo Civil propõe, é necessário um juízo valorativo do órgão jurisdicional para ser regular. Constatada a existência de vício no negócio celebrado a temática há de ser levada ao judiciário pelo Poder Público ou por terceiro interessado. Os negócios jurídicos processuais são atos jurídicos sujeitos ao crivo de autoridade administrativa ou judicial, sendo considerados ilícitos caso haja nulidade na sua celebração. Sendo assim, o vício só será decretado caso não seja convalidado pelos envolvidos, ou, se o vício existente for capaz de impedir o alcance da finalidade buscada com a celebração do acordo.

Sob essa perspectiva é que deverão ser examinados os requisitos de validade do negócio jurídico processual celebrado pelo Poder Público, tanto os gerais, já mencionados anteriormente, como autorregramento da vontade e manifestação voluntária, quanto os específicos, que serão a seguir mencionados.

⁷⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Teoria geral dos atos administrativos: uma releitura à luz dos novos paradigmas do direito administrativo**. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). Os caminhos do ato administrativo. São Paulo: RT, 2011, p. 65-68.

⁷⁵ RULLI NETO, Antonio; RULLI, Justine Esmeralda. **Segurança jurídica e ato administrativo**.

4.4 Da Capacidade Subjetiva Para Celebração de Negócios Processuais Pela Administração Pública.

O cumprimento deste requisito básico para qualquer negócio jurídico, seja ele processual ou não, a capacidade para celebrá-lo é necessária como requisito de validade e eficácia, tanto é que na redação do art. 190 do CPC diz “partes plenamente capazes”. A capacidade funcional, de exercício de poderes e atribuições inerentes à função pública do agente da administração, atuando na esfera de poder-dever discricionário e estar dotado de imparcialidade, são requisitos de capacidade para celebração do negócio jurídico processual.

4.4.1 Competência

A atuação do Poder Público para com a possibilidade de negociação processual se dá através da competência para fazê-lo como requisito de validade. No caso do Poder Público a capacidade como regra, devendo ser expressas em lei as hipóteses de incapacidade. Ao ente público é necessário verificar se a conduta a ser praticada está expressamente autorizada ou se é proibida no texto legal.

A pessoa jurídica de direito público dotada de capacidade negocial se pressupõe a competência para negociação processual, mas a competência será através do agente público investido do poder estatal, autorizado a exercer atividade específica.

A ausência de texto normativo exposto delimitando a competência de cada ente público para celebrar negócio jurídico processual não é, contudo, óbice para utilização do instituto pelas pessoas jurídicas de direito público.

Ainda que haja o aumento da consensualidade administrativa com a previsão legal estabelecidas pela legislação, as competências previstas expressamente são, em geral, destinadas a prática de atos unilaterais. Ainda que a prática de atos unilaterais seja recorrente, o aumento do caráter democrático com a possibilidade de convenções processuais se faz presente.

No processo jurisdicional não-estatal, a arbitragem, há regra expressa admitindo que as partes convençam o procedimento a ser adotado (art. 21 da Lei nº 9.307/1996), dispondo o art. 1º §2º da mesma lei que será competente para

celebração de convenção de arbitragem envolvendo a Administração Pública direta a autoridade ou órgão competente para a realização de acordos e transações.

A ida do processo à câmara de arbitragem identifica-se a possibilidade de o Poder Público dispor de uma situação jurídica própria, inclusive renunciando ao poder de submeter aquele conflito à jurisdição estatal. Embora a escolha da via arbitral não implique, por si só, renúncia ou transação acerca do direito material controvertido, é fato que o Poder Público, ao assim agir, abdica de uma série de prerrogativas estabelecidas em seu favor pela legislação processual. Dentre essas prerrogativas, destaca-se o prazo em dobro e a remessa necessária.

Conseqüentemente, à disposição da situação processual em questão, está relacionada a disposição de inúmeras outras situações processuais. Além das prerrogativas já citadas, há ainda o poder de interposição de recurso se entender que determinada decisão seja equivocada ou desfavorável. Sendo assim e tendo em vista o possível reflexo que esse negócio jurídico processual pode acarretar no direito material ligado ao litígio, é necessário pensar que para celebração do negócio processual o agente público teria a competência para dispor do próprio direito material.

4.4.2 Poder da Discricionariedade do Agente Público.

A capacidade processual negocial dos entes públicos não pressupõe, apenas, que o agente do qual emana o ato detenha competência para praticá-lo, mas que tal prática se dê no exercício discricionário.⁷⁶ A atuação consensual pressupõe certa margem de opção ao Poder Público quanto à prática ou não do ato negocial, ou quanto ao seu conteúdo ou a despeito de seus efeitos. Neste sentido, afirma-se que a discricionariedade é um espaço de liberdade para apreciação da melhor forma de atendimento ao interesse público.

O exercício do poder da discricionariedade verifica-se quando a Administração Pública está diante de um texto normativo redigido sob a forma de cláusula geral, a exemplo do que ocorre com o art. 190 do CPC. O legislador não determina em quais circunstâncias o Agente Público poderá celebrar o negócio jurídico processual,

⁷⁶ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 34.

tampouco antecipa suas consequências jurídicas, desde que preenchidos os suportes fáticos.

Dentro da discricionariedade, por exemplo, a Fazenda Pública, buscando resguardar-se quanto a uma possível interpretação literal do art. 304 do CPC, pode celebrar convenção processual atípica sem que se comprometa a não interpor recurso da decisão antecipatória dos efeitos da tutela, desde que a parte contrária renuncie à estabilização ou, ainda, desde que admita que o oferecimento da defesa pelo ente público obsta a estabilização da decisão.⁷⁷

No acordo de calendarização processual (art. 191 do CPC), a Fazenda Pública possui margem de opção quanto à celebração ou não do negócio, bem como de aspectos concernentes às datas a serem fixadas a dos atos a serem objeto do calendário. Na suspensão convencional do processo (art. 313 do CPC) e na escolha consensual do perito, além da escolha quanto à celebração ou não do negócio, há margem de opção, respectivamente, quanto ao prazo de suspensão e ao profissional a ser indicado.

4.4.3 Imparcialidade

Assim como ocorre com o órgão jurisdicional, a capacidade processual negocial do Poder Público vincula-se ao exercício de uma competência baseada num poder-dever discricionário. Diferentemente da exigência de imparcialidade, do ente público é necessário o exercício de competência ocorra de modo impessoal. Exige-se da Administração Pública a imparcialidade em sua atuação. A atuação administrativa deve ser compatível com o princípio da impessoalidade e com as regras que buscam concretizá-lo. A impessoalidade abrange a ideia de distinção entre o agente público e a órgão administrativo, associando o ato ao órgão e não ao agente público que o praticou.

Como o caráter da impessoalidade atinge o órgão ao qual o agente público faz parte, seus atos também não refletirão na pessoa do servidor público, mas sim no órgão administrativo. Ainda que o agente já tenha saído da função pública e,

⁷⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coord.). **Tutela provisória**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 300

aparentemente, seus atos foram legais, resguarda-se a boa-fé do terceiro, conferindo-se validade e eficácia ao ato praticado.⁷⁸

Vislumbra-se também ao princípio da impessoalidade como garantia de igualdade entre os indivíduos e em defesa da moralidade administrativa. A esse aspecto da impessoalidade associam-se, também, como forma de controle da sua observância o dever de fundamentação dos atos administrativos⁷⁹ e os deveres de publicidade e transparência imputados ao agir administrativo, o primeiro qualificando-se como requisito de validade do ato praticado e os últimos, como condições de sua eficácia.⁸⁰

4.4.4 Vulnerabilidade do Poder Público

Se faz necessário pensar quanto à possibilidade do Poder Público, ao celebrar um negócio jurídico processual, figurar nele como parte vulnerável, impedido de exercer sua capacidade processual plena. Em regra, quando a vulnerabilidade é pensada, referente a negócios processuais celebrados pelo Poder Público, lembra-se que houve relação com o particular. Não se exime, porém, a possibilidade do Poder Público se encontrar como parte vulnerável, especialmente em se tratando de vulnerabilidade técnica ou econômica.⁸¹

Por exemplo, possível indício de vulnerabilidade técnica de celebração do negócio jurídico processual desassistido de advogado possa se entender hipóteses em que o Município que não possua procuradoria realize convenção processual pois não há recursos humanos para defendê-lo numa ação judicial.

⁷⁸ ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. **O princípio da impessoalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 183-184

⁷⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O procedimento administrativo e a garantia da impessoalidade. **Revista de direito administrativo aplicado**. Curitiba, ano 03, n. 10, jul.-set./1996, p. 725.

⁸⁰ ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. **O princípio da impessoalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 187-201

⁸¹ Para fins de aplicação do CDC em relações contratuais mantidas por pessoas jurídicas de direito público (em geral, municípios), o STJ tem admitido a aplicação da teoria finalista mitigada para interpretar o art. 2º do CDC (conceito de consumidor). Em casos nos quais há, por exemplo, inadimplemento de pagamento de contas de energia elétrica ou de água, essa teoria é invocada para aplicação das regras do CDC ao caso, mas apenas quando demonstrada, concretamente, a vulnerabilidade econômica do ente municipal usuário do serviço. Nesse sentido: RESP 913.711/SP e RESP 1297857/SP. **Conclui-se, portanto, que o ente público pode ser considerado como parte vulnerável em um contrato, não se devendo excluir, a priori, essa possibilidade também para convenções em matéria processual.**

Isabela Moreira de Andrade Vesgerau admite a possibilidade de a Fazenda Pública ser qualificada, à vista de particularidades de determinado negócio jurídico processual, como parte vulnerável.

Há também doutrinadores divergentes a possibilidade de o Poder Público figurar-se como vulneráveis. O autor excepciona a regra apresentada quando se verifique que, em virtude da inadequada ou dolosa atuação do representante judicial da Fazenda Pública, a convenção celebrada viole direito material fazendário ligado ao litígio ou dela se denote hipótese de mau trato à coisa pública. Conclui que, em ambos os casos, seria atingido o interesse público e, portanto, justifica-se a necessidade de um controle mais efetivo atinente à validade desses negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública.⁸²

Se desvio ou excesso doloso houver na atuação do agente público, caberá a adoção, contra ele, de medidas com objetivo de ressarcimento ao erário por danos causados, sem prejuízo, ainda, de suas responsabilidades administrativa e criminal, conforme o caso. Assim, caberá à Fazenda Pública a alegação de vulnerabilidade de qualquer natureza visto o ato lesivo de um de seus agentes.

4.5 Administração Pública Como Alvo de Precedentes Para Celebração da Negociação Processual.

O negócio jurídico processual, enquanto ato jurídico processual, quando celebrado pelo Poder Público, é antecedido de uma decisão administrativa que conclui pela celebração ou não do acordo. Diante de um caso concreto, avaliando as consequências extraíveis do negócio a ser celebrado e em que medida o negócio processual promove, satisfaz ou recupera o interesse público, a Administração Pública decide se deve concretizá-lo e em quais termos. Caso entenda pela celebração da negociação processual, o Poder Público cria precedentes capaz de vinculá-lo para que, em casos e circunstâncias semelhantes, o ente público celebre a negociação processual novamente.

⁸² TEIXEIRA, José Roberto Fernandes. **Negócios jurídicos processuais e Fazenda Pública.** In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). **Advocacia pública.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 180-181.

Ainda que, em situações semelhantes o ente público tenha precedente para celebração da negociação processual, ao particular não é imposto nada, é ato voluntário a celebração do acordo processual. Não haverá ilegalidade no processo, tampouco na atuação da administração, pois o negócio jurídico anteriormente celebrado vincula a Administração Pública, não o particular.⁸³

Existem exemplos práticos que podem ser vantajosos para todos os envolvidos. Rapidez ao particular para recebimento de seus haveres judicialmente. A Fazenda Pública poderá gozar, se acordado anteriormente, de prazos maiores para impugnar execução apresentada pelo particular.

Por fim, de relação ao processo, a convenção processual em debate concretiza o princípio da cooperação processual (art. 6º do CPC) e contribui para a racionalização da atuação judicial, com provável redução de demandas e recursos dela decorrentes, ganhando o processo em eficiência e em redução da litigiosidade. Outro princípio é o da igualdade, pois cabe ao agente público a fundamentação lógica e adequada na qual indique a finalidade do ato.

A celebração de negócios jurídicos processuais é fruto de uma decisão administrativa tomada pelo agente público, neste caso, pelo procurador, que avalia essa postura como aquela que mais bem se enquadra ao interesse público e garante eficiência administrativa e processual no caso concreto. A decisão para celebração de negociação processual faz surgir um precedente passível de invocação em casos semelhantes no futuro, devendo observar o mesmo padrão de conduta.

Desse modo, outros credores poderão exigir tratamento idêntico aos seus processos, adotando a convenção processual como medida permitida e, por vezes, vinculativa. Com isso, a autonomia da vontade se verifica intacta pois cabe ao particular a iniciativa de aceitação ou não dessa modalidade processual. Porém, o Poder Público vincula-se com suas decisões, pois está vinculado à negociação processual tendo em vista o princípio da isonomia, devendo adotar as mesmas medidas em casos semelhantes.

É necessário salientar que a vinculação do Poder Público não é absoluta, obrigatória, pois se assim fosse, a administração pública estaria engessada. Deve ser resguardada a possibilidade de a Administração Pública não realizar a

⁸³PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Como a teoria do ato administrativo pode ser aproveitada na prática da consensualidade?** In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vítor Rhein (Coord.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: RT, 2011, p. 254.

negociação processual, desde que respeitados direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos, mas que possa mudar seu entendimento, seja por não preencher os objetivos almejados com a negociação processual anterior, seja por ser considerada ineficaz (489, §1º, VI, do CPC 2015). Para que seja negada a negociação processual, é necessário a fundamentação da decisão por parte da administração pública, nos termos do art. 489, §1º, VI, do CPC 2015.⁸⁴

As possibilidades de uso sistemático do precedente, por um lado, e de sua revisão ou superação, por outro, constituem-se, os pontos fundamentais de compatibilização entre independência funcional do advogado público e a necessidade de observância da igualdade pelo Poder Público. Não se admite que, a pretexto da concretização do princípio da igualdade, seja mantido o erro, uma conduta contrária ao direito vigente.

Há de se esclarecer que a negativa da Administração em celebrar negócio jurídico processual, contrapondo-se, sem justo motivo, a precedente administrativo por ela anteriormente adotado, enseja a decretação da invalidade da decisão administrativa contrária à adoção da via consensual. Não se trata, portanto, propriamente, de requisito objetivo de validade da negociação processual, mas da hipótese de autolimitação negocial imposta à Administração Pública por força da necessidade de respeito aos seus precedentes.

4.5.1 Precedente Administrativo no CADE Proporcionando Segurança Jurídica Aquém do Poder Judiciário Tradicional.

Exemplo de atos administrativos com objetivo de criar precedentes à Administração Pública é o Tribunal Administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal e vinculada ao Ministério da Justiça. As decisões desta autarquia se baseiam em combater a prática de *Truste*, cartéis e combinações monopolísticas similares. As supostas práticas anticoncorrenciais previstas em lei, existem somente nos casos concretos, justificando a atuação da autoridade administrativa após a compreensão dos efeitos da formação do cartel no cenário econômico.

⁸⁴ BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Processo, precedentes e as novas formas de justificação da administração pública brasileira. **Revista digital de direito administrativo**, v. 03, n. 01, 2016, p. 145-146

É necessário destacar que a aplicação de precedentes também se encontra o princípio da segurança jurídica (estabilidade e previsibilidade), igualdade e duplo grau de jurisdição (no caso, administrativamente). Com os pressupostos mencionados anteriormente, os tribunais inferiores em hierarquia devem seguir as decisões proferidas por órgãos superiores. A coerência das decisões e o ordenamento jurídico seja orientado sob princípios e valores comuns, de modo que sejam visualizados e garantir a observância das decisões anteriores.

As autoridades decidem com bases em métodos para definir o mercado, como o teste “monopolista hipotético”, o da “elasticidade preço da demanda”, o da “elasticidade cruzada preço da demanda”, entre outros. Também é possível a aplicação da “regra da razão”. Sendo assim, verifica-se a inexistência de método definido para apuração do crime de cartel, estes métodos servem apenas como “porto seguro” para as autoridades decidirem.

Por não existir uma definição de qual método utilizar, é levantada a questão de que em decisões que não tem método definido a segurança jurídica fica comprometida. As investigações do órgão administrativo são casuísticas, não é utilizado método semelhante para casos diferentes. Existe um conhecimento empírico acumulado essencial para o desenvolvimento do direito antitruste, que, associado às metodologias de análise, assegura certa previsibilidade para a atuação das autoridades. Há, portanto, uma interação importante entre metodologia e precedente, sendo este último utilizado como meio de argumentação e fundamentação das decisões do direito antitruste.

Principalmente com a Common Law os precedentes ganharam força e são vistos com seguros juridicamente, sendo previsíveis e estáveis, na medida do possível. O precedente administrativo não pode ser confundido com precedente judicial, àquele cumpre função administrativa, de forma que, por exclusão, é possível afirmar que o precedente administrativo é a decisão não judicial que em determinadas circunstâncias é seguida por outras decisões a respeito de situações similares.

Enfim, o Tribunal do CADE é exemplo mais claro de que a Administração Pública é destinatária de precedentes, tanto administrativos quanto judiciais, basta que os requisitos de: segurança jurídica, igualdade, duplo grau de jurisdição, legalidade e fundamentação da decisão sejam cumpridos. Não somente destinatária, mas sujeito ativo destas decisões, como é o caso do CADE.

4.5.1 Juizados Especiais Federais e Juizados Especiais da Fazenda Pública.

A instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, regidos pela Lei nº 9.099/1995, em substituição aos Juizados de Pequenas Causas, conferiu concretude ao art. 98 da CF/1988, atendendo à reivindicação social por maiores celeridade e eficácia processuais. O procedimento foi criado para garantir a simplificação, redução de custos processuais e incentivo à consensualidade.

Com o advento da Lei nº 10.259/2001, foram criados os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. O diploma legislativo em referência também conferiu possibilidade de instrumentos para acordos pelos entes públicos, facultando aos entes federados, autarquias, fundações e empresas públicas conciliar, transigir ou desistir nos processos de competência dos Juizados Especiais Federais (art. 10, parágrafo único, da Lei nº 10.259/2011).

Os anos que seguiram a entrada em vigor da Lei dos Juizados Especiais Federais, não registraram quantidade expressiva de acordos celebrados com os entes públicos federais. As circunstâncias forçaram aos juizados federais a promover adaptação do rito, suprimindo a audiências de conciliação e, em alguns casos, até a audiência de instrução e julgamento, em busca de maior agilidade aos feitos. A autorização legislativa não fez com que a utilização prática dessa possibilidade, frustrando o intento legal de ampliação do campo de consensualidade administrativa.

A Lei dos Juizados Especiais Federais entrou em vigor no período em que outra legislação atuava no âmbito federal, Lei 9.469/1997, cujo art. 1º autorizava ao Advogado Geral da União e outros dirigentes a celebrar acordos desde que as causas sejam inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), dentre outras condutas.

Sendo assim, existia a autorização geral da Lei propondo a realização de acordos por agentes públicos, competentes para tanto, dentro dos limites legais. Ao mesmo tempo, havia legislação geral e específica, autorizando os representantes da administração pública da União, dentre outros, a celebrarem estes acordos no âmbito dos Juizados Especiais Federais.

O intuito de incentivar a consensualidade entre particular e Poder Público também se nota na Lei nº 12.153/2009, cujo art. 8º reconhece aos representantes judiciais dos entes públicos réus a possibilidade de, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação, conciliar, transigir ou desistir nos processos de competência dos Juizados Fazendários.

A inserção dos entes públicos no contexto dos Juizados Especiais reforça a busca por meios de solucionar seus conflitos de maneira mais célere e atrativa a todos, despendo-se de suas prerrogativas processuais em prol da eficiência na solução de conflitos e de soluções negociais aos litígios no judiciário.

Caberá a cada ente público, na sua esfera de competência, indicar os representantes com atribuição para praticar os atos dispositivos aludidos no art. 8º da Lei 12.153/2009, possibilidade de delegação dessa atribuição, as hipóteses em que a solução consensual estará previamente autorizada e eventual procedimento administrativo⁸⁵ prévio que repute necessário para avaliação e autorização da realização do acordo.

4.6 MÉTODOS ALTERNATIVOS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FRENTE A ESTA POSSIBILIDADE

4.6.1 Arbitragem

A arbitragem consiste em método jurisdicional extrajudicial alternativo de solução de conflitos, por intermédio do qual as partes atribuem a um terceiro imparcial, de forma consensual, o poder de decidir a controvérsia surgida quanto a direitos patrimoniais disponíveis, de modo impositivo.⁸⁶

Para que seja possível a utilização da via arbitral é necessária o preenchimento de dois requisitos, arbitrabilidade objetiva e arbitrabilidade subjetiva; a primeira consiste na possibilidade de se submeter à arbitragem; a segunda atrela-se ao objeto a ser levado à jurisdição arbitral, pessoas capazes de contratar.

O Supremo Tribunal Federal decidiu, no ano de 1973, recusando a ideia de que os entes públicos, apenas por sustentarem tal natureza, estariam, a princípio, a impossibilitados de se submeterem à arbitragem. O tribunal entendeu que as constituições anteriormente em vigor não vedavam a administração pública deste instituto. Além disso, o STF sustentou que entendimento contrário à possibilidade de

⁸⁵ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública: Lei 12.153/2009**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 125.

⁸⁶ AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 25.

o Estado valer-se da via arbitral atentaria contra a autonomia contratual do referido ente público.

O segundo requisito de arbitrariedade objetiva que causou mais problemas para a doutrina, na definição de qual matéria poderia ser objeto de decisões arbitrárias, ou a definição de critérios que poderiam ser seguidos para o preenchimento desse requisito.

O impedimento mais levantado pela doutrina à utilização de arbitragem pelo Poder Público eram o princípio da legalidade administrativa, ou seja, lei autorizando, o princípio da indisponibilidade do interesse público e o princípio do controle jurisdicional, a impedir que a sentença arbitral fosse dotada de definitividade.⁸⁷

Há quem defenda a tese de que, com base na lei de licitações (Lei nº 8666/1993), vedaria a utilização da via arbitral uma vez que estabelece como cláusula necessária em todo contrato envolvendo a administração pública e particular, como foro competente para propositura de demandas judiciais relativas ao contrato. Este seria um exemplo de impossibilidade de discussão que não por via judicial.

A visão tradicional que defendia a hipótese de utilização da via arbitral pela administração pública somente se autorizado por lei, engessou a utilização deste instituto. Este fundamento não foi suficiente para barrar a iniciativa dos agentes públicos buscassem esta modalidade processual. Ao contrário da não autorização legal, surgiram diversas normas específicas possibilitando o uso da via arbitral em diversos diplomas legais.

A doutrina brasileira defendia o cabimento da arbitragem envolvendo o Poder Público com lastro na previsão legal expressa no art. 1º da Lei nº 9.307/1996, lei de arbitragem, sendo desnecessária autorização legislativa específica para tal finalidade.⁸⁸ Outra posição sequer entende necessária a autorização genérica para autorizar o Poder Público a fazer uso da arbitragem. O manejo dessa via decorreria

⁸⁷ BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPS) e a Constituição. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, jul.-set./2005, p. 173.

⁸⁸ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. **Revista de arbitragem e mediação**, ano 04, n. 12, jan.-mar./2007, p. 50-51: MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. Administração pública consensual e arbitragem. **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, ano 09, n. 35, out.-dez./2012, p. 122-123. KLEIN, Alice Lícia. **A arbitragem nas concessões de serviço público**. In: PEREIRA, César A. Guimarães; LEMES, Selma. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 99.

do “dever de administrar bem o interesse e patrimônio público”; se a Administração pública pode resolver de forma célere e eficaz com o particular, pode fazê-lo por arbitragem.⁸⁹

Para superar o argumento de que a indisponibilidade do interesse público é impedimento para utilização da via arbitral pelo Estado, parcela da doutrina entende que é necessária a diferenciação entre interesse público primário e secundário, sendo o segundo aquele de caráter patrimonial da Administração e os quais se reconhece a arbitrabilidade objetiva.⁹⁰

A mudança do conceito de interesse público pois o Direito Administrativo se viu na necessidade de fazê-lo. Identificou-se não somente o interesse público, mas sim uma gama de interesses que merecem proteção, o princípio da proporcionalidade no Direito Administrativo impõe ao gestor a escolha do meio mais adequado para solução do conflito e atingimento do interesse público em cada caso, o qual pode ser distinto da via judicial.⁹¹

Ainda que o processo tramite na forma arbitral, as decisões nesta modalidade de litígio podem ser revisadas caso identifiquem-se vícios, conforme art. 32 da Lei de Arbitragem, de modo que não está afastada totalmente a atuação do judiciário tradicional.

O judiciário brasileiro registrou um constante aumento da tendência de reconhecimento da arbitragem como via possível para solução de conflitos com o Poder Público. Esta possibilidade está ligada a abertura para a administração agir consensualmente,⁹² revelando o crescimento do consenso frente ao atrito judicial.

No mesmo sentido, o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu, dentre as normas fundamentais do processo, art. 3º, §1º, a arbitragem como meio de resolução de conflitos, inserindo-a, no mesmo artigo em que também reafirmou o direito constitucional de acesso ao Poder Judiciário e explicitou a relevância do estímulo aos meios consensuais de composição de controvérsias. Mais adiante no

⁸⁹ BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPS) e a Constituição. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, jul.-set./2005, p. 173. (idem, p. 174).

⁹⁰ MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. Administração pública consensual e a arbitragem. **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, ano 09, n. 35, out.-dez./2012, p. 127.

⁹¹ RODRIGUES, Marco Antonio. **A fazenda pública no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 388

⁹² PEREIRA, César A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem e poder público: o esboço de um consenso e novos desafios**. In: PEREIRA, César A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Arbitragem e poder público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

art. 42, ao tratar da competência, o CPC/2015 ressalva o direito das partes de instituir júízo arbitral, na forma da lei.

4.6.2 Mediação e Conciliação

A mediação se faz presente quando se fala de técnicas consensuais de solução de conflitos, ao lado da negociação direta e indireta. É necessário, então, distinguir as técnicas e destacar seus detalhes.

A negociação direta é meio consensual de solução de conflitos levado a efeito pelas partes envolvidas na controvérsia, sem qualquer participação de terceiro imparcial. Ainda que possa haver negociação por meio de advogados, esses são contratados pelas partes para defesa de seus interesses na atividade negocial.

A Conciliação e a Mediação, por sua vez, são ambas técnicas de solução consensual de conflitos nas quais há a participação de terceiro imparcial. Na conciliação, o terceiro imparcial, mediador, propõe soluções para o conflito, instigando ao alcance da autocomposição de seus interesses, ocorrendo fora ou dentro do processo judicial. Quanto a Mediação, também se qualifica como meio consensual de superação de controvérsias, extra ou judicialmente. Nela, porém, o terceiro concita as partes a realizarem o acordo, mas não propõe condições para isso.⁹³

Existem detalhes importantes que precisam ser levados em consideração para que a forma seja a mais adequada diante do caso concreto. Se, entre os sujeitos, a relação estabelecida é duradoura, com prevalência de elementos subjetivos, por exemplo; familiares, sócios, vizinhos, a mediação apresenta-se mais capacitada para ser utilizada.

Na mediação, é incitada a conversa entre as partes, retomar o diálogo pacífico, uma vez que à controvérsia questões internas dos envolvidos podem influenciar, interferir de modo decisivo, no alcance consensual para o conflito. Por conta disso, ao mediador resta que promova a conversa entre as partes para que partam deles mesmos a iniciativa de entrar em acordo.⁹⁴

⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 32.

⁹⁴ DEMARCHI, Juliana. **Mediação - proposta de implementação no processo civil brasileiro**. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 100.

Na conciliação os litígios possuem caráter objetivo: as relações pessoais são, em grande parte, superficiais e não determinantes para a solução do conflito. O papel do conciliador, terceiro imparcial, resume-se a atingir o consenso entre as partes, ressaltando os pontos comuns por ela externados em suas manifestações e propondo soluções para a controvérsia instalada.⁹⁵

Por diversas vezes a legislação brasileira não deu a devida importância a este instituto, mencionando de forma até equivocada os termos “mediador” em leis esparsas. Apenas em 2007 foi criada, no âmbito federal, pelo Ato Regimental nº 05, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF). Sua finalidade consistiu primordialmente, na prevenção de solução de conflitos nos quais estivessem envolvidos a União ou Administração Pública Federal. Posteriormente, passou a abranger, também, controvérsias entre tais entidades e entes de outras unidades federativas.

O Conselho Nacional de Justiça editou resolução nº 125, na qual dispõe sobre a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”, voltada para disseminar uma cultura de pacificação social no país. Foi imposto ao judiciário para promoção da política pública de solução de conflitos por métodos alternativos.

O Código de Processo Civil de 2015 evidencia esta política judiciária, não apenas mencionando como possibilidade de jurisdição, como no art. 3º, mas, também, em diversos outros dispositivos legais reforçam esse estímulo à busca de soluções concertadas. As possibilidades de conciliação e mediação encontram disciplinadas nos Arts. 165 a 175 do CPC/2015.

Como já está legislado sobre as normas gerais de autocomposição no CPC/2015, restava a norma específica voltada a disciplinar a mediação no Brasil. Tal marco legal veio com a aprovação da Lei nº 13.140/2015, legislação esta que dispõe sobre a mediação entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos envolvendo a Administração Pública.

Em relação a autocomposição de controvérsias no âmbito da Administração Pública, o art. 32 da Lei de Arbitragem autoriza os entes federados a criar câmaras de prevenção e resolução de demandas. Essas câmaras não apenas terão a competência para decidir a respeito de conflitos entre órgãos e entidades da

⁹⁵ DEMARCHI, Juliana. p. 100-101

Administração Pública, assim como já faz a CCAF, mas, também, para analisar a possibilidade de composição de conflito entre particulares e pessoas jurídicas de direito público e para promover a celebração de termos de ajustamento de conduta.

A Lei nº 13.140/2015 explicita a convocação legislativa da Administração Pública à prática de mediação para solução de conflitos entre órgãos e entidades administrativas e, também, aos particulares. A ideia desta gestão pública compartilhada é buscar a utilização mais corriqueira destes meios de solução de conflitos, aproximar-se de diversas maneiras do administrado.

Ao submeter um conflito com o particular à técnica alternativa de solução desses processos, a Administração Pública deixa de lado a postura autoritária e impositiva, para buscar a solução consensual diante do particular, de modo racional e participativo. O particular participa da construção da decisão final, fruto do consenso, do acordo. Promove-se, com a prática da mediação, a emancipação social por intermédio do empoderamento individual.⁹⁶

A mediação ocupa posição de destaque na perseguida mudança cultural que reclama do indivíduo o exercício de sua cidadania pela participação, em lugar de simplesmente aguardar a resposta estatal.⁹⁷ Em suma, o estímulo ao uso da mediação (e da conciliação) pela Administração Pública é fator que corrobora a ideia de ampla abertura do Direito brasileiro à consensualidade.

⁹⁶ DIAS, Maria Tereza Fonseca. **A mediação na Administração Pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público.**

⁹⁷ O papel da mediação na valorização da participação popular na esfera pública é examinado, com base na teoria habermasiana do agir comunicativo, por: SPENGLER, Fabiana Marion; GHISLENI, Ana Carolina. A mediação como meio de construção de uma administração pública democrática. **Revista Alcance** – Eletrônica, v. 16, n. 01, p. 91-102, jan.-abr./2011.

CONCLUSÃO

Com base nas considerações desenvolvidas no decorrer do trabalho, conclui-se que:

O princípio da liberdade processual e do autorregramento da vontade no processo são direitos de todos. De adequar o procedimento aos seus interesses e demandas pessoais, respeitando regras (direitos fundamentais em sua maioria) e dentro de um bom senso dos envolvidos, não partindo para o privatismo processual. Vinculando o resultado do processo às suas vontades livres e conscientes manifestadas dentro ou fora do processo, antes ou depois de iniciado, para somente àquele processo ou a futuros.

Quando é mencionado o bom senso dos envolvidos, surge o princípio da cooperação para estabelecer uma nova forma de encarar o processo judicial e a atuação do Juiz neste contexto. O magistrado precisa atuar mais no processo, incentivar as partes a entrar em consenso, adotar postura menos autoritária e mais comunicativa com as partes, expondo as possíveis consequências deste acordo processual, boas ou más, e agindo assim, a imparcialidade que o cargo lhe exige não será prejudicada, o juiz apenas trabalharia para resolução dos conflitos, não apenas de julgá-los.

Alternativas para atuação protagonista das partes ou menos coadjuvante nos processos é o que ocorre nos EUA com o sistema de Confronto ou Pre-Trial (Pré-julgamento), partes e advogados mais envolvidos com o resultado do processo do que somente prestando auxílio ao magistrado. Além da maior participação, a economia de tempo e dinheiro torna o judiciário norte-americano auto-sustentável.

A doutrina majoritária converge para a aceitação de que haja negócios jurídicos processuais. Alguns com ponderações, como respeito a direitos fundamentais acima da negociação entre as partes no âmbito processual, outros entendem que a negociação processual pode entrar em conflito com direitos garantidos na Constituição de 1988 como o duplo grau de jurisdição. Outro argumento utilizado é a redução de um processo a um mero instrumento particular de solução de conflitos. A proteção à legislação fundamental e o risco ao resultado da negociação modificando suas intenções vão de encontro a tese de que, estabelecendo limitações razoáveis para os termos da negociação,

partes bem informadas, juiz envolvido com o processo, advogados bem-intencionados, dentre outros detalhes podem tornar o judiciário brasileiro também saneado dentro de um longo prazo.

Certas convenções processuais, determinados acordos, precisam passar pelo crivo do judiciário, homologação do juiz da causa, limitando o próprio conceito de liberdade processual e autorregramento da vontade. Manifestação dos interesses das partes legítimas, capazes plenamente de seus atos, validam quase que em todo o acordo processual, não precisando, salvo raras exceções, a autorização do judiciário.

O art. 190 do CPC tem como destinatário também a Administração Pública, pois caso imposta essa limitação a utilização do artigo de lei seria prejudicada de tamanha monta que tornaria o mesmo inutilizado. Esta alteração de entendimento se deu através da flexibilização do conceito de atuação do Poder Público frente ao particular. Ainda mais porque o intuito do Código de Processo Civil de 2015 é a consensualidade, caso o próprio Estado como escritor do texto legal, impedisse a Administração Pública de tal direito entraria em contradição com o objetivo do novo Código de Processo Civil.

Surge então a hipótese de convenção processual, acordos processuais das mais variadas formas, momentos e interesses. Estes ajustes processuais são fundamentais para a compreensão do art. 190 do CPC/2015. Tendo em vista que podem estabelecer particularidades a seus processos, às partes é permitido modificar prazos processuais, restrições de fases e até a forma dos atos processuais.

Para que a atitude da administração pública possa negociar processualmente e adequar o processo aos seus interesses, é necessário a análise das motivações que levaram os agentes públicos competentes para tanto a propor ou aceitar tal ajuste processual. Cabe então ao Poder Público estabelecer critérios para tornar os acordos processuais válidos, analisar o caso concreto, seus detalhes, as partes, o agente público se é idôneo ou não e, também, suas possíveis consequências.

Caso identifique o vício e se aquele vício é capaz de interferir no resultado da negociação, tornar o objetivo inalcançável, deverá ser decretada a invalidade da negociação processual. Porém, é importante lembrar que, com a

decretação da ilicitude do ato, o particular envolvido, desde que não concorrente com o vício, terá a sua segurança jurídica e previsibilidade prejudicada.

Apenas agente públicos dotados de capacidade, poder de discricionariedade e imparcialidade podem celebrar a negociação processual. A eles é concedido o poder do Estado, devendo agir sempre para atingir o interesse público. A administração Pública pode estabelecer precedentes e vincular a si mesma decisões para casos semelhantes futuramente, pois, caso o particular entenda que seus interesses eram semelhantes aos do caso anterior, resta ao poder público decidir de maneira fundamentada o indeferimento para que não seja obrigado a realizar a negociação processual se entender pertinente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao Direito Comparado**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.p. 119.

AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 25.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Teoria geral dos atos administrativos: uma releitura à luz dos novos paradigmas do direito administrativo**. p.64-65.
ARAGÃO, p. 65-68.

Art. 158 do Código de Processo Civil de 1973: **“Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”**.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Teoria Geral**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 78-80, v. II

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 256.

ÁVILA, p 130-131, p. 272-273.

ÁVILA, p. 128-129.

ÁVILA, p. 262-263.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **As Origens Históricas do Civil Law e do Common Law**. Vol. 11, Rio de Janeiro, 2018, p. 1467 a 1474.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 65-109

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Processo, precedentes e as novas formas de justificação da administração pública brasileira. **Revista digital de direito administrativo**, v. 03, n. 01, 2016, p. 145-146

BEGGIATO, Túlio Fávaro. **Os precedentes judiciais no Brasil e a transcendência dos motivos determinantes em sede de fiscalização normativa abstrata**. Jus Navigandi, ano 15, n. 2519.p. 42

_____. **Os precedentes judiciais no Brasil e a transcendência dos motivos determinantes em sede de fiscalização normativa abstrata**. Jus Navigandi, ano 15, n. 2519.p. 49. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1704/1382>>. Acesso em 11/09/2018.

BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPS) e a Constituição. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, jul.-set./2005, p. 173. BINENBOJM, p. 173. (idem, p. 174).

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 52-53-68.

CABRAL, p. 58-68.

CABRAL, p. 72-86.

CABRAL, p. 75

CABRAL, p. 76-77.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 1, p. 231-232

_____. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 125-129

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 93-94, nota de rodapé nº 22.

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**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 481 a 506.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: RT, 1979, p. 73-76.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Negócios jurídicos processuais: uma nova fronteira? **Revista do Advogado**, ano XXV, nº 126, maio/2015, p. 77-78

COSTA, Alfredo de Araujo Lopes da. **Manual elementar de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 103

COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coord.). **Tutela provisória**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 300.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p.49.
CUNHA, p. 36.

DAVID, René, **os grandes sistemas do direito contemporâneo**, trd. Hermínio A. Carvalho – 4ª ed. São Paulo: Martins fontes

DAVID, René, p. 438

DAVID, René. p. 437

DAVID, René. p. 437

DAVID, René. p. 437.

DEMARCHI, Juliana. **Mediação - proposta de implementação no processo civil brasileiro**. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 100.

DEMARCHI, p. 100-101

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **A mediação na Administração Pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público.** Disponível <: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>:>

Acesso em 11/09/2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Princípio do autorregramento da vontade no processo civil.** In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 19

DIDIER JUNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais.** Salvador: Juspodivm, 2011, p. 54-64

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 131-132.

_____; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil.** São Paulo: Malheiros, 2016, p. 32.

GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2015, p. 34-35.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública: Lei 12.153/2009.** 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 125.

GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual – primeiras reflexões.** Rio de Janeiro. 2007.

GRECO, p. 303-304

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O procedimento administrativo e a garantia da impessoalidade. **Revista de direito administrativo aplicado.** Curitiba, ano 03, n. 10, jul.-set./1996, p. 725.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 34)

JUNIOR, Fredie Didier. **Revista de Processo**. 2006. P. 76

KIETZMANN, Luís Felipe de Freitas. **Da uniformização de jurisprudência no direito brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1124, 30 jul. 2006.p 02.

MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 241, mar./2015, p. 470.

MACIEL, José Rodrigues. Col. Direito Vivo – História do direito, 7th edição. Saraiva Educação, 5/2016. pg 187.

MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 71-73. Em sentido semelhante: YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 166.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. **Revista Jurídica**. Sapucaia do Sul, RS: Notadez, n. 347, set./2006, p. 14.

MARINONI, at al, p. 199

MARINONI, at al. p. 582-583.

MARINONI, at al. p. 583

MARTINS-COSTA, Judith. **O direito privado como um “sistema em construção”**: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. Revista de informação legislativa, Brasília, n. 139, jul.-set./1998, p. 07.

MARTINS-COSTA, p. 08.

MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier**. São Paulo, RT, 2008, p. 290-304

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da validade**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, capítulo XII.p 246.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Memória Jurídica.p 06.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. Administração pública consensual e a arbitragem. **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, ano 09, n. 35, out.-dez./2012, p. 127.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 227.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *Revista de processo*, São Paulo, n. 33, jan.-mar./1984, p. 184-188. _____ . Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês. **Revista de processo**, São Paulo, n. 150, ago./2007, p. 67.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 92.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **A arbitragem e as parcerias público-privadas**. *Revista de arbitragem e mediação*, ano 04, n. 12, jan.-mar./2007, p. 50-51. MONTEIRO, p. 122-123. KLEIN, Alice Lícia. **A arbitragem nas concessões de serviço público**. In: PEREIRA, César A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Arbitragem e poder público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 81. LEMES, Selma. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 99.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 4. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 128

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Como a teoria do ato administrativo pode ser aproveitada na prática da consensualidade?** In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: RT, 2011, p. 254.

Para fins de aplicação do CDC em relações contratuais mantidas por pessoas jurídicas de direito público (em geral, municípios), o STJ tem admitido a aplicação da teoria finalista mitigada para interpretar o art. 2º do CDC (conceito de consumidor). Em casos nos quais há, por exemplo, inadimplemento de pagamento de contas de energia elétrica ou de água, essa teoria é invocada para aplicação das regras do CDC ao caso, mas apenas quando demonstrada, concretamente, a vulnerabilidade econômica do ente municipal usuário do serviço. Nesse sentido: RESP 913.711/SP e RESP 1297857/SP. **Conclui-se, portanto, que o ente público pode ser considerado como parte vulnerável em um contrato, não se devendo excluir, a priori, essa possibilidade também para convenções em matéria processual.**

PASSOS, J. J. Calmon de. **Instrumentalidade do processo e devido processo legal**. Revista de processo, São Paulo, ano 26, n. 102, abr.-jun./2001, p. 58-59.

_____. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 69-70

PASSOS, p. 83

PEREIRA, César A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem e poder público: o esboço de um consenso e novos desafios**. In: PEREIRA, César A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Arbitragem e poder público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

RODRIGUES, Marco Antonio. **A fazenda pública no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 388

RULLI NETO, Antonio; RULLI, Justine Esmeralda. **Segurança jurídica e ato administrativo.**

SANTOS NETO, João Antunes dos. **Da anulação ex officio do ato administrativo.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 163.

SANTOS, Marina França. Intervenção de terceiro negociada: possibilidade aberta pelo novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 241, mar./2015, p. 104.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2ª ed. São Paulo.p 03. Disponível em <: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7187-principio-do-respeito-ao-autorregramento-da-vontade-no-processo-civil> :> Acesso em 12/09/2018.

SOARES, Guido Fernando Silva. Common law. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2000.p 22 e 25.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Segurança. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 231

SPENGLER, Fabiana Marion; GHISLENI, Ana Carolina. A mediação como meio de construção de uma administração pública democrática. **Revista Alcance – Eletrônica.**

TEIXEIRA, José Roberto Fernandes. **Negócios jurídicos processuais e Fazenda Pública.** In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). **Advocacia pública.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 180-181.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, 31. Ed. Rio de Janeiro :Forense, 2000, v.I, o. 191

THEODORO JUNIOR, p 281 a 288

THEODORO JUNIOR, p 299 a 300.

THEODORO JUNIOR, p. 258-259

THEODORO JUNIOR, p. 265-268

QUEIROZ. Pedro Gomes de. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. (trad.). **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2014, n. 228, p. 362.

WOLKMER, Antônio Carlos. Ideologia, Estado e direito. 3ª ed. São Paulo: Editora **Revista dos Tribunais**, 2000.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 173-174.

ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. **O princípio da impessoalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 183-184

ZAGO, p. 187-201