

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA  
JUSTIÇA I**

**CELSO HIROSHI IOCOHAMA**

**GISELA MARIA BESTER**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

P963

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

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama, Gisela Maria Bester – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-548-5

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Efetividade. 3. Direitos Sociais. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



# XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

## PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

---

### **Apresentação**

O XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, na esteira da tradição já consagrada na área da pesquisa e da Pós-Graduação em Direito, trouxe para a cidade de São Luís – Maranhão, o mais amplo espaço para apresentação dos estudos produzidos na área jurídica, nesta versão sob o tema “Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça”.

Realizado entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017, com a parceria da Universidade Federal do Maranhão – UFMA, o evento viabilizou o debate sobre os estudos apresentados, proporcionando o compartilhamento de experiências e conhecimento sobre os temas tratados.

Nesta obra, congregam-se os estudos de vinte trabalhos que formaram o GT (Grupo de Trabalho) PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I, assim sintetizados:

Sob o título OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS SOB A ÓTICA DO ACESSO À JUSTIÇA: DA NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO AO PROCEDIMENTO COMO CAMPO FÉRTIL À PARTICIPAÇÃO ATIVA DAS PARTES, Hélintha Coeto Neitzke e Celso Hiroshi Iocohama destacam os efeitos do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 para o processo judicial, na medida do fortalecimento da atividade das partes em decorrência da possibilidade das convenções processuais, retratando suas consequências para a garantia do acesso à justiça.

Thiago Alves Feio e Alyne Azevedo Marchiori, por sua vez, partem da insegurança jurídica vivenciada pelo direito brasileiro para analisar a aplicação do sistema de precedentes para além do processo civil. Assim, com o título A APLICABILIDADE DOS PRECEDENTES DO CPC DE 2015 NO PROCESSO DO TRABALHO, trazem seu estudo voltado aos princípios norteadores do processo do trabalho, promovendo críticas e análise para a aplicação dos precedentes aos processos nesse sistema processual especializado.

Com o trabalho A AUDIÊNCIA PÚBLICA JURISDICIONAL COMO FATOR DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA PARA A INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS, Julianna Moreira Reis e Alice Pompeu Viana registram sua preocupação em fazer com que a Constituição seja um efetivo instrumento de vontade nacional e popular, na medida em que se constata a incapacidade do Poder Legislativo e do

Poder Executivo em efetivar as promessas constitucionalmente previstas, provocando-se o deslocamento do debate político para a judicialização, exigindo-se práticas democráticas para a intervenção em políticas públicas, das quais destacam a audiência, que é o tema principal do estudo.

Também preocupado com a efetivação da Constituição Federal por mecanismos democráticos, Daniel Gomes de Souza Ramos apresenta o trabalho sob o título A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA – A DEFENSORIA PÚBLICA E A JUSTIÇA ITINERANTE COMO FERRAMENTA DE EFETIVAÇÃO DESTE DIREITO, cotejando indicadores dessa prática para a realização da justiça em atenção à universalização de oportunidades e à inafastabilidade jurisdicional.

Com o estudo A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NAS CAUSAS EM QUE É PARTE A FAZENDA PÚBLICA, Daniela Lacerda Chaves e Valter de Souza Lobato analisam as bases da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, sua inversão e a teoria da carga dinâmica do ônus probante, a fim de contextualizá-las nas causas envolvendo a Fazenda Pública, ponderando a relação entre o princípio da isonomia processual e o da supremacia do interesse público sobre o privado.

Bárbara Altoé Puppín e Rodrigo Maia Bachour também contribuem para com o tema do ônus da prova com o trabalho intitulado A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. Partindo do método hipotético-dedutivo e da pesquisa bibliográfica, anotam as implicações práticas decorrentes do tratamento dado ao ônus da prova pelo novo Código de Processo Civil.

Por seu turno, o estudo intitulado A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, de Tatiane Cardozo Lima, resgata dados da história do Direito Processual Civil como ponto de partida para a análise da autonomia concedida pelo legislador às partes, tratando do princípio da cooperação e da efetividade, bem como das intercorrências provocadas em diversos elementos do processo judicial, em busca de sua harmonização e aplicação.

Tadeu Saint Clair Cardoso Batista e Alisson Alves Pinto fazem uma análise crítica da legislação, doutrina e jurisprudência, para o tratamento dos sistemas de legitimação ativa, com o trabalho intitulado A LEGITIMAÇÃO ATIVA PARA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA – PERSPECTIVA RESTRITIVISTA QUE MERECE SER SUPERADA. Partindo de um raciocínio hipotético-dedutivo, o estudo apresenta as perspectivas entre a

busca efetiva dos direitos coletivos pelos interessados ou a existência de um modelo de exclusão da participação processual da coletividade.

Fernanda Claudia Araujo da Silva e Inês Maria de Oliveira Reis, por meio de seu estudo intitulado A TRANSPARÊNCIA DO JUDICIÁRIO E O TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA Nº 2/2017: UMA VISÃO SOB A ÓTICA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA-CNJ, correlacionam a ética e o estado democrático para tratar da transparência dos atos administrativos públicos, dos princípios constitucionais e da aplicação da Lei Anticorrupção, invocando a proposta do Conselho Nacional de Justiça para atender às regras de transparência internacional.

O estudo intitulado BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA, de Yasmin Juventino Alves Arbex e Alessandro Aparecido Feitosa de Rezende, verifica as alterações promovidas pelo novo Código de Processo Civil em atenção à tendência de evolução do Direito Jurisprudencial, diante do sistema de precedentes e do escopo de redução do excesso de demandas.

Atento às questões éticas e o comportamento das partes diante do processo judicial, Luiz de Franca Belchior Silva demonstra seus estudos por meio do trabalho DESOBEDIÊNCIA JUDICIAL: APLICAÇÃO DO CONTEMPT OF COURT NO DIREITO BRASILEIRO. Com a análise do descumprimento das ordens judiciais, o autor demonstra a afronta à Lei Penal e a desestabilização da Administração Pública, indicando o problema do fenômeno da impunidade como objeto de preocupação e intervenção do Poder Judiciário.

No tratamento do direito constitucional à saúde e diante do problema de como efetivá-lo, Juliana de Oliveira apresenta seu trabalho sob o título DIREITO À SAÚDE: JUDICIALIZAÇÃO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS AO SUS, colocando sob foco as políticas públicas envolvendo o direito à saúde e a sua judicialização, apresentando, para tanto, levantamento e análise dos dados do Conselho Nacional de Justiça obtidos em 2016, acrescentando a posição de suspensão da tramitação dos processos sobre o tema em decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida em 2017 .

Indicando a economia redacional de diversos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, o estudo de Bruna Berbieri Waquim, sob o título EMBARGANDO DE DECLARAÇÃO O NOVO CPC: ALGUNS QUESTIONAMENTOS PRÁTICOS, transita sobre questões polêmicas envolvendo a audiência de conciliação/mediação nas ações de família, aborda a figura do especialista prevista no art. 699, trata da intimação prevista no

parágrafo único do art. 932 (que regula a inadmissibilidade dos recursos e o prazo para a manifestação do recorrente) e aborda a decisão que analisa o pedido de efeito suspensivo à apelação.

O trabalho FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: ANÁLISE DO ASPECTO HISTÓRICO E AS INOVAÇÕES ADVINDAS COM O CPC DE 2015, de Luis Augusto Bezerra Mattos, procura realizar um levantamento histórico envolvendo a fundamentação das decisões judiciais, para, num segundo momento, analisar a atuação do magistrado diante do ato de decidir, finalizando com o tratamento dado ao tema pelo novo Código de Processo Civil.

Com o estudo GRANDES PODERES, GRANDES RESPONSABILIDADES: A APLICAÇÃO DO ART. 139, IV DO CPC, Gabriel de Carvalho Pinto analisa as possibilidades atribuídas ao juiz para a adoção de medidas atípicas sub-rogatórias, indutivas, coercitivas e mandamentais na execução por quantia certa que tenha por objeto obrigação pecuniária.

Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres e Kadmo Silva Ribeiro demonstram a evolução do sistema processual, que, inicialmente estruturado na civil Law, permite o desenvolvimento de outras ferramentas para a vinculação das decisões judiciais e a garantia da efetividade e segurança processual, sob o título HISTORICIDADE DO DIREITO PROCESSUAL: UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.

Por meio do trabalho sob o título O JUDICIALISMO RADICAL NA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO, Fabiana Coelho Simoes e Lorraine Rodrigues Campos Silva demonstram as divergências teóricas envolvendo a temática da inversão do ônus da prova no direito do consumidor e a distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual Civil e a necessidade de critérios democráticos para o afastamento de decisões subjetivas sobre o assunto.

Dias Andrade apresenta seu estudo com o título O JUIZ HÉRCULES NA APLICAÇÃO DO ARTIGO 523 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À EXECUÇÃO TRABALHISTA, por meio do qual trata da discussão sobre as lacunas no ordenamento trabalhista e o tratamento do conceito de casos difíceis, fundando-se no pensamento de Ronald Dworkin para embasar as reflexões acerca da aplicação do cumprimento de sentença previsto na legislação processual civil.

O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL é estudo por Mariana Bisol Grangeiro e Camila Victorazzi Martta, em especial pela retirada da expressão “livremente” nos dispositivos do novo Código de Processo Civil quando do tema da valoração da prova e seus impactos na atividade judicial.

Francisca das Chagas Lemos finaliza a presente obra com o trabalho RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO E DO AGENTE PÚBLICO POR DANOS. Criticando as práticas adotadas pela Administração Fazendária, aborda a responsabilidade civil do Estado para a reparação do dano causado a terceiros pelos agentes, destacando o conflito das orientações jurisprudenciais decorrentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Os Coordenadores do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I registram, por fim, seus agradecimentos e cumprimentos a toda organização do XXVI Congresso Nacional do CONPEDI – São Luís – Maranhão, parabenizando os participantes pelo comprometimento e dedicação para com o estudo do Direito e sua efetividade.

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama – UNIPAR

Profa. Dra. Gisela Maria Bester – UNOESC

**OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS SOB A ÓTICA DO ACESSO À JUSTIÇA: DA  
NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO AO PROCEDIMENTO COMO CAMPO  
FÉRTIL À PARTICIPAÇÃO ATIVA DAS PARTES**

**THE PROCEDURAL BUSINESS FROM THE PERSPECTIVE OF ACCESS TO  
JUSTICE: THE LEGAL NATURE OF THE PROCESS TO THE PROCEDURE AS A  
FERTILE DEAL TO ACTIVE PARTICIPATION OF THE PARTIES**

**Hélintha Coeto Neitzke <sup>1</sup>**  
**Celso Hiroshi Iocohama <sup>2</sup>**

**Resumo**

O trabalho visa tratar dos negócios processuais (previstos no art. 190 do CPC/2015) e sua relação com o acesso à Justiça. A partir do estudo da natureza jurídica do processo e a real compreensão do que é o procedimento, é possível traçar uma digressão até se chegar aos negócios processuais. As teorias acerca da natureza jurídica do processo, promovidas por Oscar Bülow, Goldschmidt e Elio Fazzalari, foram imprescindíveis para a assimilação do que são as chamadas convenções processuais. Encontrar a relação entre essa técnica processual e o direito fundamental de acesso à justiça é o grande desafio deste trabalho.

**Palavras-chave:** Processo, Situação jurídica, Procedimento, Negócios processuais, Acesso à justiça

**Abstract/Resumen/Résumé**

The work aims to take care of business procedure (provided for in art. 190 of the CPC/2015). From the study of the legal nature of the process and a real understanding of what is the procedure it is possible to trace a tour until it gets the procedural business. The theories about the legal nature of the process, promoted by Oscar Bülow, Goldschmidt and Elio Fazzalari, were essential for the assimilation of what are called procedural conventions. Finding the relationship between this technique and the fundamental right of access to justice is the great challenge of this work.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Process, Legal situation, Procedure, Procedural business, Access to justice

---

<sup>1</sup> Mestranda do Programa de Processo Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR. Especialista em Direito Civil – Família e Sucessões pela UNICESUMAR. Bolsista da Capes/Prosup. Advogada. Email: helintha@yahoo.com.br

<sup>2</sup> Doutor em Direito (PUC-SP), Mestre em Direito (UEL), Professor do Curso de Graduação em Direito e do Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR.

## 1 INTRODUÇÃO

Durante toda a evolução pela qual a Ciência Jurídica passou, uma acirrou inúmeros debates: a eventual diferença entre processo e procedimento. O conceito de processo, como terceiro instituto fundamental do Direito Processual Civil, ao lado da jurisdição e da ação, sempre foi de difícil definição, e o conceito de procedimento, por sua vez, ficou desvalorizado por longo tempo, em razão de que o processo era visto como um “mero” procedimento, como uma simples sucessão de atos processuais.

Desta forma, é preciso que se estabeleçam as terminologias e que se estude acerca da natureza jurídica do processo, pontuando suas divergências, considerando que o presente estudo se desenvolve a partir da correta compreensão e delimitação do que vem a ser o processo e o procedimento.

É nesse processo, visto como instrumento que oportuniza a garantia aos direitos fundamentais, por meio das inúmeras situações jurídicas que se formam, que a participação ativa das partes se concretiza por meio do *status activus processualis*.

Com efeito, neste ambiente favorável surgem os chamados negócios processuais, disciplinados no atual diploma processual no art. 190, que se constitui uma cláusula geral que prevê a atipicidade das convenções processuais em resposta à garantia do acesso à justiça.

A partir de uma revisão bibliográfica e da análise da legislação atual, a proposta deste trabalho é o estudo acerca desta digressão das preocupações iniciais ao que venham a ser o processo e o procedimento até se chegar a máxima do negócio jurídico processual sob a ótica da garantia fundamental do acesso à justiça.

## 2 PROCESSO E PROCEDIMENTO – UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

No atual estágio em que se encontra o Direito Processual, tanto o processo como o procedimento tem seu lugar bem definido no âmbito jurídico e ambos têm sua importância para o desenvolvimento e amadurecimento da evolutiva ciência processual. No entanto, nem sempre foi assim. Como observa Dinamarco (2001, p. 126), “jamais conseguiram demonstrar que o processo fosse algo distinto do procedimento, situado fora dele, e em menos de um século acabou por ressurgir na mente dos processualistas o valor do procedimento no próprio conceito de processo”.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 297) diferenciam os institutos sob análise, considerando que a “noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por

sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional)”, enquanto que a “noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem”.

Por seu turno, Câmara esclarece que:

Afirmar que procedimento e processo são sinônimos seria o mesmo que igualar a árvore frutífera ao pomar, ou a ovelha ao rebanho. Seria, em outros termos, tomar a parte pelo todo. O procedimento é um dos elementos formadores do processo, da mesma forma que uma ovelha é um dos elementos formadores de um rebanho, ou uma árvore frutífera um dos componentes de um procedimento não é suficiente para que exista um processo, sendo necessária a existência, ainda, de uma relação jurídica processual, além da instauração do contraditório entre os sujeitos da referida relação (2012, p. 170).

Com efeito, conceituar processo e procedimento nunca foi uma tarefa fácil. No entanto, em suma, conclui-se que enquanto o processo era visto como mero instrumento pelo qual a função jurisdicional era exercida, o procedimento era o meio pelo qual a lei ditava a ordem legal dos atos do processo.

Várias teorias tentaram apontar a natureza jurídica do processo. O presente trabalho analisará somente as teorias do processo como relação jurídica; do processo como situação jurídica e do processo como procedimento em contraditório, teorias estas, que tiveram maior aceitação entre os processualistas.

Por meio de Bülow e através da sua obra *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, deu-se início a uma concreta escola sistemática do direito processual civil. Bülow, em seu estudo, enxergou no processo a relação existente entre as partes e o juiz, capaz de estabelecer e ordenar as condutas dos sujeitos do processo. Ganhou nome como a teoria da relação jurídica processual.

Bülow diferenciou claramente dois planos de relações: o plano do direito material e o plano do direito processual. Enquanto naquele a discussão referia-se ao direito material em si, este se referia ao lugar que o direito material era posto em discussão.

Para Bülow, a relação jurídica processual não deve ser confundida com a relação jurídica material e isso se dá em razão de 3 aspectos que os diferenciam: a) os sujeitos; b) o objeto; c) os pressupostos. É neste instante que surge a evidencia da autonomia da relação processual em relação ao direito material.

Através da relação jurídica processual, é possível regular os conflitos de interesses entre as pessoas, por si só negativos, mas também a relação positiva que há entre eles, ou seja, a cooperação dispensada em prol de um mesmo objetivo comum – a decisão final, como assevera Cintra (2009).

Lacerda afirma que o processo constitui fonte de direitos e obrigações, em razão de que o perdedor é condenado a pagar as despesas ao vencedor, como no caso de verbas honorárias, bem como a ressarcir eventuais prejuízos sofridos pelo perdedor. Acrescenta ainda que a obrigação assumida pelo perdedor, “não se confunde com a relação de direito material. Esta pode ter inexistido e, mesmo assim, o autor é condenado pelo juiz a ressarcir o réu das suas despesas com o processo. Conclui-se, assim, pela existência de uma relação jurídica processual entre autor e réu” (2008, p. 26).

A teoria da relação jurídica processual vê no processo uma entidade complexa, com múltiplas relações entre si. O processo, sob o olhar de Cintra, Grinover e Dinamarco (2009), pode ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e da relação existente entre eles, chamado este de procedimento e, ainda, sob o aspecto das relações que se formam entre os sujeitos.

Entre as teorias estudadas neste trabalho, a teoria da relação jurídica processual, que também tem validade para o direito processual penal ou trabalhista, é hoje a teoria mais aceita entre os processualistas, pois ainda é capaz de definir que no processo a relação jurídica processual pode ser progressiva ou sucessiva, ou seja, várias relações jurídicas processuais podem se desenvolver, desde o início até o objetivo final do processo.

Neste sentido assevera Cintra, Grinover e Dinamarco:

O processo é a síntese dessa relação jurídica progressiva (relação processual) e da série de fatos que determinam sua progressão (procedimento). Sua dialética consiste no funcionamento conjugado dessas posições jurídicas e desses atos e fatos, pois o que acontece na experiência concreta do processo é que de um fato nasce sempre uma posição jurídica, com fundamento na qual outro ato do processo é praticado, nascendo daí nova posição jurídica, a qual por sua vez enseja novo ato, e assim sucessivamente até ao final do procedimento (2009, p. 304).

Não é a toa que a teoria da relação jurídica processual se consolidou firmemente entre nós. Ela não está isenta de críticas, como todas as outras teorias que serão vistas, mas ela é, sem dúvida, uma teoria de grande relevância para a compreensão do presente trabalho.

Contrariando a teoria da relação jurídica processual, surge a teoria da situação jurídica proposta por Goldschmidt em sua obra *Processo como situação jurídica*. Goldschmidt entende que não há uma relação jurídica entre os sujeitos, mas sim várias situações jurídicas.

A situação jurídica é visualizada diante do fato de que desde o início até o término do processo, as partes estão em competição e a relação entre elas, até que sobrevenha a sentença,

é de incertezas, dúvidas. Ambas as partes esperam que a decisão lhes seja favorável, neste sentido que Goldschmidt fala em uma situação de expectativa.

Os ônus também podem ser equiparados, pois as partes quando deixam de praticar atos que lhe são facultados, o resultado será um prejuízo processual.

Assim, para Goldschmidt há diversas situações jurídicas, ativas e passivas, dentro do processo, sejam de possibilidades, expectativas ou de ônus, perspectivas. Neste sentido, Lacerda (2008, p. 29) afirma que no “processo não existe nada estático, tudo é dinâmico e tudo pode acontecer, inclusive uma sentença injusta, uma prova falsa, isto é, uma realidade processual distinta da realidade objetiva dos fatos, tal como aconteceram”, apontando que o “que existe, na verdade, são situações jurídicas dentro do processo, de pendência, de expectativa, de ônus”.

A crítica a esta teoria reside no fato de que é exatamente o conjunto de situação jurídica proposta e defendida por Goldschmidt que recebe o nome de relação jurídica processual para Oscar Bülow, conforme bem salienta Cintra (2009).

É importante acrescentar que para Goldschmidt há somente uma relação jurídica processual e esta diz respeito ao juiz, como representante do Estado, que por ocupar uma função pública, tem deveres funcionais, entre eles, o de prestar a tutela jurisdicional que o Estado ficou obrigado.

Outra teoria despontou na seara jurídica, é a teoria do processo como procedimento em contraditório, defendida por Elio Fazzalari. Não de menor importância, mas tão importante quanto para a compreensão deste trabalho, a teoria proposta por Fazzalari vê o processo como campo propício à participação. Esta participação se concretiza por meio do contraditório, garantido constitucionalmente.

Assim, a ideia propugnada pela teoria da relação jurídica processual é aproveitada por Fazzalari para incluir ainda a participação através do contraditório.

As teorias a respeito da natureza jurídica do processo, tratadas aqui, foram, na contribuição por cada teoria, importantes para constatar a autonomia da relação jurídica de direito material, a certificar-se que a relação processual conta com requisitos diferenciados que não se confundem, em momento algum, com o direito material. Bülow rechaçou a ideia de que o processo não se reduz a um mero procedimento ou a uma mera sucessão de atos.

De certa forma, a teoria de Goldschmidt foi importante para definir a existência de uma situação jurídica inerente às partes dentro do processo, seja uma situação ativa ou passiva, mas que as partes contam com esse valioso espaço.

Sob a ótica de Fazzalari, a relação jurídica processual resta bem definida no momento em que a participação das partes no processo ocorra, e isso se dá quando observado o contraditório.

Dessa forma, o que se sabe é que o processo é sim uma entidade complexa, o que não permite a adoção de uma única e isolada teoria, mas sim a junção do que de melhor há em uma e outra, na tentativa de aproximar o processo de sua complexidade.

Em suma, o procedimento sempre esteve atrelado ao processo, ou melhor, o procedimento integra por completo o conceito de processo, enquanto que o contrário não é verdadeiro. Enfim, “o processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2009, p. 305).

Ao lado dessas teorias surge ainda uma que se utiliza de concepções e pensamentos da sociologia, teoria esta que se propõe a explicar melhor essa dicotomia entre processo e procedimento, criando assim, alicerces fortes no âmbito da ciência jurídica. É o que será analisado a seguir.

## **2.1 A legitimação pelo procedimento segundo Niklas Luhmann**

Para o sociólogo Niklas Luhmann, por meio de sua obra *A legitimação pelo procedimento*, contribuiu sensivelmente à ciência processual, quando afirmou que o poder é exercido por meio de um procedimento, o qual será considerado processo desde que o contraditório esteja presente. Para Luhmann, o procedimento é considerado como poder, pois é a lei que o viabiliza.

Já a lei, tem sua importância, pois segundo dizeres de Dinamarco (2001), é ela que estabelece o modo como serão os atos do processo, sua seqüência, sua concatenação, de forma que possa oferecer a todos, de forma pré-estabelecida, a maneira como cada procedimento deve ser realizado, no caso concreto, sendo que qualquer desvio ou omissão, a esse caminho proposto, constituirá violação ao devido processo legal.

Sem vincular o procedimento unicamente ao procedimento judicial, Luhmann reconhece a relação que há entre o procedimento judicial juridicamente organizado e o critério de verdade defendido pelas doutrinas dominantes daquilo que é legalmente válido e legal em um determinado caso específico. “O núcleo de todas as teorias clássicas do procedimento é a relação com a verdade ou com a verdadeira justiça como objetivo” (Luhmann, 1980, p. 21).

É com a positivação do Direito que os pensamentos de direito natural são decompostos e o conceito de verdade é buscado a partir do desenvolvimento das ciências, vinculado a pressupostos metodológicos, fundamentando-o em torno dos processos de decisão, conforme assevera Niklas Luhmann. Para ele o mundo é complexo com inúmeras “possibilidades imprevisíveis e, como tal, desconcertantes. Cada indivíduo precisa, portanto, duma orientação significativa e duma direção de vida para poder adotar obras de seleção de outros, quer dizer, que possa tratar o sentido que os outros escolheram, como tal e não como se fosse diferente” (1980, p. 25).

Ocorre que contar com o conceito de verdades é um tanto arriscado e, portanto, determinadas decisões devem ser consideradas como obrigatórias.

Luhmann reconhece que é impossível perquirir e buscar a verdade no sentido específico em que a mesma é vista. É neste sentido que:

[...] uma teoria do procedimento necessita dum ponto de vista mais abstrato de relação funcional, que inclua o mecanismo da verdade, mas que não se esgote nele. É natural que para isso se apóie a função da verdade e, partindo dela, se procurem outros mecanismos de transmissão funcionalmente equivalentes, de complexidade mais reduzida. Ai deparamos com o mecanismo do poder e o problema da sua legitimidade (Luhmann, 1980, p. 26).

Para Luhmann (1980), no poder também se verifica um mecanismo de transmissão de resultados de seleção, inclusive com obras de seleção produzidas pela decisão. Que aquele que tem o poder é capaz de motivar outros a que adotem suas decisões, o que faz com que a seleção seja compulsiva diante de uma infinita possibilidade de comportamento.

Decorre daí, o fato de o poder ser o responsável pela decisão, tornando-a legítima, ou seja, independente. Portanto, o objetivo do procedimento juridicamente organizado é reduzir a complexidade que envolve as partes entre si, observando além da verdade a criação do poder legítimo da decisão.

No entanto, Luhmann (1980, p. 37) esclarece categoricamente que:

[...] um procedimento não pode ser considerado como uma sequência fixa de ações determinadas. Uma tal opinião conceberia o procedimento como um ritual em que uma única ação estaria certa em cada caso e as ações estariam de tal forma encadeadas que, excluindo a possibilidade de escolha, uma dependeria da outra. Essas ritualizações têm uma função específica. Fixam a ação estereotipada e criam assim segurança, independentemente das conseqüências fáticas que são depois atribuídas a outras forças, que não a ação.

O fundamento encontrado por Luhmann para demonstrar que o procedimento como exercício de poder, por meio do devido contraditório, é a demonstração de obediência ao devido processo legal, este calcado na garantia constitucional que assegura aos envolvidos o exercício de suas faculdades e poderes processuais que extrapolam o âmbito jurisdicional e devem, obrigatoriamente, satisfazer o direito substancial.

Neste sentido esclarece Dinamarco que é de suma importância a efetiva exigência de “preservação das fundamentais garantias constitucionais do processo, expressa no contraditório, igualdade, inafastabilidade de controle jurisdicional e na cláusula *due process law*” (2001, p. 129-130).

O procedimento em contraditório, ofertado como poder às partes, não deve ser fictício como uma mera estrutura de oportunidades, mas precisa ser amplo e adequado ao direito material envolvido. É, portanto, neste sentido, que Luhmann (1980, p. 41) esclarece que “os procedimentos pressupõem sempre uma organização básica, sendo possíveis só como sistemas parciais dum sistema maior, que lhe sobrevive, que os representa e que lhes mantém determinadas regras de comportamento”. Logo, para “o caráter metódico do procedimento e sua relativa autonomia é significativo, que cada processo tem a sua própria história, que se diferencia da história geral”.

Assim, o devido processo legal atinge seu núcleo fundamental quando o direito ao serviço jurisdicional é corretamente prestado, bem como quando o conjunto de normas processuais-constitucionais oferece essas oportunidades na defesa judicial dos interesses dos envolvidos, assegura Dinamarco (2001).

Sem contar ainda que o procedimento alcança o objetivo de amenizar o conflito, diante dos deveres que os sujeitos do processo devem observar, sob pena de sofrerem sanções pecuniárias ou serem condenados em litigância de má-fé. O que para Luhmann decorre da criação de lealdades e para Dinamarco de regras de combate.

Mas é imperioso lembrar que “nem todo procedimento é processo, mesmo tratando-se de procedimento estatal ainda que de algum modo possa envolver interesses de pessoas” (DINARMARCO, 2001, p. 133).

Para Luhmann (1980, p. 128), em que pesem a estrita legalidade dos atos do processo como garantia do devido processo legal, estes não devem ser inflexíveis, engessados, limitados, pois “a liberdade das formas, deixada ao juiz entre parâmetros razoavelmente definidos e mediante certas garantias fundamentais aos litigantes é que, hoje, caracteriza os procedimentos mais adiantados”. Ademais, assevera que “não é enrijecendo as exigências

formais, num fetichismo à forma, que se asseguram direitos; ao contrário, o formalismo obcecado e irracional é fator de empobrecimento do processo e cegueira para os seus fins”.

Dinamarco (2001, p. 130), por sua vez, vê essa liberdade sob a ótica do juiz, que mesmo sendo um agente político do Estado, e, portanto, detentor do poder, não deve ficar enclausurado, sem “liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa”, sendo fundamental “como fator de segurança para as partes e como perene advertência ao juiz”, que se mantenha “a substancial exigência de preservação das fundamentais garantias constitucionais do processo, expressas no contraditório, igualdade, inafastabilidade de controle jurisdicional e na cláusula *due process of Law*. Assim, conclui Dinamarco:

[...] cada ato do procedimento há de ser conforme a lei, não em razão de estar descrito na lei nem na medida do rigor das exigências legais, mas na medida da necessidade de cumprir certas funções do processo e porque existem as funções a cumprir. Daí a grande elasticidade a ser conferida ao princípio da instrumentalidade das formas, que no tradicional processo legalista assume o papel de válvula do sistema, destinada a atenuar e racionalizar os rigores das exigências formais (2001, p. 130).

Assim, definir o processo em associação ao procedimento ou por meio de sua relação jurídica processual não explica, através do contraditório, uma como a outra, como se daria a participação dos sujeitos envolvidos, nem oferece fator teleológico suficiente para constatar a dita relação jurídica processual em situações mais específicas.

Dessa forma, o conceito de procedimento passa a ganhar força, uma vez que ele é essencial para a legitimação da atividade estatal, na medida em que é por meio dele que as garantias constitucionais são exercitadas, diante da efetiva participação dos sujeitos envolvidos.

### **3 DIREITO DA PARTE À PARTICIPAÇÃO ATIVA PROCEDIMENTAL**

Definida as particularidades e distinções entre processo e procedimento, podemos constatar que o processo só existe quando verificada a relação jurídica processual e esta deve estar atrelada a um procedimento, que o legitima.

O procedimento, para que seja legalmente válido, deve ser assistido pelo devido processo legal como meio de garantir sua real e válida existência. Por meio do contraditório, em atenção ainda ao princípio da igualdade, que se garante o estrito cumprimento dos direitos fundamentais.

Soma-se, ainda, a importância da relação entre o Estado e as partes, nos dizeres de Dinamarco (2001, p. 131), ao considerar que “seria arbitrário o poder exercido sem a participação dos próprios interessados diretos no resultado do processo”, de modo que essa participação “constitui postulado inafastável da democracia e o processo é em si mesmo democrático e portanto participativo, sob pena de não ser legítimo”.

Assim, há forte relação existente entre procedimento e o processo com os direitos fundamentais como constata Canotilho (2008, p. 72), apontando três perspectivas:

- 1 – procedimento/processo, reconduzíveis a instrumentos de proteção e realização dos direitos fundamentais;
- 2 – procedimento/processo, configurados como instrumentos <<adequados e justos>> para a limitação ou restrição dos direitos fundamentais;
- 3 – procedimento/processo, proclamados como <<locais>> ou <<espaços>> de exercício dos direitos, liberdades e garantias.

O procedimento é, para Canotilho, o lugar em que os direitos fundamentais podem ser exercitados, como espaço profícuo ao exercício dos direitos e garantias protegidos constitucionalmente, bem como também é visto como espaço de defesa contra eventuais investidas do Estado para com os indivíduos. Neste sentido, salienta que “a ideia de procedimento/processo continua a ser valorada como dimensão indissociável dos direitos fundamentais”. Entretanto, “a participação no e através do procedimento já não é um instrumento funcional e complementar da democracia, mas sim uma dimensão intrínseca dos direitos fundamentais” (2008, p. 74).

Dessa forma, pode-se perceber que é pelo procedimento que os direitos e garantias fundamentais são observados e garantidos, como salienta a posição de Medina (2016, p. 123), para o qual o “processo não é apenas instrumento de proteção e realização dos direitos dos indivíduos: o próprio processo deve ser, também, espaço em que se permita exercer democraticamente tais direitos”.

Para Dinamarco (2001), a participação no processo não é do titular do poder, no caso o Estado, por meio da Jurisdição, mas das pessoas sobre quem o poder se aperfeiçoa.

De fato, falar em direito à participação procedimental é oportunizar meios reais para que o indivíduo possa fazer valer seus direitos no âmbito de uma relação jurídica processual e para isso imprescindível que seja oportunizada uma participação de forma ativa. Ativa no sentido de que a parte pode e deve participar de forma atuante, de forma racional. Não basta ofertar espaço para uma mera e única participação, mas deve-se oportunizar, substancialmente, momentos de efetiva e relevante contribuição em todos os atos do processo.

É com base na teoria das relações de *status* proposta por Jellinek que é possível se exigir do Estado uma prestação jurisdicional por meio de uma demanda. A esse direito denomina-se de status positivo ou ainda *status civitatis*. Jellinek propõe ainda outras categorias de status: negativo, passivo e o ativo. O status negativo (ou *status libertatis*) revela a liberdade que o indivíduo tem frente ao estado, geralmente refere-se aos direitos políticos de liberdade e igualdade, direitos básicos dentro de um país democrático. Já o status passivo (ou *status subiectionis*) leva-se em conta a sujeição do indivíduo frente ao Estado, quando que, em determinados casos, o Estado pode prevalecer sobre os interesses individuais. Por fim, Jellinek trata do status ativo, o qual leva em conta uma participação e influência na vontade do Estado, voltado, sobretudo, ao exercício da cidadania.

A teoria aceita e fortemente difundida por Jellinek é a base fundamental da relação entre o Estado e o indivíduo, imprescindível para a realização dos direitos do jurisdicionado frente à autoridade política do Estado.

Atento à proposta de Jellinek, Peter Häberle propõe ainda o *status activus processualis* voltado para a relação jurídica processual. Nela Häberle defende a participação no procedimento da decisão da competência dos poderes públicos, que segundo Canotilho (2008, p. 73) “representam topoi de argumentação ou de referência de uma compreensão de direitos fundamentais antropologicamente otimista, democraticamente dinamizada e socialmente enraizada”.

Assim, o contraditório não se reduz ao conhecimento da outra parte acerca da existência do processo, mas também aborda a garantia de participação ativa da mesma durante todo o *iter* procedimental. Logo, o processo não deve ser visto como um simples instrumento de realização dos direitos dos indivíduos, mas um campo propício à participação ativa no procedimento e esta participação deve concorrer para a decisão final ultimada pelo juiz no processo. As partes vão, assim, contribuir, ativamente, para a decisão a ser prolatada.

Evidente que a participação ativa das partes no procedimento encontra limites na boa-fé processual (art. 6º CPC/2015) e nos limites impostos (art. 190, § único), ou seja, pelas normas cogentes que revelam o interesse público sobressalente.

### **3.1 Situações Ativas e Passivas**

É através do procedimento (na concepção de Bülow, devido à relação jurídica processual instaurada), ou, diante do fato de que inúmeras situações jurídicas se formam (na visão de Goldschmidt), que as partes estão legitimadas a exercerem suas faculdades e poderes,

bem como estão sujeitas aos ônus, sujeição e deveres processuais, chamadas de situações jurídicas ativas e passivas, respectivamente.

Em que pese a diversidade de teorias e o fundamento demonstrado por cada uma, é pacífica, no entanto, que esta participação se dê após a instauração do contraditório, nos dizeres da teoria proposta por Elio Fazzalari.

Assim, as partes estão legitimadas a agir no processo e estas condutas se desenvolvem em razão da relação jurídica processual estabelecida entre as partes, que podem literalmente agir durante todo o procedimento, por meio de faculdades e poderes processuais ou podem sofrer conseqüências em decorrência desta mesma relação jurídica instaurada – ônus, sujeição e deveres processuais.

Dinamarco (2001) esclarece que a efetivação do contraditório no âmbito procedimental se dá pela outorga de situações jurídicas ativas e passivas aos litigantes, sendo que nas situações ativas se permitem atos de combate na defesa dos seus interesses, enquanto que nas situações passivas exige-se a produção de atos ou impõem privações ou ainda a conformidade à eficácia de atos alheios.

Faculdades se distinguem dos poderes, na medida em que a faculdade é a conduta do próprio agente e somente sobre sua esfera jurídica haverá reflexos. Já os poderes, refletem na esfera jurídica de outrem.

Nos dizeres de Araújo (2016, p. 382-383) “a faculdade revela multiplicidade e liberalidade de ações. Enquanto o poder revela uma autorização para atingir determinado objetivo na relação processual”. Lembrando que ambos, tanto as faculdades como os poderes derivam dos direitos processuais garantidos constitucionalmente pelo nosso ordenamento jurídico.

As situações passivas, consubstanciadas pelo ônus e deveres, representam a conduta esperada das partes no processo, uma vez que sobre elas recai, além dos direitos concedidos no âmbito processual, também deveres na sua condução.

Assim, a diferença entre ônus e deveres, na lição de Pontes de Miranda (2000, p. 457) consiste:

[...] (a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação entre dois sujeitos, um dos quais é o que seja a sociedade; há relação entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela o próprio interesse.

Os ônus, como bem ressaltou Araújo (2016), são mais facilmente enfrentados no momento da prova, no entanto, é durante todo o processo que as partes estão sujeitas a uma situação de prejuízo, quando não praticada uma faculdade no processo. Já os deveres estão ligados às normas de conduta dentro do processo, como o dever de cooperação, lealdade, boa-fé, nada rela

Ao lado dos deveres podemos ainda incluir as obrigações. Os deveres estão atrelados às regras de condução do processo por todos os sujeitos e nada tem a ver com deveres econômicos, enquanto que as obrigações, por sua vez, referem-se aos “deveres” referentes à pecúnia, acarretados pela utilização da máquina judiciária, como o pagamento de custas e despesas processuais.

Conceitos importantes, como faculdades e poderes, ônus e deveres (leia-se deveres e também obrigações) processuais, aqui definidos, são importantes para compreender a classificação dos negócios processuais, assunto que será abordado no próximo tópico.

#### **4 NEGÓCIOS PROCESSUAIS**

Uma das grandes novidades trazidas pela Lei 13.105/2015 é a possibilidade de os sujeitos celebrarem negócios processuais atípicos no âmbito do processo ou fora dele, neste último caso, de forma prévia.

O atual diploma processual conta com uma cláusula geral no art. 190, onde se concede ampla liberdade às partes para pactuarem acordos processuais, seja no tocante ao procedimento em si, seja referente às situações processuais ativas e passivas. Elas têm permissão para acordarem somente sobre o procedimento ou somente sobre as situações jurídicas processuais, ou ainda, sobre ambos. Assim estabelece o texto do art. 190:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.  
Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Com efeito, esta liberdade, extrapola os típicos e tradicionais negócios processuais já praticados na vigência do *codex* de 1973, como a cláusula de eleição de foro; a suspensão do processo; o adiamento da audiência de instrução e julgamento, por exemplo.

Para tanto, exige-se a presença de certos requisitos: que os direitos, objeto das convenções processuais, tratem de direitos que admitam autocomposição, sejam as partes plenamente capazes e não extrapolem os limites da negociação, qual sejam, os limites constitucionais e infraconstitucionais, previstos em nosso ordenamento jurídico, aqueles constantes do parágrafo único do art. 190.

O juiz será o responsável pelo controle das convenções processuais e deverá, seja de ofício ou mediante requerimento, recusar acordos processuais, considerados nulos *per si*, ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

O juiz, por sua vez, pode também ser parte dos negócios processuais, quando, juntamente com as partes, fixar o calendário processual, outra grande novidade do diploma processual aprovado e previsto no art. 191.

As partes podem propor negociação para alterar e ajustar o procedimento às especificações da causa, como alterar a ordem da produção de determinados atos processuais, como primeiro promover a perícia e depois a oitiva das testemunhas ou incluir atos processuais e procedimentos não previstos para aquele *iter* procedimental.

Por outro lado, as partes podem convencionar a respeito das situações jurídicas ativas e passivas inerentes às partes, como negociar a respeito das faculdades, ônus, poderes e deveres processuais.

Para Cabral (2016,), os acordos sobre procedimento recebem o nome de acordos de disposição ou dispositivos, enquanto que os acordos sobre as situações jurídicas recebem o nome de acordos de obrigação ou obrigacionais.

Assim, podem as partes, por exemplo, pactuarem a dispensa da faculdade de recorrer ou não produzir determinada prova ou ainda não produzir prova alguma. Elas podem ainda, negociar a respeito de um determinado poder concedido a elas, como o poder de especificar, de antemão, qual será o bem a ser penhorado no processo.

Elas podem ainda pactuar a respeito dos ônus de afirmar, de contestar, de recorrer ou ainda propor a observância do dever de avisar de antemão a outra parte sobre qualquer aspecto relacionado ao processo.

Enfim, são várias as oportunidades concedidas às partes para propor negócios processuais, tudo dependerá da imaginação que elas dispenderem neste intento, desde que cumpridos os requisitos legais e observado os limites constitucionais e infraconstitucionais erigidos pelo nosso ordenamento jurídico.

## 5 ACESSO À JUSTIÇA COMO FUNDAMENTO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Estampado no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, a inafastabilidade da tutela jurisdicional é garantia imposta a todo cidadão. Não somente lesão a direito, mas também ameaça são devidamente resguardados pela nossa Constituição Cidadã. Aquele que se sentir lesado ou ameaçado pode exigir do poder público (Estado), representado pelo Poder Judiciário, uma tutela jurisdicional que lhe seja compatível com o direito material reclamado e posto em juízo.

O acesso à justiça, a nosso ver, se consubstancia na participação direta do interessado perante o Poder Judiciário, não somente por meio do acesso aos órgãos judiciários em si, quando diante de lesão ou ameaça a direito, mas por meio de uma participação ativa no decorrer do processo, em observância à instituição do Estado democrático de Direito.

A essa participação se incluem o respeito ao devido processo legal, como substrato para que haja o pleno contraditório, este, como já visto, não resumido à simples ciência de que contra ele corre uma demanda, e a igualdade, equilibrando as desigualdades processuais, quando somente assim poder-se-ia falar em acesso à justiça de forma justa.

O devido acesso à justiça só ocorre quando as partes podem decidir o que é melhor para elas dentro do processo, *in casu*, realizando acordos processuais acerca do procedimento ou a respeito das situações jurídicas (faculdades, ônus, deveres e poderes processuais). É por meio dos negócios processuais, conhecido como uma técnica processual, que o acesso à justiça é devidamente garantido e implementado, pois através deles as partes podem convencionar a respeito do *iter* procedimental e seus desdobramentos, contribuindo para a efetividade e a eficiência da tutela jurisdicional.

A liberdade concedida às partes em sede processual em nada afronta o interesse público e as normas cogentes do sistema jurídico. A autonomia que as partes atualmente possuem no âmbito processual é consequência direta da implementação do acesso à justiça, que deve sempre buscar a satisfação substancial do direito, sem esquecer que o processo é e deve sempre ser visto como instrumento para que o direito material seja alcançado.

A terceira onda proposta por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) abarca as mudanças verificadas em nosso atual diploma processual, por meio dos negócios processuais, pois é através da simplificação procedimental (leia-se também flexibilização procedimental), seja por meio do legislador ou do juiz, no caso concreto, que é possível se constatar a observância efetiva ao princípio do acesso à justiça.

Nas palavras de Cappelletti e Garth (1988, p. 69), “não é possível, nem desejável resolver tais problemas com advogados apenas, isto é, com uma representação judicial aperfeiçoada. Entre outras coisas, nós aprendemos, agora, que esses novos direitos frequentemente exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis”.

São vários os benefícios visualizados com a flexibilização do procedimento. Nos dizeres de Cambi e Neves (2015, p. 5), “a flexibilização procedimental pode trazer benefícios ao processo, seja por observar as peculiaridades das demandas e dos sujeitos processuais, promovendo a adequação do rito procedimental as necessidades da causa, bem como por gerar economia de tempo (celeridade e duração razoável do processo)”.

Como observa Cichocki Neto, há limitações exoprocessuais e endoprocessuais ao acesso à justiça, sendo que a adequação do procedimento, em determinados casos, será condicionante para a concretização do acesso à justiça. Assim, “a superação desses entraves depende sempre de maior adequação entre o instrumento disponibilizado e o direito que, com ele, pretende-se fazer valer” (CICHOCKI NETO, 2009, p. 130).

Dessa forma, o efetivo acesso à justiça demanda mais que questões simplórias de representação, meios extrajudiciais de litígio, requer a observância do princípio da flexibilização e adequação procedimental.

## **6 CONCLUSÕES**

Partindo da análise da natureza jurídica do processo, bem como devidamente traçada a importância e a distinção de procedimento e de processo, é possível constatar que todas as teorias aqui apresentadas, que se propuseram a traçar a natureza jurídica do processo, foram importantes em um ou outro ponto para pontuar e diferenciar processo de procedimento, bem como contribuir sensivelmente à ciência jurídica.

Falar em direito à participação procedimental no processo é oportunizar meios reais para que o indivíduo possa fazer valer seus direitos no âmbito de uma relação jurídica processual e para isso imprescindível que seja oportunizada uma participação de forma ativa. Ativa no sentido de que a parte pode e deve participar de forma atuante e racional.

Dessa forma, o processo não deve ser visto como um simples instrumento de realização dos direitos dos indivíduos, mas um campo propício à participação ativa no procedimento. Esta participação deve concorrer para a decisão final ultimada pelo juiz no processo. As partes vão, assim, contribuir, ativamente, para a decisão a ser prolatada.

Não se pode olvidar que a participação ativa das partes no procedimento encontra limites na boa-fé processual e nos limites impostos pelas normas cogentes que revelam o interesse público sobressalente.

O devido acesso à justiça só ocorre quando as partes podem decidir o que é melhor para elas dentro do processo, *in casu*, realizando acordos processuais acerca do procedimento ou a respeito das situações jurídicas (faculdades, ônus, deveres e poderes processuais). É por meio dos negócios processuais, também conhecido por convenções processuais, que o acesso à justiça é devidamente garantido e implementado, pois através deles as partes podem convencionar a respeito do *iter* procedimental e seus desdobramentos, contribuindo para a efetividade e a eficiência da tutela jurisdicional. E isso só será possível, a partir da adoção do princípio da flexibilização e adequação procedimental.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio Caldas. **Curso de processo civil: parte geral**. Atualizado com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

CÂMARA. Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Atlas, v. 1, 2012.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina. Flexibilização procedimental no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**, vol. 64/2015, p. 219-259, out - dez/2015.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

LACERDA, Galeno. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. trad. de Maria da conceição Côrte-Real. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1980.

MEDINA. José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Campinas: Bookseller, t. 3, 2000.