

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

MATEUS ARAÚJO MOLINA

**TEORIA DOS INCENTIVOS AO NEGÓCIO PROCESSUAL: UM
INSTRUMENTO A MAIS À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS
HUMANOS PROCESSUAIS**

CUIABÁ/MT

2022

MATEUS ARAÚJO MOLINA

**TEORIA DOS INCENTIVOS AO NEGÓCIO PROCESSUAL: UM
INSTRUMENTO A MAIS À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS
HUMANOS PROCESSUAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, na área de Direitos Humanos, Ambiental e Sustentabilidade, oferecido pela Universidade Federal de Mato Grosso, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Welder Queiroz dos Santos.

CUIABÁ/MT

2022

MATEUS ARAÚJO MOLINA

TEORIA DOS INCENTIVOS AO NEGÓCIO PROCESSUAL: UM INSTRUMENTO A
MAIS À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS PROCESSUAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, na área de Direitos Humanos, Ambiental e Sustentabilidade, oferecido pela Universidade Federal de Mato Grosso, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Dissertação defendida e aprovada em: 23 / 09 / 2022.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Welder Queiroz dos Santos

Orientador

Professor Doutor Antônio Veloso Peleja Júnior

Membro interno – UFMT Universidade Federal de Mato Grosso

Professor Doutor Fredie Souza Didier Junior

Membro externo – Universidade Federal da Bahia

Professor Doutor Bruno Garcia Redondo

Membro Externo – Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)

Dados Internacionais de Catalogação na Fonte.

M722t Molina, Mateus Araújo.
Teoria dos incentivos ao negócio processual [recurso eletrônico] / Mateus Araújo Molina. -
- Dados eletrônicos (1 arquivo : 192 f., pdf). -- 2022.

Orientador: Welder Queiroz dos Santos.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Mato Grosso, Faculdade de Direito,
Programa de Pós-Graduação em Direito, Cuiabá, 2022.

Modo de acesso: World Wide Web: <https://ri.ufmt.br>.
Inclui bibliografia.

1. Direitos humanos e fundamentais processuais. 2. Função promocional do direito. 3.
Norma jurídica. 4. Negócio jurídico processual. 5. Incentivos. I. Santos, Welder Queiroz dos,
orientador. II. Título.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Permitida a reprodução parcial ou total, desde que citada a fonte.

RESUMO

O presente trabalho examina a possibilidade da criação de incentivos para a majoração quantitativa e qualitativa dos negócios jurídicos processuais e os aspectos circundantes aos incentivos – quais as fontes e os tipos de incentivo, quem pode incentivar, quem pode ser incentivado, o que pode ser incentivado e quando e de onde podem advir os incentivos. Na primeira etapa, inicia-se com contextualização dos direitos humanos e fundamentais processuais, nos quais se incluem os negócios jurídicos processuais, para disso se extrair a hermenêutica aplicável a permitir a maior efetividade ou concretude possível; da teoria geral do direito, evidenciando a função promocional do direito e a reformulação do conceito de norma jurídica, a abarcar normas sem sanção, normas dispositivas e normas acopladas de simples incentivos; e da teoria geral do negócio jurídico, esclarecendo a irrelevância da vontade, intencionalidade, espontaneidade, causa e motivo para a existência do negócio jurídico, não impedindo a criação de incentivos para a sua celebração. Na segunda etapa, incursiona nos aspectos circundantes, com influxos da economia clássica e da psicológico-comportamental e outras compreensões sobre incentivos, trazendo diversas circunstâncias pouco refletidas pelos textos jurídicos até o momento e diversas exemplificações.

Palavras-chave: Direitos humanos e fundamentais processuais. Função promocional do direito. Norma jurídica. Negócio jurídico processual. Incentivos.

ABSTRACT

The present work examines the possibility of creating incentives for the quantitative and qualitative increase of procedural legal transactions and the aspects surrounding the incentives - what are the sources and types of incentives, who can encourage, who can be encouraged, what can be encouraged and when and where incentives can come from. In the first stage, it begins with the contextualization of human and fundamental procedural rights, which includes procedural legal transactions, in order to extract the applicable hermeneutics to allow the greatest possible effectiveness or concreteness; from the general theory of law, highlighting the promotional function of law and the reformulation of the concept of legal norm, encompassing norms without sanction, dispositive norms and norms coupled with simple incentives; and the general theory of the legal business, clarifying the irrelevance of the will, intentionality, spontaneity, cause and reason for the existence of the legal business, not preventing the creation of incentives for its celebration. In the second stage, it delves into the surrounding aspects, with influences from classical economics and psychological-behavioral economics and other understandings about incentives, bringing various circumstances little reflected in legal texts so far and several exemplifications.

Keywords: Human and fundamental procedural rights. Promotional function of the law. Legal norm. Procedural legal business. Incentives.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
a- Contextualização e relevância do tema	10
b- Problema.....	15
c- Delimitação metodológica.....	15
d- Delimitação temática e ineditismo	16
e- Estrutura do trabalho	17
f- Esclarecimentos introdutórios finais.....	17
CAPÍTULO 01	19
É POSSÍVEL INCENTIVAR UM NEGÓCIO PROCESSUAL?.....	19
1.1. Aspectos gerais da teoria geral dos direitos humanos e fundamentais processuais e negócios processuais.....	19
1.1.1. <i>Instrumento: negócio processual como mecanismo de reforço de direitos materiais e de “acesso à justiça”, “razoável duração do processo” e “tutela jurídica adequada”</i>	23
1.1.2. <i>Direito autônomo: negócio processual como espécie de direito de participação efetiva no processo e liberdade</i>	24
1.1.3. <i>Hermenêutica dos direitos humanos e fundamentais: aberturas à promoção dos negócios processuais</i>	25
1.1.4. <i>Conclusão parcial</i>	26
1.2. Aspectos gerais da teoria geral do direito: da função promocional do direito à revisitação dos conceitos de norma.....	27
1.2.1. <i>Da estrutura à função do direito: função promocional do direito</i>	27
1.2.2. <i>Norma jurídica: declínio da imperatividade, estatalidade e coercibilidade como elementos essenciais e do caráter puramente estrutural</i>	29
1.2.3. <i>Conclusão parcial</i>	34
1.3. Aspectos gerais da teoria geral do negócio jurídico e existência: desnecessidade de análise de “intencionalidade”, “espontaneidade”, “motivo” e “vontade”	34
1.3.1. <i>Distinção de “voluntariedade” e “intencionalidade”</i>	35
1.3.2. <i>Distinção de “voluntariedade” e “espontaneidade”</i>	36
1.3.3. <i>Distinção de “causa” e “motivo”</i>	36
1.3.4. <i>Conceito de negócio jurídico de Antônio Junqueira de Azevedo: irrelevância da vontade para a formação do negócio</i>	38
1.3.5. <i>Conclusão parcial</i>	41
1.4. Conclusão do Capítulo e diretrizes para os próximos	42

CAPÍTULO 02	44
QUAIS AS FONTES DE INCENTIVOS?.....	44
2.1. Fontes normativas heterônomas	44
2.1.1. <i>Panorama geral</i>	44
2.1.2. <i>Função legislativa ou normativa: superação da visão legalista</i>	45
2.1.3. <i>Intercâmbio entre ramos diversos do direito: superação da visão que limita o direito a ramos estanques</i>	47
2.1.4. <i>Outros atos normativos incentivadores de negócios processuais: considerações gerais</i>	49
2.1.4.1. <i>Direito tributário: progressividade fiscal e extrafiscal</i>	50
2.1.4.2. <i>Direito administrativo: distinção remuneratória entre servidores públicos sob condições jurídicas ordinárias e diferenciadas ou criação de prêmios por adesão</i>	53
2.1.4.3. <i>Direito do trabalho e direito do consumidor: função normativa das convenções coletivas</i>	58
2.2. Fontes jurisdicionais	60
2.3. Fontes negociais	62
2.3.1. <i>Negócios jurídicos com execução diferida, continuada ou periódica: o tempo da duração ou execução em favor dos incentivos</i>	63
2.3.2. <i>Negócios (contratos) preliminares: o tempo da negociação ou da concretização da solenidade em favor dos incentivos</i>	65
2.3.3. <i>Negócios jurídicos unilaterais: a promessa de recompensa, o concurso e o sorteio em favor dos incentivos</i>	66
2.4. Fontes psicológico-comportamentais	70
2.4.1. <i>Introdução e compreensão da economia clássica (modelo de escolha racional)</i> ..	70
2.4.2. <i>Compreensão psicológico-comportamental: lições da economia contemporânea (“economia baseada em fatos”)</i>	72
2.4.3. <i>Problemas práticos do modelo de decisão racional: assimetria de informações, racionalidade limitada, custos de transação muitas vezes elevados e impeditivos, força de vontade limitada e interesse próprio limitado</i>	73
2.4.4. <i>Identificação das causas dos problemas práticos detectados: heurísticas e vieses</i>	76
2.4.5. <i>Soluções para os problemas práticos detectados: intervenções, incentivos ou “cutucões” (“nudges”)</i>	80
CAPÍTULO 03	83
QUAIS OS TIPOS DE INCENTIVOS?.....	83
3.1. Incentivos jurídicos.....	84
3.1.1. <i>Sanção: dupla conotação e multiplicidade de possibilidades</i>	84

3.1.2. <i>Facilitação: incentivo em sentido estrito</i>	87
3.2. Incentivos <i>extra</i> ou <i>para</i> jurídicos.....	89
3.2.1. <i>Redução da assimetria de informações</i>	90
3.2.1.1. Educação, advertência e aconselhamento: superação do desconhecimento sobre o tema	90
3.2.1.2. Publicidade e propaganda: superação da postura passiva do Judiciário, das funções essenciais à Justiça, das partes e da sociedade em geral	91
3.2.2. <i>Redução da racionalidade limitada</i>	91
3.2.2.1. Simplicidade: superação das hipóteses cerebrinas, heterodoxas ou complexas	91
3.2.2.2. Livre entrada ou saída dos negócios processuais (“ <i>opt in</i> ” ou “ <i>opt out</i> ”), seguro ou limitação material ou temporal: superação do receio da escolha incorreta	93
3.2.2.3. Concepção, participação ou “aprovação” pela sociedade civil, por órgãos públicos, inclusive o Judiciário, ou por sindicatos e associações de classe: a ampla participação social para a superação do receio de comportamentos oportunistas.....	95
3.2.3. <i>Redução dos custos de transação</i>	96
3.2.3.1. Tipificação extralegal de negócios atípicos e contratação por adesão: superação da visão exclusivamente artesanal do direito (custos prévios)	96
3.2.3.2. Concepção, participação ou “aprovação” pela sociedade civil, por órgãos públicos, inclusive o Judiciário, ou por sindicatos e associações de classe: superação da discussão e negociação exclusivamente entre as partes de direito material (custos prévios).....	100
3.2.3.3. Reconhecimento e valorização das várias formas de objetos determinados e determináveis: superação da visão do objeto necessariamente descrito e estático (custos prévios e complementar)	100
3.2.3.4. Formação de banco de negócios processuais já analisados e admitidos pelo Judiciário: superação da passividade judiciária na consolidação da jurisprudência (custos complementares)	105
3.2.4. <i>Redução da força de vontade limitada</i>	107
3.2.4.1. Facilitação do reconhecimento jurídico: superação da necessidade de manifestação de vontade bilateral, escrita, comissiva e expressa	107
3.2.4.2. Facilitação do conhecimento judicial: superação da necessidade de suscitação pela parte interessada	110
3.2.4.3. Escolha pré-preenchida ou obrigatória: superação da inércia das partes e dos advogados	117
3.2.4.4. Delegação ou compartilhamento da competência ou atribuição: superação da sobrecarga de agenda ou atribuições sobre poucas autoridades ou gestores.....	118
3.2.5. <i>Gamificação: superação dos incentivos exclusivamente racionais</i>	120
CAPÍTULO 04	123
QUEM PODE INCENTIVAR?	123
4.1. Os mais lembrados: aqueles previstos legalmente e os assemelhados	123

4.1.1. <i>A indispensável interpretação extensiva: um chamado especial aos procuradores públicos, aos serviços de assistência judiciária, aos Tribunais de Contas, aos órgãos de classe, às agências reguladoras e aos “PROCONs”</i>	124
4.2. Os “esquecidos”: os auxiliares da justiça, relativamente a suas próprias situações processuais ou às do juízo, se autorizados	126
4.3. Os “ignorados”: OAB, sindicatos, associações, órgãos públicos, conselhos de classe, mídia... enfim, a “sociedade aberta dos incentivadores”	128
4.3.1. <i>Promessa de recompensa, concurso e sorteio: o terceiro como estimulador imediato</i>	129
4.3.2. <i>Promessa de fato de terceiro e contrato com pessoa a declarar: o terceiro como estimulador mediato</i>	131
4.3.3. <i>Estipulação em favor de terceiro e convenção coletiva: o terceiro como criador de opção vantajosa</i>	132
4.3.4. <i>“Lobby”: a profissionalização do terceiro e a utilização de negócios processuais como “fim” tanto quanto “meio”</i>	133
CAPÍTULO 05	137
QUEM PODE SER INCENTIVADO?	137
5.1. Os mais lembrados: partes, advogados, peritos e terceiros	138
5.2. Os “esquecidos”: juízes, auxiliares da justiça e membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública	140
5.3. Os “ignorados”: cônjuges, parentes, amigos, sacerdotes, celebridades, “influencers” digitais, entidades da sociedade... enfim, os “stakeholders”. Abertura para “caçadores de recompensas” e modificação de problemas de agência	143
CAPÍTULO 06	152
O QUE PODE SER INCENTIVADO?	152
6.1. Incentivo proibido: ordem pública e abuso do direito	152
6.1.1. <i>Conduta vedada ou conduta contrária a uma obrigatoria pelo ordenamento: o papel da ordem pública</i>	153
6.1.2. <i>Conduta facultada, autorizada ou incentivada, mas com finalidade abusiva ou desviante: perspectiva funcionalista</i>	155
6.2. Incentivo permitido: interpretação residual à luz da liberdade e da disponibilidade ..	156
6.2.1. <i>Conduta não regulada: o pontapé inicial</i>	157
6.2.2. <i>Conduta facultada, autorizada ou incentivada: a indução da escolha já induzida pelo legislador</i>	157
6.2.3. <i>Conduta com regulação ordinária em sentido diverso: o papel da natureza jurídica disponível do interesse envolvido</i>	160
CAPÍTULO 07	163

QUANDO PODE SER CRIADO O INCENTIVO?	163
7.1. Incentivo anterior ou prévio	164
7.2. Incentivo durante ou concomitante.....	164
7.3. Incentivo posterior ou consecutivo.....	166
CAPÍTULO 08	169
ONDE PODE EXISTIR O INCENTIVO?	169
8.1. Incentivo <i>intra</i> ou <i>endo</i> processual.....	169
8.2. Incentivo <i>extra</i> processual	171
CONCLUSÃO	174
BIBLIOGRAFIA	178

INTRODUÇÃO

Alta produção acadêmica e elevado potencial transformador da realidade forense e social, de um lado, e *baixa recorrência ou frequência na prática*, de outro lado. É o que começou a ser observado por muitos estudiosos e operadores do Direito quando se tem em vista a possibilidade de celebração de *negócios jurídicos processuais* no Brasil.

Tal situação impõe reflexão sobre suas *causas* (visão retrospectiva) e sobre os modos de *modificação* (visão prospectiva) desse contorno paradoxal – visando, preferencialmente, o incremento da prática –, buscando-se o potencial transformador, e não o decréscimo da produção acadêmica ou o demérito à relevância singular do instituto jurídico.

Com esse mote em mente, a presente dissertação analisa, em maior ou menor medida, a *possibilidade jurídica* de criação de *incentivos* para a celebração de negócios jurídicos processuais e, em sendo positiva, os diversos aspectos circundantes (tipos de incentivos, fontes jurídicas de incentivos, quem pode incentivar, quem pode ser incentivado, o que pode ser incentivado, quando e de onde podem advir os incentivos e espécies de incentivos), criando raízes, com isso, para uma *teoria geral* sobre a temática, trazendo sua linha mestra, sem pretensão de exaurimento.

a- Contextualização e relevância do tema

Pelo entendimento corrente, o *negócio jurídico* é uma das espécies de fatos jurídicos em sentido amplo – situações que são considerados relevantes pelo Direito (“juridicizadas”) –, isto é, que trazem ou que podem trazer consequências jurídicas. Dentre tais fatos jurídicos, há os fatos em sentido estrito, decorrentes da natureza (incluindo-se os animais), não praticados pelo homem; e os atos jurídicos em sentido amplo, decorrentes de condutas humanas voluntárias. Entre estes, por sua vez, há os atos jurídicos em sentido estrito, cujas consequências são unívocas, previstas em lei, sem margem de conformação pelos agentes; e os negócios jurídicos, cujas consequências são *determinadas* (criadas, alteradas ou suprimidas) pelos agentes – não significando isso, porém, ausência de limites.¹

O acréscimo do adjetivo *processual* demonstra, apenas, que o negócio jurídico tem como consequência a modificação do *procedimento* de algum processo ou a criação, a

¹ Dentre outros, cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 202-219.

modificação ou a extinção de *situações jurídicas* dos sujeitos que atuam em algum processo – existente ou potencial (incidental ou previamente). O critério central diz respeito aos *efeitos* do negócio, aptos a influenciar algum processo (“*referibilidade*”), ainda que apenas potencialmente, de modo direto ou indireto, principal ou acessório, sem necessidade de aquiescência de outrem ou juízo de conveniência e oportunidade – mas apenas de validade – pela autoridade jurisdicional. Não diz respeito, portanto, ao *local* (dentro ou fora de algum processo), ao *momento* (antes ou depois do surgimento de algum processo), ou aos *celebrantes* (sujeitos ou não de algum processo), tampouco com a *natureza da norma* que lhe fundamenta ou regulamenta (direito público ou privado, material ou processual).²

Resumindo o estudo apenas ao passado recente, percebe-se, com facilidade, que, até o limiar do século XXI, embora utilizado e aceito em outros países, tais como a França e a Alemanha, no Brasil prevalecia o entendimento segundo o qual não seria possível que as partes convencionassem sobre o procedimento ou criassem, modificassem ou extinguissem situações jurídicas por meio de negócios jurídicos, *exceto quando expressamente admitido pela legislação*. Limitava-se o instituto, assim, às hipóteses tipificadas em lei.

A motivação se fundava na natureza pública do processo, da qual era extraída a compreensão das normas processuais como cogentes e imperativas, de impossível derrogação pelas partes, até porque a jurisdição e o processo se prestariam a vários escopos públicos, sociais (pacificação social, educação da sociedade sobre os direitos e a promoção da igualdade, *v. g.*) e políticos (afirmação do poder estatal e da legislação e o fomento à participação dos cidadãos, *v. g.*), que *precederiam* à própria *tutela dos direitos* dos sujeitos processuais. Nesse sentido, até existiram algumas poucas vozes que enxergavam espaço para que convenções *atípicas* – sem se agarrar aos tipos legais, às excepcionalidades ou à homologação judicial – que modificassem o procedimento ou criassem, modificassem ou extinguissem situações jurídicas processuais,³ mas tal ideia não frutificou e se espalhou rapidamente.

O cenário jurídico nacional começou a mudar sensivelmente no decorrer da tramitação do processo legislativo do atual Código de Processo Civil (CPC), do seu início em 2010 até a sua sanção em 2015, especialmente após a inclusão de dispositivo expresso prevendo que as

² CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 64-72.

³ Resgatando o tema no Brasil, cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *In*: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 87-98. Mais à frente, mas antes do recente “boom” sobre a matéria, cf. GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 1, out./dez. 2007. Para estudo sobre diversos outros atores que palmilharam o tema, inclusive no início e meados do século XX, favorável ou contrariamente às convenções processuais, de maneira mais densa ou rarefeita, como colocando a necessidade de intermediação judicial, cf. CABRAL, op. cit., p. 141-172.

partes podem estipular mudanças no procedimento e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo (art. 190).

Desta maneira, com a previsão expressa da possibilidade de celebrar negócios processuais *atípicos*, caíram por terras as objeções até então reinantes em solo brasileiro. Tornou-se totalmente infrutífero discorrer se é possível, ou não, celebrar negócios jurídicos processuais no Brasil.⁴ Hoje, a discussão deve cingir aos *pressupostos*, às *condições* ou aos *limites* da consensualidade processual, ou mesmo às *consequências benéficas ou deletérias* dela.

Não à toa, academicamente, a publicação do CPC/2015 representou verdadeiro “*big bang*” sobre a temática, o que pode ser percebido pela recente produção de *dezenas* de teses de doutoramento e dissertações de mestrado e *milhares* de artigos científicos,⁵ além dos vários livros publicados a respeito, individualmente ou por meio de coletâneas temáticas, e dos tópicos sempre presentes nos manuais de direito processual civil.

Os mais diversos temas processuais foram confrontados com a cláusula geral de atipicidade dos negócios processuais: prazos, provas, recursos, despesas...⁶ De modo geral, todos os temas admitem, de alguma forma, espécie de alteração convencional – ainda que limitada a aspectos menores, circunstanciais e subjetivos das próprias partes –, não atingindo o que vem se entendendo por “ordem pública” ou “norma cogente” processual.

Ilustrativamente, em encontros anuais, o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), evento promovido há quase 10 (dez) anos, contando com a participação de *centenas* de processualistas brasileiros,⁷ já aprovou *dezenas* de enunciados (que, pelas suas regras, pressupõem a *unanimidade* dos presentes) sobre os negócios jurídicos processuais – desde o regime híbrido dos requisitos de validade (enunciado n.º 16), passando pela descrição dos órgãos que poderiam vir a celebrá-los (253 e 256) e pela possibilidade de aplicação no processo

⁴ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 165-166.

⁵ Embora não se tenha pretensão de exatidão em tal invocação numérica, uma rápida busca por “convenção processual” ou “negócio jurídico processual” nas plataformas de buscas da Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (<https://bdtd.ibict.br/vufind/>) e do Catálogo de Teses e Dissertações (<https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#/>) e dos Periódicos da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (<https://www.periodicos.capes.gov.br/>) demonstra a profícua produção acadêmica a respeito, com retorno de mais mil menções ao tema, com o acréscimo, mês a mês, de mais textos sobre o assunto.

⁶ Dentre muitos outros, cf. CABRAL, Antônio do Passo. Recurso *per saltum* negocial: convenção processual para supressão de instância. In: DANTAS, Bruno; BUENO, Cassio Scarpinella; CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz; NOLASCO, Rita Dias (Org.). **Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 53-65; CABRAL, Antônio do Passo. Convenções processuais sobre os custos da litigância (I): admissibilidade, objeto e limites. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 278, p. 61-90, fev. 2018.

⁷ Maiores informações em: <https://www.fppc.com.br/>. Acesso em: 3 jan. 2022.

do trabalho (131) e nos juizados especiais (413), chegando à descrição de várias espécies de negócios processuais possíveis (19, 21, 490, 579 e 580) e proibidas (6, 20 e 254), dentre inúmeros outros temas laterais (enunciados n.º 17, 18, 115, 132, 133, 134, 135, 252, 255, 257, 258, 259, 261, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 491, 492, 493 e 569).

A alta produção acadêmica da temática é evidente.

Dentre as centenas de exemplos de negócios jurídicos processuais, que vêm sendo citados doutrinariamente, inserem-se muitos com *elevadíssimo potencial transformador da realidade forense e social*, tais como os de mediação ou de conciliação extrajudicial prévia obrigatória, apto a impedir o ajuizamento de ações judiciais sem que as partes, antes, tentem dialogar; de disponibilização probatória prévia obrigatória (“*pre-trial discovery*” ou “*disclosure*”),⁸⁻⁹ ou de produção antecipada de prova, capaz de colaborar com a majoração dos índices de autocomposição entre as partes e a impedir o ajuizamento de ações judiciais aventureiras, sem que se conheça os elementos fático-probatórios da contraparte; de meios alternativos de comunicação das partes entre si, de diminuição de prazos processuais e de “renúncia prévia” a possibilidades recursais, aptos a abreviar substancialmente o tempo de duração dos processos em geral; e de renúncia a impenhorabilidades, que pode viabilizar o avanço de incontáveis execuções ou cumprimentos de sentença em trâmite.

Prevalecendo o brocardo “*in dubio, pro libertate*”,¹⁰⁻¹¹ a atividade de idealização, celebração, controle de resultados e aprimoramento contínuo, reiniciando-se o ciclo, mostrava-se promissora, sob dois grandes aspectos.

⁸ Por exemplo, o advento de legislação processual com espécie de “*discovery*” em Taiwan, em 2000, rendeu estudo comparativo segundo o qual, após a sua implantação, houve aumento significativo de casos concluídos consensualmente pelas partes, com evolução crescente, anualmente, da eficácia do instrumento (MULLER, Júlio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: Análise econômica e jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 373).

⁹ Enunciado 163 da “II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “A convenção processual que prevê a produção antecipada de prova, seguida de mediação ou negociação entre as partes, na forma de cláusulas escalonadas, contribui para a eficiência processual e segurança jurídica, aumentando as chances de êxito dos métodos autocompositivos”.

¹⁰ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 126-128 e 161-164.

¹¹ Em contraponto, defendendo que não há falar em “na dúvida em favor da liberdade”, mas sim que a dúvida – hipótese da colisão do princípio da liberdade com outro(s) igualmente caro(s) – se resolve casuisticamente, por meio do sopesamento, de acordo com a hermenêutica constitucional moderna, cf. MULLER, Júlio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: Análise econômica e jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 138 e 150-151. No contexto da tutela coletiva, defendendo que a dúvida se resolve contrariamente à liberdade (favoravelmente à aplicação da legislação), cf. MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. **Convenção processual na tutela coletiva**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 233-234.

De um lado, a possibilidade de criação de fases obrigatórias prévias ao início do processo jurisdicional¹² ou, ainda, de desenvolvimento das fases processuais ordinárias (postulatória, saneadora e instrutória) extrajudicialmente – inclusive sob pena de os fatos não contrapostos se tornarem incontrovertidos ou da inadmissibilidade dos elementos de prova não apresentados ou produzidos, por exemplo.¹³

De outro, a possibilidade de meios cada vez mais criativos de prevenção e resolução de conflitos extrajudicialmente, não limitados à “mediação”, à “conciliação” e à “arbitragem”, com variados graus de obrigatoriedade de participação (adesão e retirada ao procedimento) e de vinculação às conclusões (sugestivas ou conclusivas), como nos casos de “entidades de infraestrutura” (“*claims resolution facilities*”) e “comitês de resolução de disputas” (“*dispute boards*”) por negócio processual.¹⁴

Trouxe-se, para dentro do direito processual, as figuras de “*designer* de disputas” e “arquiteto de escolhas”.

Para além disso, vem-se entendendo que os negócios jurídicos processuais não se limitam aos processos “patrimoniais”, ou mesmo “disponíveis”, nem mesmo aos “processos civis”, podendo alcançar qualquer espécie de processo, inclusive aquelas não mencionadas no CPC (art. 15), nisso incluindo-se os processos em que são discutidos direitos indisponíveis, os “casos repetitivos” de pessoas jurídicas de direito público, as ações coletivas, os incidentes de

¹² De modo semelhante, tem-se o “*pactum de non petendo*”, existente desde o direito romano, também denominado de armistício ou cláusula de paz, em que um ou mais agentes prometem não litigar em juízo dentro de determinado prazo, sob determinada condição ou a respeito de certas questões pré-determinadas (CABRAL, Antônio do Passo. *Pactum de non petendo*: a promessa de não processar no direito brasileiro. **Revista de processo**, v. 305, p. 17-43, 2020). Por possuir um viés negativo (um *não fazer*), como os acordos de não persecução penal em colaboração premiada (“acordo de imunidade”), difere-se da mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, por exemplo, que tem viés positivo (um *fazer*). Sua finalidade é a a criação de tempo mínimo de espera ou reflexão para se evitar comportamentos de afogadilho, impensados, sem reflexão, tal como aquele que existia como requisito para a “separação” ou o “divórcio”, para garantir uma manifestação de vontade mais hígida (THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. p. 258).

¹³ Dentre outros, cf. PANTOJA, Fernanda Medina. **Protocolos pré-processuais**: fundamentos para a construção de uma fase prévia ao processo no direito brasileiro. 2016. 256 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. *passim*; CURY, Cesar Felipe. **Protocolos pré-processuais**: a instituição de uma etapa preliminar ao processo como forma de prevenção e gestão cooperativa dos conflitos. 2017. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2017. *passim*; MULLER, Júlio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova**: Análise econômica e jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. *passim*.

¹⁴ Dentre outros, cf. CABRAL, Antônio do Passo; ZENETI JUNIOR, Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 287, p. 445-483, jan. 2019; FALECK, Diego. Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n. 23, p. 7-32, jul./ago./set. 2009. p. 7-32.

resolução de demandas repetitivas e procedimentos “coletivizantes”, os processos do trabalho, os processos criminais...¹⁵

O elevado potencial transformador da realidade forense e social é sobressalente.

Desta forma, só desse pequeno apanhado se percebem instrumentos consistentes para a diminuição da sobrecarga do Judiciário, a chamada “tragédia da Justiça”,¹⁶ que poderiam revolucionar a compreensão das partes, dos advogados, dos magistrados e da sociedade sobre a maneira como os conflitos podem ser discutidos e resolvidos nas mais diversas espécies de processos ou procedimentos.

Poderiam, mas ainda não revolucionaram; pouquíssimos foram os processos em que tal inovação se fez presente. Até o momento, “a montanha pariu um rato” – as expectativas foram quebradas; os resultados são tímidos.

b- Problema

Diante da *baixa recorrência ou frequência na prática*, seria possível a criação de *incentivos* para a majoração quantitativa e qualitativa dos negócios jurídicos processuais no país e, em sendo positiva a resposta, quais são os diversos aspectos circundantes (*fontes jurídicas de incentivos, tipos de incentivos, quem pode incentivar, quem pode ser incentivado, o que pode ser incentivado, quando e de onde podem advir os incentivos*)?

É essa pergunta-síntese que balizou as investigações acadêmicas e será respondida no decorrer deste trabalho de dissertação.

c- Delimitação metodológica

O primeiro recorte é *temporal*: não se trará um apanhado histórico do Direito ou da legislação, doutrina ou jurisprudência, revogadas ou atuais, tampouco se fará prognose do futuro delas, mas se identificará a situação atual e, a partir dela, traçará as possibilidades e as limitações jurídicas.

¹⁵ Dentre outros, cf. CABRAL, Antônio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. *In*: ZANETI JUNIOR, Hermes (org.). **Repercussões do novo CPC** - vol. 8 - Processo Coletivo. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 319-332; CABRAL, Antônio do Passo. Autocomposição e litigância de massa (II): negócios jurídicos processuais nos incidentes de resolução de casos repetitivos. **Revista do processo**, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3cUpSN3>. Acesso em: 6 jan. 2022; CABRAL, Antônio do Passo. Convenções processuais no processo do trabalho. *In*: TUPINAMBÁ, Carolina (Org.). **Solução de conflitos trabalhistas: novos caminhos**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 31-45; CABRAL, Antônio do Passo. Acordos processuais no processo penal. **Revista Do Ministério Público**, Rio de Janeiro, v. 64, p. 69-94, 2017.

¹⁶ WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 39-98.

O segundo é *espacial*: não se trará notícia de direito estrangeiro à cena; cingir-se-á ao direito brasileiro, muito embora isso não impeça a busca por socorro em autores estrangeiros para compreensões ou acréscimos pontuais.

O terceiro, e último, é *instrumental ou metodológico propriamente dito*: privilegiar-se-á a análise dogmática, em detrimento da zetética; o levantamento bibliográfico e teórico, em detrimento da pesquisa de campo ou empírica (estudos documentais, entrevistas, relatórios estatísticos, vivência-observação etc.); e o conteúdo dogmático e legislativo sobre o tema, em detrimento do jurisprudencial.

d- Delimitação temática e ineditismo

Tendo sido expostos a contextualização do tema e de sua relevância, o problema e a delimitação metodológica, para fechamento da delimitação temática, é de bom alvitre dizer o que não será objeto de investigação.

Não será objeto deste trabalho a análise sobre todos os elementos de existência e validade dos negócios jurídicos processuais; ao contrário, focar-se-á na possibilidade de criação de *incentivos* para a celebração dos negócios jurídicos processuais e nas circunstâncias destes, tangenciando mais fortemente a *vontade* e a respectiva *forma* de manifestação. Por isso, não se terá por objetivo problematizar ou delimitar a *(in)capacidade dos agentes* ou a *(i)licitude* de possíveis negócios jurídicos processuais concretamente identificáveis (e os critérios de controle de validade deles) que virão a ser citados ou quaisquer outros aspectos laterais.

Enfim, a teoria idealizada é a dos *incentivos para a celebração* de negócios jurídicos processuais, e não de possíveis incentivos decorrentes destes, tampouco dos negócios jurídicos processuais em geral.

A opção é duplamente justificável: o acréscimo dessas outras matérias sacrificaria a profundidade da pesquisa e não seria produtivo, pois já existem textos substanciosos sobre elas; além disso, desconhece-se estudo sistematizado e completo – horizontal e verticalmente – sobre *incentivos para a celebração* de negócios jurídicos processuais, com o que se pretende contribuir.¹⁷

¹⁷ A busca por “incentivos” retorna centenas de resultados nas ferramentas de buscas de obras acadêmicas ou comerciais no Direito, porém nenhuma tratando do fenômeno de forma sistematizada e completa, focada no âmbito processual. Há trabalhos em que foram estudadas algumas formas de estímulos a negócios materiais, antes e durante o processo judicial – nisso resultando a atenção do direito processual –, mas não estímulos à própria celebração de negócios processuais, como neste trabalho; ou que, mesmo discorrendo sobre incentivos a atos processuais (gênero no qual se enquadram os negócios), não o fazem de maneira holística, tampouco tratam do incentivo à negociação processual, especificamente. Dentre outros, cf. SILVEIRA, Susana Amaral. **Acordos incentivados**: uma contribuição britânica nos caminhos buscados pelo Judiciário brasileiro. 2010. 174 f. Tese

e- Estrutura do trabalho

O trabalho está dividido em 8 (oito) capítulos, traçando-se a espinha dorsal decorrente da problemática posta, aspecto por aspecto.

O Capítulo 01 cuidará dos fundamentos teóricos sobre a possibilidade, ou não, de criar incentivos para a celebração de negócios jurídicos processuais; o Capítulo 02, das possíveis fontes de estímulo, classificando-as como normativa, legal, jurisdicional, negocial e psicológico-comportamental; o Capítulo 03, dos possíveis tipos de incentivo, classificando-os em jurídicos ou não; o Capítulo 04, dos possíveis incentivadores, partindo-se dos mais lembrados, que são as próprias partes interessadas, os advogados e os julgadores dos casos, para em seguida se alcançar os normalmente “esquecidos” e os “ignorados”, conquanto muito importantes; o Capítulo 05, das pessoas destinatárias do incentivo, em estrutura similar à do capítulo anterior; o Capítulo 06, do que pode ser incentivado, isto é, o “objeto” do incentivo, descrevendo condutas passíveis de reforço e as que não podem ser estimuladas; o Capítulo 07, dos possíveis momentos em que pode ser criado o incentivo, classificando-os em prévio, incidental e posterior à celebração do negócio processual; por fim, o Capítulo 08 cuidará dos locais em que poderão existir os incentivos, classificando-os em “*intra*” ou “*endo*” processual, de um lado, e em “*extra*” processual, de outro.

f- Esclarecimentos introdutórios finais

Antes de incursionar na temática proposta, ainda se mostra conveniente traçar 3 (três) esclarecimentos nesta parte introdutória.

Primeiro, conquanto incomum, optou-se pela idealização dos nomes dos capítulos em forma interrogativa, de perguntas, em benefício da didática e da facilidade de encontrar os conteúdos, colaborando-se para eventual uso prático do trabalho.¹⁸

(Doutorado em direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010; ABREU, Rafael Sirangelo de. **Incentivos processuais**: economia comportamental e *nudges* no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020; ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. **Incentivos comportamentais ao tratamento adequado dos conflitos**: a audiência de mediação do artigo 334 do CPC como mecanismo de formação do consenso entre as partes. 2020. 185 f. Tese (Doutorado em direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020; MAZZOLA, Marcelo. **Sanções premiais no processo civil**: previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

¹⁸ Porém, afastando-se ao máximo do “principiologismo” e “manualismo”, isto é, a simples criação de capítulos ou tópicos com descrição abstrata de princípios, descolados da real reflexão acadêmica posta, ou descrição de conceitos, definições, classificações ou diferenciações óbvias (CARVALHO, Salo de. **Como (não) se faz um trabalho de conclusão**: provocações úteis para orientadores e estudantes de Direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 29-35).

Segundo, optou-se, a partir deste exato ponto, por nominar o instituto jurídico em questão apenas de “negócio processual” pelas seguintes razões: a) enquanto o CPC/2015 não trouxe “nome” à cláusula de atipicidade negocial, alguns atos normativos posteriores têm se referido, expressamente, a “negócios processuais” ou a “negócios jurídicos processuais”;¹⁹ b) negócio jurídico consiste em conceito lógico-jurídico fundamental, constante e essencial à teoria geral do direito,²⁰ que traz consigo a ideia de *determinação ou conformação* da consequência jurídica do ato jurídico (em sentido amplo) pelos próprios *agentes*; c) a contração da expressão, com expurgo do adjetivo “jurídico”, tornando-se apenas “negócio processual”, permite maior fluidez na leitura e não prejudica a compreensão, seja por conta deste esclarecimento, da natureza estritamente jurídica desta dissertação ou do contexto em que inserida; e d) “acordo”, “cláusula”, “avença”, “pacto”, “contrato” ou “protocolos” possuem inconsistências conceituais, impassíveis de suficiência ao objeto estudado,²¹ ao passo que “convenção” traz consigo ideia de bi ou multilateralidade, excluindo os negócios processuais *unilaterais* – que se pretende abranger nesta dissertação.

Em terceiro, optou-se pelo tratamento dos incentivos relativamente aos *negócios processuais*, mas certamente a maioria absoluta dos fundamentos e das conclusões também se aplicam aos demais atos jurídicos processuais (em sentido estrito ou atos-fatos),²² sobretudo os das partes. A opção se deu apenas para não tornar ainda mais complexo e longo o trabalho, afinal o acréscimo de alcances certamente exigiria reflexões adicionais (notadamente sobre os atos jurisdicionais) e prováveis exceções em alguns trechos.²³

¹⁹ Cf. Lei n.º 10.522/2002, art. 19, §§ 12 e 13, acrescidos pela Lei n.º 13.974/2019 – “Lei da Liberdade Econômica”; e Lei n.º 12.850/2013, art. 3º-A, acrescido pela Lei n.º 13.964/2019 – “Lei Anticrime”, no plano legislativo; e Resolução n.º 385/2021, art. 2º, § 6º, do Conselho Nacional de Justiça, que regulamenta os “Núcleos de Justiça 4.0”.

²⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Teoria geral do processo, essa desconhecida**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 59-60.

²¹ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 55-62.

²² A quase unanimidade da doutrina os admite, seguindo a categorização clássica de Pontes de Miranda. Em sentido contrário: *Ibidem*, p. 47-49, nota de rodapé.

²³ Embora os regimes jurídicos dos *negócios* e dos *atos* em sentido estrito sejam próximos, por conta de que ambos decorrem de condutas humanas voluntárias, não há completa identidade. Encontrando-se categorizadas dentro do gênero “ato jurídico em sentido amplo”, pressupõe-se, por lógica, a existência de distinções entre tais espécies, dentre as quais a impossibilidade de determinação de *condições*, *termos* ou *encargos* (elemento do plano de eficácia), pelos agentes, aos atos em sentido estrito (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 226-229).

CAPÍTULO 01

É POSSÍVEL INCENTIVAR UM NEGÓCIO PROCESSUAL?

No geral, a criação de incentivos parece ser ideia relativamente bem aceita no Direito *material*, com uma ou outra peculiaridade, mas o que dizer de criação de incentivos para a celebração de negócio *processual*?

Se, por um lado, para alguns, a resposta deveria ser semelhante, por outro lado, muitos outros pensam o inverso ou trazem inúmeras ponderações ou reticências, inclusive com críticas sobre possível “mercantilização” de ou “renúncia” a direitos ou institutos jurídico-fundamentais – processuais, no caso. Não é possível fixar, de antemão, com clareza, qual o lado majoritário ou vencedor desse debate.

Para o enfrentamento da questão, mostra-se oportuno o descortínio de aspectos da teoria geral dos direitos humanos processuais, da teoria geral do Direito e da teoria geral dos negócios processuais para, só então, seguir-se aos demais capítulos.

1.1. Aspectos gerais da teoria geral dos direitos humanos e fundamentais processuais e negócios processuais

De modo sintético, direitos humanos e fundamentais nada mais são do que um conjunto de direitos reputados essenciais pela sociedade para que qualquer pessoa possua uma vida digna, pautada pela liberdade, igualdade e dignidade.²⁴

De modo técnico, tem-se acrescentado na conceituação a existência de norma protetiva necessariamente ligada ao direito internacional – diferenciando, pois, da noção jusnaturalista de “direitos do homem”, independentes de fonte normativa com assento no ordenamento jurídico; e dos direitos protegidos pelos direitos constitucionais das nações, nominados de direitos fundamentais.²⁵

Dada a amplitude e a plasticidade do conceito,²⁶ não há um rol predeterminado, fixo, seja porque a delimitação precisa do que é, ou não, direito humano depende da análise de qual

²⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 40.

²⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 28-33.

²⁶ Daí advindo abertura para a restrição ou ampliação de alguns ou de outros “direitos humanos”, de acordo com a visão ideológica consciente ou inconsciente do intérprete. Sobre o tema, cf. ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996. p. 19-24. Em sentido

sociedade (critério especial) e de qual época (critério temporal) estão sendo tomadas em consideração. Há sociedade em que determinado tipo de direito se encontra mais impregnado no sentimento coletivo, diferentemente de outra; ao passo que, com a evolução ou involução política, econômica, cultural, social e moral, de modo dinâmico, fluído e não estático – fazendo com que o que num período era considerado supérfluo ou opcional pode se tornar essencial ou imprescindível, ou vice-versa,²⁷ numa mesma sociedade.

A importância da delimitação dos direitos humanos e fundamentais, num dado espaço-tempo, decorre da conferência de exigibilidade a eles em face do Estado e das demais pessoas, de maneira que estes deem, façam ou não façam algo no interesse dos titulares dos direitos.

O “dar” ou o “fazer” estão ligados preponderantemente a uma atitude ativa (comissiva) dos demais; o “não fazer”, ao reverso, a uma passiva (omissiva), seja total, resguardando-se a liberdade de todos os humanos para aquela situação ou temática, seja parcial, resguardando-se outros interesses, como a divisão de atribuições ou competências entre autoridades administrativas e judiciárias, ou a criação de imunidades em prol de determinados bens, serviços ou pessoas.

Disso tudo é possível entender por qual razão a compreensão dos direitos humanos e fundamentais está fundamentada na doutrina na indispensabilidade (direitos essenciais à vida digna), na universalidade (se são essenciais, são de todos), na reciprocidade (se são de todos, inclusive em face de outros titulares, todos também possuem deveres uns para com os outros) e na superioridade normativa (se todos também possuem deveres, não podendo o Estado ou uma parcela da sociedade se comportar de modo contrário aos direitos humanos e fundamentais, estes gozam de preferência).

Seria possível trazer mais dezenas ou centenas de páginas sobre a temática, com a descrição de inúmeras outras características geralmente ligadas à compreensão de direitos humanos e fundamentais pelos estudiosos, como a historicidade, a irrenunciabilidade, a inalienabilidade, a inexauribilidade, a imprescritibilidade e a vedação ao retrocesso, dentre outras, afinal, existem milhares de livros e artigos científicos a respeito. Todavia, a pretensão

semelhante, referente aos “direitos fundamentais”, cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 40-41 e 46-48.

²⁷ A discussão situa-se entre a exacerbação do universalismo e do relativismo: para o primeiro, há um mínimo ético irreduzível, sem o que se acoberta atrocidades; enquanto, para o último, o mundo é plural, inexistindo uma moral universal, razão pela qual o estabelecimento do “irreduzível” consubstancia o canibalismo ou colonização cultural, de uma cultura – dominante no momento, como a eurocêntrica ocidental – sobre a outra. Sobre o ponto, apontando inclusive que não existe apenas dois extremos, mas também uma porção de alternativas mais ou menos tênues no meio do espectro, bem com que o universalismo pode ser lido tanto como “ponto de partida” (pressuposto) quanto “ponto de chegada” (meta), nominando este de universalismo “de confluência” ou “pluralista”, cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais, europeu, interamericano e africano**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 73-77.

deste tópico não é se aprofundar na temática, mas apenas trazer os aportes mínimos para a compreensão deles.

Os direitos humanos e fundamentais processuais são o conjunto de direitos reputados essenciais pela sociedade para que qualquer pessoa possua uma vida digna – detendo função dúplice: a) instrumental, como *meio* de reconhecer, proteger ou fazer valer outros direitos; e b) material, como *direito* em si mesmo, ligado à participação na construção das deliberações no seio social.

Desse modo, não se concebe a outorga de direitos (materiais) sem instrumentos que confirmem parâmetros mínimos de eficácia àqueles direitos, assim como não se concebe processo sem parâmetros mínimos de participação, segurança jurídica e justiça, sem os quais não se pode considerar existente ou válido o processo, por meio do qual se reconhece, protege ou faz valer direitos.

Não à toa, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, todos os documentos normativos internacionais passaram a contar com menções expressas a direitos humanos processuais, conglobando a citada dupla natureza. Em maior ou menor extensão, a Convenção Europeia de Direitos do Homem de 1950, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 e a Convenção Africana de Direitos Humanos e dos Povos de 1979 consolidaram a preocupação humana com os aspectos instrumentais e materiais do direito processual.²⁸

É possível afirmar, por exemplo, que, no contexto da Convenção Americana de Direitos Humanos – o Pacto de San José da Costa Rica –, as preocupações com a razoável duração do processo (art. 7.5 e 7.6) ou com a produção de provas (art. 8.2, “f”) estão mais vocacionadas à eficácia dos direitos materiais tutelados (art. 7.5 e 7.6),²⁹ enquanto as com o julgamento perante juiz ou tribunal “competente, independente e imparcial” (art. 8.1), de maneira pública (art. 8.5), com prévia notificação do interessado e concessão de prazos e meios adequados para a preparação da defesa (art. 8.2, “b” e “c”), estão mais vocacionadas à garantia de participação, segurança jurídica e justiça.

²⁸ FONSÊCA, Vitor. **Processo civil e direitos humanos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 29-31.

²⁹ Bem externando os olhos voltados ao dito “direito material”, a Constituição de Portugal dispõe, em seu art. 20 (“Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva”), que, “para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter a tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”. Tanto o início (“para a defesa dos direitos...”) quanto o final (“em tempo útil... desses direitos”) confirmam o ponto. Sobre a duração razoável do processo, dentre outros, cf. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 367-378.

Ambas as facetas são partes integrantes do devido processo legal.³⁰

É nesse contexto que se inserem os negócios processuais, afinal, por meio deles é possível conferir maior eficácia aos próprios direitos (interesses juridicamente tutelados pelo ordenamento jurídica), assim como conferir ou potencializar maior participação, segurança jurídica e justiça das decisões, alcançando as expectativas nutridas pelos beligerantes.

Para melhor compreensão da temática, as duas facetas relativas aos negócios processuais serão tratadas separadamente abaixo.

Por último, dois esclarecimentos são necessários. Primeiro: a distinção trazida, a título de natureza dúplice, tem como foco a didática, i.e., a facilitação da compreensão das duas funções, pois não é possível fazer uma separação cabal, de maneira que cada elemento se ambiente única e exclusivamente em um dos lados (instrumental ou material). Em segundo: ao afirmar o caráter instrumental do direito processual, de nenhuma maneira admite-se a subordinação do direito processual ao direito material, seja porque a modificação de um ou outro tem a potencialidade de alteração ou de regulação primária do comportamento humano (que é o objetivo central do direito, a função dele, em busca de determinado fim, conforme será trabalhado no item 1.2.1), em uma relação coaxial;³¹ seja porque os campos se interpenetram e se complementam de modo indissociável em uma relação de circularidade, ou seja, o processo se volta ao possível direito para se adaptar e o possível direito se volta ao processo para reconhecer e ganhar concretude, afinal, antes do desfecho deste, não há propriamente um

³⁰ A produção a respeito do devido processo legal é robusta, mercê do caráter polissêmico da expressão e da vasta evolução de seus contornos ao longo dos séculos, formal e materialmente. Não interessa à dissertação a exploração profunda da temática. Sobre o tema, cf. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 109-130; DOS SANTOS, Eduardo Rodrigues. **Princípios processuais constitucionais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 126-133; NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 80-107; MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 256-261.

³¹ CABRAL, Antônio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. **Civil Procedure Review**, v. 12, p. 69-102, 2021.

direito, uma norma, mas mero texto normativo, conforme será trabalhado no item 1.2.2,³² parcialmente.³³

1.1.1. Instrumento: negócio processual como mecanismo de reforço de direitos materiais e de “acesso à justiça”, “razoável duração do processo” e “tutela jurídica adequada”

É de longa data a assertiva que o direito processual possui uma feição instrumental, mercê da sua importância para o reconhecimento, o acautelamento e o implemento efetivo de direitos.

Se assim o é, o negócio processual pode ganhar feição de instrumento do instrumento, ou de instrumento ao quadrado, isto porque pode ser compreendido, em certa medida, como um recurso a mais disponibilizado pelo direito processual, o qual já tem feição instrumental.

O negócio processual pode ter feição instrumental relativamente a um direito material, colaborando para a regulação primária do comportamento humano, como também relativamente a um direito processual, estritamente, colaborando para a alteração ou para o reforço do “*design*” de disputas trazidas pelo legislador.

Na primeira hipótese, ao alterar substancialmente a regulação processual sobre a forma de tutela de determinado bem da vida, a própria conduta humana pode se modificar: escolha pela realização dela, ou não, de determinada conduta, ou pelo descumprimento, ou não, de algum dever ou obrigação, legal ou convencional. É o que demonstra a teoria coaxial, descrita no item anterior.

É majoritário que a criação ou a supressão de hipóteses de autotutelas, ou de tutelas provisórias, tem potencial de majorar ou de minorar, respectivamente, a obediência às normas

³² A questão se coloca independentemente da adoção da teoria declaratória ou cognitivista da jurisdição, segundo a qual para toda questão – por mais complexa que seja – existe sempre uma única resposta aceitável juridicamente, cabendo ao julgador declará-la, ou da teoria normativa, cética ou criativa da jurisdição, segundo a qual toda questão complexa muitas vezes possibilita duas ou mais respostas aceitáveis juridicamente, cabendo ao julgador optar por uma delas, dentro da moldura permitida pelo ordenamento jurídico. Tal discussão não se fará presente no item 1.2.2. Sobre o ponto, que extravasa os limites deste trabalho, cf. GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 222-226; ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 215-220.

³³ ZANETI JUNIOR, Hermes. Teoria circular dos planos. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2007. p. 401-430; DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 39-41. Conquanto a teoria coaxial se enxergue necessariamente como diferente da teoria circular, sob fundamento de que esta pressuporia uma relação finalística do direito processual ao direito material, parece-nos que a crítica ou diferenciação não é inteiramente correta, pois é possível a sobrevivência da circularidade mesmo extirpando a instrumentalidade ou a relação finalística combatida. A rigor, parece-nos que as teorias são complementares e podem se juntar ou encaixar, sem que haja prejuízo efetivo à compreensão do fenômeno e da distinção dele das fases imanentista (sincrética ou praxista, de completa vinculação), da autonomista (científica, de completa autonomia), da instrumentalista (teleológica) e, ainda, da “neoprocessualista” (contemporânea ou formalista-valorativa).

ou índices de soluções consensuais, conquanto o denominado “direito material” não tenha em nada se alterado.

Na segunda hipótese, o negócio processual busca alterações pontuais no procedimento, servindo como um instrumento para a própria gestão do procedimento pelas partes e pelo próprio Poder Judiciário – como é o caso simplório da calendarização. Conquanto não lhe caiba o papel de parte, nada impede que o Judiciário fomente ou recomende alterações consensuais pelas partes visando o atingimento de outros direitos processuais, tais como “acesso à justiça”, “razoável duração do processo” e “tutela jurídica adequada”.

Desse modo, o negócio processual detém feições instrumentais, servindo de reforço a direitos materiais e, ainda, a direitos processuais de índole igualmente instrumental.

1.1.2. Direito autônomo: negócio processual como espécie de direito de participação efetiva no processo e liberdade

Outra feição do direito processual é a de direito autônomo, um direito em si mesmo, ligado à noção de participação na construção das deliberações em sociedade e, ao mesmo tempo, à de liberdade.

O pressuposto da participação é a instituição da garantia de que ninguém será despojado de sua liberdade ou de seus bens (em sentido amplo) contra a sua vontade, por imposição de algum particular ou alguma autoridade, sem que lhe seja resguardada a sua ciência, possibilidade de manifestação e devida consideração de suas razões pela autoridade julgadora competente – isto é, o devido processo legal.

Nessa visão, o direito processual se comporta como escudo protetivo, repelindo tirania ou arbitrariedade, seja de um ente privado, seja de um público, incluindo-se o magistrado.

Noutro tocante, o pressuposto de liberdade é a possibilidade de conformação da realidade e do direito, de se autorregular (autonomia), com a possibilidade de os interessados criarem as normas que melhor lhes aprouver.

Por esse espectro, o direito processual pode funcionar como espaço aberto à criatividade, à inovação, à flexibilidade e, ainda, a testes. Logicamente não há liberdade absoluta, como não há nenhum direito efetivamente absoluto – não servindo isso, todavia, para sufocar a liberdade no direito processual, como se não houvesse espaço algum.

No caso, a negociação processual também se presta nitidamente como direito autônomo, sob as duas vertentes.

De um lado, permite-se, com ele, a adequação do próprio procedimento, reforçando espaços de participação ou, quando os suprimir, resguardá-los aos momentos e às hipóteses

realmente úteis, na visão consensual das partes. Ao assim agir, afasta a tirania ou a arbitrariedade, pois tais substantivos trazem consigo a ideia de atuação contrária à vontade do afetado.

De outro lado, permite-se, com ele, a criação de instrumentos e de regras próprias à regulação dos conflitos, sobretudo na esfera extrajudicial e na fase preliminar, impedindo a eclosão do conflito diretamente no Judiciário, sem antes ter sido trabalhado ou tratado, ainda que parcialmente.³⁴

Enfim, a regulação (criação, alteração ou supressão) do devido processo legal no processo e a criação de um “processo antes do processo” deixam evidente o negócio processual também como um direito autônomo, umbilicalmente ligado aos direitos de participação efetiva e de liberdade.

1.1.3. Hermenêutica dos direitos humanos e fundamentais: aberturas à promoção dos negócios processuais

A hermenêutica dos direitos humanos parte das premissas que os norteiam, como indispensabilidade, universalidade, reciprocidade e superioridade normativa, tratadas na parte inaugural deste subcapítulo.

É delas que advém, como consequência lógica, a eficácia criativa, interpretativa e limitadora ou bloqueadora dos direitos humanos e fundamentais, capazes de criar deveres não descritos expressamente no texto normativo, de interpretar os textos normativos da maneira que se mostrarem aderente ou em conformidade e de eliminar ou impedir interpretações que lhes sejam contrários. É a denominada “interpretação conforme”.³⁵

É delas que advém, também, a interpretação potencializadora dos direitos humanos e fundamentais, razão pela qual, havendo dúvida sobre o alcance destes, diante de opções interpretativas discrepantes, deve-se preferir a opção que resultar na maior concretização daqueles. Pela mesma teleologia, a compreensão de um mesmo direito também deve expandir: a igualdade, inicialmente apenas formal, passa a englobar também aspecto material; e a vida,

³⁴ Dentre outros, cf. PANTOJA, Fernanda Medina. **Protocolos pré-processuais: fundamentos para a construção de uma fase prévia ao processo no direito brasileiro**. 2016. 256 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. *passim*; CURY, Cesar Felipe. **Protocolos pré-processuais: a instituição de uma etapa preliminar ao processo como forma de prevenção e gestão cooperativa dos conflitos**. 2017. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2017. *passim*; MULLER, Júlio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: Análise econômica e jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. *passim*.

³⁵ Dentre outros, cf. RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 156-157; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 40-42.

inicialmente garantidora apenas da sobrevivência, passa a englobar também a vida digna. Para o campo processual, pode-se dizer que o acesso à justiça, inicialmente garantidor apenas de demandar uma resposta jurisdicional, passa a englobar também o acesso facilitado e adequado até a saída (a obtenção ou concretização da tutela jurisdicional).

É a denominada “interpretação extensiva”³⁶ – conceituação próxima à “máxima efetividade” ou à “primazia da norma mais favorável”, ainda no campo dos direitos humanos,³⁷ ou ao clássico brocardo “*odiosa restringenda, favorabilia amplianda*”.³⁸

A situação não difere, substancialmente, da hermenêutica dos direitos fundamentais, constante dos cursos de direito constitucional. Basicamente, dentre os sentidos passíveis de extração de um texto normativo, o intérprete sempre deve privilegiar aquele que se mostre “conforme” o documento humanista superior (no caso, a Constituição) e, ainda, aquele que traga maior densidade e efetividade aos direitos protegidos (no caso, os fundamentais).³⁹

1.1.4. Conclusão parcial

Sendo os negócios processuais uma expressão instrumental e material decorrente dos direitos humanos e fundamentais processuais, deve-se preferir ou potencializar as interpretações que estejam em conformidade com os paradigmas humanistas e que ampliem ou estendam os limites ou a efetividade deles.

Na concepção adotada nesta dissertação, a interpretação conforme e mais favorável e potencializadora é aquela que permite a ampla criação de incentivos à negociação processual, com base seja na teoria geral dos direitos humanos e fundamentais, tratada neste item, seja nos influxos da teoria geral do direito e da teoria geral do negócio jurídico, tratadas nos itens seguintes deste Capítulo.

³⁶ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 179-182.

³⁷ Dentre outros, cf. RAMOS, op. cit., p. 164-166; MAZZUOLI, op. cit., p. 41-42.

³⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 202-205.

³⁹ Dentre outros, cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 295-302; MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 73-76; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 137-144.

1.2. Aspectos gerais da teoria geral do direito: da função promocional do direito à revisitação dos conceitos de norma

Desde sempre, a teoria geral do direito trata de trazer conceitos jurídicos fundamentais para a compreensão da ciência jurídica, classificando-os, extremando-os de conceitos anexos ou laterais e, ainda, subdividindo-os em seus elementos essenciais, com o descarte dos meramente circunstanciais ou acidentais.

Nesse contexto, 2 (dois) conceitos merecem ser revisitados para o desenvolvimento e para a conclusão deste trabalho: os de “função do direito” e “norma”. O primeiro com a intenção de ressaltar a visão finalística do direito e a sua atuação por meio de estímulos; o segundo, a desnecessidade de imperatividade, estatalidade e coercibilidade para o reconhecimento de uma norma, abrindo espaço para a normatização meramente estimuladora por meio de negócios processuais.

Por revisitação, contudo, não se quer mergulhar a fundo nos referidos temas, por extravasar aos objetivos deste texto quer-se apenas trazer luzes com base nas conclusões das lições contemporâneas mais referenciadas.

1.2.1. Da estrutura à função do direito: função promocional do direito

A mudança paulatina do modelo de Estado provocou notório rearranjo sobre a compreensão do Direito no último século⁴⁰.

Antes, na fase “Liberal”, tinha-se como função do Direito a simples *regulação* de condutas básicas e limitadas das pessoas e de entidades (públicas e privadas), em defesa dos direitos humanos e fundamentais ditos de primeira dimensão (civis e políticos), ligados à *propriedade* e à *liberdade*. Para tanto, organizaram-se os instrumentos de força (forças armadas, contra ameaças externas, e polícias, contra desordens internas) e de deliberação de controvérsias (judiciário).⁴¹ Sua visão encontrava-se voltada para dentro de si mesma, observando seus sinais linguísticos, seus conceitos e suas estruturas. Ilustrativamente, não lhe competia incursionar na ordem econômica, nem mesmo de modo indireto (regulação, fiscalização, incentivo e planejamento), muito menos ainda de modo direto (Estado-empresário, explorador de atividades econômicas).

Depois, com o advento da fase “Social”, aflorou-se, como papel do Estado, a perseguição dos direitos humanos e fundamentais de segunda dimensão (sociais, econômicos e

⁴⁰ Não se pretende realizar abordagem histórica e detalhada, até porque tal metodologia não foi aplicada neste estudo, conforme delimitado na Introdução. Partir-se-á de compreensões consensuais presentes na academia.

⁴¹ BOBBIO, Noberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Burueri: Manole, 2007. p. 64.

culturais), ligados à *igualdade* – algo inatingível a ser *promovido* constantemente. A mesma situação se percebe em relação às próximas “dimensões” de direitos humanos e fundamentais.⁴²

Com isso, o Estado deixou de apenas *proibir* ou *determinar*, focado apenas na repressão dos comportamentos desviantes ou impor comportamentos obrigatórios, passando também a *promover* e a *estimular* comportamentos benéficos.⁴³ Exemplos disso são as políticas de redistribuição de renda, providas diretamente pelo Estado, ou a concessão de empréstimos, isenções ou prêmios a empresas que fizerem algo benéfico (promessa ou efetiva contratação, ou manutenção, de trabalhadores num dado contexto, *v. g.*), estimulando-as.

Daí porque se diz que, desde então, consolidou-se uma “função promocional”, com olhar para fora, para o exterior, buscando o motivo de sua própria existência – a tutela da dignidade humana, em seu último ponto de parada.

É nesse contexto que se inserem os objetivos fundamentais constantes da Constituição brasileira: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; e, ainda, a promoção do bem, sem qualquer forma de discriminação (CF, art. 3º, I a IV).

É nele, ainda, que se encontram os diversos deveres assistenciais *constitucionais* do Estado – desde o de prestar assistência *jurídica* integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, e 24, XIII) e assistência *aos desamparados* (art. 6º), aos portadores de deficiência (art. 23, II)... Enfim, a quem necessitar de assistência social, protegendo-se a família, a maternidade, a infância, a adolescência e a velhice, buscando-se reduzir as famílias em situação de pobreza ou em extrema pobreza (art. 203, I a VI).

É por conta disso que, hoje, dentre as funções a serem promovidas, encontra-se a de *(re)distribuir* recursos entre os membros ou segmentos da sociedade,⁴⁴ como o conhecido programa “Bolsa Família” (Lei n.º 10.836/2004), hoje “Auxílio Brasil” (Lei n.º 14.284/2021), por exemplo.

O advento da função *promocional* não significa desconsideração ou descarte da função *estrutural* do Direito; ambas convivem harmonicamente, complementando-se e influenciando-

⁴² Desnecessário trazer a crítica sobre a diferenciação de “dimensão” e “geração”, ou da ideia de que há linearidade ou evolução (sucessão) lógica ou temporal sobre os direitos “numerados”; ou, ainda, descrever as chamadas terceira, quarta, quinta, sexta e até sétimas dimensões, por extrapolar ao objeto de estudo e não trazer qualquer ganho à fundamentação. Para estudo mais detalhado, dentre muitos, cf.: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 57-64; RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 80-85.

⁴³ BOBBIO, Noberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Burueri: Manole, 2007. p. 2. No âmbito processual, cf. ABREU, Rafael Sirangelo de. **Incentivos processuais**: economia comportamental e *nudges* no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *passim*.

⁴⁴ BOBBIO, op. cit., p. 96.

se mutuamente. A análise da *estrutura* colabora para a compreensão da *finalidade*, enquanto a desta, com a interpretação daquela. Desse modo, a alteração desta pode impactar indiretamente na compreensão daquela, e vice-versa.⁴⁵

Não há superioridade de uma função sobre a outra, aprioristicamente – conquanto se possa salientar, abstratamente, que o Direito deve servir ao homem, à dignidade, e não o inverso.

Enfim, o Direito passa a se preocupar, mais e mais, em favorecer condutas e em atingir determinadas metas socialmente desejadas, com viés prospectivo, olhando-se para o futuro, tirando o foco exclusivamente do desfavorecimento das deletérias, com viés retrospectivo, olhando-se para o passado.⁴⁶

1.2.2. Norma jurídica: declínio da imperatividade, estatalidade e coercibilidade como elementos essenciais e do caráter puramente estrutural

Norma jurídica foi vista e descrita de inúmeras formas e por incontáveis autores no decurso dos milênios – sendo fruto de reflexões contínuas –, podendo-se ser resumidas em dois ângulos principais, para facilitação e simplificação extrema da compreensão.

O primeiro, clássico, relaciona norma jurídica aos atributos da *imperatividade*, *estatalidade* e *coercibilidade* – alguns os veem de modo cumulativo, outros, isoladamente, com preponderância ou preferência de um único atributo.⁴⁷ *Imperatividade* seria a imposição de uma ação ou omissão, buscando o balizamento do comportamento humano. *Estatalidade* seria a ligação do Direito somente ao Estado – e, dentro dela, ainda teria a identificação ou adstrição à função *legislativa*. *Coercibilidade* seria a indispensabilidade do acoplamento de uma coerção a toda e qualquer norma. Esse ângulo é o mais popular, sobretudo à população leiga.

O segundo ângulo, mais contemporâneo, critica o anterior ao trazer as hipóteses variadas da modernidade que prescindem de imperatividade, estatalidade e/ou coercibilidade. Quando o mundo real se choca com a teoria, é o caso de superá-la ou reformulá-la – e não buscar mantê-la imóvel –, ignorando aquele ou tentando adaptá-lo à teoria.

A uma, de normas jurídicas *facultativas* ou *autorizativas*, que efetivamente não impõe um comportamento, mas só traça uma possibilidade, uma permissão (v. g., a possibilidade de se demandar judicialmente a simples declaração de autenticidade ou da falsidade de determinado documento); *incentivadoras*, que difere das anteriores – facultativas – apenas por

⁴⁵ Ibidem, p. 112-113.

⁴⁶ BOBBIO, Noberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Baurerri: Manole, 2007. p. 15 e 23

⁴⁷ BOBBIO, Noberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001. p. 105-108.

conter um benefício, sem impor qualquer comportamento (v. g., a redução dos honorários advocatícios sucumbenciais se o réu tomar certas atitudes colaborativas); *organizacionais*, que apenas estruturam entidades (v. g., as atribuições, a forma e a composição do Supremo Tribunal Federal ou de uma entidade associativa ou sindical); e *dispositivas*, que traçam um padrão, mas admitem que consensualmente venha a ser derogado (v. g., a possibilidade de estipulação de mudanças no procedimento legal ou de convenção sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais previstos na legislação processual).

A duas, de normas jurídicas *não estatais*, isto é, não produzidas por um Estado, isoladamente, embora por ele *toleradas*, *admitidas* ou *incentivadas*, com a formação, inclusive, de jurisdições extra estatais, paraestatais, arbitrais, internacionais ou comunitárias, como é o caso, por exemplo, das normas *eclesiásticas*, *indígenas*, *patrimoniais disponíveis* e *convencionais* do plano do direito internacional.⁴⁸

Limitar a norma jurídica à estatalidade despreza tanto o presente, com as múltiplas facetas descritas, quanto o passado mais remoto, pré-industrial, antes do surgimento do “Estado” sob a atual concepção, regido pelo direito costumeiro.

A três, de normas *sem sanção*, cuja existência não decorre apenas da constatação fático-empírica (v. g., o descumprimento dos prazos fixados aos juízes para proferirem despachos no prazo de 5 dias, decisões interlocutórias no de 10 dias e sentenças no de 30 dias), mas também implícita ao Direito, afinal, se uma norma é garantida por uma sanção, e esta por outra norma superior que lhe regulamenta, o regresso ao infinito de qualquer maneira chegaria a uma norma superior hipotética despida de sanção.

Noutro espectro, *norma jurídica* foi reduzida alhures aos textos normativos contidos na legislação que contivessem previsão de uma dada consequência específica sempre que presente uma dada hipótese de incidência – de maneira que, em havendo previsões discrepantes inconciliáveis decorrentes de um só suporte fático, só uma se aplicaria, resolvendo-se a questão por meio dos critérios clássicos de resolução de antinomias (especialidade, hierárquico-superioridade ou cronológico-temporalidade).

Hoje, tem-se que a norma jurídica é *produto da interpretação* dos textos e da realidade⁴⁹ – existindo normas não escritas, decorrentes do sistema, e outras, ainda, extraíveis apenas de

⁴⁸ Com olhar aprofundado sobre as várias espécies de jurisdição, cf. GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 122-169.

⁴⁹ A afirmativa se tornou lugar comum nas lições de hermenêutica. Dentre muitos, cf. GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 18 e 28-43.

símbolos e gestos, como o sinal vermelho de um semáforo ou a movimentação dos braços do agente de trânsito mandando seguir ou parar.

Sendo produto da interpretação, norma jurídica não se demonstra num raciocínio de verdadeiro ou falso, e sim se *justifica*, de modo que o intérprete não atua segundo a lógica da simples subsunção, e sim da *preferência* – desde que cabível ou razoável dentro das aberturas linguísticas e contextuais (*tempo e espaço*, histórica e culturalmente).⁵⁰

Mais ainda, mesmos quando *interpreta* textos, não se resume a extrair descrições com aquela estruturação; esta, denominada de *regra*, é apenas uma das espécies daquela.

A outra espécie são os *princípios*, também dotados de força jurídica normativa, presentes nos textos e fora deles, vocacionados à descrição de *finalidades* a serem atingidas “na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”⁵¹ – daí advindo duas dificuldades internas e uma terceira, externa. A uma, a indeterminação, vagueza do suporte fático e da consequência jurídica. A duas, em consequência da anterior, a inerência de colisões dentre eles, que podem parecer antagônicos ou discrepantes no caso concreto, inexistindo possibilidade de valoração, gradação ou hierarquização prévia dentre os princípios. E a três, a possibilidade de conflitos entre “regras” e “princípios”, também inexistindo possibilidade de valoração, gradação ou hierarquização prévia dentre as duas espécies normativas.

A distinção primordial entre regras e princípios residiria, para alguns, nas diferenças das “estruturas normativas”, enquanto, para outros, na “fundamentalidade”. No Brasil, observa-se certo “sincretismo metodológico”, como se houvesse complementariedade entre as distinções, a despeito das consistentes críticas existentes sobre esse comportamento acadêmico.⁵² Este trabalho, contudo, não pretende se aprofundar ou posicionar em um ou outro sentido, por ser desnecessário para o objeto de estudo.

Por conta dessa complexidade, que se encontra presente em todo o mundo jurídico em maior ou menor medida, hoje já se diz que a ideia de Direito como *pirâmide*, inspirada na teoria pura do direito de Hans Kelsen, que simplificava a compreensão do Direito em poucos aspectos e sob uma estrutura rígida hierárquica, pode ser substituída pela de *rede* ou *teia* (policentrismo; flexibilidade; formas variadas e disformes; entrelaçamentos; etc.), dado o aspecto multifacetado

⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 63-85.

⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 46.

⁵² O critério da “fundamentalidade” estaria ligado a Robert Alexy, ao passo que o da “estruturação normativa”, a Ronald Dworkin. Pregando o dever de coerência ou purismo na fundamentação pelo jurista, de maneira que adote apenas um dos dois referenciais teóricos, pois seriam incompatíveis entre si, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-629, jan./jun. 2003.

do mundo moderno, por conta do pluralismo *normativo e jurisdicional*, resultado da incidência concomitante e nem sempre coordenada ou unânime sobre um mesmo território ou conjunto de pessoas. Não é que a pirâmide tenha se perdido, não sendo ilustrativa de nenhum cenário; apenas deixou de conformar e explicar a integralidade do direito atual.⁵³

Com isso, uma mesma conduta pode ser “descritivamente” (norma-regra) ou “aprioristicamente” (norma-princípio) *vedada* pela “norma” comunitária ou internacional, *permitida* pela nacional (constitucional ou legal) e *imposta* pela local ou negocial, da mesma forma que uma mesma conduta pode receber resultados (juízos de juridicidade) concomitantemente díspares ou contraditórios entre as várias jurisdições, ainda que a partir de um único texto normativo.

Fugindo da ideia de hierarquia entre os planos normativo e jurisdicional, não há uma resposta certa, unívoca, para a solução dos embates de fontes ou dos produtos de interpretação de uma só fonte.

Há quem diga que a solução se dá “em favor do que é melhor para o homem” (dignidade humana), a partir de um “diálogo das fontes”, de modo que, dentre várias, deve-se preferir a “melhor norma”, seja na etapa de *reconhecimento da “criação”* de um novo direito (objeção à hierarquia e à especialidade), seja na de *manutenção* de um direito “antigo” (objeção à cronologia, impedindo-se revogações, que consubstanciaríamos “retrocesso social”).⁵⁴ A posição soa apazível, porém, não soluciona a questão, primeiro pela alta abstração e vagueza do postulado (juízo altamente subjetivo: o que é “melhor” e, ainda, na visão de qual “homem?”); e, segundo, pela possibilidade de que uma fonte seja melhor em algum aspecto, mas pior em outro.⁵⁵

⁵³ Dentre outros, cf. LOSANO, Mario G. Modelos teóricos, inclusive na prática: da pirâmide à rede. Novos paradigmas nas relações entre direitos nacionais e normativas supraestatais. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, n. 16, p. 246-284, jul./dez. 2005; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; BORGES, Guilherme Roman. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. p. 205.

⁵⁴ Dentre muitos, cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 40-42; MOLINA, André Araújo. **Os direitos fundamentais na pós-modernidade: o futuro do direito e do processo do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 152-160.

⁵⁵ A questão é antiga no direito do trabalho, comum em todo manual da disciplina, decorrente do “diálogo das fontes” existente entre as “disposições contratuais” (contrato de trabalho), disposições legais e “disposições coletivas” (acordos ou convenções sindicais) – o que culminou em duas posições principais. Para uma corrente, denominada de “conglobamento”, deve-se aplicar a “melhor norma” de modo global (subcorrente “totalizante”), ou de acordo com cada “instituto” jurídico (subcorrente “mitigada” ou “setorizada”); para outra, denominada “atomista”, deve-se aplicar a “melhor” de cada ponto (“átomo”), “acumulando-se” as virtudes de cada fonte normativa. Nessa análise (do que é “melhor”, para uma corrente ou outra), discute-se, ainda, se o parâmetro deve ser em relação a determinado trabalhador ou à categoria como um todo, abstratamente. Por todos, cf. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudências posteriores**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 215-218. Apesar da antiguidade da discussão, até hoje não se tem por bem resolvida na prática.

Há, ainda, a sugestão de solução pelo diálogo entre as “Cortes”,⁵⁶ o que também soa agradável e não dissolve a tensão, mercê da ausência de resposta à hipótese de resistência ao diálogo ou persistência da divergência, mesmo após diálogo.⁵⁷

O que resta, no fim das contas, é a invocação aos princípios da proporcionalidade ou razoabilidade – com todas as críticas do que disso pode advir.⁵⁸ Na ausência de sustentação jurídica melhor, é o que vem prevalecendo.

Portanto, é possível estabelecer apenas uma relação entre norma e *regulação de condutas* ou *de entidades abstratas* (públicas ou privadas, personalizadas ou não) *que regulamentam* ou *praticam condutas*, incluindo-se, no conceito dessa regulação, os *fins a serem promovidos*. Qualquer elemento adicional faria com que se ignorasse o fenômeno jurídico na contemporaneidade em toda sua complexidade multifacetada.

Conquanto estejam presentes na maior parte das vezes, a *imperatividade*, a *estatalidade* e a *coercibilidade* não são elementos essenciais, indissociáveis, do conceito de *norma*

⁵⁶ Em verdade, a locução “diálogo das ou entre cortes” é plurissignificativa, em vários sentidos: multidimensional ou bi ou plurilateral (não só as cortes “menores” buscando conhecer das deliberações das cortes “maiores”, mas também o inverso), histórico-evolutivo (não só com base nos precedentes atuais, mas também compreendendo o histórico ou a cultura subjacente) e multi-normativo ou jurisprudencial (não só entre tribunais nacional, supranacional e internacional com competência num mesmo espaço-território, mas também entre tribunais com competências em espaços-territórios diversos, isto é, estrangeiros, mas tratando de conflitos de direitos humanos semelhantes, tais como entre os contextos americano, europeu, africano e asiático). Para maior aprofundamento, dentre outros: cf. ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. O diálogo institucional entre cortes locais e cortes transnacionais. *Revista Virtual da AGU*, n. 134, p. 1-17, abr. 2013. *passim*.

⁵⁷ Veja-se que, mesmo após o caso “Princesa de Mônaco vs. Alemanha”, em que esta foi condenada perante a Corte Europeia de Direitos Humanos por permitir violações indevidas à intimidade da princesa, o Tribunal Constitucional alemão – mesmo reconhecendo o precedente europeu em sentido diverso – insistiu em seu posicionamento originário em julgamentos subsequentes, em prol da liberdade de imprensa. Nesse contexto, Virgílio Afonso da Silva entende que, embora não haja hierarquia, de maneira que não devem sempre se curvar – e não vêm sempre se curvando – à decisão do tribunal comunitário, os tribunais nacionais devem dialogar com o precedente daquela esfera mais abrangente, isto é, como uma espécie de ônus argumentativo adicional ao tribunal nacional, caso queira insistir na divergência (SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e transnacional. *In*: NEVES, Marcelo (coord.). **Transnacionalidade do Direito**. Novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 101-112). Trazendo para realidade brasileira, de modo semelhante – mas não idêntico, por não envolver a Corte Interamericana, mas só a Comissão de Direitos Humanos –, cite-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus n.º 270.269-MS, na qual se invocou – dentre outros fundamentos – a “teoria da margem de apreciação nacional” para não aplicação no Brasil da recomendação da Comissão de que o crime de desacato seria “inconvencional” (GUERRA, Gustavo Rabay; MARCOS, Henrique Jerônimo Bezerra. O dribble continental: a margem de apreciação nacional na decisão de convencionalidade do crime de desacato pelo Superior Tribunal de Justiça. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 63, n. 2, p. 169-189, ago. 2018).

⁵⁸ Em tom ácido, diante da fluidez interpretativa e de vários aspectos da modernidade (globalização, digitalização, multiculturalismo, pluralismo jurídico, derrocada do primado da legalidade, reconhecimento da força normativa da constituição, reaproximação entre direito e moral, eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais, soerguimento funcional do Judiciário e ativismo deste, etc.), há quem chegue a dizer que o direito não se presta mais a servir como “norma”, uma “reserva de sentidos”, mas sim como mera “instrução”, uma simples variável a ser considerada (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; BORGES, Guilherme Roman. **A superação do direito como norma**: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. p. 191-216). Esta dissertação não toma partido nessa discussão.

jurídica,⁵⁹ mas apenas circunstanciais ou acidentais, com alta recorrência; ao passo que, embora domine numericamente as legislações, o modelo *estruturante-descritivo-prescritivo* (regra) consubstancia apenas uma das espécies de *norma jurídica* (ao lado do princípio).

1.2.3. Conclusão parcial

Levando em consideração as reflexões dos tópicos precedentes, excluídas as “organizacionais”, que apenas regulamentam entidades abstratas, e as (re)distributiva de recursos, que não interessam ao presente estudo, podem existir normas: a) *facultativas* (fazer ou não fazer, em sentido amplo) de condutas, sem impô-las e sem coercibilidade; b) *incentivadoras* de condutas (comissivas ou omissivas), similar à anterior, com o acréscimo de incentivo prévio ou prêmio posterior (ao fazer ou não fazer, em sentido amplo); c) *puramente imperativas* que determinam (proíbem ou impõem) condutas *sem coercibilidade* (seja porque despidas de sanção, seja porque dispositivas, passíveis de derrogação pelas partes); e d) *imperativas* que determinam (proíbem ou impõem) condutas com *coercibilidade*, isto é, com imposição de castigo em caso de descumprimento (não fazer e fazer, respectivamente) ou ambas.

Enfim, numa espécie de degradê, para o direito uma conduta ou finalidade pode ser *irrelevante* (ausência de regulamentação), *facultativa* (regulamentação normativa sem imperatividade), *incentivada* (regulamentação normativa com acréscimo de facilitação ou prêmio) ou *determinada*, imposta ou proibida (regulamentação normativa com coercibilidade), cujas consequências podem ser variadas, com ou sem incidência de sanção (em sentido amplo), isolada ou cumulativamente.

1.3. Aspectos gerais da teoria geral do negócio jurídico e existência: desnecessidade de análise de “intencionalidade”, “espontaneidade”, “motivo” e “vontade”

Última parada antes da incursão aos demais Capítulos deve se dar na teoria geral do negócio jurídico. Afinal, o que se tem em mira é a criação de *incentivos* para a celebração de negócios jurídicos *processuais*.

Para tanto, mostra-se conveniente, primeiro, distinguir “voluntariedade” de “intencionalidade”, “voluntariedade” de “espontaneidade” e “causa” de “motivo”;⁶⁰ e, depois,

⁵⁹ Desenvolvendo o ponto, para fins de revisão e ampliação da identificação da teoria das fontes de normas processuais, cf. DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual** – administração judiciária, boas práticas e competência normativa. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 68.

⁶⁰ Embora conceitos jurídico-fundamentais, aplicáveis a todos os ramos, é no direito penal que são mais trabalhados.

trazer a conceituação de Antônio Junqueira de Azevedo, para quem é desnecessária “vontade” para a constituição (plano da existência) dos negócios jurídicos.

A relevância é fundamental: embora próximos e muitas vezes confundidos, os conceitos a serem distinguidos exprimem situações diferentes, relevantes para a conclusão do trabalho; e, mais, afasta, em regra, juízos prévios do juiz acerca da vontade.

1.3.1. Distinção de “voluntariedade” e “intencionalidade”

O conceito de negócio jurídico não é unânime na doutrina, a qual, porém, sempre parte do gênero, isto é, dos “atos jurídicos”, que são condutas humanas *voluntárias* tomadas por relevantes pelo Direito.

A chave da questão, portanto, está na *voluntariedade* da conduta.

Não basta que o ato seja meramente humano. O ato humano involuntário, “praticado” por alguém em estado de sonambulismo, hipnose, narcose, completa embriaguez ou outros estados de inconsciência, ou de tal forma controlado de forma absoluta, é insuficiente.⁶¹

Voluntária é aquela conduta praticada pelo agente em estado de *consciência* – isto é, podia teoricamente ter agido de modo diverso. Não significa, necessariamente, que a vontade consubstanciada na conduta tenha sido tomada de maneira livre, pois a coação *moral* (diferentemente da *física*) irresistível não afasta a voluntariedade, como é o caso em que, num assalto, entre a morte ou a entrega do bem, a vítima escolhe a segunda opção.⁶² Não quer dizer, também, que o *resultado* da conduta era almejado pelo agente, mas apenas que a *conduta* foi querida.

A conduta voluntária pode ser *dolosa* (o agente sabia e queria o resultado ou, mesmo não querendo o resultado, assumiu o risco de produzi-lo) ou *culposa* (não sabia do resultado – embora previsível – ou, prevendo-o, acreditou que não se realizaria ou que poderia evitá-lo), esta última geralmente identificada pela negligência, imprudência ou imperícia – com a quebra do dever objetivo de cuidado.⁶³

Por isso, na conduta culposa, há *voluntariedade* na conduta, embora não haja *intencionalidade* quanto aos resultados produzidos, decorrentes da falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção.⁶⁴

⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 44.

⁶² Dentre outros, cf. CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Volume 1, parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 280.

⁶³ Dentre outros, no cível, cf. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 47-53. No criminal, cf. CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Volume 1, parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 379-380.

⁶⁴ CABRAL, Antônio do Passo. **Convênções processuais**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 47-49.

1.3.2. Distinção de “voluntariedade” e “espontaneidade”

Outra distinção existente é entre voluntariedade e espontaneidade, que é de gênero-espécie. Toda conduta espontânea é voluntária, mas a recíproca é falsa. Conduta espontânea é uma espécie, com um “*plus*”.

Por espontâneo, a pessoa pratica a conduta por si mesmo, sem ser aconselhada, sugestionada, incitada, instigada ou induzida por outrem; ela própria teve a ideia que praticou. Por voluntário, a pessoa também pratica a conduta por si mesma, mas desta vez sob alguma influência de outrem.

A *oferta de incentivo* pode retirar a espontaneidade, mas não a voluntariedade.

Pratica conduta *voluntária* quem age tanto sem quanto com interesses, sejam nobres ou éticos (cooperação com o outro etc.), de um lado, ou subalternos, egoísticos, econômicos (covardia, medo, busca de alguma espécie de retorno ou contraprestação), de outro.

A ausência de liberdade física não afasta a voluntariedade, tanto que pessoas presas podem celebrar negócios jurídicos – civis ou criminais, de direito material ou processual.⁶⁵ Afasta-se a voluntariedade, apenas, quando o agente tenha sido impelido (obrigado) por força física absoluta exterior.⁶⁶

1.3.3. Distinção de “causa” e “motivo”

“Causa” assume várias conotações a partir do contexto em que inserida. Não há certo ou errado, metodologicamente; deve-se, apenas, distinguir-se os sentidos (alcances) e, por isso, os usos cabíveis na teoria do negócio jurídico, de acordo com cada circunstância.

Para saber qual a diferença de “causa” e “motivo”, é preciso primeiro adentrar aos diversos elementos dos negócios jurídicos, alguns dos quais serão tratados em Capítulo mais à frente desta dissertação.

Os negócios jurídicos possuem elementos *gerais*, presentes em todo e qualquer negócio; *categoriais*, presentes em apenas alguns tipos, algumas categorias (“compra e venda”, “locação”, “doação” etc.), por disposição normativa; e, ainda, outros *particulares*, presentes apenas quando inseridos voluntariamente pelos agentes, sem imposição normativa.

São elementos gerais (*indispensáveis, intrínsecos ou constitutivos*), necessários e suficientes para o surgimento de um negócio jurídico: a) forma de manifestação (escrita, oral,

⁶⁵ Dentre outros, cf. CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada**: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 33-35.

⁶⁶ CAPEZ, op. cit., p. 445.

gestual, silêncio concludente *etc.*); b) objeto; e c) circunstâncias negociais. A esses 3 (três) acoplam-se outros 3 (três) que são comuns a quaisquer atos jurídicos em sentido amplo, *extrínsecos e pressupostos* (situam-se *fora e antes* do próprio negócio): d) agente; e) lugar; e f) tempo. Se faltar “a”, “b” e/ou “c”, pode haver “ato” (em sentido estrito) ou “fato” jurídico, mas não negócio. Se faltar “d”, pode haver “fato”, mas jamais negócio ou ato.⁶⁷

Os elementos *categoriais* se subdividem em *essenciais ou inderrogáveis* (na compra e venda, o consenso sobre “bem” e “preço” – prestação e contraprestação) e os *naturais ou derogáveis* (na compra a venda, a responsabilidade pela evicção e pelos vícios redibitórios, que pode ser afastada por disposição em sentido diverso).

Os elementos *particulares ou acidentais* são aqueles referentes à eficácia do negócio, como condição, termo, encargos e penalidades.

Dos 3 (três) elementos gerais e indispensáveis, presentes apenas nos negócios jurídicos, as circunstâncias negociais são estáticas, sempre estão presentes e são invariáveis. Logo, as variações de negócio jurídico (categorias, espécies ou subespécies) decorrem de modificações apenas nos outros elementos – forma e objeto.

Se o elemento categorial inderrogável se encontrar na *forma*, tem-se um negócio *abstrato*, cujos “efeitos jurídicos se produzem independentemente de causa”; se no *objeto* (objetivo visado), tem-se negócio *causal*. Não se quer dizer que o negócio abstrato não tenha objeto, ou que o causal não tenha forma. É possível, inclusive, que o negócio causal exija forma solene. A diferença é que, no negócio causal, o desrespeito à forma é causa de nulidade (validade), enquanto, no abstrato, de inexistência.⁶⁸

Os negócios abstratos podem assim ser absoluta ou relativamente. Quando *absolutamente*, “a falta de causa é inteiramente irrelevante para a validade e eficácia”; quando *relativamente*, a falta poderá trazer consequências, mas só *entre as partes* celebrantes. No Brasil, só existem, poucos, negócios relativamente abstratos, como os títulos de crédito e a delegação.

Os negócios jurídicos atípicos são todos causais, por questões de ordem pública e de segurança jurídica.⁶⁹

A causa constante do elemento categorial pode ser de duas ordens. Se *pressuposta*, refere-se a um “fato logicamente anterior” ao próprio negócio, “ainda que cronologicamente

⁶⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 32-34.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 140-141.

⁶⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 146.

não o seja”, como alguns contratos reais (mútuo, depósito ou comodato), que pressupõem a entrega da coisa, ou a confissão, a novação, a dação em pagamento de dívida, ou ainda a fiança, que pressupõem uma outra dívida. Se *final*, refere-se a um fato futuro, como o mandato, que se destina a dar poderes para outrem atuar em eventos que ainda ocorrerão, ou a compra e venda ou a troca, que pressupõem a mudança da titularidade jurídica sobre algo, ou o casamento ou a sociedade, que pressupõe a constituição e manutenção de uma “instituição” – familiar ou empresarial.⁷⁰

Negócio causal não significa que o que realmente o agente *desejava* com o negócio lhe seja substância; significa apenas que o *elemento categorial inderrogável* do negócio faz *referência* a uma causa provável (social e juridicamente considerada relevante e legítima) – e é isso que dita o regime jurídico.

Enquanto o elemento categorial inderrogável (*objetivo*) se encontra *dentro* do negócio, a causa (efetiva, *subjetiva*), *fora*. É o elemento categorial que fixa o regime jurídico, e não a causa.

No uso cotidiano, fugindo-se dos tecnicismos e das definições jurídicas, o “elemento categorial inderrogável” (jurídica, propriamente dita) vem sendo nominado de “causa”, enquanto isso, a “causa” efetiva (subjetiva, psicológica), de “motivo”.⁷¹ A própria legislação, quando faz referência ao uso impróprio ou abusivo de instrumentos jurídicos a princípio lícitos, faz referência a “motivo (determinante)” (CC, arts. 137, 139, III, 166, III, *v.g.*), dispondo expressamente que “o falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante” (CC, art. 140).

Logo, regra geral, o “motivo” (o real desejo do agente) não faz parte do negócio (nem na vontade, nem no objeto), encontra-se apenas na mente do agente e ali ficará.

1.3.4. Conceito de negócio jurídico de Antônio Junqueira de Azevedo: irrelevância da vontade para a formação do negócio

A doutrina diverge sobre o conceito de negócio jurídico. Alguns focam em uma parte do instituto; outros, em outra parte. Embora todos concordem que o negócio é uma espécie de

⁷⁰ *Ibidem*, p. 146-148.

⁷¹ Há quem prefira diferenciar “causa subjetiva” (motivo) de “causa objetiva” (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil: contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 128-133) ou, ainda, “causa” (função do negócio), “motivo” (razão intencional) e “fim” (eficácia jurídica, confundindo-se com o próprio objeto do ato) (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 185).

ato jurídico e que este pressupõe conduta humana voluntária, não há consenso sobre o traço *preponderante* que os distingue das demais espécies de fatos jurídicos em sentido amplo.⁷²

A primeira corrente, chamada da *genética ou voluntarista*, identifica-o com base na *vontade* de produzir efeitos, sejam jurídicos ou práticos – um *ato de vontade* voltado à produção de efeitos queridos pelo agente. É a definição ligada à *origem*.

A segunda, *objetiva, preceptiva ou funcionalista*,⁷³ identifica-o com base em seus *efeitos* – um *ato produtor de efeitos queridos* pela conduta humana. É a definição ligada à *consequência*.

Antônio Junqueira de Azevedo critica ambas as correntes e propõe uma terceira.

A crítica à primeira se baseia em três inconsistências. Primeira, o simples querer (*vontade*) não transforma um ato em negócio. Não há diferença na natureza jurídica do ato da pessoa que, sem querer, apanha um peixe ou animal que enrosque em sua rede, daquele ato do pescador ou caçador que, desejando as consequências jurídicas (tornar-se dono) ou práticas (comê-lo, vendê-lo etc.), também apanhe um peixe ou animal. Em ambos os casos, praticou-se um ato, e não um negócio. Segunda, é possível a constituição de negócio jurídico mesmo sem “vontade” direcionada do agente, como é o caso da “conversão substancial” (CC, art. 170) em que a conduta do agente que queria um negócio, que viera a ser nulo, constituirá outro negócio inicialmente não querido, se presentes os requisitos deste e simplesmente *suposto* que este também seria desejável. Terceira, parte-se de perspectiva psicológica, que a rigor serve para controle de validade dos negócios (erro, dolo, coação, etc.), e não para a sua existência.⁷⁴

A crítica à segunda, em quatro inconsistências. Primeira, não se pode definir o que é pelo que dele *decorre* – são dois momentos distintos. Segunda, a invalidação de um ato, decorrente da nulidade, retirando-lhe todos os efeitos, significaria um não negócio (inexistência), quando, na verdade, tinha-se, sim, um negócio – conquanto viciado. A análise da existência de vício, ou não, encontra-se em uma segunda etapa – a de *validade*, e não na primeira, de existência.⁷⁵ Terceira, existe negócio jurídico sem que o agente queira ou possa determinar seu conteúdo, por exemplo: contrato de adesão, como os firmados pelos usuários de serviços públicos ou por consumidores, na maior parte das vezes; contrato obrigatório, como o

⁷² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 119.

⁷³ O “funcionalista” constante do texto diz respeito à função “interna ao negócio”. A função “externa”, que realmente seria a função do direito negocial para as partes, liga-se ao tráfego jurídico (MELLO, op. cit., p. 233), sem descuidar dos limites a bem de terceiros e da sociedade – impostos pela função social do contrato (THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 31-35 e 65-72).

⁷⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 4-9.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 10-14.

seguro-obrigatório veicular; contratos administrativos, em que, além de inicialmente de adesão, algumas cláusulas podem ser alteradas por vontade exclusiva da Administração Pública; contratos abertos, como as ofertas públicas iniciais de empresas para a obtenção de capital, em bolsas de valores ou não, em que existe mera possibilidade de que outras pessoas venham a ser associar ao empreendimento; contratos autorizados, influenciados ou modificados por determinações do poder público ou órgãos de classe, com a fixação de tarifas e afins; contratos trabalhistas, modificáveis por convenções coletivas de trabalho; e contratos-institucionais, como o casamento, em que há predominância regulamentar legislativa e que pode ter cláusulas alteradas sem a vontade das partes, como ocorreu relativamente à supressão da vedação à separação. E quarta, mesmo dentre os atos jurídicos, é possível ao agente escolher uma dentre várias possibilidades previstas em lei; logo, “efeitos determinados pela conduta humana” não é elemento distintivo e constitutivo dos negócios.⁷⁶

Por isso, propõe uma terceira corrente, chamada de *estrutural*, identificando o negócio com base no que ele é estruturalmente – um fato jurídico concreto, qual seja, “uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias (as circunstâncias negociais) que fazem com que *socialmente* essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos”.⁷⁷ Assim, “o negócio não é o que o agente quer, mas sim o que a sociedade vê”⁷⁸⁻⁷⁹ a partir da uma conduta humana (comissiva ou omissiva).

Com isso, negócios jurídicos existem independentemente de “vontade” e “causa”, que são apenas “*meios de correção do negócio* [...] seja no plano da validade, seja no da eficácia, (que) evitam, ora mais, ora menos, efeitos não queridos (isto é, ou não queridos *subjetivamente*, pelo agente – vontade, ou não queridos *objetivamente*, pela ordem jurídica – causa)”.⁸⁰

Tanto é assim que, segundo a legislação civil, “o silêncio importa anuência, quando as *circunstâncias* ou os *usos* o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”

⁷⁶ O ponto também foi percebido no âmbito processual: a escolha entre uma espécie de ação (mandado de segurança ou ação ordinária) ou entre um meio impugnativo (recurso ou mandado segurança, ou *habeas corpus*) não configura negócio jurídico (CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 73).

⁷⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 21.

⁷⁹ Com outros argumentos, mais fundados na boa-fé, há também “teoria do comportamento socialmente típico”, que defende a existência de “relações contratuais de fato”, “contratos sem negócio jurídico”, em que a ausência da “vontade” (ou mesmo a ilicitude sobre o objeto) é desconsiderada. Isto é, da relação advém normalmente os efeitos negociais, mesmo em hipóteses que, a princípio, seriam nulas, como a celebração de contrato administrativo por “funcionário público de fato” (exercente irregular do cargo), do menor que adquire produtos no mercado, dos sócios de sociedade irregular (despersonificada) e do empregado do “jogo do bicho”. Cf. TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil: contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 75-78.

⁸⁰ AZEVEDO, op. cit., p. 22.

(CC, art. 111), isto é, ainda que o agente intimamente não queira (vontade-subjetivo), sua omissão pode ser considerada manifestação de vontade em sentido diverso, (causa-objetivo) se assim a sociedade a enxergar, com a limitação constante do trecho final.

De maneira semelhante, a legislação também protege expressamente a aparência (manifestação) de vontade dispondo que, “ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento” (CC, art. 110), a demonstrar que, regra geral⁸¹, é o *contexto* que determina a *existência* do negócio.

1.3.5. Conclusão parcial

É possível extrair quatro consequências relevantes das conclusões extraídas deste item.

Primeira, a pessoa que celebra algum negócio processual mesmo não desejando, a rigor, o resultado (objeto, objetivo) dele, acreditando que nunca ocorrerá porque toda a relação de direito material transcorrerá perfeitamente bem, não poderá, só por isso, escusar-se ao cumprimento sob fundamento de que não tinha a “intenção”.

Segunda, a pessoa que celebra algum negócio processual movida por determinado *incentivo* (movendo-se em direção a algo desejado, isto é, uma vantagem, ou distanciando-se de algo indesejado, isto é, uma desvantagem) ou *conselho* (simples recomendação) – a ela ofertados – não poderá, só por isso, escusar-se ao cumprimento sob fundamento de que não se moveu de maneira “espontânea”.

Terceira, a pessoa que celebra algum negócio processual movido por determinado *motivo* não processual (v.g., renuncia a uma possibilidade de recurso não porque deseja, em si, o julgamento em única instância, mas sim porque – ao assim agir – satisfaz outro desejo seu, juridicamente relevante ou não) não poderá, só por isso, escusar-se ao cumprimento sob fundamento de ausência de “causa” ou “motivo” do negócio.

E quarta, é possível a constituição de negócio processual sem que se identifique, de plano, a “vontade” do agente, mas apenas um comportamento que pode ser interpretado como manifestação daquela – fato este que, a princípio, não pode servir de fundamento para recusa de aplicação pelo juiz.

Por fim, ao lado disso tudo, mostra-se conveniente a realização de um esclarecimento para se afugentar dúvida: a desnecessidade de análise de “intencionalidade”, “espontaneidade”,

⁸¹ Daí porque não existe, de modo absoluto, superioridade da vontade sobre a manifestação, ou vice-versa. A análise deve ser caso a caso. Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 182.

“motivo” e “vontade” não significa desprezo e irrelevância desses conceitos para a temática dos negócios jurídicos, materiais ou processuais.

A missão foi apenas mostrar que a falta desses elementos a princípio não significa óbice à constituição de negócios jurídicos. Diz-se “a princípio” porque, a depender das circunstâncias, a falta desses elementos – em maior ou menor intensidade – poderá servir de indício de “nulidade”, “inserção abusiva em contrato de adesão” ou de “manifesta situação de vulnerabilidade”, situações que levam à inaplicabilidade do negócio processual (CPC, art. 190, parágrafo único); e, ainda, porque a legislação possui exceções expressas à regra geral.

Como o objeto deste Capítulo é investigar a *possibilidade de incentivar* a celebração de negócios processuais, podendo isso retirar, direta ou indiretamente, a intencionalidade e a espontaneidade do agente, fazer descolar a “causa” objetiva do “motivo” subjetivo ou fazer evidenciar circunstância negocial mesmo sem demonstração da efetiva vontade do agente, e não tratar do fenômeno por completo, pois escaparia aos seus objetivos trazer os limites (causas de invalidade) e analisá-los com profundidade.

1.4. Conclusão do Capítulo e diretrizes para os próximos

Em breves linhas, no item 1.1 foi visto o enquadramento dos negócios processuais dentro da categoria dos direitos humanos e fundamentais processuais sob duas vertentes, seja de instrumento de “acesso à justiça”, “razoável duração do processo” e “tutela jurídica adequada”, seja como direito autônomo de participação efetiva no processo e de liberdade. Em assim sendo, deve-se lhes aplicar a hermenêutica apropriada – “interpretação conforme”, “interpretação extensiva”, “máxima efetividade” e afins –, que coadunam com a promoção dos negócios processuais.

Recapitulando o item 1.2, as normas deixaram de apenas proibir ou determinar condutas, passando também a *promover* e a *estimular* comportamentos benéficos; assim, deixaram de se ligar necessariamente à imperatividade, à estatalidade e à coercibilidade, ou ainda ao modelo *estruturante-descritivo-prescritivo* (regra), passando a apenas *regular condutas ou entidades* que regulamentam ou praticam condutas, incluindo-se, no conceito de regulação, os *fins a serem promovidos* (princípios).

Por fim, no item 1.3 se demonstrou que, à formação do negócio jurídico, em regra, são dispensáveis ou irrelevantes a “intenção”, a “espontaneidade”, o “motivo” e a “vontade” do agente, muito embora possam eventualmente servir de elemento de controle de validade ou de eficácia daquele.

Fixadas tais balizas, evidencia-se a possibilidade de se *incentivar* um negócio processual – e isso de maneira ampla –, afinal, colabora com o empréstimo de maior eficácia às regras ou aos princípios dos direitos humanos e fundamentais processuais, adequa-se perfeitamente ao parâmetro da função promocional do direito e não viola ou afasta qualquer elemento indispensável à existência dos negócios jurídicos em geral.

Reconhecer a possibilidade não significa concluir que, sempre que for possível, deve-se lançar mãos de incentivos à negociação processual. Não há espaços para extremos ou fetichismos – nem contra a estimulação, nem a favor dela. Ao lado dos grandes benefícios, que são ressaltados nesta dissertação, os incentivos – em dadas circunstâncias – obviamente podem ser ineficazes ou, até mesmo, trazer malefícios a médio ou longo prazos (resultados negativos ou invertidos)⁸², não sendo um remédio para todos os males, mas demandando análise casuística (identificação do “problema”, formulação de projeto, execução, checagem e ajuste) que foge aos limites desta pesquisa.

Por isso, mostra-se conveniente estudar as possíveis *fontes* de incentivos, tema do Capítulo 02, para analisar, em seguida, as várias circunstâncias circundantes aos incentivos, partindo-se dos seguintes exemplos postos na legislação processual civil, mas não se limitando a eles nos capítulos pertinentes: a) *tipos* de incentivos: jurídicos, sendo negativos (multas aos litigantes de má-fé – art. 81, dentre outros) ou positivos (exemplos à frente), ou não jurídicos, tema do Capítulo 03; b) *incentivadores*, tais como o Estado (art. 3º, § 2º), os juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público (art. 3º, § 3º) e os conciliadores e mediadores (art. 165), tema do Capítulo 04; c) “*incentivados*”, tais como as partes (maioria dos exemplos) e terceiros que podem participar, ou não, do processo (multas aos serventuários ou despesas imputadas aos magistrados, advogados, terceiros, testemunhas e afins que prejudicarem os andamentos processuais em certas hipóteses – arts. 96, 104, § 2º, 146, § 5º, 362, 380, p. ú., 403, p. ú., e 455, § 5º, dentre outros), tema do Capítulo 05; d) *objetos* cabíveis, juridicamente admitidos, tema do Capítulo 06; e) *momentos*, tais como antes (arts. 731 e 732 e Lei de Mediação, arts. 22, IV e §2º, IV) e durante o processo, maior parte dos exemplos), enfim “a qualquer tempo” (art. 139, V), tema do Capítulo 7; e f) *locais*, tais como dentro do processo judicial (maior parte dos exemplos) ou fora dele, extrajudicialmente (arts. 3º, § 3º, em sentido contrário, e 174 do CPC – alcançando, inclusive, processo já em curso, conforme prevê o art. 29 da Lei de Mediação), tema do Capítulo 08.

⁸² KOHN, Alfie. **Punidos pelas recompensas**: os problemas causados por prêmios por produtividade, planos de incentivos, remuneração variável, elogios, participação nos lucros e outras formas de suborno. São Paulo: Atlas, 1998. p. 47-60.

CAPÍTULO 02

QUAIS AS *FONTES* DE INCENTIVOS?

As fontes de incentivos, isto é, de onde provêm, são as mais variadas.

A mais óbvia, contra a qual não há divergência jurídica, é a *legislativa*, porém não se trata de única fonte existente. Pelo contrário, é apenas uma, dentre outras possíveis: judiciária, negocial e psicológico-comportamental.

No que tange aos comportamentos processuais incentivados pela fonte legislativa, a mais conhecida é a *legal processual*, isto é, os incentivos criados no direito processual, cuja competência legislativa privativa é da União (CF, art. 22, II).

Pensar o fenômeno apenas sob ótica *legalista-processualista* termina por limitar demasiadamente as fontes de incentivos, afinal, de um lado, faz com que somente os parlamentares federais, o Presidente da República e um grande volume de cidadãos possam dar início ao debate público efetivo (CF, art. 61, cabeça e § 2º); e, de outro lado, o Presidente não possa dispor a respeito, sozinho, nem mesmo em casos que repute relevantes e urgentes (CF, art. 62, § 1º, I, “b”).

Talvez por isso o debate sobre a possibilidade de instituir incentivos processuais e todos os demais elementos, tratados nesta dissertação, é relativamente escasso. Desse modo, é preciso superar, primeiro, a visão legalista do fenômeno e, mesmo dentro desta, a visão processualista; depois, partir para as demais fontes.

Para melhor compreensão, tratar-se-á de cada qual individualmente abaixo, enfocando-se mais nas fontes menos conhecidas.

2.1. Fontes normativas heterônomas

2.1.1. Panorama geral

A primeira fonte não poderia deixar de englobar a *legal (ope legis)* – afinal, como afirmado, é a mais conhecida, contra a qual não há divergência jurídica. Dentro dela, a mais conhecida é, sabidamente, a *legal processual*. Nela constam inúmeros exemplos de incentivos, que já foram expostos na parte conclusiva do Capítulo 01, item 1.4, não sendo necessário repeti-los nesta passagem. Os exemplos inventariados expõem uma infinidade de possibilidades, de acordo com cada elemento dos “incentivos”, como tipos, incentivadores, incentivados, objetos

ou objetivos, momentos, locais e espécies. Cada elemento será tratado oportunamente em um Capítulo.

O interesse neste tópico remanesce para demonstrar, primeiramente, que os incentivos não precisam se limitar a benefícios ou a malefícios *legais*; e, secundamente, não precisam ser *internos a um mesmo ramo* do direito. O foco será nas fontes normativas heterônomas, afinal as fontes negociais que serão tratadas mais à frente também geram normas – só que autônomas, consensuais.

2.1.2. Função legislativa ou normativa: superação da visão legalista

Se a vinculação das normas à estatalidade já é um equívoco, conforme exposto no subitem 1.2.2, pior ainda é limitar a estatalidade ao Poder Legislativo, exclusivamente.

Essa visão estreitíssima não merece prosperar por razões histórico-normativas e teóricas.

Histórico-normativas, porque, a rigor, o desenlace da história e dos ordenamentos não conferem exclusividade ao Poder Legislativo. É certo que os “Estados” vêm desempenhando funções naturais à vida em sociedade, isto é, a criação de normas de condutas, a administração das relações e das estruturas sociais e o julgamento dos conflitos porventura surgidos.

Se em sociedades menores uma só pessoa ou instituição exercia duas ou mais funções simultaneamente, com o aumento da complexidade das relações e com a evolução social, passou-se a entender como salutar a criação de instituições (“Poderes” Legislativo, Administrativo e Judiciário) que encarnassem as funções distintas – de maneira separada – com finalidade seja de evitar e controlar os abusos das autoridades, seja de conferir maior eficiência por meio da especialização.

A existência de instituições com funções distintas, porém, jamais significou a completa apropriação de uma função por uma só instituição. O que ocorre, como há muito vem se afirmando, é que a função normativa (legislativa) passou a exercida *preponderantemente* pelo Legislativo; a administrativa (executiva), pelo Executivo; e a resolutive de conflitos (julgadora), pelo Judiciário – sem qualquer exclusividade. A função “típica” (preponderante) de uma instituição não a impede de exercer outras funções – atípicas para si, mas típicas para outra.

A Constituição brasileira não discrepa dessa linha, afinal, expressamente prevê, por exemplo, a criação de normas pelo Executivo (arts. 59, IV, 62, 68 e 84, IV, VI e XXVI), a realização de julgamentos pelo Legislativo (arts. 49, IX, e 52, I e II) e o desenvolvimento de atos de administração pelo Judiciário (arts. 96, I, “a” a “f”, 99 e 103-B, § 4º, I a III).

Não bastasse isso, hoje existem, ainda, razões *teóricas* que impossibilitam qualquer espécie de dissociação completa, afinal, conforme exposto no subitem 1.1.2, a “norma” é o produto da interpretação, de modo que o ato de julgamento, interpretativo, também é normativo.

Por isso, tem-se visto a substituição ou, no mínimo, a flexibilização da teoria *declaratória* da jurisdição (a decisão aplica uma “norma” prévia, anterior e alheia ao decisor) pela teoria *constitutiva* (o intérprete inequivocamente participa da definição – logo, criação – da “norma”, ainda que a sua liberdade de conformação seja inferior).⁸³

Por conta dessas nuances é que, hoje, compreende-se com muito mais naturalidade a presença de função normativo-criativa por meio de *atos administrativos infralegais* (sem julgamento de qualquer caso ou situação concreta), seja do Poder Executivo (decretos, regulamentos, portarias etc.), seja do Poder Judiciário ou outras instituições (resoluções do CNJ e dos Tribunais de Contas etc.).

De igual maneira, a função normativo-criativa também se exerce por meio de *decisões*, seja do Poder Judiciário (em qualquer decisão, porém mais especialmente em mandados de injunção coletivos, ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e em arguições de descumprimento de preceitos fundamentais, em que há certo consenso de que o STF inegavelmente “cria normas”), seja do Poder Executivo (precedentes administrativos)⁸⁴.

Os fenômenos são mais claros e aceitos quando a própria Lei permite, determina ou regulamenta expressamente a criação de atos administrativos normativos, como nos casos de agências reguladoras (Lei n.º 9.478/1997, art. 8º, XV, XVI, XVIII, XXXIII, XXVII, XXX, XXXIV, pertinente à Agência Nacional do Petróleo, dentre inúmeros exemplos possíveis)⁸⁵, ou

⁸³ Dentre muitos, cf. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 18-26.

⁸⁴ Conquanto não seja unânime, atualmente se entende que, relativamente à Administração Pública, os precedentes administrativos consubstanciam fonte normativa a serem necessariamente observados, fundada na ideia de autovinculação, a qual, por sua vez, busca raízes nas modernas compreensões dos princípios constitucionais da Administração Pública, tais como legalidade (espécie de gênero maior, juridicidade), impessoalidade (na qual se inclui a isonomia) e moralidade (que não admite comportamentos contraditórios), o que não significa engessamento, isto é, impossibilidade de superações (*overruling*). Sobre o assunto, cf. *Ibidem*, p. 101-112.

⁸⁵ Fenômeno chamado “deslegalização”, “delegificação”, “degradação da hierarquia normativa” ou “descongelamento do grau hierárquico” em que matérias inicialmente dependentes de lei, como a criação de direitos e deveres e a definição de alíquotas de tributos, são delegadas à seara infralegal pela própria lei que rege a matéria. O Supremo Tribunal Federal já admitiu tal modo de proceder legislativo em várias oportunidades, ora sob aquelas alcunhas, ora sob argumento de que, a rigor, o ato administrativo seria meramente regulamentar, decorrente das aberturas semânticas constantes do texto legal. Sobre o assunto, cf. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 78-84.

de decisões judiciais, como no caso dos “precedentes”⁸⁶ brasileiros (CPC, art. 927), mas não nascem – teoricamente – da legislação ordinária em si.

2.1.3. Intercâmbio entre ramos diversos do direito: superação da visão que limita o direito a ramos estanques

Não há imposição de que um incentivo a uma conduta pertinente a um ramo jurídico deve se limitar a benefícios ou a malefícios nesse mesmo ramo. Pelo contrário, o intercâmbio entre ramos diversos é comum no direito vigente, funcionando *um* como elemento *incentivador* ou como *incentivado* pelo *outro*.

Por isso, uma conduta regida pelo direito processual pode ser incentivada por benefícios ou malefícios de direito material, ou vice-versa. De igual forma, uma conduta processual civil pode ser incentivada por benefícios ou malefícios num processo administrativo ou penal, ou vice-versa. Ou, ainda, uma conduta regida pelo direito processual, pertencente ao direito público,⁸⁷ pode ser incentivada por benefícios ou malefícios de direito privado, ou vice-versa.

Para a constatação dessa situação, basta uma rápida análise de algumas disposições do direito brasileiro.

Iniciando-se pela Constituição, vê-se de pronto a possibilidade de progressividade na cobrança de imposto territorial rural (ITR) “de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas” (art. 153, § 4º, I), dentre outros exemplos possíveis. Isto é, uma questão de direito *agrário*, consistente na identificação do que é – ou não – uma propriedade (im)produtiva (Lei n.º 6.829/1993, art. 6º), é expressamente incentivada por meio de um instrumento típico do direito *tributário*.

Descendo ao campo legislativo ordinário, inúmeros exemplos poderiam ser expostos. Atendo-se apenas a um ramo, para não se alongar demasiadamente, vale mencionar a imbricação direta ou indireta do direito *ambiental* com vários outros ramos. Do mesmo modo, para não discorrer enormemente sobre outras questões laterais, vale se ater somente à Lei n.º

⁸⁶ Para os fins deste trabalho, é desnecessário trazer as demais nomenclaturas doutrinárias, como “obrigatórios”, “qualificados”, “vinculantes”, “formalmente vinculantes”, “à brasileira”, indexadores jurisprudenciais”, “padrões decisórios” e afins, tampouco trazer as diferenciações doutrinárias em graus (“forte”, “médio” ou “fraco”) relativamente à “vinculatividade” dos “precedentes”. Para estudo, com menção aos vários doutrinadores processuais que trabalham este ponto, cf. SANTOS, Welder Queiroz dos. **Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 119-121 e 153-160.

⁸⁷ Há quem defenda que, a rigor, o direito processual civil não pertence ao direito público tampouco ao privado, mas sim a um terceiro gênero intermédio ou intersticial, sobretudo por conta da sobrelevada importância dos negócios processuais na contemporaneidade. Sobre o ponto, cf. CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. XIII, p. 733-749, 2014.

12.651/2012, que dispõe sobre proteção da vegetação, áreas de preservação permanente, áreas de reserva legal, exploração florestal e matérias afins.

Primeiramente, em consonância ao parágrafo mais acima, vale a menção à imbricação com o direito *tributário*, pois a referida lei prevê expressamente hipóteses de isenções ou deduções tributárias (Lei n.º 12.651/2012, art. 41, II, “c” e “f”, v. g.). Segundamente, com os direitos *do comércio exterior, de crédito, seguros e afins*, com a previsão, por exemplos, de linhas de créditos e de seguros mais benéficas ou à participação de programas de apoio à comercialização (Lei n.º 12.651/2012, art. 41, II, “a”, “b” e “e”, e III, “a”). Terceiramente, com os direitos *financeiro e orçamentário*, com o direcionamento expresso do destino de valores arrecadados em várias frentes, de natureza tributária ou não (Lei n.º 12.651/2012, art. 41, II, “d”; ou Estados que repartem grande parte do produto de arrecadação do imposto de circulação de mercadores e serviços com base também em critérios ambientais, surgindo-se o chamado “ICMS verde” ou “ICMS ecológico” a partir do art. 158, parágrafo único, II, da Constituição). Em quarto lugar, com o direito *administrativo*, decorrente da possibilidade de criação, pelo Poder Executivo federal, do dever de “pagamento ou incentivo a serviços ambientais como retribuição, monetária ou não, às atividades de conservação e melhoria dos ecossistemas e que gerem serviços ambientais” (Lei n.º 12.651/2012, art. 41, I). Poder-se-ia trazer ainda mais ligações, mas acredita-se que o ponto já está suficientemente demonstrado.

Olhando-se o campo *processual*, a situação não difere em nada, conforme se observa de várias hipóteses legislativas em que são incentivados determinados comportamentos processuais com benesses em outros ramos do direito.

De modo mais geral, na legislação esparsa, tem-se 5 (cinco) hipóteses ilustrativas. Primeira, a previsão da Lei de Locação segundo a qual, caso o réu venha a “manifestar sua concordância com a desocupação do imóvel”, isto é, reconheça a procedência do pedido, disporá de maior prazo para a desocupação, podendo, inclusive, ficar isento de algumas despesas, se for necessária a expedição de mandado de despejo (arts. 61). Segunda, o dispositivo da Lei de Sociedade Anônimas que prevê um prêmio de 5% (cinco por cento) ao acionista que porventura ajuizar demanda em nome da “sociedade controlada”, sobre o valor da indenização, a ser pago pela sociedade controladora que porventura tiver causado danos àquela (art. 246, § 2º). Terceira, a celebração de acordos de não persecução criminal (Código de Processo Penal, art. 28-A) ou cível, na seara da improbidade administrativa (Lei n.º 8.429/1992, art. 17-B), verdadeiros negócios processuais de não ajuizamento (“*pactum de non petendo*”), em que há espécie de troca de direito de ação (processual) e do direito punitivo (material) em benefício do direito de ressarcimento (material) de modo mais acelerado e/ou da obtenção de informações

sobre meios ou fontes de provas (processual). Quarta, a previsão de que, quando o “informante” der informações relevantes – isto é, colaborar para a produção de provas, com natureza processual –, que “resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública”, poderá ser recompensado com até 5% (cinco por cento) do valor recuperado, além de ressarcido em dobro por eventuais práticas de ações ou omissões de retaliação (Lei n.º 13.608/2018, art. 4º-C, §§ 2º e 3º). E quinta, muito comum, a colocação da desistência da ação ou de recursos, ou da própria renúncia à pretensão, como requisito a todo aquele que pretender aderir a programas de refinanciamentos e parcelamentos de créditos fiscais (Lei n.º 11.941/2009, arts. 6º e 10, § 2º, ou Lei n.º 9.964/2000, art. 2º, § 6º, dentre outras). Nessa última hipótese, conquanto a conduta processual não seja propriamente o objetivo visado, mas mero requisito para o gozo do benefício tributário, não se pode afastar o liame existente, mesmo que indireto, entre o direito material (à transação tributária) e o processual (desistência ou renúncia).

Por sua vez, dentro do próprio Código de Processo Civil existem ao menos 3 (três) hipóteses de claríssimo escambo com outros ramos, criando uma rede de incentivos mais amplo do que apenas processualmente. Primeira, a postura colaborativa do réu, reconhecendo a procedência do pedido, com a efetuação do pagamento, pode fazer com que o direito material ou, no mínimo, híbrido (não exclusivamente processual) do advogado do autor seja reduzido à metade ou mantido em patamar inferior ao ordinário (CPC, arts. 90, § 4º, 827, § 1º), ou ainda com que o direito material da parte, de integral ressarcimento, ou do Estado, de receber taxas pelos serviços divisíveis prestados, seja minorado ou excluído no que tange às “custas processuais” (CPC, art. 701, §1º). Segunda, a celebração de acordo antes do proferimento de sentença tem o condão de afastar o pagamento de eventuais “custas processuais remanescentes” (CPC, art. 90, § 3º). Por fim, a desídia do “recorrente” em providenciar o recolhimento do “preparo” no ato de interposição recursal faz com que tal quantia tenha que ser recolhida em dobro no futuro, sob pena de deserção (CPC, art. 1007, § 4º). Nessas duas últimas hipóteses, o incentivo detém natureza tributária.

2.1.4. Outros atos normativos incentivadores de negócios processuais: considerações gerais

Uma vez evidenciada a naturalidade com que o ordenamento jurídico brasileiro – desde a Constituição – prevê a possibilidade de intercâmbio entre os ramos do direito, servindo um como “moeda de troca” (espécie de incentivo) para uma conduta (comissão ou omissão) desejada em outro, já não havia motivos para impor objeções nesse sentido envolvendo o direito processual. Evidenciada, mais ainda, que já existem “trocas” entre o direito processual e outros

“direitos” ou “interesses”, não pode restar dúvida alguma que qualquer legislação pode incentivar, direta ou indiretamente, a celebração de negócios processuais.

Partindo-se disso, fica fácil demonstrar que, dentro da fonte “legislativa”, existe uma possibilidade imensa de criação de incentivo aos mais diversos negócios processuais – afinal, enquadra-se no contexto de “legislação”, em sentido amplo, todas as fontes normativas acima descritas, bem como as “legislações” municipais, estaduais, distritais ou federais.

Desta forma, no presente subtópico, a título ilustrativo, tratar-se-ão, abaixo, de apenas 3 (três) exemplos de fontes normativas que podem incentivar, direta ou indiretamente, a celebração de negócios processuais – sem que isso deixe subentendido qualquer espécie de exaustão do tema.

2.1.4.1. Direito tributário: progressividade fiscal e extrafiscal

A primeira fonte de incentivo normativo a ser citada não poderia deixar de ser a *tributária* – e isso por várias razões. Primeira, o intercâmbio processo-tributo se encontra presente em várias passagens do código de processo civil, conforme acima exposto. Segunda, por conta das competências concorrentes e suplementares tributárias (CF, arts. 24 e 30, II), todos os entes federativos podem legislar a respeito – podendo disso advir uma grande variedade de incentivos. Terceira, as lides tributárias perfazem grande parte, numérica e proporcionalmente, dos milhões de processos que tramitam na justiça brasileira. E quarta, o campo do direito tributário se encontra aberto à progressividade – seja a fiscal, seja a extrafiscal.

A progressividade *fiscal* consiste na possibilidade de se criar alíquotas diferentes de acordo com a “capacidade contributiva”, isto é, o poderio financeiro de pagamento do tributo. Pessoas mais abastadas pagariam mais; as mais humildes, menos. Trata-se de espécie de justiça fiscal, ligada à ideia de igualdade substancial (tratar diferentemente os desiguais), harmonizando-se mais com o ideal de Estado social e fraterno.⁸⁸

A questão mais relevante que se coloca nesse ponto é que, conquanto no passado se entendesse que a progressividade fiscal só se aplicaria aos chamados “impostos pessoais” (incidentes sobre circunstâncias concretas das pessoas, como o imposto de renda) a partir da leitura literal de dispositivo constitucional (CF, art. 145, parágrafo único), a posição mais recente da doutrina e do STF tem entendido que a análise da capacidade contributiva atinge, também, não só os “impostos reais” (incidentes sobre algum bem, como as propriedades rural e urbana ou a de veículos automotores terrestres, como ITR, IPTU e IPVA, ou decorrente da

⁸⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 31. ed. São Paulo: Noeses, 2021. p. 181-183.

circulação desses e outros bens jurídicos, como IPI e IOF), mas também os tributos em geral, incluindo-se, no que interessa ao estudo, as taxas.

Há quem entenda que, nos chamados tributos vinculados, como são as taxas, em que o fato gerador corresponderia a uma atividade estatal específica, é “mais restrita a aplicabilidade do princípio da capacidade contributiva”, pois “a base de cálculo desse tributo deve ter como parâmetro, essencialmente, o custo da atividade estatal que constitui o seu fato gerador”,⁸⁹ ou porque as taxas “estão fundadas em critério de justiça comutativa e não distributiva”.⁹⁰

Discorda-se do raciocínio restritivo por uma razão muito simples: afirmar que a “hipótese de incidência” ou a “base de cálculo” têm relação com uma atividade estatal onerosa específica e divisível não implica a conclusão de que não se possa prever valores menores, ou até a isenção, em favor de pessoas mais desfavorecidas.⁹¹ É o que acontece com a gratuidade de justiça, que dispensa comentários; com as taxas de alguns conselhos de classes, em que os iniciantes ou os anciões (acima de determinada idade) pagam valores menores; ou com a gratuidade de inscrição em concursos públicos para desempregados ou pessoas de baixa renda,⁹² por exemplo. O fundamento, inegavelmente, encontra-se na (ausência completa ou parcial de) capacidade contributiva – ainda que meramente presumida –, não aferida concretamente. Se há algo “restrito” nas taxas, não é a aplicação da capacidade contributiva, mas sim no valor máximo devido, necessariamente relativo ao fato gerador.

Por sua vez, a progressividade *extrafiscal* consiste em técnica de utilização do direito tributário para finalidade preponderante alheia à mera arrecadação; a principal intenção é influenciar relevantes situações ou comportamentos social, política ou economicamente.⁹³

⁸⁹ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito tributário na Constituição e no STF**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 41.

⁹⁰ PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 100.

⁹¹ “É errado supor que, sendo a taxa um tributo que tem por fato jurígeno uma atuação do Estado, só por isso, em relação a ela não há falar em capacidade contributiva. Ora, a *atuação do Estado* é importante para dimensionar a prestação, nunca para excluir a consideração da capacidade de pagar a prestação atributo do *sujeito passivo* e não do *fato jurígeno*. O próprio STF admite pacificamente a aplicação do princípio da capacidade contributiva às taxas. [...] Nas taxas e contribuições de melhoria, o princípio realiza-se negativamente pela *incapacidade contributiva*, fato que tecnicamente gera remissões e *reduções subjetivas* do montante a pagar imputado ao sujeito passivo *sem capacidade econômica real*” (COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 121).

⁹² EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N° 6.663, DE 26 DE ABRIL DE 2001, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. O diploma normativo em causa, que estabelece isenção do pagamento de taxa de concurso público, não versa sobre matéria relativa a servidores públicos (§ 1º do art. 61 da CF/88). Dispõe, isto sim, sobre condição para se chegar à investidura em cargo público, que é um momento anterior ao da caracterização do candidato como servidor público. Inconstitucionalidade formal não configurada. [...]. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 2672**. Relatora: Ellen Gracie. Julgado em: 22/06/2006, Publicado em: 10/11/2006).

⁹³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 31. ed. São Paulo: Noeses, 2021. p. 256-258.

É a hipótese constitucional do ITR (CF, art. 153, § 4º, I), acima citada no subitem 2.1.3, como também são as hipóteses constitucionais de instituir “alíquotas diferentes” do imposto sobre propriedade predial ou territorial urbana (IPTU) “de acordo com a localização e o uso do imóvel” (art. 156, § 1º, I) e de progressividade no tempo da alíquota deste tributo sobre terrenos que permanecerem sem edificações (art. 182, § 4º, II) – previsão esta regulamentada também na legislação urbanística (Estatuto das Cidades, art. 7º).

Todas essas observações podem e devem ser trazidas ao campo *processual*.

Dessa maneira, com base na progressividade fiscal, é possível instituir taxas judiciárias mais altas para litigantes mais endinheirados, incentivando-os à arbitragem ou a outros métodos de solução de conflitos convencionais (negócios processuais), assim como taxas menores para os mais desprovidos – o que, inclusive, tornaria desnecessária alternativa mais trabalhosa, dependente de fundamentação, disponibilizada na legislação processual, qual seja, a concessão da gratuidade de justiça parcial dos custos por meio de análise do juiz da causa (CPC, art. 98, §5º).

Já com base na progressividade extrafiscal, é possível prever alíquotas ou valores diferentes para as taxas judiciárias a partir da conduta comissiva ou omissiva em celebrar negócios processuais, com ou sem parâmetro adicional.

Foi nesse contexto que o Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, recentemente, previu, por exemplo, que a taxa judiciária estadual ordinária de 3% (três por cento) é reduzida a 2% (dois por cento) se a parte “comprovar que tentou resolver a questão junto ao CEJUSC ou outras plataformas de resolução de conflitos reconhecidas pelo TJ/RJ”,⁹⁴ incentivando-se, claramente, condutas pré-processuais – conquanto não propriamente negócios jurídicos. É nesse contexto, também, que doutrinariamente se sugere, inclusive, a *devolução* (reembolso, repetição) das custas, caso as partes alcancem acordo em etapa inicial do processo, tal como acontece em Portugal, Espanha, Suíça, Alemanha, Taiwan e China; ou o *abatimento* dos gastos utilizados com mecanismos de solução extrajudicial do conflito nas taxas processuais ou, ainda, em outros tributos, como a base de cálculo do imposto de renda, como se dá na Itália.⁹⁵

Por óbvio, é igualmente possível combinar as duas progressividades – de modo a eventualmente se criar espécie de política pública judiciária, baseada em negócios processuais, focada nos chamados grandes litigantes, litigantes habituais ou “*repeat players*”. A importância e a facilidade de criação de política pública judiciária para esse público se mostram mais

⁹⁴ Lei Estadual n.º 9.507, de 8 de dezembro de 2021, arts. 118 e 130.

⁹⁵ MAZZOLA, Marcelo. **Sanções premiais no processo** civil: previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 208.

evidentes quando se observa que, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, os maiores litigantes são os próprios entes ou órgãos governamentais ou pessoas jurídicas privadas cujos serviços ou atividades são regulados, direta ou indiretamente, em maior ou menor medida, por regulamentos do Poder Público.⁹⁶

Por fim, para finalizar este subtópico, é preciso, ainda, dar um passo além. Até aqui, foram dados exemplos apenas envolvendo as taxas judiciárias, porém o raciocínio não se limita a elas.

Seguindo todas as balizas até aqui desenvolvidas, não há qualquer impossibilidade de prever que determinado tributo, como o imposto de circulação de mercadorias e sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), tenha alíquotas menores se o contribuinte celebrar determinados negócios processuais com o fisco, tais como a aceitabilidade de citação e intimação por meios eletrônicos ou da alienação extrajudicial de bens,⁹⁷ a renúncia a certas impenhorabilidades, a mediação ou a conciliação prévia extrajudicial, o “*pactum non petendo*” ou mesmo o “*solve et repete*”,⁹⁸ que impõe que primeiro se pague para só depois se questionar judicialmente a juridicidade da cobrança fiscal e, se for o caso, repetir-se o indébito.

Existe, portanto, uma enorme trilha a ser desbravada pelas “Fazendas Públicas”, preferencialmente por meio de atos administrativos de suas Procuradorias em casos e limites previstos em lei, que pode revolucionar a cobrança do crédito fiscal, diminuindo-se enormemente o número de execuções fiscais e superando os principais gargalos das execuções fiscais – tais como a dificuldade e a demora para encontrar o devedor e os bens passíveis de expropriação.

2.1.4.2. Direito administrativo: distinção remuneratória entre servidores públicos sob condições jurídicas ordinárias e diferenciadas ou criação de prêmios por adesão

Uma segunda potencial fonte de incentivo normativo é a fundada no direito administrativo, a qual possui capacidade transformadora semelhante à do direito tributário,

⁹⁶ VITORELLI, Edilson; OSNA, Gustavo. **Introdução ao processo civil e à resolução de conflitos**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 183-186.

⁹⁷ Enunciado 118 da “II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “A autorização para que o credor aliene extrajudicialmente o objeto dado em garantia de seu crédito deve constar do respectivo contrato, que também determinará: (i) o preço mínimo para alienação, ou a necessidade de avaliação prévia do bem, a ser feita, por exemplo, em conjunto pelas partes ou avaliador por eles escolhido; e, (ii) a restituição ao devedor do excesso obtido com a venda, após quitação integral do débito. É sempre assegurado aos contratantes o direito de questionamento em juízo.”

⁹⁸ Sobre o assunto, cf. CABRAL, Antônio do Passo. *Pactum de non petendo*: a promessa de não processar no direito brasileiro. **Revista de processo**, v. 305, p. 17-43, 2020.

afinal, também se encontra ao alcance de todos os entes federativos⁹⁹ e é grandíssimo o número de lides envolvendo direito administrativo, especialmente o “direito dos servidores públicos” – desde as ações que questionam testes seletivos e concursos públicos, perpassando pelos direitos e prerrogativas das carreiras e chegando aos direitos de aposentadoria ou de inatividade.

Nesse tocante, é possível vislumbrar duas possibilidades de incentivar a celebração de negócios processuais na temática “servidores públicos”.

A primeira consiste na compatibilidade constitucional do estabelecimento de distinção remuneratória entre servidores de uma mesma carreira, desde que um deles exerça funções extraordinárias ou, no que interessa ao texto, em condições jurídicas diferenciadas. Nesse caso, quem estiver numa condição jurídica *pior* pode receber uma remuneração *maior*, sem que isso viole o regime de subsídios ou a isonomia. Em havendo um “*plus*”, é inegável a possibilidade de utilização dessa remuneração maior como *incentivo* à adoção dessa nova condição jurídica pelos servidores.

O assunto foi recentemente debatido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, que concluiu pela constitucionalidade do pagamento de uma gratificação adicional aos servidores que se submeterem ao regime jurídico de “dedicação exclusiva”, isto é, com vedação de realização de qualquer outra atividade remunerada, pública ou privada.¹⁰⁰ O caso mais comum dessa hipótese se refere aos professores (Lei n.º 7.596/1987, regulamentada pelo Decreto n.º 94.664/1987, e Lei n.º 12.772/2012, regulamentada pelo Decreto n.º 8.239/2014), mas a recente análise do STF em questão partiu da lei de carreira de servidores do Poder Legislativo.

Outra hipótese de “dedicação exclusiva”, com menor incidência numérica, dá-se em relação às carreiras dos advogados públicos: enquanto algumas permitem o exercício da advocacia privada pelos seus membros, ou vedam totalmente tal atividade, outras carreiras preveem a figura da “dedicação exclusiva” como uma faculdade, sendo que os advogados públicos que fizerem tal opção, renunciando à advocacia privada ou até a outras atividades privadas, percebem remuneração superior aos colegas que assim não optarem.¹⁰¹

⁹⁹ A rigor e a princípio, a competência para dispor sobre seus próprios assuntos (internos) é *privativa* de cada esfera, afinal, a disposição de outra instituição, do mesmo ente ou nível federativo (administrativa direta x indireta estaduais; poder executivo x judiciário estaduais; etc.), ou superior, não lhe atinge, até por conta da autonomia (*auto-nomia*, isto é, estipular suas próprias normas, respeitadas as balizas constitucionais) que gozam. A exceção se dá exclusivamente quando a própria Constituição dispõe que a União fixará as normas gerais da matéria, como em licitações e contratos. Sobre o ponto, cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 92-94.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 4941**. Relator: Teori Zavascki. Julgado em: 14/08/2019. Publicado em: 07/02/2020.

¹⁰¹ Tal hipótese, na advocacia pública, pode ser constatada em julgados do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **RMS 35.154/SC**. Relator: Humberto Martins. Julgado em

É necessário que se note bem o ponto: entre dois servidores de uma mesma carreira, submetidos aos mesmos direitos e deveres, inclusive à mesma carga horária de trabalho, um pode ganhar *mais* que o outro porque se encontra em uma condição que lhe impossibilita o exercício de qualquer atividade adicional. Apenas isso. Não significa que o outro, financeiramente *preterido*, trabalhe menos, tampouco que esteja real e efetivamente realizando uma atividade remunerada adicional; pode ser que nem esteja. A diferença está apenas no campo da *potencialidade*.

Na hipótese, a Administração Pública paga *mais* sem disso advir, concreta e diretamente, qualquer benefício para ela. O que se exige a mais do servidor gratificado é apenas um não fazer, uma abstenção. A Administração apenas *presume* que a ausência de possibilidade de atividade remunerada adicional pode fazer com que se reflita em maior empenho quantitativo ou qualitativo do profissional, mas não *exige concretamente* traço diferencial algum relativamente ao profissional “sem dedicação exclusiva”.

Daí porque se mostra acertado o reconhecimento doutrinário da “possibilidade de dois sujeitos, titulares de cargos idênticos, receberem remuneração global diversa” decorrente das “condições diferenciadas em que o sujeito desempenha”,¹⁰² por exemplo, ao lado de diversos outros fatores justificadores.

Trata-se de aspecto interessantíssimo, pouquíssimo estudado,¹⁰³ que pode servir de válvula de escape para que a Administração Pública crie incentivo – financeiro (gratificação específica) ou não – para os servidores que *adiram* a negócios processuais ofertados pelo Poder Público, de seu interesse.

Perceba-se que, nesse caso, tal como no de dedicação exclusiva, o servidor eventualmente se encontrará potencialmente numa condição jurídica diferenciada, “pior”

13/12/2011. Publicado em: 19/12/2011) e do Supremo Tribunal Federal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **AI 352349 ED**. Relator: Sepúlveda Pertence. Julgado em 28/10/2003. Publicado em: 21/11/2003; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **RE 79492**. Relator: Cunha Peixoto. Julgado em: 14/11/1975. Publicado em: 10/09/1976).

¹⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 999-1002.

¹⁰³ A pesquisa por “dedicação exclusiva” não retornou nenhum trabalho científico-jurídico nas plataformas de buscas da Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (<https://bdtd.ibict.br/vufind/>) e do Catálogo de Teses e Dissertações (<https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#/>) e dos Periódicos da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (<https://www.periodicos.capes.gov.br/>). Além disso, a pesquisa realizada nos principais “cursos” ou “manuais” escritos de “direito administrativo”, usados na quase totalidade das graduações do Brasil afora, tais como os de José dos Santos Carvalho Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Hely Lopes Meirelles, Alexandre Santos de Aragão, Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, Diego de Odete Medauar, Celso Antônio Bandeira de Mello e Marçal Justen Filho, não retornou nenhum comentário robusto, que ultrapassasse dois parágrafos – isso quando havia alguma menção ao regime de dedicação exclusiva (a maioria não contém explicação alguma).

(potencialmente mais limitada) do que aquela a que estão submetidos os demais servidores, a qual não presume empenho quantitativo ou qualitativo superior. A única diferença, a corroborar a sua viabilidade, é que, no formato imaginado, a Administração pode obter vantagens concretas e diretas, enquanto na simples “dedicação exclusiva” a vantagem é apenas hipotética.

A criação de condição jurídica diferenciada, sem imposição aos servidores – que podem preferir continuar no regime até então existente –, resguarda perfeitamente a *liberdade* dos servidores ao mesmo tempo que confere mais eficácia a negócios processuais que a Administração entender previamente convenientes, que colaborarem diretamente para a fluidez do serviço público e, indiretamente, a desafogar o Judiciário e a Advocacia Pública de inúmeros processos judiciais.

Por fim, ressalta-se que a possibilidade de escolha da condição jurídica (ordinária ou diferenciada) não desfigura o vínculo estatutário, não o transforma em contratual, porque a simples possibilidade de escolher uma condição jurídica não significa circunstância negocial (tema do item 1.3.4 deste trabalho). A situação, aliás, é recorrente no direito tributário (opção entre os regimes de “lucro presumido” e “lucro real” etc.) e no direito processual (opção entre procedimentos do “mandado de segurança” e “ação ordinária” etc.), sem que se afaste a natureza de “ato jurídico”.

Não por acaso, no contexto anterior à atual Constituição, o Supremo Tribunal Federal assentou, várias vezes, que a possibilidade de opção, ou não, pela “dedicação exclusiva” não desnatura o regime de direito público dos servidores.¹⁰⁴

Outra opção que cobre a situação dos servidores, que não a instituição de regime diferenciado, é a previsão de espécie de prêmio fixo por adesão, uma única vez ou de tempos em tempos, que não possua natureza remuneratória ou que sequer tenha cunho financeiro, não se confundindo, portanto, com uma gratificação mensal.

De uma forma ou de outra, poder-se-ia incentivar diversos negócios processuais que estancariam e otimizariam as discussões judiciais envolvendo direito de servidores, tais como por meio da mediação ou conciliação prévia extrajudicial, da produção prévia extrajudicial de provas ou, ainda, com potencial sobranceiro, do “*pactum non petendo*” por determinado período

¹⁰⁴ Dentre muitos, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **RE 79492**. Relator: Cunha Peixoto. Julgado em: 14/11/1975. Publicado em: 10/09/1976; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **RE 73311**. Relator: Luiz Gallotti. Julgado em: 24/10/1972. Publicado em: 01/12/1972; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **RE 76607**. Relator: Barros Monteiro. Julgado em: 19/10/1973. Publicado em: 17/10/1974.

ou enquanto pender discussão semelhante em outra ação individual ou coletiva¹⁰⁵ e a concessão de legitimidade passiva extraordinária ou de poderes de recebimento de citação e defesa (ação individual com litisconsórcio passivo multitudinário) ao sindicato das categorias¹⁰⁶ – instrumentos que tornariam dispensável a propositura de múltiplas ações com objetos semelhantes, bem como possível a resolução de questões jurídicas “repetitivas” ou “homogêneas” com muito mais facilidade, sem necessidade de instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas, que pressupõem um estágio litigioso mais avançado e desordenado, com “efetiva” repetição e com a existência de decisões discrepantes que coloquem em risco a isonomia e a segurança jurídica (CPC, art. 976, I e II).

Por fim, poder-se-ia trazer menção, ainda neste subitem, da possibilidade de qualquer ente federativo legislar no tema de licitações e contratos para se autoimpor certos negócios processuais como pressupostos para celebrar determinados contratos ou convênios, coativamente, retirando a liberdade dos inúmeros gestores daquele ente. Porém, nesse campo das contratações públicas, é bem mais salutar a criação dos negócios processuais caso a caso, evitando eventual engessamento da Administração e diminuição concreta e excessiva de potenciais fornecedores (concorrentes), o que pode ocorrer perfeitamente por meio da fonte negocial abaixo tratada.

¹⁰⁵ Sabe-se que, embora as leis não prevejam a suspensão obrigatória das ações individuais por prejudicialidade em relação ao advento de ações coletivas que tratem de direitos individuais homogêneos, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, em sede de “recurso repetitivo”, de que “ajuizada ação coletiva atinente a macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **REsp 1353801/RS**. Relator: Mauro Campbell Marques. Julgado em 14/08/2013. Publicado em: 23/08/2013). Apesar da natureza qualificada do “precedente” e de seu longo lapso temporal, ainda hoje muitos juízos preferem sentenciar o processo, por ser estritamente de direito, do que suspendê-lo.

¹⁰⁶ O ponto se assemelha às ações coletivas passivas, mas com elas não se confunde. Para um estudo mais aprofundado sobre as ações coletivas passivas, primeiro discorrendo sobre os diversos doutrinadores que defendem a sua existência no Brasil e, depois, desconstruindo todos os exemplos, concluindo pela inexistência de tal categoria no Brasil e, mais ainda, na opinião dele, pela inconveniência dela, cf. VITORELLI, Edilson. Ações coletivas passivas: por que elas não existem nem deveriam existir? **Revista de Processo**, v. 278, p. 297-335, 2018. Apesar disso, parece-me ser possível chegar a resultado muito parecido das ações coletivas passivas (alcançando uma multidão de interesses individuais homogêneos) por meio da legitimidade extraordinária *convencional*, isto é, decorrente de *negócios processuais* – especialmente se houver *incentivo* robusto para tanto. Muitos já discorreram a respeito da legitimidade extraordinária convencional, mas sem prever *incentivos*. Dentre muitos, cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. **Revista de Processo**, v. 232, p. 69-76, 2014. Mencione-se, contudo, que não há unanimidade doutrinária sobre a admissibilidade da legitimação extraordinária passiva, havendo vozes em contrário (MULLER, Júlio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: Análise econômica e jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 128).

2.1.4.3. Direito do trabalho e direito do consumidor: função normativa das convenções coletivas

A terceira e última fonte de incentivo normativa que se entende conveniente demonstrar neste trabalho, mas sem significar a exaustão das possibilidades, liga-se à função normativa das *convenções coletivas*.

No direito do trabalho, a “convenção coletiva de trabalho” pode ser firmada entre “dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais” sobre “condições de trabalho aplicáveis” ou, ainda, entre sindicatos dos trabalhadores e empresas (Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 611 e seguintes) – sendo que, nesta última hipótese, a legislação lhe dá o nome de “acordo coletivo”. Enquanto o que (ou sobre o que) não pode ser convencionado coletivamente conta com rol taxativo em Lei (art. 611-B), no qual não se encontram os *negócios processuais*, o que é possível é enunciado de modo ilustrativo, inclusive com a previsão de que o instrumento coletivo detém “prevalência sobre a lei” (art. 611-A).

No direito do consumidor, a “convenção coletiva de consumo” pode ser firmada entre “as entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica” sobre diversas temáticas, tais como preço, qualidade, quantidade, garantia e características do produto e serviço e, no que realmente interessa ao presente estudo, “reclamação e composição do conflito de consumo” (Código de Defesa do Consumidor, art. 107) – podendo nelas se incluir, pois, claramente, *negócios processuais*.

A reforçar o ponto, a Lei n.º 14.181/2021, popularmente denominada de “Lei do Superendividamento”, incluiu a possibilidade de celebração de “convênios” entre “instituições credoras ou suas associações” e os “órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor” para a realização de “fase conciliatória e preventiva do processo de repactuação de dívidas” (CDC, art. 104-C), o que também abre espaço para situação semelhante a um negócio processual.

Dessas duas hipóteses se percebe a possibilidade latente de que se disponha sobre *negócios processuais* por meio de *convenções* (ou “convênios”) firmadas com entidades *coletivas* (associativas) – não só porque isso decorre da própria literalidade, mas também da própria lógica segundo a qual “quem pode o mais (dispor sobre o direito material), pode o menos (dispor sobre o direito processual)”. Quando se diz “o menos”, não se quer inferiorizar o direito processual, negar sua autonomia teórica ou colocá-lo como simples acessório, mas apenas levar em consideração seu principal papel, mas não o único, qual seja, o de servir de instrumento de tutela de direitos materiais.

Poder-se-ia pensar em avançar no tema para analisar a possibilidade de os próprios entes coletivos, por meio das convenções, celebrarem os negócios processuais em benefício ou

malefício aplicáveis nos processos individuais das respectivas categorias (ou “filiados”), com eficácia vinculante para os “representados” (isto é, celebrarem, em nome próprio, sobre direitos alheios individuais), mas tal objetivo extrapola a intenção desta dissertação – tratar primordialmente de *incentivos* à celebração, e não da própria celebração. A questão extrapola especialmente pela sua elevada complexidade, merecedora de estudo próprio.¹⁰⁷

O objetivo neste subtópico é muito mais singelo: a demonstração de que é perfeitamente possível que os entes coletivos (empresariais, de um lado, e trabalhistas ou consumeristas, de outro lado) firmem convenções – instrumentos *normativos* – nas quais se prevejam *incentivos* para os “representados” que quiserem celebrar certos negócios processuais (facultatividade) ou, então, *necessidade* de que os “representados” necessariamente deliberem entre duas ou mais opções-condições-situações que envolvam negócios processuais (alternatividade).

Na primeira hipótese, não há imposição alguma, podendo disso advir ou não a celebração de negócio processual. Exemplificando, a convenção pode dispor que, uma vez celebrados certos negócios processuais, a remuneração paga ao trabalhador será majorada ou algum direito adicional lhe será concedido (dia extra de descanso, adiantamento de pagamentos etc.); ou o preço pago pelo consumidor será diminuído em 10% ou alguma vantagem adicional lhe será fornecida sem custo adicional (serviço extra, maior carência etc.). Nessa hipótese, embora o incentivo decorra de um *negócio* entre os entes coletivos, pode ser considerado *normativo* em relação aos indivíduos, relativamente a temas que não poderiam eles próprios sozinhos dispor no plano individual.

Na segunda, a imposição é apenas a de que haja uma escolha entre várias opções vislumbradas ou consensuadas entre os entes. Exemplificando, a convenção pode dispor que,

¹⁰⁷ De modo exemplificativo, no âmbito do direito trabalhista sempre houve divergência se o sindicato pode, ou não, e em qual medida, negociar (“renunciar”, “dispor de”) *direitos individuais* dos trabalhadores. Geralmente, afirma-se que o sindicato pode apenas transacionar ou para beneficiar ou para tratar de “parcelas de indisponibilidade relativa”, desde que respeitado um “patamar mínimo civilizatório”, como as normas pertinentes à saúde, à segurança e higiene do trabalho e à dignidade patrimonial ou moral do trabalhador (salário-mínimo, tratamento respeitoso, identificação profissional, seguridade social, repouso remunerado, férias, remuneração com adicional para serviços extraordinários, vedação à discriminação etc.), a partir de um proclamado “princípio da adequação setorial negociada” (DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudências posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 1575-1578). Com o advento da Lei n.º 13.467/2017 (“Reforma Trabalhista”), criou-se um rol taxativo de assuntos vedados e um rol exemplificativo de assuntos permitidos, aumentando (na visão da maioria) ou esclarecendo (na visão da minoria) o âmbito de negociação sindical sobre direitos individuais dos trabalhadores – o que se deu com muita crítica, afirmando-se existir “alargamento extremado e desproporcional”, “flexibilização de direitos trabalhistas indisponíveis” e “menoscabo ao princípio constitucionalizado da *norma mais favorável*” (DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 254-257). Além disso, também há divergência sobre o que deve prevalecer quando um determinado instrumento (contrato, regimento interno, convenção coletiva etc.) prevê algumas cláusulas mais favoráveis e outras desfavoráveis, relativamente à legislação trabalhista. Este último ponto foi tratado mais acima, também em nota de rodapé, no item 1.2.2.

dentre vários conteúdos negociais pré-definidos (com mudanças materiais e processuais, concomitantemente, ou só processuais), o trabalhador ou o consumidor tenha que escolher entre celebrar negócio processual de mediação prévia extrajudicial ou inversão do ônus da prova; ou a empresa tenha que escolher entre negócio processual de citação por meio eletrônico ou por meio de sindicato, por meio da legitimação extraordinária passiva tratada no item anterior.

Em ambas, os entes coletivos não firmam o negócio processual, mas só o incentivam, de modo mais brando (primeira hipótese) ou incisivo (segunda), sem se arvorarem sobre a titularidade do “direito” processual alheio.

Tanto é assim que, uma vez discordando das disposições normativas facultativas, os consumidores e trabalhadores podem simplesmente não as invocar, isto é, não celebrar o negócio; ao passo que, das normativas alternativas, discordando de todas as opções concedidas, só restará a não celebração do contrato de consumo ou de trabalho ou o rompimento da relação até então estabelecida, sem terem sido afetados o procedimento ordinário legal ou quaisquer ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, isto é, sem que tenha sido celebrado negócio processual vislumbrado nas fontes normativas convencionais.

Embora essa “alternativa” (não celebrar o contrato ou rompê-lo) para fuga das escolhas das alternativas normativas convencionais possa parecer muito forte ou incisiva, não há nada de novo ou excrescente nisso, afinal, o resultado das convenções “materiais” trabalhistas ou consumeristas é muito similar – os “representados” não são obrigados a prosseguir suas atividades; podem apenas encerrá-las, caso o novo panorama normativo não lhes convir.

2.2. Fontes jurisdicionais

Outra fonte de incentivos é a jurisdicional (*ope iudicis*), decorrentes de atos do julgador do processo (judicial, arbitral ou afim), não previstos expressamente em lei.

O fundamento básico é o poder geral (atípico) de efetivação das decisões, constante da legislação processual hodierna, segundo o qual incumbe ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial” (CPC, art. 139, IV), de modo que “poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória” (CPC, art. 297) – sem falar de outras disposições semelhantes (CPC, arts. 536, §1º, dentre outras).

Por conseguinte, se não há limites pré-estabelecidos para a indução, todas as possibilidades se abrem ao intérprete-julgador – não só as “coercitivas” e “mandamentais”,

constantes do texto, muitas vezes consideradas meras espécies do gênero “indutivas”, ou todas elas de um gênero maior, denominado “execução indireta”.¹⁰⁸

Com isso, surgiu-se posição, inclusive, de que o magistrado pode promover “promessa de recompensa judicial”, isto é, espécie de sanção premial para quem fizesse ou deixasse de fazer determinadas condutas processuais.¹⁰⁹

A questão que se coloca é quais os limites desse poder de criação sanções atípicas pelos magistrados – o que já foi objeto de estudo de fôlego, recentemente, no Brasil.

Para o autor do referido estudo, é indispensável o estabelecimento de critérios (*standards*) pela doutrina, sob pena de a invocação de poder geral atípico de efetivação descambar para violação de direitos. Nesse contexto, propõe critérios *primários*, que devem ser obrigatoriamente observados, e outros *secundários*, meras diretrizes ou recomendações.¹¹⁰

Por primários, têm-se quatro balizas. Primeira, a “não afetação de direito alheio”, de modo que o juiz não pode suprimir ou diminuir direitos – previstos em lei – das partes (em relação seja ao próprio mérito, como o valor da indenização etc., seja aos reflexos processuais, com o seu direito de recebimento de multas punitivas ou cominatórias decorrentes de fatos ilícitos passados praticados pela parte contrária), dos advogados (honorários advocatícios sucumbenciais) e do fisco (isenções, diminuições ou parcelamentos de custas) – exceto se houver prévia autorização dos afetados. Com outras palavras, o juiz só pode dispor daquilo que lhe diga respeito, que esteja dentro de seu poder. Não pode, enfim, “fazer caridade com chapéu alheio”. Segunda, a “vedação de externalidades ao Judiciário”, prevendo deslocamento de estruturas e servidores para fora do juízo, utilização de ferramentas não disponibilizadas pela administração judiciária, expediente ordinário em dias considerados feriados ou afim, enfim, tudo que implique em majoração de custos em geral – exceto se houver prévia autorização da administração. E terceira e quarta, a “fundamentação adequada” e a “proporcionalidade”, que dispensam maiores comentários.

Por secundários, têm-se a “simetria de oportunidades”, com a previsão, sempre que possível, de sanções premiaias para ambas as partes, ainda que em momentos processuais distintos; e a “divulgação e publicidade”, com a possibilidade de se submeter ao escrutínio público e, se possível, de se criar uma espécie de cadastro nacional ou estadual de sanções premiaias, servindo de fonte de invocação das partes e inspiração aos juízes para casos futuros.

¹⁰⁸ MAZZOLA, Marcelo. **Sanções premiaias no processo** civil: previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 264-272.

¹⁰⁹ Dentre outros, cf. DIDIER JUNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Nogueira. Promessa de recompensa judicial e código de processo civil brasileiro. *Revista ANNEP de Direito Processual*, v. 1, n. 1, p. 163-173, 2020.

¹¹⁰ MAZZOLA, op. cit., p. 274-286.

Todos os apontamentos e os critérios são substanciosos e são levados em consideração nesta dissertação – conquanto não se concorde com o autor sobre o enquadramento, ou não, de certas condutas em determinados critérios.¹¹¹ Por isso, entende-se desnecessário trazer aqui todos os fundamentos que sustentam os citados critérios.

Dessa maneira, para estimular alguma espécie de negócio processual, o juiz pode propor, previamente, dentre outras coisas, a majoração de prazos processuais ou a possibilidade de soma deles, caso as partes desempenhem condutas em prazos inferiores aos máximos legais; a possibilidade de aceitação de modificação procedimental ou de alguma situação jurídica do juízo (e não das partes), como criação de fase de sustentação oral perante o magistrado, em hipótese não prevista legalmente; a possibilidade de realização de atos de maneira extraordinária, com externalidades ao Judiciário, desde que com prévia anuência da administração judiciária, como a realização de audiências e atendimentos fora dos dias e horários normais (isto é, em horário noturno ou durante as férias e feriados forenses, incluindo-se os sábados e domingos); a fixação de calendário processual de tal ou qual maneira; e o escalonamento de multas e penalidades em benefício do cumprimento de decisões judiciais, especialmente quando se determinar duas ou mais condutas, de maneira que o cumprimento mais do que satisfatório de uma possa atenuar eventual retardamento da outra; etc.

2.3. Fontes negociais

Outra fonte de incentivos é a *negocial*, querendo-se, com isso, tratar dos atos humanos praticados com consciência, com vontade, dentro de circunstâncias negociais.

Todo negócio jurídico contém “incentivos”, efetivos ou potenciais, explícitos ou implícitos, dele decorrentes, consistentes ao menos nas consequências benéficas ou malélicas decorrentes do adimplemento ou do inadimplemento. Numa perspectiva jurídica, a ser tratada no Capítulo 3, qualquer consequência jurídica pode ser considerada uma sanção, punitiva ou premial, e, por isso, um incentivo em favor ou contra determinadas condutas.

O objeto deste item, porém, não é qualquer consequência advinda de um negócio jurídico, mas sim aquela que incentive *juridicamente* a celebração de outro negócio – desta vez

¹¹¹ Por exemplo, diferentemente do autor, não se vê qualquer desproporcionalidade no exemplo de ampliar o prazo de pagamento para 45 dias, pelo devedor, numa execução, se comparecer aos autos no prazo legal concordando expressamente com o valor apontado pelo credor, renunciando a qualquer espécie de objeção. Pode-se eventualmente constatar violação ao outro critério, de proibição de “afetação de direito alheio”, mas não o de proporcionalidade, de maneira que, caso o credor concorde com tal barganha, não se enxerga qualquer ilicitude. Apesar disso, tal divergência concreta não invalida os critérios teóricos trazidos nem possui grande valia ao objetivo desta dissertação, motivo pelo qual não merece ser explorado no texto principal, tampouco ser objeto de comentários mais aprofundados nesta nota.

processual. Isto é, um negócio que incentiva outro negócio, que lhe seja posterior, logicamente. Embora decorra do negócio a criação de normas para as partes, não se confunde com a fonte tratada no item 2.1 porque lá se buscou tratar apenas das normas heterônomas, diferentemente daqui.

Abaixo serão expostos 3 (três) espécies de negócios capazes de incentivar a celebração de negócios processuais, com intuito meramente exemplificativo.

2.3.1. Negócios jurídicos com execução diferida, continuada ou periódica: o tempo da duração ou execução em favor dos incentivos

De maneira semelhante aos exemplos trazidos nos itens 2.1.4.1 (direito tributário), 2.1.4.2 (direito administrativo) e 2.1.4.1 (direito trabalhista e consumerista), é possível que um negócio jurídico possua conteúdo móvel, flexível, sem qualquer tipo de imposição, em que uma parte tenha liberdade de se encontrar numa situação jurídica ou em outra, ou entra elas alterar ou migrar ao longo do tempo – sendo que a diferença primordial de cada qual seja, de um lado, o acréscimo de negócios processuais e, de outro lado, a modificação de aspectos “materiais” do negócio (direitos, obrigações, prazos, carências, parcelamentos, formas de pagamento, lugares do pagamento etc.).

Nesse contexto, é preciso relembrar a clássica diferenciação entre contratos *instantâneos* (“spots”) e *de duração*. Mais ainda, dentre aqueles, existem os instantâneos de execução *imediate* e os de execução *diferida*, em que há simples diferimento da prestação ou contraprestação para momento futuro, enquanto, dentre estes, existem os de duração de *execução continuada*, em que a obrigação é única (abstenção de concorrência dentro de certo tempo etc.), mas se prolonga no tempo, ou de *execução periódica*, em que a obrigação é fracionada, repetida a cada intervalo de tempo (pagamento de alugueis mensais, de fornecimento de água, luz, telefonia etc.).¹¹²

A hipótese trazida neste tópico se mostra realizável tanto aos contratos instantâneos com execução diferida (“contratos a prazo”) quanto aos de duração, em ambas as espécies, mas não aos instantâneos de execução imediata, afinal a imediatidade afasta a ideia de incentivo para a celebração de um negócio futuro. Somente poderia pensar em negócio futuro, em contratos com execução imediata, se pensar em aumento de confiança, ou outro aspecto semelhante, que não possui conteúdo jurídico em si, mas sim psicológico-comportamental, pertinente ao item 2.4. abaixo.

¹¹² TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil: contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 157-158.

Trata-se das hipóteses (negócio jurídico com execução diferida ou de contratos de duração) mais comuns para se pensar em um negócio jurídico *incentivando* a celebração de um outro.

A situação se amolda, perfeitamente, a inúmeros contratos que são objeto de discussão ou execução judicial – *administrativos* (contratações envolvendo obras públicas de grande porte, que não se esgotam com o simples fornecimento de um produto), *empresariais* (cláusulas de exclusividade, não concorrência, parceria-fornecimento etc., temporalmente determinadas), *trabalhistas* (vocacionados a se estabelecerem por tempo indeterminado) e *consumeristas*, quando relativos a execuções periódicas, também nominados de “contratos “relacionais” ou “cativos de longa duração”, como de prestação de serviços públicos, como luz, água e telefone, e os de planos de saúde, de previdência privada e de cartões de crédito.

Disso advém, inclusive, um curioso paradoxo: enquanto os contratos com execução instantânea provavelmente são a grande maioria dos negócios jurídicos celebrados pelas pessoas no dia a dia, como a simples compras de produtos (alimentos no mercado, vestuários no shopping etc.), ou a contratação de serviços de curta duração (transporte de taxi ou “Uber”, serviços de cabeleireiros etc.), são os contratos com execução diferida, ou de execução continuada ou periódica, que mais ocupam as pautas judiciárias.

Esse paradoxo se ampara em 3 (três) razões prováveis. Primeira, por conta da instantaneidade, tais contratos dão pouco espaço para a inexecução e, mais ainda, para a apuração de “culpa” disso. Segunda, por conta da sucessividade no tempo, um mesmo contrato se desdobra em uma infinidade de meses, anos ou décadas, gerando-se dados (fáticos e jurídicos) que se acumulam e se interrelacionam, com o advento potencial de novidades – das quais podem advir pedidos de revisão ou “onerosidade excessiva” ou situações de inadimplência. E terceira, por conta da longa duração, os contratos com execução diferida ou de trato continuado ou sucessivo geralmente apresentam consequências mais relevantes, de grande monta, seja por exigir maior tempo para a sua conclusão, seja por acumular dispêndios menores, porém mensais – o que atrai maior interesse (monetário, empresarial, sentimental etc.) na discussão ou reivindicação.

2.3.2. *Negócios (contratos) preliminares: o tempo da negociação ou da concretização da solenidade em favor dos incentivos*

Os negócios preliminares (CC, arts. 462 a 466) são aqueles em que o seu objeto é a promessa de celebração de um outro, futuro ou subsequente na linha lógica – por isso geralmente denominado de principal, definitivo ou prometido.¹¹³

Há dois grandes fatores para tal modo de proceder. Primeiro, as partes querem se vincular de alguma maneira, protegendo-se contra desistências ou arrependimentos repentinos, mesmo que ainda existam questões divergentes (não consensuadas) ou pendentes (ainda não dialogadas), o que é especialmente comum quando se negocia objetos complexos, cuja negociação demora tempo considerável e envolve uma infinidade de “decisões parciais contratuais”; ou em ambiente altamente concentrado, em que se quer precaver contra investida negocial de um dos outros poucos concorrentes do mercado. Segundo, as partes podem estar em perfeita sintonia, mas se encontra pendente alguma formalidade indispensável prevista em lei (solenidade), de modo que negociam a antecipação parcial dos efeitos futuros, enquanto se aguarda a conclusão do contrato definitivo – tal como se dá por meio dos contratos particulares no tráfego imobiliário de elevado valor, com a transferência imediata de parte do pagamento, às vezes da posse e das responsabilidades e riscos da coisa, mesmo antes da celebração da escritura pública ou do registro no tabelião respectivo.

Dessa maneira, a contratação preliminar inegavelmente pode figurar como fonte volitiva de incentivos, afinal, nele é possível a previsão de que o contrato definitivo poderá ter tal ou qual cláusula alterada em benefício da parte que aceitar determinado negócio processual desejado pela contraparte (reserva de adaptabilidade) – de modo semelhante ao já anunciado nos tópicos predecessores.

Dessa forma, esta técnica pode ser utilizada com o propósito deliberado de incentivar a contraparte a refletir e a celebrar negócio processual em seguida, quando da contratação definitiva, inclusive se a execução desta se der de modo instantâneo.

É o caso do contrato preliminar particular de venda de determinado imóvel vultoso, a depender de contrato definitivo futuro, por meio de escritura pública – solenidade sem a qual aquele não é válido juridicamente para o fim de transmissão da propriedade imobiliária –, em que se estabeleça que, quando da efetiva lavratura da escritura, o vendedor ou o comprador aceitam celebrar um negócio *processual* de interesse da contraparte em troca de algum

¹¹³ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil: contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 188-190.

benefício (majoração ou diminuição do preço ou da responsabilidade por evicção ou vício redibitório, tempo de pagamento dilatado ou diminuído etc.).

2.3.3. *Negócios jurídicos unilaterais: a promessa de recompensa, o concurso e o sorteio em favor dos incentivos*

A “promessa de recompensa” é tratada junto com outros atos unilaterais na legislação brasileira, tais como gestão de negócios, pagamento indevido e enriquecimento sem causa – institutos que não têm qualquer relação intrínseca entre si. Não à toa, a inserção de todos em um mesmo título é objeto de crítica doutrinária – de maneira que teria sido mais conveniente, sistematicamente, a regulamentação conjunta (num mesmo título, não num mesmo capítulo) das promessas e dos títulos de crédito, ambos negócios jurídicos unilaterais, por exemplo.¹¹⁴

Por meio do negócio unilateral, uma só pessoa – sozinha – cria, extingue ou altera situações jurídicas de terceiros, de modo *efetivo ou definitivo*, como nas renúncias (no campo processual civil, citem-se as renúncias ao mandato, pelo advogado – art. 112; aos prazos de que dispõe ou juízo arbitral, pelas partes – arts. 225 e 337, § 6º; à pretensão formulada ou ao crédito, pela parte autora ou reconvinte – art. 487, III, “c”, e 924, IV; ou ao recurso, pelo sucumbente – art. 999), ou ao menos *potencial*, como no testamento, relativamente aos herdeiros necessários e aos agraciados pelo testamento, em que os efeitos ficam dependentes da implementação de condições (não revogação do testamento e advento do falecimento com bens a partilhar).¹¹⁵

A legislação civil brasileira (CC/2002) prevê, unicamente, a “promessa de recompensa”, dispondo – no que interessa – que “aquele que, por anúncios públicos, se comprometer a recompensar, ou gratificar, a quem preencha certa condição, ou desempenhe certo serviço, contrai obrigação de cumprir o prometido” (art. 854); e que a pessoa que “fizer o serviço, ou satisfazer a condição, ainda que não pelo interesse da promessa, poderá exigir a recompensa estipulada” (art. 855).

Numa primeira leitura, poder-se-ia parecer que, sem anúncios públicos, dirigidos a pessoas indeterminadas, ou não sendo condicionada a recompensa ou a gratificação a uma “condição” ou “serviço”, não é possível realizar negócio unilateral de promessa de recompensa.¹¹⁶

¹¹⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina (orgs.). **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 685-686.

¹¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das obrigações: negócios jurídicos unilaterais**. Tomo XXXI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 57.

¹¹⁶ Grande parte da doutrina costuma replicar, sem reflexão, os dizeres legais. Por todos, cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. Volume 3. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 392-393.

Essa interpretação até poderia ser corroborada pela afirmação corrente de que os negócios unilaterais estão previstos na legislação de maneira taxativa, espelhando disposição legal expressa nesse sentido contida no código civil italiano.

Tal taxatividade se ampararia em duas razões principais: primeira, a possibilidade de que a promessa se dê sem a devida reflexão, sem saber com quem irá se vincular; segunda, a possível dificuldade probatória e a possível complexidade sobrejacente ao tráfego jurídico por conta do advento de consequências jurídicas em momentos distintos (promessa realizada no dia X, aceitação ou reivindicação nos dia X+1, X+2, X+3...) e por meio de formas potencialmente também distintas (promessa escrita e aceitação oral, ou vice-versa).¹¹⁷

Ocorre que se trata de interpretação rasa, limitadora ao extremo da realidade, que nem sequer conta com dispositivo legal nesse sentido na legislação brasileira.

Não havendo proibição legal, há de se admitir a atipicidade dos negócios jurídicos unilaterais, afinal, tanto quanto os bilaterais, o que se encontra em jogo é o autorregramento da vontade – razão pela qual qualquer restrição deve se fundar em eventuais razões de ordem pública, e não na simples unilateralidade.¹¹⁸ Cercear, previamente, o autorregramento da vontade por conta de simples possibilidades futuras se mostra posição paternalista e engessadora da sociedade.

Em tempos em que imperam os princípios da socialidade (leitura dos institutos com uma lente social), eticidade (boa-fé objetiva) e operabilidade (soluções viáveis) no direito civil, regendo um mundo cada vez mais complexo e em mutação, com efemeridade das relações afetivas e jurídicas e tecnologias disruptivas, as duas razões são facilmente contornáveis, enquanto as potencialidades da interpretação expansiva e permissiva se mostram adequadas socialmente, eticamente e operacionalmente.

A superação dos “problemas” da interpretação expansiva se dá, primeiro, por meio do controle *posterior* dos negócios jurídicos, inclusive possibilitando a sua anulação, como, por exemplo, por conta de eventual *lesividade*, decorrente da *inexperiência*, de que se resulte desproporção manifesta (CC, art. 157), ou por meio da cláusula geral da *boa-fé objetiva*, que possui eficácias *criativa*, *interpretativa* e *anulatória* ou *bloqueadora* de condutas contratuais; e, segundo, por meio do reconhecimento de que eventual dificuldade probatória é ônus processual aprioristicamente de apenas um dos interessados (CPC, art. 373), incumbindo-lhe

¹¹⁷ Expondo o ponto, mas sem firmar adesão ou rechaço à taxatividade: TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina (orgs.). **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 685-687.

¹¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das obrigações**: negócios jurídicos unilaterais. Tomo XXXI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 58-59 e 66.

sopesar todos os prós e contras de suas condutas e, ainda, considerando a realidade tecnológica atual, cercar-se das inúmeras possibilidades de comprovação dos negócios jurídicos firmado (gravação de áudio, filmagem, guarda de mídias ou documentos eletrônicos em sistemas invioláveis em “nuvem” etc.).

Noutro tocante, é preciso salientar as três espécies de promessa descritas pela doutrina: a) a que promete o prêmio apenas à *primeira* pessoa que realizar a conduta desejada (comissão ou omissão), balizando pelo critério temporal, sendo que, em caso de simultaneidade ou impossibilidade de fixá-lo, soluciona-se pela divisão, se o prêmio for divisível, ou pelo *sorteio*, se o inverso; b) a que promete o prêmio a toda e qualquer pessoa que realiza a conduta desejada, sem prioridade cronológica, podendo ser estabelecido que o prêmio virá a ser repartido entre todos ou que o prêmio será multiplicado em favor de tantos quantos realizarem a conduta desejada; e c) a que promete o prêmio apenas a uma pessoa, cuja escolha decorrerá de juízos, a partir de critérios mais ou menos objetivos ou subjetivos, do promitente ou de terceiros, de maneira monocrática ou colegiada (*concurso*).¹¹⁹

Dada a atipicidade dos negócios jurídicos, tais espécies são meramente exemplificativas, sendo perfeitamente possível imaginar outras espécies novas, ou combinadas entre si,¹²⁰ como aquela em que o prêmio fica sob jugo exclusivo da álea, independentemente da simultaneidade ou impossibilidade de fixar quem primeiro praticou a conduta; ou, ainda, que o prêmio será repartido ou multiplicado em até tantas pessoas, de modo fixo ou flutuante – a depender do número de participantes ou outros fatores –, a depender de critérios objetivos ou subjetivos. Não há limite para a criatividade humana.

Os concursos e os sorteios, que se encontram regulados na legislação cível, também podem possuir sujeito negocial semelhante – um *promitente* –, que se compromete a conceder um “prêmio”, potencialmente, àqueles que fizerem ou deixarem de fazer algo, estabelecendo-se, ou não, certos procedimentos, condicionantes ou juízos valorativos. Tantos os concursos quanto os sorteios podem se basear apenas em condutas futuras, estimulando-as, ou apenas condutas pretéritas, reconhecendo-as e prestigiando-as, ou em ambas.

O que diferencia estas figuras da promessa de recompensa é, essencialmente, a certeza – nesta última –, ou não – nos concursos e sorteios –, da consequência jurídica imediata decorrente da conduta eleita como passível (efetiva ou potencialmente) de “premiação”.

¹¹⁹ Ibidem, p. 317-318.

¹²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das obrigações**: negócios jurídicos unilaterais. Tomo XXXI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 319-320.

Portanto, a promessa pode ser *dirigida* a público amplo ou restrito, indeterminável, determinável ou indeterminável, coletivo ou individual;¹²¹ *em razão* de fatos naturais ou qualquer espécie de conduta, da própria pessoa ou de terceiros, comissivas ou omissivas;¹²² com *prêmio* divisível ou indivisível, multiplicável ou não, entregue por critério temporal, aleatório ou crítico-valorativo; e partindo de qualquer pessoa, com vínculo jurídico, ou não, com o fato ou a conduta desejada, como ver-se-á nos itens 4.3.1 e 4.3.2.

O desnude de todas essas possibilidades permite a visualização de inúmeros tipos de *incentivos* a comportamentos *processuais*, como ações ou omissões, vindo a calhar ao objeto deste texto.

Para tanto, basta imaginar a aposição de promessas em petições iniciais. Numa ação de reivindicação, de posse, de desapropriação ou de despejo, poder-se-ia imaginar a promessa de que, em havendo concordância com o julgamento em instância única proposto nessa oportunidade, a parte autora ressarcirá todos os custos de transporte e mudança da eventual desocupação, ou pagará determinada quantia de recompensa, ou concederá maior prazo para tal desocupação, ou tudo isso junto etc. Imagine-se, ainda, a promessa de que, em sendo ajustada a suspensão do processo para fins de realização de audiência de mediação extrajudicial em determinada instituição, a parte autora arcará com o pagamento da eventual futura prova pericial judicial a ser produzida para apuração de eventuais benfeitorias necessárias que a parte requerida afirma ter realizado no imóvel.

Vislumbrando outra hipótese, imagine-se que, em uma ação *judicial* qualquer, fundada em negócio patrimonial disponível no qual se firmou cláusula compromissória *arbitral*, a parte autora e o respectivo advogado prometam recompensas, fora ou dentro do processo (como a não execução de eventual honorário advocatício sucumbencial que vier a ser fixado), caso o réu deixe de suscitar (uma *omissão*) a existência da convenção de arbitragem em sua contestação – o que é interpretado como *renúncia* ao juízo arbitral (CPC, art. 337, § 6º), logo um *negócio processual*.

Pela leitura “restritivista”, tais promessas poderiam ser consideradas inexistentes, afinal, se não se dirigiram a pessoas indeterminadas (a não ser que se entenda de modo ampliativo a locução “anúncios públicos”, permitindo que seja direcionada a uma só pessoa determinada), não houve “promessa”; e, se não houve “promessa”, considerado negócio unilateral não receptício (que independe de aceitação), ter-se-ia, no máximo, uma proposta de

¹²¹ Conquanto se indique que a promessa tenha que ser dirigida a no mínimo duas pessoas (Ibidem, p. 325), adota-se, neste texto, noção mais abrangente, sem limitações quantitativas.

¹²² Ibidem, p. 326.

negócio jurídico, logo dependente de aceitação (CC, arts. 427 a 434), de maneira que a possível ou provável ausência de ciência e manifestação quanto ao conteúdo da “proposta” constante dos autos faria com que, nos exemplos, a parte contrária nada possa reivindicar.

Tal tipo de interpretação levaria ao descrédito toda e qualquer promessa sem ampla publicidade ou direcionada a pessoas determinadas, como aquela inserida dentro de determinado processo judicial, especialmente – mas não só – quando se envolver processos sob sigilo de justiça ou quando a contraparte é única (não há litisconsórcio). Como não soa razoável nem cumpre com os anseios sociais de segurança jurídica, justa proteção das expectativas possivelmente criadas e vedação a comportamentos contrários à boa-fé, doutrina abalizada entende pela dispensabilidade de publicidade ou da vocalização a um público amplo indeterminável para se reconhecer *existente* uma promessa de recompensa.¹²³

Mais ainda, é possível imaginar uma ampla margem de *promessas* incentivando a realização de negócios processuais, não partindo das partes nem de dentro do processo. Para não alongar desnecessariamente este item, o assunto será retomado e complementado no Capítulo 4, item 4.3.

2.4. Fontes psicológico-comportamentais

2.4.1. Introdução e compreensão da economia clássica (modelo de escolha racional)

A última fonte de incentivo é psicológico-comportamental, aquela que não decorre de fontes normativas, judiciais ou negociais, isto é, que não provoca, em si mesmo, nenhuma espécie de benefício ou castigo, juridicamente. Poder-se-ia nominá-la, também, de *extra* ou *para* jurídica para evidenciar que se encontra fora e ao lado das fontes anteriores, todas *jurídicas*.

Traz-se, aqui, um conceito residual – em vez de dizer o que é, diz-se o que não é. Quer-se, com isso, primeiramente ressaltar a vastidão das hipóteses que podem se amoldar nesta categoria, sem qualquer possibilidade de exaurimento. Isso não impede, todavia, de trazer algumas hipóteses e balizas gerais dessa fonte de incentivo presente quando cada agente toma suas decisões.

A necessidade de decisões decorre da escassez subjacente ao próprio conceito de vida humana: não havendo imortalidade, cada um escolhe como quer viver o tempo de vida que dispõe; não havendo infinitude material, cada uma escolhe como utilizar seus recursos. O

¹²³ Dentre outros, cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das obrigações**: negócios jurídicos unilaterais. Tomo XXXI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 69; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: contratos. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 456-457.

cenário é de escassez, seja temporal, seja material.¹²⁴ Cada escolha, uma renúncia – a majoração do tempo de trabalho implica a diminuição do tempo disponível para lazer, ócio etc.; a opção pelo prazer ou deleite imediato implica a impossibilidade ou a postergação de investimentos, de planos, de resultados mais vultosos ou expressivos no futuro.

Pela compreensão clássica, ao decidir, o agente primeiro antevê um resultado, que considera todos os resultados possíveis a partir do contexto em que se encontra inserido; em seguida, age em busca do “melhor” para si (teoria da utilidade esperada).

Por decisão, entende-se não só a opção por um caminho, por outro, numa estrada bifurcada, mas também por dar meia volta ou simplesmente não decidir. Enfim, até mesmo “não decidir”, ficar parado e sujeitar-se às consequências dessa conduta abstencionista, também é uma decisão.

Esse dogma central da economia clássica, denominado de *modelo ou teoria da escolha racional*,¹²⁵ encontra-se subjacente aos tipos de incentivos jurídicos,¹²⁶ tema do Capítulo 3, item 3.1.

A partir dele, é possível tirar inúmeras conclusões, como as de que: a) entre um ruim ou bom resultado, o agente tenderá a escolher o segundo – relativamente para si (individualismo metodológico); b) a mudança do contexto (incentivos ou desincentivos) tenderá à alteração do resultado deliberativo, isto é, do que seria o “melhor” na visão do agente (“*people respond to incentives*”)¹²⁷; e c) a diferença de percepção do que é “melhor” entre agentes tenderá ao intercâmbio de bens, isto é, se alguém valoriza mais um determinado bem do que outro, e outro alguém pensa o inverso, o natural é que eles troquem entre si a titularidade dos bens menos desejados pelos mais desejados – em um ambiente de “custos de transação” zerados, meramente hipotético (teorema de Coase).¹²⁸

¹²⁴ Dentre outros, cf. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stépahen. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 25-26; GOULART, Bianca Bez. **Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?** 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 35-37.

¹²⁵ Por ser uma teoria, possui visão conglobante da coletividade. Ou seja, a “irracionalidade” episódica de algum ou porção de indivíduos não afasta a consistência da teoria – para qual o importante é a racionalização do comportamento humano como um todo, visando interpretá-lo “como se” buscasse a maximização de seus interesses. Por todos, cf. FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 9-15; GOULART, Bianca Bez. **Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?** 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 29-31.

¹²⁶ THALER, Richard H. **Comportamento inadequado: a construção da economia comportamental**. Lisboa: Actual, 2016. p. 314.

¹²⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stépahen. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 31.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 201-202; THALER, op. cit., p. 318-319; WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 103-108.

As conclusões decorrem de estados ideais em que os agentes não só (a) *conhecem todas as informações sobre todas as opções disponíveis*, (b) *sabem identificar os bônus e ônus de cada qual* e, ainda, (c) *não encontram óbices legais (vedações) ou circunstanciais para as decisões ou trocas* – mas também (d) *possuem força de vontade* para sempre assim se pautarem.

2.4.2. *Compreensão psicológico-comportamental: lições da economia contemporânea (“economia baseada em fatos”)*

A economia contemporânea vem demonstrando que o panorama clássico se mostra incompleto e impreciso quando se observa, na prática, por meio de inúmeras pesquisas empíricas e da reunião de dados estatísticos envolvendo grande número de pessoas, que o ser humano delibera diversamente do “modelo de escolha racional” em muitas ocasiões específicas – e isso tudo a partir de influxos *psicológico-comportamentais*. Inclusive, Amos Tversky e Daniel Kahneman, dois dos expoentes dessa nova compreensão econômica, não são economistas, mas sim psicólogos – cuja pesquisa da dupla, de relevância sobranceira, levou o último a receber o popularmente nominado “Prêmio Nobel da Economia” em 2002.

A incompletude ou imprecisão são percebidas especialmente quando se está diante de deliberações (a) sobre questões *complexas*; (b) com *resultados incertos ou probabilístico*; (c) com *resultados distantes temporalmente da deliberação (feedback demorado)*; (d) *inéditas* ou *raras* (baixa frequência ou recorrência na vida dos agentes); (e) *públicas, transparentes, sujeitas ao julgamento de terceiros*; ou (f) *logo após deliberações públicas de terceiros*.¹²⁹ Nestes tipos de deliberações, os seres humanos se comportam de maneira irracional (à luz do modelo de escolha racional), afinal, cometem erros previsíveis, que não querem cometer e às vezes até sabem que estão cometendo, mas neles insistem, sistematicamente.¹³⁰

É preciso esclarecer que os estudos psicológico-comportamentais jamais pretenderam, defenderam ou significaram a completa derrocada do modelo clássico, com a substituição dele por um novo, mas sim a reflexão e a revisão crítica daquele, especialmente naquelas espécies de deliberações.¹³¹ Com outras palavras, o modelo de escolha racional ainda se mostra aplicável e representativo da realidade para as deliberações mais simples, transparentes, com resultados

¹²⁹ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. p. 18-19, 246 e 254, *passim*.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 16 e 29 e 65-86.

¹³¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 37; THALER; SUNSTEIN, op. cit., p. 114.

mais certos e próximos temporalmente, mais frequentes e corriqueiras e sem deliberações públicas.¹³²

Essas observações se mostram especialmente importantes na temática em estudo porque, regra geral, para os leigos, a negociação processual é complexa, com resultados incertos e distantes temporalmente, inédita ou rara em seu cotidiano e, muitas vezes, sujeita ao julgamento de terceiros (familiares, profissionais ou empresas do mesmo ramo, parceiros comerciais etc.) – isto é, um “prato cheio” para condutas muitas vezes equivocadas (aceitação a negócios processuais maléficis ou recusa a benéficos).¹³³

Avançando: alguns problemas práticos sustentam a fundamentação crítica da economia contemporânea, especificamente naquelas espécies de deliberações mencionadas, desmentindo parcialmente os estados ideias e as conclusões da economia clássica.

2.4.3. Problemas práticos do modelo de decisão racional: assimetria de informações, racionalidade limitada, custos de transação muitas vezes elevados e impeditivos, força de vontade limitada e interesse próprio limitado

O primeiro problema é o de que as pessoas geralmente não dispõem de *todas as informações sobre todas as opções disponíveis*, sobretudo em relação aos problemas de média ou alta complexidade. A internet ajudou bastante, mas nem de longe suprimiu tal barreira. Muitas informações são restritas de várias maneiras – sendo a barreira mais comum a financeira (cobrança em troca do fornecimento) – ou, mesmo que disponíveis, são inverídicas (*fake news*) ou frágeis, de origem não identificada ou de baixa credibilidade.

É nesse ponto que se liga a chamada “*assimetria de informações*” – o fato de que as pessoas naturalmente possuem quantidades diferentes de informações. É nesse ponto, também, que se liga a *publicidade*, cujo papel primordial é o de levar ao público o conhecimento sobre algo.

O segundo problema é o de que as pessoas nem sempre detêm *capacidade* para *analisar* todos os aspectos contidos nas informações colhidas, isto é, todos os bônus e ônus, chegando-se a uma conclusão precisa.

Aliás, a própria divisão do conhecimento humano em áreas, em faculdades, com longa duração (vários anos), demonstra a imprecisão de imaginar que qualquer agente teria

¹³² GOULART, Bianca Bez. **Negociação, economia e psicologia**: por que litigamos? 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 86-87.

¹³³ ABREU, Rafael Sirangelo de. **Incentivos processuais**: economia comportamental e *nudges* no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 56-71.

capacidade de interpretar todas as informações disponíveis em cada área. Basta imaginar um complexo exame médico nas mãos de um doutor em engenharia, ou um complexo projeto de engenharia nas mãos de um doutor em medicina, as informações até podem estar ali, mas não há capacidade de “decodificá-las”.

O resultado (seguir a recomendação médica ou o projeto de engenharia, ou não) passará por uma deliberação superficial (baseada em apenas alguns poucos pontos, que soam compreensíveis ao agente “receptor”) ou circunstancial (baseada na confiança em que se deposita no profissional que interpretar e vocalizar o exame ou o projeto). É nesse ponto que se liga a chamada “*racionalidade limitada*” (*bounded rationality*)¹³⁴ – o fato de que as pessoas possuem limitações de compreensão das informações.

O terceiro problema é o de que as pessoas sempre se deparam com os denominados “*custos de transação*” – que nada mais são do que “custos” que são levados em consideração para a realização de uma transação, que podem ser de duas ordens. E, além disso, há o viés do “*status quo*” e da “aversão à perda ou ao risco de perda”, que “aumentam” os custos e serão mais bem abordados no tópico abaixo.

De um lado, os custos *prévios*, *anteriores*, decorrem da obtenção de informações, compreensão delas, deliberação do que fazer a partir disso (conclusão pela celebração de negócio jurídico), exposição do que se pretende “vender” ou pesquisa do que se pretende “comprar”, do encontro e da validação da contraparte como parceiro negocial, da conversação e do convencimento dela (construção do consenso sobre prestação *versus* contraprestação) e, por fim, da celebração efetiva do negócio.

Nessa etapa, é mais custosa a obtenção de informação, compreensão e deliberação por si mesmo (ineditismo) do que a partir de experiências e modelos anteriores¹³⁵, assim como é mais custosa a celebração solene (forma imposta por lei, a bem da segurança jurídica, sempre com mais requisitos e cuidados, como a forma escrita ou, ainda, a celebração na presença de alguma autoridade pública) do que não solene (qualquer forma, inclusive por palavras, gestos ou cliques); com cláusulas personalizadas, com discussão uma a uma, do que “por adesão”; presencial do que remota (telefonema, carta ou meio eletrônico); e expressa do que tácita.

¹³⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 32-33; ABREU, Rafael Sirangelo de. **Incentivos processuais: economia comportamental e nudges no processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 52-54.

¹³⁵ Aqui reside a importância do teste, da prototipagem, da conceção e da execução do “produto mínimo viável” – etapa comum nos processos de inovação. O que dá certo, expande-se e replica-se; o que dá inconsistência, melhora-se; o que se mostra inviável, contraproducente ou prejudicial, descarta-se rapidamente. Tratando da temática da inovação relativamente ao direito processual, cf. DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. Introdução ao estudo das boas práticas na administração da justiça: a relevância dogmática da inovação. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 15, n. 44, jul./dez. 2021.

De outro lado, os custos *complementares, posteriores*, decorrem da fiscalização e execução do negócio, isto é, a criação de instrumentos ou procedimentos para acompanhar a situação até a sua efetiva execução, em conformidade com o combinado (prestação *versus* contraprestação), o *risco de alterações fáticas ou jurídicas supervenientes* que ensejem renegociações ou desavenças judiciais (teoria da imprevisão ou superveniência de modificação constitucional ou legislativa reputada de ordem pública, com eficácia imediata, inerentes a qualquer sistema jurídico), o risco de descumprimento (a parte não executar a prestação ou contraprestação) e as consequências desse descumprimento, como o *custo* (despesas processuais) e o *tempo* (duração do processo) indispensáveis para pleitear a tutela jurisdicional, o *risco de derrota* (divergência de compreensão pelo julgador sobre legalidade ou algum aspecto, com a possibilidade, inclusive, de “anulações”) e o *risco de ineficácia* mesmo com decisão judicial favorável (advento de impossibilidade fática ou jurídica de execução, como nas hipóteses de ausência patrimonial ou de impenhorabilidade dos patrimônios conhecidos).¹³⁶

O quarto problema é o de que as pessoas nem sempre possuem *força de vontade* para fazerem o que entendem como correto. Por mais que estejam acessíveis todas as informações de todas as opções, sejam capazes de interpretá-las e os custos de transação sejam baixíssimos, ainda assim muitas preferem, conscientemente ou não, simplesmente fazer o que é *mais fácil, mais comum* ou *mais próximo* (espacial e cronologicamente).

Não fosse assim, não existiriam tantas pessoas que seguem a regra-geral, o modelo pré-configurado, em todas formulários ou em deliberações jurídicas, mesmo dispondo da opção de alterar as opções pré-configuradas por alguém; que seguem fazendo o ordinário, corriqueiro, mesmo dispondo de ideias potencialmente transformadoras, ou assistem programas televisivos, escutam músicas ou investem nos ativos sempre mais populares; e, ainda, que, mesmo cientes dos malefícios de suas condutas e desejosos de hábitos mais saudáveis, continuam fumantes, obesos ou sedentários. Verdadeiramente, falta-lhes autodomínio; a força de vontade é limitada.¹³⁷

E quinto problema é o de que as pessoas nem sempre focam nos seus próprios interesses. Pelo contrário, em inúmeras situações, quando se sentem injustiçadas, mostram-se dispostas a

¹³⁶ É neste ponto que os negócios processuais colaboram – e muito –, afinal, uma vez convenionado um procedimento mais enxuto, dinâmico ou adequado à causa, diminuem-se, sensivelmente, os custos de transação complementares ou posteriores. Sobre o ponto, cf. GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. **Negócios jurídicos processuais e análise econômica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. *passim*, especialmente p. 58-62.

¹³⁷ THALER, Richard H. **Comportamento inadequado**: a construção da economia comportamental. Lisboa: Actual, 2016. p. 116-119 e 133-140.

sacrificar algum bem ou patrimônio com a finalidade de que uma outra pessoa se prejudique ainda mais, ou ao menos não ganhe nada “em cima” delas.¹³⁸

2.4.4. Identificação das causas dos problemas práticos detectados: heurísticas e vieses

Diante dessas incongruências práticas com o modelo de escolha racional, a economia contemporânea tem identificado no ser humano a existência de *heurísticas* e *vieses*.¹³⁹ Não é intenção desta pesquisa se aprofundar em cada um dos conceitos, tampouco inventariar todas as diversas heurísticas e dezenas de vieses já catalogadas, mas apenas trazer um pequeno apanhado, exemplificativo, que dê substância aos tipos de incentivos descritos no item 3.2 do próximo Capítulo.

Heurísticas são atalhos mentais que facilitam a tomada de decisão rapidamente, mesmo sobre questões complexas, utilizando-se de “substituições” – substituindo-se uma análise aprofundada por uma mais simplória. Existem, basicamente, quatro espécies principais.

A primeira espécie é a de *ancoragem ou ajuste*, segundo a qual as pessoas geralmente não partem do “zero” o seu raciocínio. Quase sempre partem de algo que sabe para o que não sabe. Se uma pessoa sabe que a cidade A é menor que a B, e que a A tem 100 mil habitantes, logo pode supor que a B tenha 50 mil, quando na verdade só possui 35. “Errou para mais”, mesmo diminuindo “a metade”. Se outra pessoa sabe que a cidade B é maior que a C, e que a C tem 10 mil habitantes, logo pode supor que a B tenha 20 mil habitantes. “Errou para menos”, mesmo “dobrando”.

O mesmo se aplica quando se formula duas perguntas: a ordem delas influencia o percentual de respostas. “Você é feliz?” e “com que frequência vai a encontros?”, respectivamente, resultará em resultados diversos se as perguntas foram invertidas. Ou, ainda, quando se vislumbrar, em programas televisivos, a previsão de doações de 100, 250, 1000 ou 5000 reais, ou “outro valor”, as pessoas tenderão a doar 100 reais, o mínimo, mas que se encontra dentro de suas possibilidades; se fosse 10, 25, 50 e 100 reais, ou “outro valor”, provavelmente a tendência seria outra, não se manteria. Mesmo existindo “outro valor” em ambos os casos.¹⁴⁰

¹³⁸ Ibidem, p. 179-187 e 326; BAZERMAN, Max H. **Processo decisório**. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 222-226; WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 269.

¹³⁹ No campo do direito processual, cf. ABREU, Rafael Sirangelo de. **Incentivos processuais: economia comportamental e nudges no processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 54-56.

¹⁴⁰ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. p. 33-34; KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 86-92; GOULART, Bianca Bez. **Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?** 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 105-107.

É o caso, também, da pessoa que “ganhou” na sentença (1ª instância), que geralmente se mostra menos propensa e aberta ao acordo, sobretudo relativamente a valores ou a direitos “menores” do que os constantes da sentença, mesmo que o resultado do futuro acórdão da apelação (2ª instância) não guarde relação de dependência ou subordinação com aquele ato judicial pretérito.¹⁴¹ Mentalmente, o teor da sentença fixa-se como uma âncora.

A segunda espécie é a de *disponibilidade*, segundo a qual as pessoas julgam a probabilidade de algo ocorrer, ou não, ou o sentimento decorrente de algo, a partir da facilidade com que se lembram mentalmente de fatos semelhantes, que ocorreram consigo mesmo ou foram divulgados, daí extraindo conclusões equivocadas (superestimando as hipóteses lembradas, subestimando as esquecidas). É por isso que, após eventos traumáticos recentes ou muito divulgados, como enchentes, acidentes, doenças específicas e guerras, as pessoas tendem a ficar mais receosas, a contratar seguros e afins, mesmo que a possibilidade de tais eventos seja menor do que inúmeras outras causas não divulgadas ou não externadas recentemente.¹⁴²

A terceira espécie é a de *representatividade*, segundo a qual as pessoas julgam situações por “similaridade”, a partir de estereótipos, assim como buscam uma racionalidade ou logicidade nos eventos, recusando-se a reconhecer que grande parte dos fatos são puramente aleatórios – o que vem sendo chamado de “efeito *halo*”. É por isso que, quando do término de uma relação amorosa ou profissional com determinada pessoa, muitas vezes as pessoas buscam mentalmente – indevidamente – justificativas “lógicas”, “sucessivas” e “encadeadas”, que culminaram no resultado então conhecido, bem como às vezes transbordam preconceitos contra pessoas com características semelhantes. Ou, então, quando uma mesma jogada se faz presente repetidas vezes em jogos do tipo “cara ou coroa” (jogos de moeda, de cassino etc.), a pessoa tem um palpite sobre a próxima rodada a partir disso, mesmo sendo eventos independentes entre si, não correlacionados.¹⁴³

E a quarta espécie é a de afeto, segundo a qual as pessoas tomam deliberações distintas de acordo com o seu estado emocional atual (um pedido de aumento salarial, num dia feliz e festivo, pode ser bem recebido pelo patrão, diferentemente de um dia triste na vida pessoal dele, ainda que na mesma semana ou mesmo mês) ou comparativamente.¹⁴⁴

¹⁴¹ KAHNEMAN, op. cit., p. 83-84, com exemplos distintos, não processuais.

¹⁴² THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. p. 35-36; KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 93-98; BAZERMAN, Max H. *Processo decisório*. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 62-67; GOULART, Bianca Bez. *Negociação, economia e psicologia*: por que litigamos? 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 102-104.

¹⁴³ THALER; SUNSTEIN, op. cit., p. 37-42; KAHNEMAN, op. cit., p. 141-147; GOULART, op. cit., p. 98-102.

¹⁴⁴ BAZERMAN, op. cit., p. 182-186.

Por outro lado, vieses são um modo tendencial-sistemático de decidir de modo diverso daquele esperado pela lógica do modelo de decisão racional. Eles podem ser decorrentes ou pertinentes a uma heurística, ou não. Existem dezenas de vieses detectados pelas pesquisas psicológico-comportamentais.

O primeiro viés que se tornou conhecido é o de *aversão à perda*, efetivo ou potencial (risco), que foi extraído da teoria das *perspectivas* ou dos prospectos (*prospect theory*), segundo a qual, em situações semelhantes (em termos percentuais), que logicamente se equivaleriam, as pessoas tomam decisões diferentes – majoritariamente evitando prejuízos e levando em consideração o seu “ponto de partida” (perspectiva).¹⁴⁵

Enquanto, matematicamente, jogar moedas com a mesma promessa (mesmo valor) de ganho e perda resulta em zero, o psicológico humano possui uma *aversão a perdas* maior que o desejo de ganhar, entendendo não ser benéfico o jogo (cara ou coroa) nessas condições. Mesmo quando se acrescenta potencial de recebimento (ganho) ligeiramente superior ao de perda (110 contra 100, v.g.), a tendência de ojeriza ao risco prevalece.

A teoria da perspectiva nota, ainda, uma outra incongruência humana: embora avesso às perdas, entre uma perda certa de 50 e uma perda potencial – com probabilidade de 60% – de se perder 100 (que, pela modelo de escolha racional, equivaleria a 60), prefere-se a opção mais arriscada, pois se prefere o mero risco de perda, ainda que maior, do que a perda certa e efetiva.

A esse viés se liga a um outro, denominado de *inércia* ou “*status quo*”, segundo o qual, existindo várias opções, as pessoas tendencialmente preferem se manter onde estão, na zona de conforto, ou serem guiados pelas regras-padrões já pré-configuradas nos sistemas ou na Lei, por mais que não sejam obrigatórias, isto é, sejam passíveis de alteração pelo interessado. É o caso clássico da mudança do regime-geral do casamento por meio da Lei n.º 6.515/1977, que passou da comunhão universal para a parcial, e, com isso, como num passe de mágica, a esmagadora maioria das pessoas passou a escolher tal regime a partir de então. Se antes tal regime (comunhão parcial) já era possível, não haveria motivo para mudança drástica no comportamento médio da população (opção) a partir do modelo de escolha racional.¹⁴⁶

¹⁴⁵ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 195-202; WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 171-176.

¹⁴⁶ O fenômeno não é abordado apenas no âmbito psicológico-comportamental, mas também no Direito, no qual já se afirmou que a incorporação legal de uma conduta contém um simbolismo, o “poder da nomeação”. A incorporação legal de uma conduta até então considerada imoral colabora para a compreensão social da “normalidade” ou “naturalidade” dela com o tempo, em maior ou menor medida – o que também ocorre no sentido inverso, isto é, mesmo condutas majoritariamente consideradas morais, com o advento de uma proibição legal, faz com que se mude a percepção de muitos, passando a encará-las como desviantes, anormais ou patológicas. Por todos, cf. BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. p. 236-240.

Enfim, seja pela aversão à perda, seja pela inércia, há uma preferência pela manutenção da situação atual e pela fuga a situações de risco de perdas, mesmo que, probabilisticamente, os ganhos sejam superiores aos prejuízos.¹⁴⁷

Outro viés é o de *otimismo ou excesso de confiança*, segundo o qual as pessoas tendem a supervalorizar suas capacidades e menosprezar as de terceiros, assim como superestimar os eventos positivos e subestimar os negativos.¹⁴⁸ Outro bem próximo é o viés *egocêntrico*. É a situação muito comum e basilar de que a maioria das pessoas entendem que fazem jus a uma determinada “nota”, como a habilidade na direção de veículos, mas paradoxalmente entende que a média da população faz jus a uma nota menor.¹⁴⁹

É muito comum, também, os vieses de *enquadramento* (“*framing*”) ou de *cálculo mental*, segundo os quais, mesmo em relação a fatos isolados ou mesmo envolvendo dinheiro (bens fungíveis), as pessoas tomam decisões levando em consideração a composição (origem) de sua situação atual (dependência da referência, do ponto de partida mental) ou do quanto ficou pré-determinado de gasto ou investimento por “área” (orçamento).

Se a pessoa ganhou uma aposta na roleta de um cassino, ela tenderá a jogar novamente se e enquanto a possível perda futura corresponder ao ganho anterior. Ou, de outra maneira, embora seja a mesma coisa, na mente soa diferente “o preço do produto é tal (se for pago por cartão de crédito), mas se for pago por dinheiro em espécie há desconto de 10%” de “o preço do produto é tal (se for pago por dinheiro em espécie), mas se for pago por cartão de crédito há um acréscimo de aproximadamente 10%”, ou “de cada 100 pacientes, 90 sobrevivem à cirurgia” de “de cada 100 pacientes que fazem cirurgia, 10 morrem”.¹⁵⁰

Mais um viés comum é o chamado de *efeito dotação* (“*endowment effect*”), segundo o qual as pessoas tendem a dar mais valor para aquilo que tem do que o valor que pagaria para comprar o mesmo ativo ou para se encontrar na mesma posição¹⁵¹ – de maneira que é relutante a trocas.¹⁵² É a situação em que, se fosse comprar determinado bem, não pagaria determinada

¹⁴⁷ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. p. 44-47 e 101-103.

¹⁴⁸ Dentre outros, cf. GOULART, Bianca Bez. *Negociação, economia e psicologia*: por que litigamos? 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 118-121.

¹⁴⁹ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. p. 43-44; GOULART, op. cit., p. 123-133.

¹⁵⁰ THALER; SUNSTEIN, op. cit., p. 47-48; THALER, Richard H. *Comportamento inadequado*: a construção da economia comportamental. Lisboa: Actual, 2016. p. 33-34.

¹⁵¹ THALER, Richard H. *Comportamento inadequado*: a construção da economia comportamental. Lisboa: Actual, 2016. p. 323; KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 203-210.

¹⁵² FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 17-19.

quantia (“100”), mas exige tal quantia para a venda dele, se já o possui, obstaculizando uma circulação mais rápida do bem.

Um último, de interesse deste texto, é o viés *do presente*, segundo o qual as pessoas preferem muito mais o momento presente do que o futuro, de maneira que, quanto mais distante no tempo um resultado, menos se interessa em obtê-lo – preferindo-se a vivência imediata. A isso se tem o denominado “desconto hiperbólico”, que reza que, mentalmente, uma mesma quantia de hoje vale, por exemplo, metade a mais daqui um ano (não por questões inflacionárias, mas sim por preferência), enquanto, daqui a dois anos, não valerá apenas o dobro (ou pouco mais que metade da metade já aumentada), mas sim valor ainda maior (isto é, o desconto não é linear, mas sim exponencial).¹⁵³

Por conseguinte, possibilidade de forçar o pagamento de uma dívida hoje, ou o cumprimento de uma pena imediatamente, ou em curto espaço de tempo, é muito mais efetivo para constranger mentalmente o devedor ou ofensor do que a majoração das consequências (dívida ou pena) que só serão sentidas muito tempo depois.

Existem outros inúmeros vieses que vêm sendo estudados e citados no campo processual, como o *viés de confirmação*, objeto de ampla análise em recente tese doutoral¹⁵⁴ – mas esse e outros diversos vieses em nada acrescentam à compreensão completa deste texto e do Capítulo seguinte.

2.4.5. Soluções para os problemas práticos detectados: intervenções, incentivos ou “cutucões” (“nudges”)

Se os seres humanos presumivelmente irão deliberar sob heurísticas e vieses, que muitas vezes fazem com que o resultado obtido (decisão) não seja o melhor, alguma providência há de ser tomada pela sociedade como um todo (legislação) ou pelos próprios agentes (estruturação de procedimentos, arquitetura de escolhas¹⁵⁵ etc.).

A providência geralmente se dá por *intervenções*, quando uma legislação ou um contrato (meros exemplos) proíbem ou determinam algo (normas imperativas), com ou sem coercibilidade (normas puramente imperativas); ou por *incentivos* em sentido amplo (normas

¹⁵³ THALER, Richard H. **Comportamento inadequado**: a construção da economia comportamental. Lisboa: Actual, 2016. p. 146-147; FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 19-20.

¹⁵⁴ Dentre outros, cf. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. 187 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

¹⁵⁵ Focando na estruturação e na arquitetura do processo jurisdicional, com reflexão direta sobre os negócios processuais e os *nudges*, cf. ABREU, Rafael Sirangelo de. **Incentivos processuais**: economia comportamental e *nudges* no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 87-129.

facultativas com o acréscimo de incentivo, prévio ou posterior, positivo ou negativo). Essas espécies de normas foram objeto do item 1.2, enquanto os tipos de incentivos estão descritos no item 3.1 – não sendo objeto deste item.

Outra providência possível, que é o objeto de interesse desta passagem, dá-se por meio dos chamados “*nudges*”, terminologia em inglês que pode ser traduzida por “cutucões” ou “empurrões”. “Cutucões” nada mais são do que a simples estruturação de procedimentos ou formas de deliberação (meio ambiente, em sentido amplo) que estimulem as pessoas a tomarem melhores decisões, mas sem trazer, efetivamente, qualquer espécie de “incentivo” ao panorama decisório. Com outras palavras, o “*nudge*” não traz consigo qualquer espécie de ganho ou perda, juridicamente (financeiramente ou não), ao agente decisor, caso tome uma posição ou outra; o “*nudge*” apenas modifica o ambiente, o momento ou a forma da escolha – o que seria irrelevante sob a luz do modelo clássico de escolha racional.¹⁵⁶ Por isso, diz-se que quem constrói o ambiente, o momento ou a forma de deliberação é um “arquiteto” ou “*designer*” de escolhas.

Dentre uma infinidade de exemplos de “*nudges*”, que não comportam qualquer lista pré-definida, é possível citar o simples envio de avisos de que uma conta está próxima ao vencimento, de que o *e-mail* enviado – embora conste o termo “anexo” – não contém qualquer anexo, de que tal conduta iniciada pode conter algum erro, de que a maioria absoluta da população se comporta de determinada maneira. Ou a simples previsão pré-preenchida de autorização de doação de órgãos e outras condutas socialmente desejáveis em formulários de amplo alcance, com a opção de modificação (supressão da autorização) da opção pelo interessado (espécie de *consentimento presumido*), ou ao menos a inserção de pergunta de conteúdo obrigatório, sem pré-preenchimento, sobre a concessão de autorização, ou não, para doação de órgãos ou afim (espécie de *escolha obrigatória ou instigada*). Ou, ainda, a facilitação (remoção de barreiras) às condutas desejáveis e “dificultação” (criação de obstáculos) às indesejáveis, tal como sempre deixar ao alcance das mãos uma garrafa de água (em vez de o agente precisar se levantar e deslocar para ingeri-la), ou colocar em geladeira ou cômodo mais distante o acondicionamento de guloseimas e produtos industrializados (em vez de o agente alcançá-los com rapidez, sem nenhum esforço).¹⁵⁷ São pequeníssimas informações que, muitas vezes, alteram substancialmente os resultados obtidos no dia a dia.

¹⁵⁶ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. p. 11 e 14; THALER, Richard H. **Comportamento inadequado**: a construção da economia comportamental. Lisboa: Actual, 2016. p. 396.

¹⁵⁷ THALER, Richard H. **Comportamento inadequado**: a construção da economia comportamental. Lisboa: Actual, 2016. p. 397-419 e 428.

Não havendo necessidade neste item, a tarefa de exemplificação processual constará do item 3.2 do próximo Capítulo.

CAPÍTULO 03

QUAIS OS TIPOS DE INCENTIVOS?

O ser humano reage a incentivos, dentro de certos padrões. Essa é a verdade central, considerada autoevidente, que baliza o presente capítulo – conquanto sejam cabíveis exceções.

Não fosse assim, não haveria qualquer serventia o estudo das ciências sociais “aplicadas”, que buscam estudar aplicações práticas de comportamentos humanos, como o Direito e a Economia,¹⁵⁸ pois tudo não passaria de obra do acaso, impassível de “cientificidade”. É a aplicabilidade que distingue o Direito das “ciências humanas”, enquanto é o foco no comportamento humano que o diferencia das demais ciências (agrárias, biológicas, exatas, linguísticas, artísticas, da saúde etc.).

A questão que se põe é a quais tipos de incentivos o ser humano reage – e se todos os tipos são passíveis de utilização para fins de incentivo à celebração de negócios *processuais*.

O incentivo mais comum na legislação – e conhecido pelo estudo jurídico e pela população – decorre da ameaça, isto é, faça isso, ou não faça aquilo, sob pena de lhe ser imputado algum malefício. É aquele que busca repreender quem divergir do comportamento imposto.

Ocorre que, como já visto (Capítulo 1, item 1.1.1), com o advento do “Estado Social”, a própria compreensão do Direito passou a encarnar também um perfil *funcionalista*, ao lado do *estruturalista* – daí advindo o renascimento do “direito premial”. Com isso, a sanção – uma consequência prevista no Direito – passa a ter conotação também positiva e uma multiplicidade de possibilidades.

Além disso, o ser humano não é influenciado apenas por sanções; influencia-se também por incentivos anteriores à prática da conduta e por fatores psicológico-comportamentais – objeto de estudo mais da psicologia e economia do que do direito, mas que este não pode prescindir.

Por isso, é preciso, primeiro, superar a visão que enxerga exclusivamente o tipo repressivo e impositivo dos incentivos; e, depois, analisar as outras espécies de interesse à presente dissertação.

¹⁵⁸ Trazendo o panorama básico da Economia, em diálogo com direito processual, cf. ABREU, Rafael Sirangelo de. **Incentivos processuais: economia comportamental e nudges** no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 29-48.

Para melhor compreensão, tratar-se-á de cada qual individualmente, enfocando-se mais nos tipos menos conhecidos.

3.1. Incentivos jurídicos

Para fins desta dissertação, incentivos jurídicos são aqueles que detêm relevância direta para o Direito, deles gerando consequências jurídicas exigíveis pela parte interessada.

Utiliza-se, aqui, portanto, de conceito diferente e mais amplo do que o clássico de Norberto Bobbio,¹⁵⁹ para quem os incentivos podem ser classificados em econômico (multa, prêmio etc.)¹⁶⁰, social (banimento, criação de “*status*” ou estamentos com direitos ou prerrogativas distintas etc.), moral (desonra, reputação etc.), físico (açóites, decapitação etc.) e jurídico (perda da capacidade para elaborar testamento, perda do direito de carga dos autos pelo advogado que não o devolveu tempestivamente no passado, acréscimo de algum direito adicional etc.), sem prejuízo do advento de incentivos híbridos ou mistos.

A diferenciação ora proposta é mais singela para facilitar a compreensão do fenômeno a partir de influxos de dentro e fora do Direito: quando de dentro do Direito, pouco importando se a consequência é econômica, social, moral, física ou estritamente jurídica na visão de Bobbio, aqui se considera que o incentivo é “jurídico”; quando de fora, encontrando-se ligado a questões psicológico-comportamentais e a mudanças de compreensões jurídicas sobre determinados “pontos de estrangulamento” hermenêuticos, aqui se considera que o incentivo é “*extra*” ou “*para*” jurídico.

3.1.1. Sanção: dupla conotação e multiplicidade de possibilidades

Basicamente, a sanção se funda no princípio da retribuição: retribui-se o mal com um mal; o bem com um bem.¹⁶¹

¹⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Burueri: Manole, 2007. p. 25.

¹⁶⁰ É neste campo que se insere a discussão sobre a possibilidade de “mercantilização” ou “precificação” de direitos humanos ou fundamentais, processuais ou não, mercê do que se pode compreender como “*commodities*” e os “*trade-offs*” entre direitos entre direitos (CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 212-214). É neste campo, também, que se insere a crítica de que as penalidades podem ser ineficazes para as classes mais ricas, se os valores não forem consideráveis, e para os mais pobres, por ausência de capacidade financeira em qualquer nível – de modo que, por conta disso, muitas vezes atinge ou preocupa apenas a uma parte da sociedade, a “classe média” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. 7ª série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 81). Por fugirem ao escopo deste trabalho e dada a complexidade dessas temáticas, não se aprofundará em tais pontos ao longo do texto.

¹⁶¹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Burueri: Manole, 2007. p. 63. Do mesmo modo e citando Bobbio, no Brasil, cf. BENEVIDES FILHO, Maurício. **A sanção premial no Direito**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 81-84.

A lógica das proibições ou imposições, comum à tutela dos direitos humanos clássicos, de primeira dimensão (civis e políticos), encontra-se *preponderantemente* ligada à *ameaça* de imposição de um *castigo* àquele que as descumprir (consequência negativa, repressora, buscando desencorajar condutas “maléficas”).

Por sua vez, a lógica das promoções ou dos estímulos, salientada pela tutela dos direitos humanos mais modernos, de segunda dimensão (sociais, econômicos e culturais), encontra-se *preponderantemente* ligada à *concessão* ou à *promessa* de concessão de um benefício àquele que realizar ou prometer a realização de determinada conduta (consequência positiva, incentivadora, buscando encorajar condutas “benéficas”).¹⁶²

Por “castigo”, entenda-se não só a atribuição de uma desvantagem extraordinária (dever, situação de sujeição ou ônus), mas também a privação de uma vantagem ordinária (direito, poder ou faculdade). Exemplos da primeira hipótese (desvantagem acrescida) são a aplicação de *multa* por litigância de má-fé (CPC, art. 81), a declaração de *nulidade* do negócio processual com objeto ilícito, impossível ou indeterminável (CPC, art. 190, c/c CC, art. 166, II) ou a *autorização* para que o oficial de justiça arrombe cômodos e móveis do imóvel do executado caso recuse o acesso àqueles (CPC, art. 846); enquanto, da segunda (vantagem suprimida) é a perda do direito do advogado de retirada dos autos da secretaria judiciária, para fins de obtenção de cópia, caso descumpra o prazo de devolução (CPC, art. 107, § 4º). Encaixam-se, respectivamente, nas categorias de ilícito *indenizativo* (surgimento de um dever de indenizar), *invalidante* (desfazimento do ato), *autorizante* (gera para o ofendido ou para outrem uma situação jurídica ativa nova, inédita) e *caducificante* (perda de uma situação jurídica ativa).¹⁶³

Por “benefício”, entenda-se não só a concessão de uma vantagem extraordinária, mas também a privação de uma desvantagem ordinária.¹⁶⁴

Por sua vez, quer-se afirmar, por “ordinária”, apenas a existência de uma situação jurídica prévia e indiscriminada a todos, enquanto, por “extraordinária”, a modificação, a supressão ou o acréscimo dessa situação jurídica precedente por conta de um fato posterior, que se contrapõe ao primeiro, com eficácia *revogadora* ou *bloqueadora* da anterior.

Ademais, vale salientar que “preponderantemente” – constante nos primeiros parágrafos deste tópico – não é *sempre*. Apesar da aparente assimilação entre um tipo de lógica

¹⁶² No campo do direito processual, a estruturação de ônus também se presta a estimular condutas proveitosas ao processo – conquanto sem trabalhar com as ideias de punição ou de recompensa –, sob pena de preclusão, isto é, perda do direito pelo seu não exercício. Sobre o ponto, cf. ABREU, Rafael Sirangelo de. **Incentivos processuais: economia comportamental e nudges** no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 31-32.

¹⁶³ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 400-401.

¹⁶⁴ BOBBIO, Noberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Burueri: Manole, 2007. p. 24-25.

com outro tipo de consequência (conduta determinada e consequência negativa, em caso de descumprimento; e conduta incentivada e consequência positiva, em caso de cumprimento), *não há ligação biunívoca*. Uma conduta proibida (ou desincentivada) pode trazer consigo um benefício àqueles que não a praticarem, assim como a uma conduta obrigatória (ou incentivada), àqueles que a praticarem. O que não é possível, apenas, é inserir um castigo à conduta desincentivada, àqueles que a praticarem, ou à conduta incentivada, àqueles que não a praticarem, sob pena de desnaturação da própria ideia de incentivo, isto é, um “*plus*” somado às normas *facultativas*, cuja ignorância ou desprestígio pelo agente não lhe causa qualquer consequência jurídica direta.

Outro esclarecimento relevante é o de que, embora seja mais simples e comum premiar ou punir uma *ação* do que uma *omissão*, até mesmo pela maior facilidade demonstração e comprovação daquela, é perfeitamente possível premiar ou punir uma omissão.¹⁶⁵

Por fim, a aplicação do “castigo” ou a concessão de “benefício” não precisa ser *certa e imediata*.

É possível que se submetam a *condições* (eventos futuros e incertos), sejam suspensivas ou resolutivas; a *termos* (eventos futuros e certos), sejam iniciais ou finais; e a *encargos* (restringem uma liberdade), como qualquer negócio jurídico.

É possível, também, a previsão de parcelamentos ou carências (execução diferida no tempo) – logo, *mediatas*, não exercitáveis de plano.

De outro lado, “castigo” e “benefício” não precisam decorrer de um único ato (em sentido amplo), como causa e efeito, “tomou, levou” (aspecto negativo) ou “promoveu, recebeu” (aspecto positivo). É possível que a consequência dependa da existência *concomitante* de um *conjunto* de atos (atos complexos ou compostos). Se na primeira possibilidade se tem a fórmula “A = B” ou “se A, tens direito ou dever a B”, na segunda, “A + B = C” ou “se A e B, tens direito ou dever a C”. Numa ou outra, gera-se direito adquirido ao *resultado*.

É possível, também, que a consequência dependa de um prévio juízo meritório-comparativo de outrem, como por meio de *concursos* em que se listam os “melhores” ou “piores” dentro de determinada categoria (CC, art. 859 e 860, analogicamente); ou, ainda, dependa da pura *aleatoriedade ou sorteio* (CC, arts. 458 e ss. c/c art. 817, analogicamente).¹⁶⁶

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 6.

¹⁶⁶ Discorda-se, nesse ponto, de Bobbio, que não vislumbra o encorajamento (o incentivo) quando a consequência da ação do agente *depende da escolha/eleição de outrem* (um júri literário, v.g.) ou quando a consequência *decorre de um evento incerto e indesejado* pelo agente (indenização ou pensão decorrente de acidente ou morte, v. g.) (BOBBIO, Noberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Burueri: Manole, 2007. p. 26). No primeiro ponto, certamente os graus de incentivo, de encorajamento, são distintos – isto é, um estímulo direto

Nestas possibilidades, tem-se a fórmula “se A, podes ter direito a B”, gerando-se simples direito adquirido à *chance* de obtenção do resultado.¹⁶⁷

Com isso tudo se vê a enorme riqueza decorrente do renascimento do “direito premial” e da expansão do conceito de “sanção”; múltiplas possibilidades se abrem aos “criadores de normas”, sejam públicas ou privadas, materiais ou processuais. Incontáveis e inimagináveis são os arranjos possíveis, dentro de cada categoria, de forma separada ou cumulada de categorias (castigo + benefício), englobando-se uma só ou um conjunto de condutas, com a criação de direitos adquiridos – submetidos, ou não, a condições, termos ou encargos – ou simples expectativas de direitos, com possibilidade de atribuição de consequências benéficas ou malélicas a condutas normativamente impostas (ou incentivadas) ou proscritas (ou desincentivadas), prévia ou posteriormente à realização da conduta esperada.

3.1.2. *Facilitação: incentivo em sentido estrito*

Aproveitando toda a discussão acima, deve-se frisar que é possível que o *benefício efetivo*, acoplado ao incentivo para que alguém pratique determinada conduta desejada, pode ser concedido não só *depois* da realização desta, mas também *antes*, previamente.

No primeiro caso, tem-se retribuição a algo já realizado, espécie de prêmio, ficando adstrita ao campo das sanções, tratadas acima.

(“se A, tens direito a B”) é mais *forte* que um indireto (“se A, podes ter direito a B”), mas nem por isso é possível desprezar o estímulo mais *fraco*. No segundo, o incentivo não busca encorajar o agente a se acidentiar ou morrer (eventos indesejados), mas sim à *exposição* a atividades de *risco*, funcionando de modo semelhante à utilização de equipamentos ou atos/procedimentos que diminuem o risco. Nestes, o próprio risco é diminuído; no exemplo dado, as consequências danosas da concretização do fato possível e indesejado é que são diminuídas, para si ou para outrem (núcleo familiar etc.). Em um ou em outro caso, há um estímulo à exposição a atividades aprioristicamente de risco. É justamente por isso que há quem diga que a adoção de “seguros de proteção jurisdicional”, comuns no direito estrangeiro, poderiam levar a uma maior propensão à litigância, o que já foi objeto de considerações no Brasil (CABRAL, Antônio do Passo. Convenções sobre os custos da litigância (II): Introdução ao seguro e ao financiamento processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 277, p. 47-78, mar. 2018).

¹⁶⁷ A situação se encontra na cinzenta de diferenciação, existente na prática, entre “direitos adquiridos”, “direitos condicionais” (já existente, mas com eficácia pendente), “direitos eventuais ou incompletos” (falta-lhes algum elemento constitutivo ou essencial, mas o Direito lhes confere alguma espécie de tutela jurídica ao interesse) e “expectativa de direitos” (interesse sem qualquer espécie de tutela jurídica). Sobre o ponto, cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito adquirido e expectativa de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 41-49. Há, ainda, quem vislumbre uma categoria adicional, a “legítima expectativa de direito”, considerando-a um bem jurídico à parte (SANTOS, Antônio Medeiros dos. **A expectativa de direito como bem jurídico**. 2015. 515 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2015. *passim*). A situação se encontra próxima à teoria da “perda de uma chance”. As diferenciações não têm relevância para linha-central desta dissertação, embora possam resultar em nomenclatura distinta da constante do texto.

No segundo caso, tem-se uma retribuição a algo ainda não realizado; um incentivo *prévio* em troca de uma *promessa* do agente beneficiado de praticar uma conduta desejada.¹⁶⁸ No fundo, o que se quer é *facilitar* a realização da conduta desejada.

Como nas hipóteses de sanções, a facilitação pode ser tanto para *conceder uma vantagem* extraordinária quanto para *privar* o agente de uma *desvantagem* ordinária.

A primeira hipótese da facilitação é clássica no direito material, consistente na concessão de empréstimos subsidiados para empresas que prometem que realizarão certa atividade econômica, em determinada região, por exemplo, que pode ser readaptada ao direito processual, com a concessão de *financiamento* (em sentido amplo) àqueles que prometerem a adoção de certo comportamento, vale dizer, a celebrar certo negócio *processual* na sequência.

Inúmeras possibilidades de financiamentos são possíveis, por diversos atores ou setores da sociedade, mas um em especial vem a calhar, por demais paradigmático: se, em média, um processo judicial custa ao Judiciário cerca de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) com estrutura e mão de obra do magistrado e serventuários,¹⁶⁹ seria de todo razoável que o próprio Estado *subvencionasse e fomentasse* a celebração de compromisso arbitral, nas hipóteses cabíveis, ao menos quando o pretense autor de qualquer maneira faça jus à gratuidade de justiça e o numerário subvencionado ou fomentado não ultrapassasse a economia gerada.

Única pequena ressalva aos fomentos ou subvenções é a de que, no Brasil, o Estatuto da OAB veda que o advogado receba valores da parte contrária ou de terceiros sem expressa autorização do seu cliente; logo, um obstáculo relativo, facilmente superado pelo consenso e limitado à figura do advogado.¹⁷⁰

Por sua vez, a segunda hipótese de facilitação que se vislumbra, dentre as diversas imagináveis, é o *diferimento* do pagamento das custas, ou mesmo a *isenção*, independentemente do enquadramento à hipótese de gratuidade de justiça, desde que o agente beneficiário se comprometa, por exemplo, a participar de uma audiência de conciliação ou mediação com

¹⁶⁸ BOBBIO, Noberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Burueri: Manole, 2007. p. 30 e 72.

¹⁶⁹ Em antigo estudo relativamente às execuções fiscais – cuja complexidade é baixíssima –, a tramitação de cada processo na Justiça Federal custava, em média, R\$ 4.368,00, sem contar eventuais embargos (do devedor ou de terceiros) e recursos, em fevereiro de 2011 (CUNHA, Alexandre dos Santos; KLIN, Isabela do Valle; PESSOA, Olívia Alves Gomes. **Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**. Nota técnica. Brasília: IPEA, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3vpjFPi>. Acesso em: 12 jan. 2022.). Atualizando-se tal valor para dezembro de 2021, aplicando-se o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), obtém-se o valor de R\$ 8.306,77 por meio da “calculadora do cidadão” do Banco Central. Pode-se presumir, com alto grau de chance de acerto, a partir disso, que um processo de conhecimento, mais complexo que uma simples execução fiscal, em todas as suas fases (considerando as etapas instrutórias, saneadoras e recursais), certamente ultrapassa, na média, o valor lançado no texto (R\$ 10.000,00).

¹⁷⁰ CABRAL, Antônio do Passo. Convenções sobre os custos da litigância (II): Introdução ao seguro e ao financiamento processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 277, p. 47-78, mar. 2018.

regras adicionais (“boas práticas”), como aquela dos direitos norte-americano e inglês em que o autor passará a ser responsável pelos ônus da sucumbência, mesmo que vença o processo, caso o resultado que venha a ser alcançado ao final seja igual ou inferior à proposta ofertada pelo réu e recusada pelo vencedor (“*offer of settlement*”)¹⁷¹, estimulando o réu a sair da passividade e o autor a refletir ponderada e seriamente sobre a proposta do réu; ou então renuncie previamente¹⁷² à possibilidade de interposição de recurso contra a futura sentença.

3.2. Incentivos *extra* ou *para* jurídicos

O outro tipo de incentivo é o *extra* ou *para* jurídico – aquele que não decorre de incentivos jurídicos em sentido estrito, isto é, sanções (positivas ou negativas) ou facilitações, acima tratadas.

Esse tipo de incentivo decorre, diretamente, das fontes psicológico-comportamentais, tratadas no item 2.4 desta dissertação, bem compreendidas pela economia contemporânea ou comportamental (“*behavioral economics*”) ou ainda “economia baseada em fatos”, ou da simples modificação da compreensão ou interpretação de questões jurídicas, aptas a influenciar uma maior amplitude, ou não, das possibilidades de negociação processual.

Neste item, de modo mais microscópico, serão tratados de modo mais específico alguns poucos tipos, sem intenção de esgotamento do tema. Muitos deles são espécies de “*nudges*”; outros vários são questões com dispersão doutrinária, dentre e fora do direito processual.

Para facilitação da compreensão, serão divididos os tipos a partir dos grandes gargalos identificados pela economia moderna na tomada de decisões, quais sejam, “assimetria de informações”, “racionalidade limitada”, “custos de transação” e “força de vontade limitada”.

¹⁷¹ Dentre outros, cf. WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020 p. 443-446; FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 63-65.

¹⁷² Neste ponto, há quem defenda a impossibilidade de “renúncia prévia” a recursos sob o argumento de que só se pode renunciar o que já se tem. Por isso, antes da decisão judicial, somente seria possível “convencionar” a unicidade de instância; depois do advento de decisão recorrível, seria possível “aquiescer” à decisão ou “renunciar” ao recurso; e, por fim, depois de interposto, somente seria possível “desistir” dele (RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual**: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 226-229 e 340-341). Para cada etapa existiria um instituto jurídico, não necessariamente coincidente com os demais. O argumento é interessante – e convence quando se volta contra a “renúncia ao recurso”. Porém, não convence quando se percebe que, em verdade, a “renúncia prévia” muitas vezes invocada não é propriamente a um recurso em específico, mas sim à *possibilidade* recursal tal ou qual, de uma parte ou de outra, ou de ambas. A possibilidade recursal é um direito eventual – e, como tal, passível, em regra, de livre trânsito jurídico por meio de negócios jurídicos (venda, doação, etc.), inclusive unilaterais (renúncia). A exceção se dá quando há disposição legal em sentido contrário, como a vedação expressa à negociação de herança de pessoa viva (CC, art. 426), ou colida com a ordem pública – o que não parece ser o caso, afinal, é consenso que as partes podem convencionar, em conjunto, a supressão de recursos – não fazendo sentido interpretar que a supressão unilateral, por si só, redunde em conclusão diferente.

É preciso salientar, porém, que a divisão busca apenas o elemento preponderante em cada tipo, na visão deste texto, mas de modo nenhum quer afirmar que o tipo enquadrado em um “gargalo” não possa refletir positivamente também em outro ou outros.

3.2.1. Redução da assimetria de informações

3.2.1.1. Educação, advertência e aconselhamento: superação do desconhecimento sobre o tema

A quase totalidade da população desconhece a possibilidade de celebração de negócio processual atípico, isto é, a possibilidade de “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” (CPC, art. 190).

Como a possibilidade legal expressa é recentíssima, com vigência de pouco mais de 5 (cinco) anos, é natural que a população mentalmente compreenda as possibilidades e as limitações processuais da forma praticada nas últimas décadas – em que os negócios processuais eram restritíssimos, na praxe, às poucas hipóteses típicas previstas legalmente (foro de eleição, arbitragem e suspensão do processo, por exemplo).

Os profissionais do Direito, sejam acadêmicos ou práticos, certamente sabem da novidade, mas uma boa parte deles ainda não teve a oportunidade de negociar ou celebrar negócios processuais e, menos ainda, de obter resultados concretos, efetivos, dessa conduta. Falta-lhes, portanto, cultura jurídica no campo negocial processual (e, de modo mais macro, no *consensual* em geral),¹⁷³ que se constrói apenas com o transcurso do tempo.

Por isso, mostra-se conveniente o fortalecimento de uma política *educativa*, inclusive pelo próprio Poder Judiciário¹⁷⁴ – incluindo-se o Conselho Nacional de Justiça –, com o ensinamento da possibilidade de que as partes podem colaborar com a definição da forma com que sua eventual disputa será resolvida.

Mostra-se conveniente, também, a previsão de *advertências* – isto é, avisos, lembretes – em repartições públicas (judiciárias ou não), nas mídias sociais ou nos sistemas de acionamento judicial (Processo Judicial Eletrônico, *v.g.*), em rol meramente exemplificativo, sobre a possibilidade e a conveniência de celebração de determinados negócios processuais,

¹⁷³ OSNA, Gustavo. “Contratualizando o processo”: três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”). **Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 163-185, mai./ago. 2020; MULLER, Júlio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: Análise econômica e jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 116.

¹⁷⁴ A inércia é uma característica da jurisdição, da atividade julgadora, e não da administração da justiça, da gestão de processos e da resolução de conflitos – atividade inerentemente administrativa, também exercida pelo Judiciário, da qual se espera atuações de ofício, não exclusivamente reativas. Sobre o ponto, cf. DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual** – administração judiciária, boas práticas e competência normativa. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 32-33.

como aquele de conciliação ou mediação prévia extrajudicial, a evitar uma rápida escalada do conflito, seja em termos de custos ou responsabilidades, seja em termos emocionais.

Por último, o *aconselhamento* público, especialmente por meio das instituições do sistema de justiça (Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Delegacia de Polícia e advocacias públicas e privadas) e dos órgãos fiscalizadores e julgadores (conselhos de classe, fiscalização do trabalho, agências reguladoras, tribunais de contas etc.) sobre negócios processuais também colaboraria para a diminuição da assimetria de informações.

3.2.1.2. Publicidade e propaganda: superação da postura passiva do Judiciário, das funções essenciais à Justiça, das partes e da sociedade em geral

A publicidade e a propaganda são outros instrumentos de redução da assimetria de informações sobre negócios processuais, que podem provir do Judiciário – especialmente pelo Conselho Nacional de Justiça¹⁷⁵ –, das funções essenciais da justiça, das partes e da sociedade em geral.

A principal diferença é que, nelas, as condutas são inerentemente ativas (intenção de difundir uma ideia, uma opinião, um produto etc.) – de modo que, para a implementação, mostra-se indispensável a superação da postura passiva do Judiciário, das funções essenciais à Justiça, das partes e da sociedade em geral sobre a temática, isto é, sobre a possibilidade de celebração de negócios processuais.

Mais ainda, como já foi constatado pela economia comportamental, a divulgação de casos ou instituições que estão se valendo de negócios processuais – com esta nomenclatura ou não – colabora, muito, para a tomada de consciência pelas pessoas, especialmente quando determinada situação se tornar prática comum ou majoritária.

3.2.2. Redução da racionalidade limitada

3.2.2.1. Simplicidade: superação das hipóteses cerebrinas, heterodoxas ou complexas

A complexidade é um custo, um ônus; ao reverso, a simplicidade é um ativo, um bônus.

Não se quer vedar ou abominar negócios processuais complexos, que demandem maior *esforço cognitivo* ou *energia para concepção, interpretação ou execução*, mas apenas afirmar que tal estruturação não se presta a incentivar o aumento de negócios processuais. É possível – e deve ser concebido – negócio processual complexo pelos “arquitetos de escolhas”,

¹⁷⁵ Como reconhece publicação recente, o CNJ tem e deve se comportar como verdadeiro “*think tank*” das boas práticas na administração da justiça, prestando-se a observá-las, certificá-las, catalogá-las, fomentá-las, articulá-las, capacitá-la e, inclusive, divulgá-las (Ibidem, p. 52).

preferencialmente quando não exista alternativa mais simples compatível ou a situação fático-jurídica exija.

Por isso, todo e qualquer agente que pode e quer *incentivar* a celebração de negócios processuais (tema do Capítulo 4) deve preferir, sempre que possível, a simplicidade, em detrimento da complexidade.¹⁷⁶

Por simplicidade, quer-se abranger aquilo que é mais facilmente *compreendido* e *executado* pelas partes. A simplicidade engloba vários fatores, inclusive linguísticos, podendo-se aqui ressaltar dois deles.

De um lado, é de mais fácil compreensão frases *curtas* (tamanho da oração) e *diretas* (sujeito + predicado) do que frases longas e invertidas ou intercaladas. Não é questão de certo ou errado, mas sim de facilidade de entendimento a todos. Gramaticalmente, vocalizar “as galinhas ciscavam despreocupadas” (mensagem curta e direta) possui o mesmo valor de “ciscavam despreocupadas as galinhas” (curta e invertida) ou “despreocupadas, as galinhas ciscavam” (curta e intercalada) – mas a maior facilidade está na primeira.

De outro lado, geralmente é de mais fácil compreensão de frases com estruturação *positiva*, com o que se *deseja* ou *ganha*, do que negativa, com o que se quer evitar ou suprimir; isso, inclusive, por conta da heurística da ancoragem ou ajuste e dos vieses de aversão à perda, inércia, enquadramento e de “efeito dotação”.

Nesse contexto, mostra-se mais conveniente descrever, como negócio processual, por exemplo, o estabelecimento de *juízo em única instância* do que a renúncia a recursos tais ou quais; *mediação ou conciliação prévia extrajudicial* do que o “*pactum non petendo*”; *citação ou intimação por meios eletrônicos* do que por meio de legitimados extraordinários; *alienação judicial de qualquer imóvel*, ou o estabelecimento de *patrimônio mínimo do devedor em determinado montante fixo*, do que a renúncia à impenhorabilidade do bem de família; definição de *a quem compete a comprovação de determinada questão, e de qual forma*, do que a inversão do ônus da prova; e, por fim, *adesão às cláusulas-padrões de instituições* tais ou quais, *que gozem de reputação e credibilidade*, do que redação originária pelas próprias partes.

¹⁷⁶ A simplicidade se encontra interligada, em maior ou menor medida, a várias das qualidades apontadas como indispensáveis à boa linguagem pela estilística, quais sejam: correção, concisão, clareza, precisão, naturalidade, originalidade, harmonia e elegância (CEGALLA, Domingos Paschal. **Novíssima gramática da língua portuguesa**: com a nova ortografia da língua portuguesa. 48. ed. São Paulo: Nacional, 2008. p. 637).

3.2.2.2. Livre entrada ou saída dos negócios processuais (“*opt in*” ou “*opt out*”), seguro ou limitação material ou temporal: superação do receio da escolha incorreta

A deliberação com pretensão de definitividade, da qual não se possa voltar atrás, é muita mais custosa (em termos de reflexão *temporal* e *material*) do que uma provisória, transitória, temporária ou efêmera, da qual se possa arrepender ou modificar.

Por provisória, quer-se precisar apenas a possibilidade de alteração futura – e não um aspecto de temporalidade, necessariamente, depois do qual se cessará ou terá que vir a ser renovada. Pode-se acrescentar tal aspecto (cessão automática, salvo renovação expressa), mas não necessariamente – admitindo-se a renovação automática, pelo mesmo prazo ou por prazo indeterminado.

A definitividade *engessa*, traz *preocupação*, potencializa os pensamentos a respeito de possíveis *consequências negativas*, as quais poderiam ser irreversíveis. Enfim, consubstancia terreno fértil para a atuação dos vieses de aversão à perda, inércia e “efeito dotação”, além da heurística de afeto, por conta da ambiência – o estado emocional – da pessoa.

A situação é comum no dia a dia negocial, tanto que, regra geral, os contratos possuem prazo determinado, não muito curto nem muito extenso, após o qual ou se prorroga automaticamente – por prazo indeterminado (contratos de locação – Lei n.º 8.245/1991, arts. 46, § 1º, 47, 50, 56 e 77, *v.g.*) ou determinado (contratos de seguro – CC, art. 774, *v.g.*) –, ou dependem de nova manifestação necessariamente, sob pena de cessação (contratos públicos – Lei n.º 8.666/1993, art. 57, §§ 2º e 3º, *v.g.*).¹⁷⁷

Contudo, não é somente através de prazos não tão longos que se estimula o vínculo. A possibilidade de *desistência* ou *arrependimento*, *antes* ou *durante* a execução efetiva do negócio, também traz maior *incentivo* à celebração de negócios jurídicos por conta da limitação ou anulação da possibilidade ou da intensidade de eventual prejuízo decorrente da deliberação (compra de um produto ou serviço).

O prazo semanal da possibilidade de *arrependimento* pelo consumidor nos casos de compras pela internet (Código de Defesa do Consumidor, art. 49, parágrafo único), por exemplo, é geralmente visto como um benefício exclusivo a ele, mas também guarda um *incentivo* (segurança) maior para a compra pelo consumidor (em favor da venda pelo fornecedor), afinal, sem tal direito, em havendo incerteza, os vieses mencionados tencioná-los iam à desistência da própria celebração do negócio. O “arrependimento” ou a “desistência”

¹⁷⁷ Defendendo a possibilidade de limitação temporal ou, ainda, por fases do procedimento (cautelar, conhecimento ou execução; originário ou recursal; etc.), cf. MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. **Convencção processual na tutela coletiva**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 230-231.

também se fazem presentes no Código Civil (arts. 420, 463, 725, 740, § 1º, 748, 941, 1.417 e 1.538, III) – e geralmente de maneira dispositiva, podendo os efeitos (consequências jurídicas, financeiras ou não) serem reforçados ou minados pelos interessados.

É nesse cenário que parcela do comércio chega a conceder “amostra grátis” por determinado período, findo o qual somente aí se iniciarão as cobranças (fornecimento de serviços de telefonia e internet; de produtos de revistas e produtos jornalísticos etc.), ou a prometer “garantia de satisfação”, isto é, se o cliente não gostar do produto ou resultado, o dinheiro desembolsado será devolvido (cursos; serviços estéticos etc.).

A possibilidade de livre entrada (“*opt in*”) ou saída (“*opt out*”) de determinada situação jurídica pode ser temperada não só por meio dos prazos de vigência contratual, mas também de eficácia de determinadas cláusulas específicas: no caso da entrada, com o acréscimo de períodos de carência, tais como nos contratos de seguro de vida (CC, art. 797) e nos planos de saúde (Lei n.º 9.656/1998, arts. 12, III, “b”, e V, e 16, III); e, no caso de saída, com a previsão de prazos mínimos previamente à interrupção do vínculo, tais como nas “fidelizações” constantes em contratos consumeristas, no “aviso prévio” da legislação trabalhista (Consolidação das Leis Trabalhistas, arts. 487 a 491, c/c Lei n.º 12.506/2011) e nos prazos de “permanência” dos planos de saúde (Lei n.º 9.656/1998, art. 30, §§ 1º e 2º).

A conveniência do temperamento (limitação temporal) de entrada ou saída *pode* se dar por inúmeros motivos, que podem ser ponderados pelas partes, com razoabilidade, para fins de se evitar comportamentos oportunistas, pré-determinados, que buscam aderir ou exonerar-se de determinado negócio jurídicos com pensamento de curto prazo, quando vislumbrada a iminência de algo ocorrer.

É por isso que é desejável que, para fins de *incentivo* a uma maior celebração de negócios processuais, que se estabeleçam negócios-padrões, em que as partes possam aderir em momentos distintos, antes, durante ou depois da relação jurídica respectiva, assim como possam deles se exonerar, com ou sem prazos de carência ou de fidelização, aviso ou permanência.

De modo semelhante, a contratação de *seguro* ou da *limitação de despesas ou prejuízos ou de tempo de tramitação* também podem funcionar como elementos encorajadores à celebração de negócios processuais. Dentre muitas hipóteses, pode-se *incentivar* a celebração de convenção de arbitragem, que geralmente possui custos elevados – causando medo na celebração, por conta de eventuais despesas sobrelevadas –, estabelecendo-se seguro processual (*pre-paid legal plans* nos EUA ou *legal expenses insurance* na Inglaterra, por exemplo)¹⁷⁸ para

¹⁷⁸ CABRAL, Antônio do Passo. Convenções sobre os custos da litigância (II): Introdução ao seguro e ao financiamento processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 277, p. 47-78, mar. 2018. *passim*.

a cobertura das despesas ou, então, estabelecendo-se um limite (máximo ou mínimo) de despesas ou de prejuízos para que aquela cláusula tenha eficácia, fora (além ou aquém) do que o negócio processual não produzirá efeito (condição suspensiva ou resolutiva).

A *limitação temporal* para a incidência de determinada cláusula também pode destravar a celebração de um negócio processual, como a fixação de termos inicial ou final para a incidência dela, como a partir de quando ou até quando a convenção de arbitragem vigerá, além da possibilidade de se estabelecer prazo mais curto para a sua execução (Lei n.º 9.307/1996, art. 23), sob pena de ineficácia, isto é, adoção do rito ordinário judiciário.

Enfim, de uma forma ou de outra (livre entrada ou saída, seguro ou limitação de despesas ou prejuízos), isolada ou cumulativamente, o entendimento desse panorama colabora para a superação do receio da escolha incorreta – e, com isso, para se conceder maior incentivo à celebração de negócios processuais.

3.2.2.3. Concepção, participação ou “aprovação” pela sociedade civil, por órgãos públicos, inclusive o Judiciário, ou por sindicatos e associações de classe: a ampla participação social para a superação do receio de comportamentos oportunistas

Outra forma de reduzir o efeito da racionalidade limitada, *incentivando-se* a celebração de negócios processuais, é ampliando a concepção, a participação ou a “aprovação” dos negócios processuais por meio da participação da sociedade civil, de terceiros imparciais ou de entes coletivos parciais que defendem os interesses dos potenciais interessados.

A razão é simples: quando a negociação se encontra no plano individual, há muito maior receio de que se possa estar sendo vítima ou presa do comportamento oportunista alheio; isto é, de que não se esteja vislumbrando alguma malícia ou consequência escusa, benéfica à contraparte e maléfica para si.¹⁷⁹

A inserção da sociedade civil – por meio de audiências ou consultas públicas – faz com que se expandam os pontos de vista sob a temática, daí advindo várias observações e críticas, que uma só pessoa sozinha não é capaz de produzir. Ainda que muitas delas sejam infundadas ou incorretas, a simples abertura a um escrutínio mais amplo dá maior confiança para os próprios interessados *decidirem* as suas situações individuais.

A inserção de terceiros imparciais também é importantíssima, como a de órgãos públicos, inclusive o Judiciário.

¹⁷⁹ MULLER, Júlio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova**: Análise econômica e jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 367-368.

Assim, um negócio processual que previamente foi escrutinado pelas defensorias públicas, repartições executivas (“PROCONS”), promotorias de justiça e delegacias de defesa do consumidor (CDC, arts. 5º, I, II, III e IV), com ponderações (apontamentos de benefícios e malefícios) formuladas por servidores independentes, certamente colabora para a deliberação informada (racional) dos potenciais negociadores numa relação de consumo. O acréscimo de autoridade judiciária, em nome do Judiciário, e de outros órgãos fiscalizadores e julgadores (conselhos de classe, fiscalização do trabalho, agências reguladoras, tribunais de contas etc.), mesmo fora da função julgadora ordinária e sem vinculação decisória em relação à respectiva estrutura organizacional, também colabora com o ponto.

Por fim, a inserção de entes coletivos parciais, como os sindicatos ou associações de classe, potencializaria, ainda mais, o estímulo à negociação processual. Quanto mais específico o interesse defendido pelo ente coletivo, melhor. A crítica ou adesão coletiva pode significar fator relevante para o fomento ou para o rechaço de determinados negócios processuais dentro de determinado segmento.

Em caso de aprovação, certamente advirão ao segmento respectivo os pensamentos de que, se o ente coletivo – que está ao seu lado – veio a coadunar é porque o negócio processual em questão se mostra no mínimo razoável (mérito) e se mostra uma prática mais ampla, generalizada a tendente a tal (aceitação social), funcionando, portanto, como forte incentivo, por meio de sinalização (*signalling*), à celebração do negócio.

3.2.3. Redução dos custos de transação

3.2.3.1. Tipificação extralegal de negócios atípicos e contratação por adesão: superação da visão exclusivamente artesanal do direito (custos prévios)

Outro tipo de incentivo *extra* ou *para* jurídico é a *tipificação* da maior quantidade possível de negócios processuais ou, ao menos, dos principais, aceitáveis e desejáveis pela sociedade. A tipificação pode se dar por lei e, relativamente aos negócios atípicos permitidos em lei, por meios extralegais, por intermédio de cláusulas redigidas com a concepção, participação ou “aprovação” da sociedade civil, por órgãos públicos, inclusive o Judiciário, ou por sindicatos e associações de classe (tema do item acima).

A criação de tipos é fenômeno comum no Direito, dentre suas várias espécies: o empírico (tipo-médio ou de frequência), o ideal lógico ou o ideal normativo. O tipo se situa entre a situação concreta, individual, e o conceito abstrato, amplo, com a descrição de todos os elementos indispensáveis para a sua incidência, sem os quais não se reputa existente, e além dos quais os detalhes são irrelevantes, meramente circunstanciais. A tipificação legal, em regra,

descreve comportamentos que se espera implementados¹⁸⁰ – conquanto no direito sancionador o fenômeno se mostre invertido.

A importância dos tipos – ou de estruturação similar – tem se renovado quando se compara os graus de segurança jurídica das regras e dos princípios. Aquelas, mais vocacionadas aos tipos, são de mais fácil absorção e compreensão, ao passo que estes, pela maior abstração, bem diferentes dos tipos, possuem maior fluidez e indeterminação.

Dessa maneira, na ausência de tipificação legal, dentro da liberdade (atipicidade) prevista na legislação processual (CPC, art. 190), o trabalho de “tipificação extralegal” recai nos negociantes. Isto é, os negociantes que precisam refletir os limites aos negócios processuais, idealizar um deles, rascunhá-lo (até aqui, “custos de redação”), identificar uma contraparte ou parceiro negocial, expor o que pretende à contraparte (se bilateral) e convencê-la da possibilidade e da conveniência, para ambas as partes, do negócio idealizado – enfim, *custos de transação prévios* ao negócio.

Justamente com base nisso (custos de transação), Gustavo Osna rebate a ideia de que os negócios processuais possuem mais importância teórica do que prática ou de que o tema é mais aderente ao “processo dos livros” do que ao “processo de realidade”.¹⁸¹ Para o autor, não há pouca aplicabilidade, mas sim problema de premissa, pois nem todo processo seria customizável. Dessa forma, haveria um desalinhamento de expectativas. Para firmar o ponto, defende que, por conta dos custos de transação para a sua celebração, os negócios processuais não são comuns ou esperados – nem deveriam ser – relativamente aos casos mais comuns e numerosos, de pequena monta ou baixa complexidade,¹⁸² mas apenas num grupo mais seletivo e restrito de processos.¹⁸³

¹⁸⁰ Para maior aprofundamento sobre os tipos no Direito, cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. p. 655-673.

¹⁸¹ Em sentido parecido, também já se disse que, a despeito da riqueza do instituto e do interesse acadêmico, o tema seja “um malogro em termos práticos”, isto é, de baixa aplicação (TALAMINI, Eduardo. Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. **Migalhas**, [2020]. Disponível em: <https://bit.ly/3zGre70>. Acesso em: 23 jul. 2022).

¹⁸² OSNA, Gustavo. “Contratualizando o processo”: três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”). **Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 163-185, mai./ago. 2020.

¹⁸³ Há quem entenda que nem mesmo os negócios processuais típicos foram utilizados com frequência nas últimas décadas – sob a vigência do CPC/1973 –, como os de inversão do ônus da prova (MULLER, Júlio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: Análise econômica e jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 99), de modo que se poderia concluir que não faria sentido ter altas expectativas numéricas em relação aos atípicos. Discorda-se desse raciocínio. A popularidade, ou não, de determinada espécie de negócio depende de uma grande variação de fatores – sendo a tipicidade apenas um deles, mas não o único. Embora um negócio “típico” apresente menos “custo” do que um “atípico”, pode ser que àquele venha a se agregar mais elementos que pesam contra a celebração do negócio do que a este.

O raciocínio é verdadeiro, quando se pensa o direito de forma artesanal, em que cada parte negocia “do zero” os negócios processuais legalmente atípicos. Porém, torna-se falso, ou de menor importância, caso advenha espécie de tipificação extralegal de negócios processuais, que permitam a superação ou sensível diminuição dos ditos custos de transação prévios – tornando-se viáveis inclusive nos temas de pequena monta ou baixa complexidade.

A reflexão e a identificação dos negócios processuais possíveis, realizadas pela doutrina, tem seu *valor* – que é *majorado* por meio da consolidação de “enunciados”, aprovados por número expressivo de juristas reunidos em eventos próprios para o debate de temáticas processuais, como aqueles dos Fóruns Permanentes de Processualistas Cíveis (FPPCs), citados na introdução deste trabalho, ou ainda da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) e das Jornadas de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF). Embora tenham valia (tanto as lições doutrinárias quanto os enunciados), a redação de possíveis cláusulas negociais processuais teria ainda maior importância, afinal, desceria mais um grau de abstração, tornando ainda mais concreta a compreensão e a aplicabilidade de negócios processuais pela sociedade e pelos demais profissionais do direito.

A tipificação extralegal também deve ocorrer por meio das instituições públicas que possuem alguma atividade jurídica – desde o Judiciário, perpassando pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e pelos demais atores do sistema de justiça e chegando a órgãos administrativos.

Dentre os órgãos administrativos, o que merece maior relevância nesta passagem são as Juntas Comerciais – e isso por dois motivos. Primeiro, por obrigação legal, devem compilar os “usos e práticas mercantis” (Lei n.º 8.934/1994, art. 8º, VI). Segundo, as práticas *empresariais* sempre foram mais dinâmicas e inovadoras do que em outros ramos negociais, antecipando institutos jurídicos que vieram a ser regulamentados por legislação só mais à frente e que vieram a se expandir em outros ramos mais tradicionais ou conservadores, como o direito civil em geral, especialmente o direito das famílias.

Um outro que merece menção é o “Departamento Nacional do Trabalho”, ou o órgão que tenha lhe sucedido, a quem cabe o arquivamento de todas as convenções coletivas de trabalho (CLT, art. 614), de maneira que possui a capacidade de catalogação e tipificação extralegal dos negócios processuais que mais forem recorrentes.

Além da tipificação (redução dos “custos de redação”), os custos de transação prévios podem ser menores ainda quando os negócios são ofertados como *contratos de adesão*, em situações massificadas, ainda que de pequeno valor, em que uma das partes – nos negócios bilaterais – já refletiu, redigiu e aguarda simples adesão, ou não, da contraparte.

Dentro dos contratos de adesão é possível incluir as “transações por adesão” (Lei n.º 13.140/2015, art. 35) e os “protocolos institucionais” (Lei n.º 10.522/2002, art. 19, § 12), instrumentos por meio dos quais o Estado (em sentido amplo) tem estabelecido parâmetros para aceitar a celebração de negócios ou a realização de providências judiciais (“mutirões”) em relação a todos que se encontrarem numa mesma situação, buscando-se a solução (total ou parcial) de questões pendentes.¹⁸⁴⁻¹⁸⁵

Os custos, para ambas as partes, são muitíssimos mais baixos, proporcionalmente. Cabe-lhes, de um lado, pelo idealizador, todos custos prévios, até mesmo majorados, por conta da responsabilidade de se redigir as cláusulas visando um número elevado de pessoas, mas que vêm a ser recompensados, proporcionalmente, pela resolução de inúmeras situações; e, de outro lado, pelo aderente, apenas sopesar a conveniência das consequências para si próprio, desprezando os demais aspectos, sobretudo quando for *incentivado* a tanto – isto é, quando da adesão lhe advier algum outro “benefício” (em sentido amplo).

Em grande medida, a regulamentação do “Juízo 100% Digital” e do “Núcleo de Justiça 4.0” pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) trabalha com perspectiva semelhante, afinal, estimula indiretamente espécie de negócio processual em questão, em que todos os atos processuais são praticados exclusivamente por meio eletrônico e remoto, a partir de uma diretriz única, sem influxo ou modificação pelas partes.

Tais institutos não só incentivam a negociação processual típica extralegal entre as partes, como também chegam a modificar rotinas, alocações e procedimentos do Judiciário. Não à toa, servem de base à denominada Administração Judiciária Negocial, conglobando fenômenos diversos, como a cooperação judiciária nacional e os protocolos (inter)institucionais,¹⁸⁶ conforme vem sendo reconhecido pela doutrina.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Têm-se os exemplos de citação por meios específicos (simplificados ou coletivos) e de dispensa de citação ou intimação em certas hipóteses por meio da consideração de ofício de contestações ou petições-modelo previamente disponibilizadas, dentre outras hipóteses imagináveis. Sobre o ponto, especificamente em relação à advocacia pública, mas passível de extensão a todos os outros grandes litigantes, públicos ou privados, cf. AVELINO, Murilo Teixeira; PEIXOTO, Ravi. **Consensualidade e Poder Público**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 145-150.

¹⁸⁵ Enunciado 54 da “I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “A Administração Pública deverá oportunizar a transação por adesão nas hipóteses em que houver precedente judicial de observância obrigatória”. Por sua vez, o Enunciado 63 tem o seguinte conteúdo: “A perspectiva da conciliação judicial, inclusive por adesão, em razão ou no bojo de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, é compatível com o Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015) e com a Lei da Mediação (Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015)”.

¹⁸⁶ O Enunciado 15 da “I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “Recomenda-se aos órgãos do sistema de Justiça firmar acordos de cooperação técnica entre si e com Universidades, para incentivo às práticas dos métodos consensuais de solução de conflitos, bem assim com empresas geradoras de grande volume de demandas, para incentivo à prevenção e à solução extrajudicial de litígios”.

¹⁸⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual – administração judiciária, boas práticas e competência normativa**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 142-143.

O rol de possibilidades, porém, não deve se limitar aos grandes litigantes ou aos temas repetitivos. Deve-se incluir, também, *negócios processuais por adesão* mesmo quando não envolver instituições ou grandes litigantes, tampouco temas repetitivos, mas que possuem influência na superação de vieses contraprodutivos, atos processuais desnecessários ou anti-cooperativos ou outras condutas venham a ser consideradas relevantes, a serem recomendadas ou evitadas.

3.2.3.2. Concepção, participação ou “aprovação” pela sociedade civil, por órgãos públicos, inclusive o Judiciário, ou por sindicatos e associações de classe: superação da discussão e negociação exclusivamente entre as partes de direito material (custos prévios)

Outra redução dos custos de transação pode advir da discussão e negociação de negócios processuais pela sociedade civil, por órgãos públicos, inclusive o Judiciário, ou por sindicatos e associações de classe (com os ganhos já descritos no item 3.2.2.3.), cuja conclusão, então, vem a ser apresentadas aos cidadãos, aos casos individuais.

Nesse caso, para além do reforço à racionalidade limitada (capacidade de interpretação de todos os pontos positivos e negativos e, com isso, decidir o que entende melhor para si), a estipulação de negócios processuais “convenientes” por pessoas diversas, como por intermédio de convenções coletivas de trabalho ou de consumo (assunto do item 2.1.4.3.), certamente colaboraria para a redução dos custos de transação prévios.

3.2.3.3. Reconhecimento e valorização das várias formas de objetos determinados e determináveis: superação da visão do objeto necessariamente descrito e estático (custos prévios e complementar)

Embora seja corrente a afirmação de que o objeto (conteúdo) de qualquer negócio processual deva ser “determinado ou determinável”,¹⁸⁸ como qualquer negócio jurídico (CC, arts. 104, II, e 166, II), pouco se discute – na doutrina processual – sobre quais os alcances ou limites do conteúdo “determinado” e, especialmente, do “determinável”.

Por “objeto determinado” quer-se apontar a possibilidade de cognição *imediata* do conteúdo (consequências) quando do *nascimento* da obrigação, pouco importando se o conteúdo foi concebido e celebrado ou se a consequência jurídica adveio ou advirá, ou não, no

¹⁸⁸ Enunciado 403 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, aprovado à unanimidade por centenas de juristas: “A validade do negócio jurídico processual, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei”.

mesmo *momento* (tempo) ou *local* (instrumento ou ambiente) em que se deu a celebração do negócio jurídico.

Por isso, podem ser *determinados ou indeterminados* tanto o negócio processual celebrado conjuntamente com o negócio material, acompanhado de todas as suas cláusulas, ou em instrumento *anexo* ao negócio material, como é admitido expressamente na lei de arbitragem (Lei n.º 9.307/1996, art. 4º, § 2º), quanto o negócio processual que apenas faz *remissão* expressa a um outro instrumento, logicamente anterior, como se dá aos “termos de adesão”.

Em geral, nessa última hipótese, muitas vezes se faz menção a determinado instrumento lavrado ou depositado em determinado serviço notarial, conselho de classe, junta comercial, associação ou instituição de referência, pública ou privada.

O momento e o local – aspectos ligados à “forma” – da *concepção* ou *redação*, da *celebração* ou das *consequências* do negócio processual podem ser os mais diversos, não existindo relação indissociável disso com qualquer espécie de “objeto” (conteúdo, consequência jurídica), determinado ou determinável.

A possibilidade de simples remissão a outro instrumento é especialmente cara aos negócios processuais porque já ocorre amiúde no contexto da arbitragem, em que as partes, em vez de negociarem como se dará o procedimento, muitas vezes preferem simplesmente aderir ao procedimento-padrão de determinada instituição arbitral de confiança mútua.¹⁸⁹⁻¹⁹⁰

A redução dos custos de transação prévios é sensível, encontrando-se ligada ao fato de que a omissão, a dubiedade e a supressão de certos detalhamentos – gerando “contratos incompletos” – muitas vezes são propositais, e não acidentais.¹⁹¹

Um ponto ainda pouco refletido no campo processual é a elasticidade do “determinável”, que quer apontar que a cognição pelo contratante, a respeito da exata extensão

¹⁸⁹ MULLER, Júlio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova**: Análise econômica e jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 111, em nota de rodapé com citação de obra específica de arbitragem de Carlos Alberto Carmona. A situação não poderia ser diferente, afinal, a (ausência de) confiança é reconhecidamente um dos custos de transação.

¹⁹⁰ Outro fenômeno próximo, mas que não se confunde, é a divisão da cláusula arbitral em “cheia”, de um lado, ou “vazia” ou “em branco”, de outro. Na primeira, existem todos os dados indispensáveis para a sua instauração, enquanto na segunda, não há, mostrando-se indispensáveis a solução ou o “preenchimento” pelo Judiciário, na ausência de consenso posterior entre as partes. Dentro desta categoria, uma convenção pode ser mais ou menos “vazia”; é possível graus distintos e infinitos de preenchimento, ou não, das balizas indispensáveis à execução do negócio processual de arbitragem. Note-se que a adoção de procedimento-padrão constitui cláusula cheia, conquanto as partes não tenham debatido, negociado e talvez nem estudado profundamente o conteúdo daquele. Sobre o ponto, cf. SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguiti J. (coords.). **Curso de arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 106-110.

¹⁹¹ FORGIONI, Paula Andréa. **Teoria geral dos contratos empresariais**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020. p. 86-88 e 162-163.

do conteúdo contratado, quando do *nascimento* da obrigação, é meramente *mediata* ou *parcial*; a determinação (concentração) só se perfectibilizará quando da *execução* daquela.¹⁹²

Com isso, introduz-se a possibilidade jurídica de se celebrar validamente negócios jurídicos mesmo que, de início, o contratante *não saiba, não queira saber* ou *não tenha condições de saber todas as nuances* que definirão as consequências do que está sendo negociado, esmiuçadamente.

É nessa contextura que se inserem os exemplos clássicos em que a fixação do preço (contraprestação) pode ser remetida ao arbítrio de terceiro (ato ou tabelamento governamental, como em certas concessões de serviços públicos; decisão administrativa ou judicial, como em certas locações prediais urbanas etc.); ao valor de ativos negociados em grande escala e de maneira pública no mercado (preços de “*commodities*”, como o valor da arroba bovina; da saca de soja etc.), com flutuação diária ou periódica; aos índices ou parâmetros objetivos (percentual do faturamento, como em certas locações usuais em *shoppings centers*); ou, ainda, ao “preço corrente” ou “termo médio” do vendedor, conforme autorizado pela legislação cível (CC, arts. 485 a 488).¹⁹³

Essa fixação dependente do arbítrio de terceiro, do valor de mercado, da aplicação de índices ou parâmetros ou do preço corrente ou médio do vendedor pode se dar tanto relativamente ao preço *presente*, considerando dados pretéritos ou contemporâneos, quanto ao preço *futuro*, em data vindoura, considerando dados *até então inexistentes* – independentemente se relativos a fatos futuros, presentes ou passados (como a divulgação, ainda pendente, do índice de correção monetária do último mês, bimestre, trimestre etc., já findado).

No caso de preço presente, tirante a hipótese de dependência de atos de terceiros, embora fosse mais simples a indicação concreta de um preço, a fixação do conteúdo daquelas maneiras também é *imediate*, isto é, o conteúdo não deixa de ser *determinado*; no segundo, de preço futuro ou de preço presente dependente de atos de terceiros (como o arbitramento por terceiro ou a divulgação de índices ainda pendente), a fixação é *mediata*, sendo o conteúdo meramente *determinável*.

A indeterminação relativa (objeto “determinável”) também pode residir no próprio bem negociado (prestação), como se dá quando se negocia bem futuro (CC, art. 483), certo ou incerto

¹⁹² Por todos, cf. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações; responsabilidade civil**, volume 2. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 15; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. Volume 2. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 35 e 78-80.

¹⁹³ Por todos, cf. TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil: contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 293-294 e 376-377; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 179-182.

quanto à sua futura existência fática (como os “frutos” e “produtos” de origem natural, industrial ou civil); quando há obrigação de dar coisa *incerta*, em que o consenso abrange apenas o *gênero* e a *quantidade* (CC, art. 243), e não a *espécie* do bem a ser entregue; ou, ainda, em menor medida, quando há obrigação *alternativa* (CC, art. 252), em que a escolha caberá a um dos negociantes, consoante ao que for ajustado.¹⁹⁴

Assim sendo, em todas essas hipóteses, quando da efetiva negociação, um dos contratantes pode legitimamente *se limitar a estimar* qual será a sua obrigação (prestação ou contraprestação), seja quando *não tem condições* de sabê-las (dependência de dados ou atos até então inexistentes), seja quando *não se preocupa* em precisar, financeira e antecipadamente, quanto isso efetivamente lhe representará. É possível – logo, nisso não há qualquer ilicitude – que o contratante *saiba* apenas quais os *critérios* para a definição de sua obrigação, e não o *resultado* deles.

Transportando todas essas nuances ao objeto deste estudo, é fácil divisar um grandíssimo campo a ser explorado pelo direito processual, ofertando elementos capazes de *incentivar* a celebração de negócios processuais. Porém, até então, parece que esse ponto ainda não foi percebido no país.

O simples reconhecimento, por si só, da possibilidade de celebração de *negócios processuais* com conteúdo meramente *determinável* pode ajudar a *estimular* a celebração deles, afinal, tal se mostra capaz de reduzir custos de transação prévios e complementares, a partir das balizas ou premissas mutuamente consensuadas.

Similarmente ao direito material, nada impede que qualquer potencial interessado em *incentivar* a celebração de negócios processuais (tema do Capítulo 4), como o próprio Judiciário ou o Conselho Nacional de Justiça, produza um ou vários negócios-padrões aplicáveis ao procedimento judiciário, aos quais as pessoas possam simplesmente fazer *remissão*, sem necessidade de transcrevê-los. Ou, ainda, que os próprios interessados optem por apenas fazer remissão a algum negócio processual *pretérito*, celebrado entre eles próprios ou por terceiras pessoas (como concorrentes ou instituições dotadas de grande capacidade ou confiabilidade), ou a instrumentos anexos, ou a instrumentos autônomos, criados ou entregues e arquivados em instituições públicas ou privadas.

Nada impede, igualmente, que os próprios interessados, “artesanalmente” ou por “contratos de adesão”, negociem cláusulas com conteúdo apenas determinável, remetendo a

¹⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. Volume 3. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 78-79.

definição do conteúdo ao arbítrio de terceiro, ao comportamento “do mercado”, a determinados parâmetros objetivos ou, ainda, à prática corrente ou mediana da contraparte.

É imaginável, também, a celebração de negócio processual em que, em troca de determinado benefício (material ou processual) a uma parte, a outra goze de apenas uma opção, uma *alternativa*, a ser escolhida por ela própria ou pela contraparte, a depender do que for ajustado. Poder-se-ia pensar, como exemplo disso, que, em troca da concessão de taxa de juros menor, o potencial credor possa optar entre o ajuizamento de ação com possibilidade de citação de forma meramente eletrônica, muita mais expedita que a normal, ou a instância única; ou, ao reverso, em troca de taxa maior, o potencial devedor, uma vez citado, possa optar entre a suspensão do processo por até 6 (seis) meses para fins de renegociação ou o reforço de impenhorabilidades.

Mais ainda, é perfeitamente possível que os interessados remetam os critérios de determinação do conteúdo do negócio processual a fatos (em sentido amplo) tanto *pretéritos ou contemporâneos* quanto *futuros ou ainda inexistentes*.

Esse último ponto merece especial atenção, pois descortina a possibilidade de celebrar negócio processual com conteúdo potencialmente *provisório, transitório, interino*, que se transforma com o passar do tempo. Seria o caso de celebrar negócio processual em que os interessados aceitam que o eventual litígio será regido pelos instrumentos ou procedimentos-padrão que se mostrarem vigentes ou usuais no futuro, quando do surgimento daquele, em relação aos quais a ninguém é dado precisar antecipadamente.

A situação é semelhante com a de quem opta por *não* celebrar negócio processual algum – isso porque, a rigor, conquanto muitas vezes inconscientemente, termina por optar pelo “*design*” procedimental do legislador que se encontrar vigente no momento da prática dos respectivos atos processuais (CPC, art. 14), que pode coincidir, ou não, com o procedimento da época da celebração do negócio jurídico material. Só há um diferencial que reforça a legitimidade do negócio processual com conteúdo determinável variável, e não o inverso: a potencial provisoriedade, transitoriedade ou interinidade decorre da própria vontade. Não há, assim, qualquer motivo para se rechaçar tal possibilidade.

Retornando aos exemplos dados mais acima, em que o próprio Judiciário ou Conselho Nacional de Justiça poderiam conceber negócios-padrões, ou em que os interessados poderiam fazer remissão ao negócio celebrado por terceiras pessoas, é possível subir um grau de refinamento: nada impede que os próprios negócios-padrões ou de terceiros venham a ser tomados em consideração de maneira dinâmica, isto é, que os interessados *concordem e desejem* a aplicação dos *modelos* – a partir da descrição ou concepção de terceiros – que se

encontrarem vigentes se e quando surgir algum conflito, pouco importando se já existentes, ou não, da mesma maneira, à época da celebração do negócio processual pelos interessados.

Aliás, é possível, inclusive, que essa dinamicidade sirva como modo de adaptação e evolução dos próprios negócios processuais, dispensando a necessidade de outros modos de modificação ou controle deles relativamente à superveniência de alterações fáticas e jurídicas relevantes e significativas.¹⁹⁵

Enfim, pode-se negociar a adesão não só a um “padrão” vigente e existente quando da *celebração* do negócio processual, de maneira estática, como também a um “padrão” que se mostrar vigente quando da *prática dos atos processuais* (em sentido amplo), de maneira dinâmica, com a possibilidade de atualização constante e automática, com o passar do tempo, do conteúdo do negócio processual (atualização do modelo vigente quando da celebração, incorporando suas modificações supervenientes, ou aplicando modelo surgido só posteriormente).

Nota-se, com isso, a possibilidade de supressão de relevantes custos de transação complementares, consistentes no *risco de alterações fáticas ou jurídicas supervenientes* que podem ensejar renegociações ou desavenças judiciais e no *risco de descumprimento* (total ou parcial) decorrente dessa insegurança.

3.2.3.4. Formação de banco de negócios processuais já analisados e admitidos pelo Judiciário: superação da passividade judiciária na consolidação da jurisprudência (custos complementares)

Um dos fatores inibidores de qualquer negócio são os custos de transação posteriores, dentre os quais se inclui a insegurança quanto à aceitabilidade (legalidade) do que foi combinado, afinal, de nada adianta pactuar algo e em torno disso fazer concessões à contraparte, se o juízo vier a considerar aquele algo “ilegal”.

Dada a previsão ampla (atípica) de cabimento de negócio processual, de um lado, cumulada com a previsão também ampla do conceito jurídico indeterminado das limitações, de outro lado, tal situação não é nada incomum, pois parte dos julgadores tenderão a adotar uma

¹⁹⁵ O modo sustentado no texto se aproxima, mas não se confunde, com a descrição usual constante da doutrina a respeito das “cláusulas de indexação”, que são aquelas que igualmente permitem a atualização automática da convenção, com base em parâmetros pré-fixados pelas partes, como “gatilhos para atualizar a remuneração de profissionais escolhidos pelas partes (perito, mediador, avaliador, depositário)”, ligados ao fenômeno da inflação, que busca manter o poder de compra estabelecido pelas partes (CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 393-395). Aqui, diferentemente, a intenção não é propriamente manter a situação vigente quando da celebração, tampouco possui previsibilidade pelas partes; a intenção é ajustar a um modelo ou comportamento padrão, ditado por alguma instituição pública ou privada dotada de credibilidade pelas partes ou pelo comportamento de terceiros, ou às condições usuais do respectivo mercado ou da contraparte. Poder-se-ia, assim, denominá-la de cláusula de espelhamento dinâmico, pois os interessados buscam sempre se manter aderentes ou equiparados a negócios processuais concebidos ou celebrados por terceiros.

interpretação mais liberal, enquanto outra, mais restritiva, gerando insegurança.¹⁹⁶ Trata-se não só de consequência lógica e autoevidente, mas também constatada em pesquisa acadêmica realizada com diversos magistrados – negócios que são aceitáveis para um, para outros não o são, e vice-versa; negócios que são aceitáveis pela doutrina não o são para os julgadores, e vice-versa.¹⁹⁷

Nessa conjuntura, é de todo conveniente que os órgãos judiciários saiam da passividade relativa à sua jurisprudência para fins de catalogação de negócios processuais já analisados e admitidos pelo Judiciário. O ganho social seria enorme.

Um ponto interessante, no tocante aos negócios processuais já analisados e admitidos judicialmente, é que, até por conta da provável consensualidade entre as partes para a concepção, redação e celebração do negócio, a aceitação judicial daqueles não chegará ao conhecimento sequer dos tribunais locais (Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regional do Trabalho, Tribunais Regionais Eleitorais etc.), muito menos às Cortes Superiores – afinal, sem divergência entre as partes e desaprovação na 1ª instância, nem sequer há interesse jurídico na interposição de recursos e discussão sobre o ponto.

Nesse tocante, a previsão de que os “tribunais devem uniformizar sua jurisprudência” e “editarão enunciados de súmula” (CPC, art. 926, cabeça e § 1º) é duplamente insuficiente para abarcar a forma de incentivo vislumbrada: primeiro, por cingir aos tribunais, desprezando os órgãos de 1ª instância; e, segundo, por apenas criar enunciados dos casos “uniformizados”, sem trazer os negócios processuais corriqueiramente aceitos (que não foram objeto de divergência) e sem trazer o teor das cláusulas dos próprios negócios (que vão além dos simples enunciados de súmula). Com essa dupla insuficiência, a redução dos custos de transação complementares não chega a um nível ótimo, satisfatório.

É insuficiente, também, a simples divulgação de centenas ou milhares de decisões, diariamente, no diário de justiça eletrônico, ou instrumento similar, de forma desordenada, descoordenada, sem sistematização.

Logo, o ideal é que até mesmo os órgãos de 1ª instâncias colaborassem para a formação de uma espécie de “banco de negócios processuais”¹⁹⁸ admitidos pela “jurisprudência”, pelo

¹⁹⁶ VITORELLI, Edilson; OSNA, Gustavo. **Introdução ao processo civil e à resolução de conflitos**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 220.

¹⁹⁷ MORAES, Daniela Marques de; DEPIERI, Matheus de Souza. O negócio jurídico processual e os limites da autonomia da vontade das partes: percepção dos juízes do TJDFT sobre o instituto negocial. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 23, p. 343-363, jan./abr. 2022. p. 343-363.

¹⁹⁸ A criação de listas, “bancos” ou “cadastros” é vislumbrada também em outros contextos, como um de “sanções premiais judiciais” (MAZZOLA, Marcelo. **Sanções premiais no processo civil**: previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial. São Paulo: Editora JusPodivm,

Conselho Nacional de Justiça ou pelos ramos respectivos da Justiça, de forma ordenada, coordenada e com sistematização – tal como por temas, assuntos, áreas empresariais.

3.2.4. *Redução da força de vontade limitada*

3.2.4.1. Facilitação do reconhecimento jurídico: superação da necessidade de manifestação de vontade bilateral, escrita, comissiva e expressa

A indispensabilidade de manifestação de vontade *bilateral, escrita, comissiva e expressa* dificulta a celebração de negócios processuais, pois cria custos de transação e majora a limitação da força de vontade humana.

Sendo *sempre* necessárias a demonstração e a comprovação de duas manifestações de vontades, obrigatoriamente escritas, comissivas e expressas, *mais custos* (tempo e recursos) serão demandados dos potenciais interessados, logo tendencialmente *menos* negócios processuais se formarão.

Por isso, inegavelmente, a superação de tal indispensabilidade constitui verdadeiro *incentivo* à celebração de negócios processuais.

O reconhecimento judicial de negócios processuais *unilaterais* atípicos, por meio de promessas de recompensa, concursos e sorteios com maior elasticidade, já foi objeto de análise no item 2.3.3, no qual se demonstrou juridicamente a questão.

Nesta passagem, é essencial salientar apenas a importância prática (econômica) desse reconhecimento, colaborando para a superação da força de vontade limitada, pois permite que o “promitente” (e não ofertante) seja dispensado de maior controle, isto é, da efetiva busca de potenciais interessados e da documentação disso, ao passo que é dispensada, à contraparte, a documentação e a comprovação de ciência da “promessa” (e não “proposta”) e a exteriorização de uma manifestação de aquiescência, como se dá nos negócios bilaterais.

Por sua vez, a indispensabilidade de manifestação *escrita* também consta de vários textos jurídicos,¹⁹⁹ paradoxalmente. Diz-se “paradoxalmente” porque não se opõem à *liberdade das formas* presente na legislação brasileira – só que, mesmo assim, exigem um algo a mais, um “*plus*”, com diversas justificativas. A *liberdade das formas* consiste na admissibilidade – pela legislação brasileira – de qualquer forma para o reconhecimento de atos jurídicos (em sentido amplo), seja no plano *material* (CC, arts. 104, III, 107 e 166, IV e V), seja no *processual*

2022. p. 286), com inspiração nos diversos outros “bancos” nacionais que vêm sendo criados, geridos ou incentivados pelo CNJ, tais como de demandas repetitivas, de precedentes obrigatórios, de domicílios eletrônicos, de peritos, de editais etc.

¹⁹⁹ Por todos, cf. BOCALON, João Paulo. **Os negócios jurídicos processuais no novo código de processo civil brasileiro**. 2016. 241 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 86-87.

(CPC, art. 188), desde que não haja proibição dessa forma ou imposição de uma outra forma por lei.

Os fundamentos centrais de quem defende a forma *escrita* são dois: primeiro, a legislação processual prevê, em inúmeras passagens, a redução a termo dos atos orais praticados em audiências (CPC, arts. 334, § 11, e 367); e, segundo, alguns negócios processuais típicos exigem a forma escrita, como a convenção de arbitragem e a eleição de foro (Lei n.º 9.307/1996, art. 4º, § 1º, e art. 9º, § 1º; e CPC, art. 63, § 1º).

O raciocínio peca em dois pontos cruciais.

De um lado, a exigência legal de forma escrita para determinados negócios típicos evidencia justamente o contrário do que se quer provar, isto porque, considerando que – segundo um dos cânones milenares interpretativos – não se pode presumir a existência de palavras inúteis dos textos normativos (“*verba cum effectu sunt accipienda*”),²⁰⁰ se o próprio legislador cuidou de exigir forma escrita para determinados negócios é porque, sem isso, tal forma não poderia ser cobrada. Casa-se, pois, perfeitamente, com a regra geral da liberdade das formas.

De outro lado, a mesma legislação processual dispõe que, mesmo “quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade” (CPC, art. 277), sobretudo “quando não prejudicar a parte” ou “não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte” (CPC, arts. 282, § 1º, e 283, parágrafo único), contrapondo-se à exigência inopinada e linear de forma escrita, como se a ausência dela implicasse a inexistência ou a nulidade do negócio processual. Como se diz nas lições basilares de hermenêutica, “não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”.²⁰¹

Portanto, o que se vislumbra é que, em regra, a forma descrita na legislação processual – tendo em mira as manifestações consensuais das partes – é apenas sugestiva, buscando a demonstração (comprovação) da ocorrência da causa subjacente (finalidade), isto é, uma forma “*ad probationem tantum*”,²⁰² que se diferencia da denominada forma “*ad solemnitatem*”, como a celebração de escritura pública para a transferência de domínio de imóveis de elevado valor (CC, art. 108), cuja ausência ou desrespeito afasta a própria concepção de celebração do negócio, sem espaço para juízos de ocorrência, ou não, de prejuízo às partes.

²⁰⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 204-205.

²⁰¹ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 86-87.

²⁰² CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 330-331.

Dessa maneira, tem-se por imperativo reconhecer a possibilidade de celebração de negócio processual por qualquer forma não escrita – incluindo-se a *verbal*, a *gestual* e a *comportamental* (colocar-se, ou não, em determinado ambiente, físico ou virtual, ou comportar-se, ou não, de tal ou qual maneira, inclusive durante o simplesmente cadastramento de determinada manifestação no Processo Judicial Eletrônico, por exemplo).

Por fim, há quem diga, ainda, que “a manifestação de vontade deve ser sempre expressa e não pode resultar apenas do silêncio”, daí denotando, aparentemente, as exigências de forma *expressa* e *comissiva* – tudo sob a justificativa de que essa conjunção “é indissociável da realidade do processo”, pois o processo precisa ser “acessível a todos que se habilitam” nele “durante e, eventualmente, até mesmo depois de encerrado o processo”.²⁰³

Felizmente, trata-se de posição isolada, não seguida pela maioria dos estudiosos, os quais admitem a *possibilidade* de negociação processual também de modo *tácito* e por *omissão*,²⁰⁴ ainda que com temperamentos, não se mostrando necessário discorrer longamente no ponto, pois se afasta severamente da regra geral da liberdade das formas sem que se traga ônus normativo ou argumentativo em sentido contrário. A eventual maior dificuldade de comprovação da celebração de outras formas, como a oral, constitui simples risco assumido pelos celebrantes, ao preterirem a forma escrita – dificuldade que poderá ser superada por meio de uma audiência de justificação, por exemplo.

Para além disso, a exigência heterodoxa parece ignorar, inclusive, que a própria legislação processual (CPC) prevê consequências benéficas ou maléficas (incentivos ou desincentivos) a comportamentos processuais ou materiais praticados tanto de maneira *expressa* quanto *tácita*, ou tanto *comissiva* quanto *omissiva*.

Como exemplos de comportamentos *tácitos*, têm-se os arts. 22, III, ao prever a jurisdição brasileira àqueles que a ela se submeterem, inclusive tacitamente; 412, parágrafo único, ao prever a admissão tácita da autenticidade de documento particular; 827, § 1º, ao garantir redução à metade dos honorários advocatícios em caso de pagamento integral pelo devedor na execução por quantia certa; e 1.000, parágrafo único, ao admitir a renúncia tácita ao

²⁰³ YARSHEL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 75-92.

²⁰⁴ Dentre outros, cf. REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro**: existência, validade e eficácia. 2019. 304 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 126-127 e 202-203; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **Das convenções processuais no processo civil**. 2014. 239 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. p. 126-131; RIBEIRO, Luiz Filipe de Araújo. **Negócio processuais e seus limites a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. 2017. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017. p. 35-36.

recurso – uma espécie de negócio processual – decorrente de ato incompatível com a vontade de recorrer. Como exemplos de comportamentos *omissivos*, têm-se os arts. 701, ao garantir a incidência de apenas 5% de honorários advocatícios sobre o valor da causa em caso de omissão de apresentação de defesa em ação monitória, inferior à regra geral do mesmo código; ou 774, ao prever a prática de conduta atentatória à dignidade da justiça também por omissão.

Não havendo razão apriorística para a compreensão desses exemplos de comportamentos tácitos ou omissivos – valorados processualmente – como excepcionais, pode-se presumir, igualmente de modo apriorístico, a possibilidade de reconhecimento de negócios processuais sob igual tipo de forma.

Não se conclui, a partir disso, que a admissão deve ser lida com contornos excessivamente amplos ou irrestringíveis, admitindo que qualquer espécie de comportamento consubstancie manifestação tácita ou que qualquer inércia, manifestação omissiva para a celebração de um negócio processual, mas sim que a análise e o resultado são casuísticos – extravasando, portanto, os limites deste tópico da pesquisa.

Poder-se-ia tratar, ainda, da possibilidade de celebração de modo *presencial ou remoto* (por meio de contato telefônico, radiofônico, televisivo etc.), *síncrono ou assíncrono* (encaminhamento de cartas, SMS, e-mails etc.) e *pessoal ou por representação* (mandato, por meio do advogado ou de terceiro com poderes a tanto), porém, por desconhecer qualquer divergência, é desnecessário aprofundar nesses pontos.

Enfim, por questões jurídicas e econômico-comportamentais (custos de transação e força de vontade limitada), deve-se reconhecer a possibilidade de celebração de negócios processuais por meio de manifestação de vontade bi ou unilateral, escrita ou não escrita, expressa ou tácita, por ação ou omissão, de modo presencial ou remoto, síncrono ou assíncrono, pessoal ou por representação, como forma de incentivar a celebração daqueles.

3.2.4.2. Facilitação do conhecimento judicial: superação da necessidade de suscitação pela parte interessada

Outra facilitação está não na própria *formação* do negócio processual (tema do item anterior), mas no seu (re)conhecimento judicial.

De modo semelhante, a fixação da possibilidade de (re)conhecimento judicial dos negócios processuais de ofício, independentemente de suscitação pela parte interessada, também constitui incentivo à própria celebração daqueles.

Quer-se com isso enfrentar e superar uma outra posição doutrinária muito repetida no Brasil, segundo a qual os negócios processuais precisam ser *alegados* pelas partes, não podendo os juízes tomarem ciência deles e aplicá-los de ofício.²⁰⁵

A repetição é tanta que o Fórum Permanente de Processualistas Civis chegou a editar o enunciado n.º 252, aprovado por unanimidade, dentro de uma grande e respeitável legião de juristas, segundo o qual “o descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento”.

O epicentro do raciocínio consiste nas afirmativas de que, como as partes podem desfazer ou modificar os negócios celebrados, submetendo-se novamente à norma legislada, a omissão consubstanciaria espécie de distrato ou renúncia implícita; e na de que, tratando-se de interesse privado das partes, não alegada a questão, adviria preclusão.

Há, ainda, a posição intermediária de Antônio do Passo Cabral, fundamentado em vasta doutrina estrangeira, que se posiciona no sentido de que haveria necessidade de diferenciar os negócios *obrigacionais*, que dizem respeito exclusivamente às “prerrogativas” processuais dos litigantes (ônus, poderes, faculdades e deveres entre si); dos negócios *dispositivos*, que dizem respeito a ajustes no procedimento.

Para o autor, o juiz não poderia conhecer de ofício dos primeiros, ficando dependente da alegação (*exceção*) da parte interessada, mas poderia conhecer dos últimos, pois disciplinam o próprio trilhar do processo. Existiria apenas duas exceções: a uma, quando o próprio negócio processual se condiciona à homologação judicial e, cumulativamente, tal homologação não tenha sido solicitada pelas partes; e, a duas, quando a lei expressamente condicionar a cognição à alegação da parte interessada.²⁰⁶⁻²⁰⁷

²⁰⁵ Dentre muitos, cf. AVELINO, Murilo Teixeira; PEIXOTO, Ravi. **Consensualidade e Poder Público**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 133; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos do juiz. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coords.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 351.

²⁰⁶ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 275-279. Diversos textos vêm seguindo tal diferenciação. Por todos, cf. REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro**: existência, validade e eficácia. 2019. 304 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 218.

²⁰⁷ Há, ainda, quem não cite a diferenciação, mas afirme que, em caso de inadimplemento do negócio processual, é indispensável a alegação do interessado – admitindo, porém, que o próprio negócio preveja expressamente autorização para que o juiz conheça dele de ofício (DIDIÉ JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 396-397). O Enunciado 252 segue linha semelhante: “O descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento”. O foco não está no conhecimento em si, mas no conhecimento do descumprimento, o que pode levantar dúvidas se o juiz deve ignorar, ou não, o negócio jurídico, relativamente aos negócios dispositivos que digam respeito ao seu modo de atuar, enquanto não vier a ser suscitado expressamente.

Discorda-se desses posicionamentos porque, sem qualquer base dogmática ou normativa consistente, instituem diferenciação entre a interpretação dos direitos material e processual; além disso, criam desnecessários custos de transação e majoram a limitação da força de vontade em celebrar negócios processuais.

A diferenciação descabida entre os direitos material e processual decorre do fato de que, ilustrativamente, se uma pessoa ajuizar ação pleiteando a responsabilidade da parte contrária pela evicção de determinado bem adquirido, juntando o instrumento contratual que ampara a sua narrativa, no qual conste cláusula expressa de que, diversamente do regime geral legal, as partes excluíram a responsabilidade pela evicção (CC, art. 448), desconhece-se alguém que defenda, só por isso, que o juiz não poderá *conhecer* da cláusula contratual na sentença, julgando improcedente o pedido, ainda que o réu tenha se permanecido revel, afinal, estar-se-ia diante de fato inverossímil ou em contradição à prova constante dos autos (CPC, art. 345, IV).

A omissão do réu, nesse tipo de hipótese, jamais foi considerada distrato ou renúncia à cláusula negocial material constante do contrato – a não ser, claro, que a parte autora alegue expressamente o distrato ou a renúncia posterior, sem o devido combate pela parte contrária (CPC, arts. 344 e 341). Uma vez advindo oposição justa do réu, a situação deve levar não só ao reconhecimento da cláusula firmada – sem qualquer fato extintivo, impeditivo ou modificativo posterior –, mas também à aplicação de litigância de má-fé à parte autora (CPC, art. 80, II).

Mais ainda: a ausência de alegação pela parte interessada, ou mesmo a revelia dela, jamais impediu que o juiz tomasse *conhecimento* de todas as provas constantes dos autos (CPC, art. 371) – dentre as quais uma delas pode evidenciar a celebração de negócio jurídico que derroge, total ou parcialmente, quando admissível, as regras gerais constantes da legislação.

A razão para tanto é simples, qual seja, a inerência ao ofício judicante do *conhecimento* de todas as provas e questões fático-jurídicas (incluindo-se a vontade autorregrada das partes, obedecidos os limites constitucionais e legais) que circundam o caso, constantes dos autos.²⁰⁸ Se o direito processual possui como *fontes normativas* não apenas a Constituição, a lei, os tratados e os regimentos internos e demais atos normativos infralegais, com tecitura aberta (princípios) ou fechada (regras), mas também a jurisprudência (em sentido amplo, a começar

²⁰⁸ Respeitados os limites da “disponibilidade fática” decorrentes do princípio dispositivo, aplicável em sua inteireza às controvérsias de direito disponível, isto é, da delimitação da causa de pedir (fatos primários e secundários), da revelia, da admissão, da confissão e dos fatos incontroversos ou consensuados – que se excepcionam apenas pelos fatos notórios, absurdos ou impossíveis, desacompanhados de documentos reputados essenciais pela lei, inverossímeis ou contrários às provas constantes dos autos. Sobre o assunto, cf. RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual**: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 271-308.

pelas súmulas vinculantes e pelos precedentes obrigatórios), as normas convencionais e, até mesmo, as recomendações e demais instrumentos despidos de imperatividade (*soft law*),²⁰⁹ os negócios processuais devem ser levados em consideração, sim, pelo julgador, independentemente de solicitação.

Se assim é no plano material, não há qualquer razão consistente para diferenciação relativamente aos negócios processuais.²¹⁰

Note-se bem o ponto: não se está a afirmar que o juiz pode tomar todos de surpresa, afinal, não é dado ao juiz se utilizar de “fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar” (CPC, art. 10). Os deveres de consulta, esclarecimento e advertência, decorrentes da boa-fé objetiva, impõem prévia intimação das partes para se manifestarem sobre o ponto vislumbrado apenas pelo magistrado,²¹¹ não significando isso qualquer espécie de interrupção ou reinício da contagem de prazos preclusivos porventura perdidos pelas partes.

Note-se ainda que não se está a afirmar, também, que o juiz deve ser o *primeiro* a prezar pela invocação e pela interpretação do negócio processual, tampouco que deve *executar* condutas ajustadas entre as partes como de suas responsabilidades, mesmo sem pedido da contraparte, por meio sub-rogatórios, coercitivos ou indutivos (*execução* em sentido amplo), ou, ainda, sanções convencionais decorrentes do descumprimento convencional por uma das partes.

Porém, reconhecer tais balizas básicas não impedem que o julgador, diante de negócio processual constante dos autos, sem comprovação ou alegação de resilição expressa ou tácita, aplique-o de ofício – tal como qualquer outra norma processual –, após oitiva das partes, independentemente de sua natureza, sem *executar* condutas convencionais das partes – que porventura vieram a se descumpridas – ou sanções decorrentes do descumprimento.

Enquanto a tutela ou eficácia *declaratória* se encontra presente em qualquer pretensão pendente de pronunciamento jurisdicional, as (*des*)*constitutivas*, *condenatórias*, *mandamentais*

²⁰⁹ Dentre muitas obras da doutrina processualista brasileira recente, cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. Do que se ocupa um(a) processualista? *Civil Procedure Review*, v. 12, n. 3, set./dez. 2021; DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Reconstruindo a teoria geral do processo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2012. p. 27-41; DIDIER JUNIOR, Fredie. **Teoria geral do processo, essa desconhecida**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 163-168.

²¹⁰ Alinha-se, portanto, nesta passagem, à posição de que “o juiz conhece *ex officio* da convenção, desde que constante dos autos, independentemente de arguição da parte interessada em fazê-la valer, exceto quando a lei subordine o conhecimento à alegação, conforme se dá no que respeita ao compromisso (arts. 267, § 3.º, *a contrario sensu*, e 301, § 4.º)” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *In*: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 98, com referência à convenção de arbitragem sob a legislação do código de processo civil de 1973).

²¹¹ Dentre outros, cf. SANTOS, Welder Queiroz dos. **Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 103-144.

ou *executivas* “*lato sensu*” dependem de um algo a mais – o pedido da parte interessada –, sem o qual o julgador não poderá avançar. Assim como não há possibilidade de anulação (desconstituição) de ofício, mas apenas o reconhecimento de nulidades porventura existentes (declaração), também não há possibilidade de execução de ofício – na acepção ampla adotada.

Portanto, o ponto fulcral está na não *execução* oficiosamente, por conta da inércia jurisdicional, o que difere do não *conhecimento* de negócios processuais,²¹² em postura injustificada.

Dessa maneira, exemplificando a partir de negócios processuais *obrigacionais*,²¹³ nada impede o não *conhecimento* do recurso interposto por uma das partes com fundamento no não *cabimento* (renúncia) ou *intempestividade* (redução) convencional, pois isso constitui simples ato de *julgamento*, a partir das questões fático-jurídicas constantes dos autos – e não *execução*.

Por sua vez, a afirmativa de que, não alegada a questão, adviria preclusão ou adviria impossibilidade de conhecimento de ofício pelo juiz, porque diria respeito exclusivamente a “prerrogativas das partes”, embaralha conceitos nem sempre interligados entre si, como se o fossem.

Como ensina Antônio do Passo Cabral, em outro texto, ainda são comuns as confusões doutrinárias entre o defeito (vício) e a sanção (consequência, como a invalidade); entre cognoscibilidade de ofício, interesses públicos (ou ordem pública) e ausência de convalidação (preclusão); ou, ao reverso do anterior, entre cognoscibilidade apenas quando houver alegação, interesses privados e convalidação (preclusão). Não havendo correspondência ou interligação necessária entre os conceitos, são incorretos os raciocínios de que questões conhecíveis de ofício *sempre* dizem respeito a interesses públicos e *nunca* são passíveis de preclusão

²¹² Embora se reconheça amplo espaço para o *conhecimento* e a aplicação de ofício do negócio processual, por ser *norma jurídica*, não se coaduna com o entendimento corrente de que a apreciação (interpretação) jurídica do julgador é “indisponível” e “independente” relativamente às fundamentações das partes, ainda que respeitados os princípios da congruência (correlação entre causa de pedir e pedido), a eventual disponibilidade expressa pelo interessado e o contraditório (dentre muitos, cf. MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Iura novit cùria*: a máxima e o mito. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. *passim*). A afirmação contida no texto não afasta, de modo algum, a possibilidade de celebração de *negócios de certificação*, com a qual se concorda, relativamente a negócios ou atos pretéritos ou concomitantes (interpretação autêntica), em que os próprios interessados podem *determinar* a certificação de qualquer aspecto de qualquer relação ou situação jurídica, vinculando o julgador (CABRAL, Antônio do Passo. Negócio de certificação: introdução, objeto e limites. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 29, p. 89-145, out./dez. 2021).

²¹³ Não é demais lembrar, ainda, que a diferenciação entre convenção dispositiva e obrigacional se ampara em linha muitas vezes tênue ou inexistente, sendo objeto de crítica consistente, afinal, a modificação do procedimento pode significar, indiretamente, a modificação de situações jurídicas processuais (ônus, poderes, faculdades e deveres processuais), enquanto a modificação (supressão, alteração ou criação) de situações processuais pode significar, igualmente de modo indireto, a modificação do procedimento. Por todos, cf. SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coords.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 446.

(“insanáveis”) ou de que “interesses privados” *sempre* dependem de alegação (*nunca* são conhecidos de ofício) e *sempre* são passíveis de preclusão (“sanáveis”),²¹⁴ por exemplo.

A *prescrição* de um crédito, por exemplo, claramente diz respeito a interesse preponderantemente privado, meramente patrimonial, do potencial réu, o qual pode inclusive *renunciar* às consequências benéficas dela, isto é, a extinção da pretensão ou da exigibilidade (CC, arts. 189 e 191), preferindo realizar a quitação do débito. Se fosse de interesse geral (ordem pública), não seria admissível renúncia e qualquer pagamento geraria o direito de repetição do indébito por enriquecimento ilícito da contraparte. Não é o que ocorre e nem por isso, porém, nega-se a possibilidade de o juiz reconhecer de ofício a sua ocorrência (CPC, art. 332, §1º, e 487, II).²¹⁵

De modo semelhante, também não há dúvida de que o juiz pode *conhecer* ou *decidir* de ofício sobre diversos fatos que, a princípio, não dizem respeito à ordem pública, tais quais expressões injuriosas lançadas no processo contra a parte oposta, conexão de processos e meios de prova não solicitados pelas partes.²¹⁶

O raciocínio se intensifica quando se tem como preponderante, na modernidade, que os “interesses públicos” e “privados” – ambos em sentido amplo – possuem igual valia, inexistindo hierarquia entre eles, mercê da igual proteção conferida pelo texto constitucional.²¹⁷ Nada justifica, portanto, uma distinção apriorística de cognoscibilidade, ou não, pelo magistrado, a partir da natureza jurídica do interesse (público ou privado).

Assim sendo, é perfeitamente *possível* que “interesses privados” (“prerrogativas” processuais convencionadas entre as partes ou a modificação do procedimento) venham a ser *conhecidos* (aplicados) de ofício pelo magistrado, seja *antes* de se conceder oportunidade de manifestação ao interessado, seja *depois* de concedida a oportunidade e, mesmo assim, consubstanciar-se revelia ou não contestação expressa.

Por último, é preciso assentar que a interpretação que exige a indispensabilidade da suscitação da parte contrária – sem a qual o juiz não poderia se pronunciar – cria custos de transação e majora a limitação da força de vontade das pessoas.

²¹⁴ CABRAL, Antônio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. **Revista de Processo**, v. 255, p. 117-140, 2016.

²¹⁵ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 281.

²¹⁶ SANTOS, Welder Queiroz dos. **Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 125-126.

²¹⁷ SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.) **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Em sentido contrário, reputando injustas as críticas lançadas contra a supremacia do interesse público, cf. HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

O motivo da afirmação é simples: para além de todos os custos de transação *prévios*, anteriores à celebração do negócio, acrescentar-se-á um custo a mais a ser sopesado, de índole *complementar ou posterior*, consistente na ciência de que, caso a contraparte queira clara e publicamente violar o que foi combinado, o Judiciário não se oporá ao intento, fazendo necessário que, potencialmente, tenha que contratar advogado e perder tempo e recurso para se defender. O desestímulo à negociação processual é evidente. A sua celebração perde em seriedade (confiabilidade) e em eficácia (resultado concreto, efetivo).

Pelo contrário, a interpretação reinante – que se busca refutar – incentiva comportamentos aventureiros e contraditórios, que busquem, por exemplo, tutela judiciária previamente afastada convencionalmente pelas próprias partes, ou de forma diversa da pactuada, apostando em uma eventual inércia (revelia) ou descuido (contestação parcial, sem suscitação da questão negocial processual) pela parte contrária, com aquiescência ou vistas grossas do Judiciário.

Por isso, a interpretação que deve vingar – para se *incentivar* a celebração deles – é a de que os *negócios processuais* podem ser conhecidos de ofício, podendo, inclusive, serem enquadrados ou compreendidos como instituidores de novos pressupostos processuais ou recursais, a impedir a admissão e a tramitação de ações e recursos em desacordo com eles, sem necessidade de intimação da parte interessada e, mesmo se intimada, de prévia suscitação. Com isso, os negócios processuais ganham em seriedade e eficácia, enquanto os processos, em celeridade e retidão de comportamentos. O único a efetivamente perder é o litigante aventureiro.

É a situação dos negócios processuais de “*pactum non petendo*” ou mediação extrajudicial prévia obrigatória, no primeiro caso (pressuposto processual), ou de renúncia recursal ou de instância única, no segundo (pressuposto recursal). É a situação, também, dentre outros, dos negócios processuais que *diminuem* prazos processuais ou *suprimem* determinadas “prerrogativas” das partes, tais como aqueles que pré-concebem o afastamento da produção de prova pericial, por solicitação das partes, num determinado caso. Nessas hipóteses, há modificação de espécies de pressupostos aplicáveis aos atos processuais em geral (*tempestividade e cabimento*).

Em todos os casos, não há uma razão primária que impossibilite o conhecimento de ofício de negócio processual existente, válido e eficaz constante dos autos, se não houver comprovação ou, ao menos, afirmação – não contestada pela contraparte – de *distrato* ou *renúncia* posterior.

3.2.4.3. Escolha pré-preenchida ou obrigatória: superação da inércia das partes e dos advogados

Como explicado no item 2.4.4. e 2.4.5., por mais que uma determinada opção não seja obrigatória, o simples fato de colocá-la de maneira pré-preenchida num determinado formulário faz com que o índice de aceitação e de adoção dessa opção cresça enormemente. Com menor eficácia, mas ainda assim com resultados, a simples inclusão de pergunta com escolha obrigatória, sem a qual determinada etapa – objetivada pela pessoa – não avança, também eleva a aceitação e a adoção das opções constantes da indagação, mesmo que não haja qualquer pré-preenchimento.

Por conseguinte, no tocante aos negócios processuais, quem deseja incentivar a celebração deles deve inserir, sempre que possível, a opção (pré-preenchida ou não) de celebração daqueles aos potenciais interessados.

Por exemplo, no âmbito do direito tributário, pode-se inserir a opção quando o contribuinte *precisa* efetuar o pagamento de algum tributo ou, melhor ainda, *deseja* a restituição de algum indébito ou regularização de alguma situação imprópria, que somente serão alcançados após o preenchimento de todas as perguntas constantes de determinado formulário. No âmbito do direito administrativo, quando o servidor público desejar solicitar o gozo de algum direito (férias, licença-prêmio etc.). No âmbito do direito do trabalho e do consumidor, quando o trabalhador ou consumidor *quiser* formar o vínculo jurídico com a empresa ou o empresário ou, ainda, obter algum benefício adicional, dependente de solicitação.

Por outro lado, pensando sob a ótica do Poder Judiciário, mostra-se possível a inserção da opção nos sistemas de distribuição de ações judiciais (como o Processo Judicial Eletrônico) – o que servirá, além de tudo, como poderoso lembrete (advertência), colaborando também com a diminuição da assimetria de informações (tema do item 3.2.1.1.).

Em grande medida, a regulamentação do “Juízo 100% Digital” pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) trabalha com perspectiva semelhante, afinal, estimula indiretamente espécie de negócio processual em questão, em que todos os atos processuais são praticados exclusivamente por meio eletrônico e remoto, ao prever que, caso a parte ré discorde dessa modalidade, eleita pela parte autora, “poderá se opor até a sua primeira manifestação no processo, salvo no processo do trabalho, em que essa oposição deverá ser deduzida em até 05 dias úteis contados do recebimento da primeira notificação” (Resolução n.º 345, de 09/10/2020, art. 3º, § 2º, com a redação dada pela Resolução n.º 378, de 09/03/2021). Tal raciocínio se estende, também, à regulamentação dos “Núcleo de Justiça 4.0”, também do CNJ (Resoluções n.º 385 e 398 de 2021).

Com outras palavras, ao se prever que omissão é entendida como aquiescência tácita à escolha da parte autora, decorrente esta de simples cliques no sistema (tema do item 3.2.4.1.), o CNJ já criou negócio processual com o estímulo tratado neste tópico.

O que falta é expandir a aplicabilidade da ideia para outras espécies de negócios processuais, não só relativamente aos “Juízo 100% Digital” e “Núcleo de Justiça 4.0”, criando mais escolhas pré-preenchida ou obrigatórias (temas deste tópico), ou ainda inserir avisos ou lembretes (tema do item 3.2.1.1.), dirigindo estímulos também para a parte autora, sem excluir a facultatividade da adesão.

3.2.4.4. Delegação ou compartilhamento da competência ou atribuição: superação da sobrecarga de agenda ou atribuições sobre poucas autoridades ou gestores

Outra espécie de incentivo aos negócios processuais, visto que facilita a celebração deles, é a delegação ou o compartilhamento da competência ou atribuição de celebração deles – podendo ser total ou parcial.

Como é natural, o tempo e o foco de qualquer pessoa ou instituição são finitos. Não é possível que uma só pessoa desenvolva toda e qualquer espécie de atividade, afinal, a divisão de tarefas é um dos fundamentos basilares do desenvolvimento da sociedade e das organizações, encontrando-se implícita nas bases do sistema de troca capitalista²¹⁸ e da estruturação do Estado em Poderes e a destes em outras entidades (descentralização) ou órgãos (desconcentração) menores.²¹⁹

A divisão tem várias funções – dentre as quais a de garantir maior *eficiência* na atuação de cada pedaço do todo e a de instituir mecanismos de *controle*, isto é, a existência de um olhar externo sobre comportamento alheio, conferindo se tal se deu de maneira legítima, com fins sejam punitivos ou retrospectivos, sejam orientativos ou prospectivos. Controle não pressupõe atuação em duplicidade ou sobreposição, pois tendente à inutilidade ou ao desperdício, mas sim atuação episódica, por amostragem ou quando existente indício de irregularidade.

Por isso, a centralização da competência ou atribuição da celebração de negócios processuais em número muito exíguo de autoridades ou gestores – sobretudo quando não especializadas – termina redundando em desincentivo (ineficiência) à celebração deles, pois

²¹⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 89-90.

²¹⁹ Dentre muitos, cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 935-944; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 68-70; ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 237-241.

tais competirão com as demais agendas ou atribuições dessas poucas pessoas – ou, mesmo, de uma única pessoa.

É o caso de legislações que centralizam a “transigibilidade” ou negociabilidade de toda uma Secretaria de Estado na figura de seu gestor máximo ou, ainda, de toda uma Advocacia Pública na do Procurador-Geral ou Advogado-Geral,²²⁰ que cumulam inúmeras outras funções e preocupações em seus dias.

O mesmo pode ser estendido relativamente à Administração Pública Indireta, especialmente aos presidentes de empresas públicas e sociedades de economia mista²²¹ – sem exclusão das autarquias e fundações –, e às pessoas jurídicas de direito privado, especialmente aos presidentes, aos administradores, aos diretores ou aos sócios-administradores de associações, sociedades, fundações, organizações religiosas e partidos políticos (CC, art. 44, I a V)²²².

A delegação ou o compartilhamento podem ser perfectibilizados *com ou sem* manutenção das atividades pela autoridade ou pelo gestor originário superior; de *todas as questões (temas, valores etc.) ou não* (total ou parcial), incluindo-se ou excluindo-se apenas algumas delas; de *todas as atividades inerentes à negociação (concepção, tratativa preliminar, redação de rascunho, assinatura, publicação ou divulgação, execução etc.) ou não*, incluindo-se ou excluindo-se apenas algumas delas; por *prazo certo ou incerto, determinado, determinável ou indeterminado*; *com ou sem formalidades* adicionais ou específicas; em um determinado *local, território, sistema ou não etc.*

O incentivo pode se concretizar, como fenômeno semelhante na ambiência preponderantemente privatista, por meio do instituto jurídico da representação.

²²⁰ É o caso da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso em vista da disposição legal de que a atribuição de “transigir” e “firmar compromissos” é da “competência” do Procurador-Geral do Estado, conquanto passível de delegação (Lei Complementar Estadual n.º 111/2002, art. 8º, VII, e parágrafo único). Inúmeras legislações estaduais e municipais possuem previsão parecida. No âmbito da Advocacia-Geral da União, o balizamento legal básico sobre a “transigibilidade” do Poder Público (Lei n.º 9.469/1997, art. 1º) já passou por 3 (três) alterações nas últimas 2 (duas) décadas – relativamente à redação originária, houve a inclusão de menção expressa da possibilidade de delegação da atribuição e a remoção da previsão de valores máximos das questões passíveis de solução consensual.

²²¹ Enunciado 64 da “I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “Os dirigentes máximos de entes estatais que exploram atividade econômica podem delegar à sua área jurídica a capacidade de intervir na resolução de litígios extrajudiciais provocados por clientes, em virtude de falhas ocorridas na realização de negócios, emitindo manifestação de caráter mandatório às demais áreas da instituição com a finalidade de indenizar (patrimonial e/ou extrapatrimonialmente) ou solicitar providências que reparem o dano causado aos clientes, de acordo com a legislação e jurisprudência pertinentes”.

²²² No âmbito privado, a “delegação” (em sentido amplo) – pertinente à negociação processual – pode se dar por meio de diversas formas, tais como a outorga de poderes para determinadas pessoas ou carreiras profissionais – internos ou externos à organização – ou, ainda, para advogados. Em todos os casos, há espécie de mandato (CC, art. 653 e seguintes; e CPC, art. 105), variando-se apenas aspectos laterais.

Não há qualquer limitação prévia; é possível uma infinidade de combinações ou nuances, de acordo com as necessidades ou possibilidades operacionais de cada autoridade ou gestor, ou do representado, em um dado contexto.

3.2.5. Gamificação: superação dos incentivos exclusivamente racionais

Para encerramento deste capítulo, um último tipo de incentivo *extra* ou *para* jurídico merece ser mencionado: a “gamificação”.

Sem necessidade de grande aprofundamento, até para não se fugir ao objeto central desta pesquisa jurídica, “gamificação” consiste em “pegar algo que já existe [...] e integrá-la com mecânicas de jogo com intuito de motivar participação, engajamento e fidelidade”, de modo que, de certa forma, torne ou aproxime – em certo sentido mais amplo – algo “que não é um jogo em um jogo”, isto é, um “*game*”.²²³

Trata-se, portanto, de apropriação de instrumentos, ferramentas ou elementos constantes de jogos, buscando tornar mais *atrativo, interessante, estimulante ou prazeroso* determinado comportamento por meio, por exemplo, de desafios, missões (“*quests*”) e conquistas (“*achievements*”), criando-se fases ou etapas a serem exploradas, cada qual com seus “inimigos” ou “chefões” (“*boss fights*”); de recompensas, ainda que tais não gerem qualquer benefício direto ou relevante ao jogador ou ao seu personagem, como a simples concessão de títulos, medalhas, selos,²²⁴ distintivos (“*badges*”), broches (“*bottons*”), insígnias, pontuações (placares), subidas de níveis ou de “*ranking*” (“*leaderboards*”), presentes ou “moedas”; e, também, de eventos competitivos (criação de confronto), cooperativos (criação de times, ou meramente comemorativos ou recreativos (criação de experiências e sentimentos).²²⁵

No mundo digitalizado atual, pode-se transformar tudo em itens virtuais, simples códigos ou imagens constantes de um sistema ou sítio eletrônico,²²⁶ além de incluir os bens virtuais ou “NFTs” (“*non-fungible token*”), isto é, imagens únicas, infungíveis, passíveis de transação por meio de chaves eletrônicas criptográficas.

²²³ POYATOS NETO, Henrique Ruiz. **Gamificação**: engajando pessoas de maneira lúdica. São Paulo: Fiap, 2015. p. 14.

²²⁴ A aplicação no campo processual já é uma realidade, sobretudo a partir de selos e emblemas de programas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como por meio do “Selo de Desburocratização”, e do Instituto Innovare, como por meio de seus vários prêmios temáticos ou setoriais. Abordando o ponto, cf. MAZZOLA, Marcelo. **Sanções premiais no processo civil**: previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 193, nota de rodapé.

²²⁵ POYATOS NETO, Henrique Ruiz. **Gamificação**: engajando pessoas de maneira lúdica. São Paulo: Fiap, 2015. p. 86-112.

²²⁶ BURKE, Brian. **Gamificar**: como a gamificação motiva as pessoas fazem coisas extraordinárias. São Paulo: DVS Editora, 2015. p.12.

Não existem elementos indispensáveis, qualitativa ou quantitativamente, para se dizer presente, ou não, a “gamificação”.

A intenção é que os participantes se sintam parte de um todo, sintam que estão evoluindo e sintam que podem ser objeto de juízos comparativos ou competitivos socialmente, despertando-se narrativas (“*storytelling*”), emoções, progressos e relacionamentos.

Embora deles tenha decorrido, atualmente o conceito de “gamificação” não guarda vínculo necessariamente com jogos (criações lúdicas) nem com o entretenimento (mera distração). Não se trata de transformar tudo em jogo, utilizar ambientes “3D” ou digitais, inserir efeitos gráficos ou sonoros, muito menos de ter propósito entretenimento, divertimento, educacional etc.²²⁷

Trata-se, isto sim, de atuar na psicologia motivacional, teorias do condicionamento operante, do fluxo e da autodeterminação; motivações intrínseca e extrínseca; modelos de comportamento para persuasão etc.²²⁸

Bem por isso, a “gamificação” já chegou ao ambiente empresarial de gestão de equipes e começa a abrir veredas pelo Direito, como no direito contratual (empresarial, consumerista ou cível) com seus programas de pontuações, de fidelidade e afins, com a categorização de clientes, funcionários, colaboradores e parceiros ou a divulgação ou a recomendação deles (“funcionário do mês”, “parceiro há tantos anos” etc.).²²⁹

Passando ao plano do direito processual, a criação de *incentivos* à celebração de negócios processuais pode perpassar pela utilização de ferramentas “gamificadoras”, tais como a criação de desafios de majoração do índice de celebração de determinados negócios processuais reputados socialmente benéficos, de selo ou emblema de que tais ou quais litigantes repetitivos estão comprometidos com determinadas metas ou práticas, o ranqueamento (em termos qualitativos ou quantitativos) dos maiores implementadores de certos negócios processuais, a criação de missões e competições setoriais, a distribuição de títulos e medalhas etc.²³⁰

²²⁷ Ibidem, p. 16-18; POYATOS NETO, op. cit., p. 15-19.

²²⁸ POYATOS NETO, op. cit., p. 59-73.

²²⁹ FERREIRA, Blenda Guimarães. **Importância dos princípios nas tratativas e elaboração dos contratos no direito brasileiro**: uma reflexão a partir da teoria da linguagem, da teoria dos jogos, do instituto da teoria externa do crédito e da gamificação. 2019. 82 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2019.

²³⁰ Embora sem menção específica no contexto da *gamificação*, o Enunciado 75 da “I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, também incentiva que o Poder Judiciário, as faculdades de direito e as instituições promovam, meçam e premiar anualmente as empresas e organizações: “As empresas e organizações devem ser incentivadas a implementar, em suas estruturas organizacionais, um plano estratégico consolidado para prevenção, gerenciamento e resolução de

É possível imaginar diversos exemplos simples que poderiam consubstanciar a prática e servir ao propósito estimulador. Primeiro, a criação de metas pelo CNJ, pelo Tribunal local ou regional ou, ainda, pela sociedade, não só para sentenças, mas também para a celebração de negócios processuais como mediação extrajudicial prévia obrigatória, disponibilização probatória prévia obrigatória e citação e intimação por meios eletrônicos, que possuem grande potencial transformador e acelerador dos serviços judiciários. Segundo, a comparação (qualitativa ou quantitativa) entre entes federativos estadual e municipais sobre uma temática, como a judicialização da saúde pública; ou entre empresas que concorrem entre si, como companhias áreas ou de telefonia etc., relativamente à celebração de certos negócios processuais. Terceiro, a concessão de títulos, como “gestor público amigo da justiça”²³¹ ou “empresa aérea amiga do consumidor”, podendo, ou não, estar vinculado a determinado ano, biênio ou afim (recorte periódico) tal ou qual.

O principal limite é a imaginação humana.

disputas, com o uso de métodos adequados de solução de controvérsias. Tal plano deverá prever métricas de sucesso e diagnóstico periódico, com vistas ao constante aprimoramento. O Poder Judiciário, as faculdades de direito e as instituições observadoras ou reguladoras das atividades empresariais devem promover, medir e premiar anualmente tais iniciativas”. Pelo Enunciado 228: “Recomenda-se aos grandes litigantes a adoção dos meios consensuais apropriados a cada caso, antes do ajuizamento de ações, com o objetivo de viabilizar a real pacificação, levando em conta as peculiaridades da relação jurídica”.

²³¹ Assim como candidatos a cargos políticos se gabavam de possuir “ficha limpa” antes do advento da Lei Complementar n.º 135, de 4 de junho de 2010, igual efeito é possível de ser incentivado caso o candidato e potencial futuro gestor venha a aderir a certas espécies de negócios processuais. A situação pode ser muito útil e explorada por órgãos de controle, como os Tribunais de Contas e o Ministério Público, podendo ajustar, ou não, contrapartidas processuais, como o compromisso de não ajuizamento de qualquer ação de improbidade sem antes notificar a autoridade ou o servidor a se explicar, salvo caso de medidas urgentes ou cautelares; ou a concessão de prazos mais dilatados.

CAPÍTULO 04

QUEM PODE INCENTIVAR?

A legislação processual indica diversas “pessoas” que podem incentivar (promover, estimular) a solução consensual dos conflitos ou a autocomposição, conceitos que abarcam os negócios processuais.

A questão que se põe – e quer demonstrar por meio deste capítulo – é que tal possibilidade não se limita a um rol taxativo e restritivo, de modo que as menções legais processuais devem ser interpretadas de maneira exemplificativa.

Por conta disso, busca-se trazer os sujeitos mais lembrados, previstos expressamente pela lei processual ou dela decorrentes; os “esquecidos”, que também participam diretamente do processo, mas que não são mencionados como incentivadores; e, especialmente, os ainda “ignorados”, que não participam do processo, mas podem prestar relevante papel, de maneira que, a partir disso, vislumbre-se a miríade de possibilidades.

A importância é sobranceira: como se sabe, muitas vezes a passividade ou a apatia das pessoas não decorrem de intenções deliberadas omissivas, mas sim do desconhecimento das possibilidades existentes.

Por isso, é preciso superar a visão que enxerga exclusivamente as “pessoas” descritas na legislação processual (partes, funções essenciais à Justiça e instituições judiciárias, preponderantemente) como capazes de criar incentivos, admitindo-se, assim, que a criação de incentivos pode partir de outras “pessoas”.

4.1. Os mais lembrados: aqueles previstos legalmente e os assemelhados

Ao traçar as normas fundamentais, o Código de Processo Civil dispõe, no que interessa, que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual de conflitos” e que a “conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público” (art. 3º, §^a 2º e 3º). Ao delimitar as incumbências do juiz na direção do processo, prevê-se a de “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais” (art. 139, V). Ao tratar dos conciliadores e mediadores, dispõe-se que os “tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo

desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição” (art. 165) e que a “União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta” (art. 174). Ao tratar dos prazos, prevê-se a suspensão deles “durante a execução de programa instituído pelo Poder Judiciário para promover a autocomposição” (art. 221, parágrafo único).

Dessa maneira, é evidente que *Estado, juízes, advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público, centros judiciários de solução consensual de conflitos, câmaras de mediação e conciliação*²³² e *Poder Judiciário* podem incentivar a celebração de negócios processuais.

Para além deles, conquanto não goze de explícita menção legal, parece igualmente evidente que as próprias partes podem criar incentivos entre si, a partir das fontes e dos tipos de incentivos já tratados nos Capítulos 2 e 3.

Não à toa, os exemplos de incentivos centram-se nessas “pessoas” (em sentido amplo) na maioria dos textos, isto é, aqueles previstos legalmente e os assemelhados, que serão tratados a seguir, a partir de uma leitura extensiva.

4.1.1. A indispensável interpretação extensiva: um chamado especial aos procuradores públicos, aos serviços de assistência judiciária, aos Tribunais de Contas, aos órgãos de classe, às agências reguladoras e aos “PROCONs”

De mais a mais, é intuitiva a interpretação extensiva de diversos dos termos constantes da lei processual, por ausência de justificativa plausível para fazê-la de modo diverso. Onde há mesma razão, há o mesmo direito.

Dessa maneira, quando a legislação fez constar que promoverá a solução consensual dos conflitos, dentre outros, os “juízes”, não quis excluir juízes leigos, desembargadores e ministros, tampouco qualquer autoridade administrativa ou legislativa que exerça função de julgamento de interesses contrapostos (CPC, art. 15), como se dá nas agências reguladoras ou

²³² O Enunciado 25 da “I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm o dever de criar Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos com atribuição específica para autocomposição do litígio”. De outro lado, segundo o Enunciado 84: “84 O Poder Público – inclusive o Poder Judiciário – e a sociedade civil deverão estimular a criação, no âmbito das procuradorias municipais e estaduais, de centros de solução de conflitos, voltados à solução de litígios entre a Administração Pública e os cidadãos, como, por exemplo, a Central de Negociação da Procuradoria-Geral da União”.

nos processos de impedimento (*impeachment*);²³³⁻²³⁴ “advogados”, não quis excluir os procuradores federais, estaduais e municipais (advogados públicos); e “defensores públicos”, não quis excluir a assistência judiciária gratuita prestada pelos núcleos de prática jurídica das faculdades de direito ou, mesmo, pelos Municípios.²³⁵

Mais importante ainda, quando a legislação fez constar o “Estado”, certamente não quis excluir os Municípios, o Distrito Federal ou a União, nem quaisquer dos Poderes ou órgãos (em sentido amplo, englobando-se Tribunal de Contas, órgãos de classe etc.), tampouco quis excluir as relações ou os conflitos nos quais o próprio Estado se insere como interessado (conflitos internos entre órgãos do Estado, entre Estados ou do Estado em relação a terceiros) ou desinteressado (conflito entre terceiros, como aqueles entre usuários e concessionárias de serviços públicos ou entre consumidores e empresas, seja quando submetidas a agências reguladoras, seja quando submetidas apenas ao julgo do “PROCON”, querendo-se, com isso, englobar todos os órgãos do sistema nacional de proteção e defesa do consumidor federais, estaduais, distritais ou municipais, na forma dos arts. 81, III, e 105 do Código de Defesa do Consumidor).²³⁶

Por isso, diante da grande possibilidade de estimulação existente, ainda não exercitada, há necessidade de um chamado especial aos procuradores públicos, aos serviços de assistência judiciária, aos Tribunais de Contas, aos órgãos de classe, às agências reguladoras e aos “PROCONS”, que, conquanto não gozem de expressa previsão no Código de Processo Civil,

²³³ Basilar é a lição de que, em maior ou menor medida, todos os Poderes possuem atividades ou funções típicas e atípicas, de maneira que a função julgadora se encontra presente, também, embora em hipóteses mais raras, em atividades do Executivo ou do Legislativo, conforme exemplos trazidos no corpo do texto. Por todo, cf. VITORELLI, Edilson; OSNA, Gustavo. **Introdução ao processo civil e à resolução de conflitos**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 383.

²³⁴ O Enunciado 17 da “I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, inclui menção expressa aos processos administrativos: “17 Nos processos administrativo e judicial, é dever do Estado e dos operadores do Direito propagar e estimular a mediação como solução pacífica dos conflitos”. Por sua vez, o Enunciado 59 se dirige às agências: “A obrigação de estimular a adoção da conciliação, da mediação e de outros métodos consensuais de solução de conflitos prevista no § 3º do art. 3º do Código de Processo Civil aplica-se às entidades que promovem a autorregulação, inclusive no âmbito dos processos administrativos que tenham curso nas referidas entidade”. Já o Enunciado 82 prevê que “O Poder Público, o Poder Judiciário, as agências reguladoras e a sociedade civil deverão estimular, mediante a adoção de medidas concretas, o uso de plataformas tecnológicas para a solução de conflitos de massa”. Por fim, o Enunciado 85 se dirige às entidades de classe e assemelhadas: “O Poder Público – inclusive o Poder Judiciário – e a sociedade civil deverão estimular a criação, no âmbito das entidades de classe, de conselhos de autorregulamentação, voltados para a solução de conflitos setoriais”.

²³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADPF 279**. Relatora: Cármen Lúcia. Julgado em: 03/11/2021. Publicado em: 14/02/2022.

²³⁶ Coadunando que o incentivo à promoção da solução consensual, pela Fazenda Pública, não se limita ao âmbito judicial, alcançando o processo administrativo, nem à atuação litigante (como parte), alcançando também a atuação como terceiro imparcial, cf. DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual** – administração judiciária, boas práticas e competência normativa. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 31.

atuam e possuem poder de influência, direta ou indiretamente, com e sobre os temas e processos mais comuns e numerosos no cenário jurídico brasileiro.

4.2. Os “esquecidos”: os auxiliares da justiça, relativamente a suas próprias situações processuais ou às do juízo, se autorizados

Não é só o juiz que goza de situações jurídicas processuais que podem servir de estímulo a negócios processuais pelas partes, tampouco incumbe somente ao juiz a iniciativa na propositura de estímulos.

Os auxiliares da justiça, participantes diretos de eventual ou efetivo processo, também possuem situações jurídicas e podem estimular negócios processuais ofertando determinadas modificações.

Dentre a referida categoria se encontram “o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias” (CPC, art. 149).

Por isso, é factível imaginar que o *oficial de justiça* – ou o sindicato deles, ou mesmo o próprio Judiciário – proponha incentivo financeiro ao deslocamento e ao comparecimento espontâneo do réu, perante a presença daquele, ou em lugar que fique mais conveniente para ambos, para fins de recebimento de citações ou intimações –, ou ainda compareça espontaneamente diretamente nos autos, suprimindo a necessidade de qualquer formalidade. O incentivo financeiro pode decorrer tanto de parcela ou totalidade do valor recebido, a título de despesa, adiantado pela parte contrária – que a princípio se prestaria a custear o deslocamento do oficial de justiça em busca do réu; quanto de verba pública ou privada distinta, caso a parte autora seja beneficiária da justiça gratuita, por exemplo.

É possível e desejável, também, que os *serventuários da justiça em geral*, como os oficiais de justiça, os chefes de secretaria e os conciliadores e mediadores, estimulem as partes à celebração de negócios processuais. Tal lembrança é especialmente relevante quando se percebe que são eles os primeiros a pessoalmente participarem ou trabalharem no conflito, enquanto ainda não apresentada a contestação, isto é, ainda não escalado o litígio, antes da realização de ainda maiores gastos (financeiros e temporais) pelas partes e seus advogados. Como já visto nos Capítulos 2 e 3, o estímulo pode ser inclusive fundado em fonte psicológico-comportamental, de tipo extra ou para jurídico.

Os oficiais de justiça sabidamente se encontram na linha de frente de grande parte dos processos, incumbindo-lhe, inclusive por imposição legal, “certificar, em mandado, proposta

de autocomposição apresentada por qualquer das partes, na ocasião de realização de ato de comunicação que lhe couber” (CPC, art. 154, VI). Se assim o é, a boa prática recomenda que estimule a celebração da autocomposição, não bastando uma posição passiva, sem proatividade, de “certificar” apenas se a própria parte tiver a iniciativa de encaminhar alguma proposta de solução consensual.

Outro exemplo possível, dentre a infinidade hipóteses imagináveis, pode envolver a *remuneração*, os *prazos legais* e a *forma* concedidos aos auxiliares da justiça que não possuem vínculo definitivo ou estável com a Administração Pública, isto é, atuam por tarefa, tais como perito, depositário, administrador, intérprete, tradutor e contabilista. Podem eles negociar variações de preços (maiores ou menores; por ato ou por conjunto de ato; de forma global ou unitária; com custeamento por ele próprio ou diretamente pelas partes de eventuais serviços auxiliares ou de assessoria aos seus misteres), prazos (maiores ou menores; global ou por etapa do trabalho a ser desenvolvido; influência da rapidez ou demora em questões remuneratórias etc.) e formas de execução do serviço (dia e horário; duração do serviço; metodologia etc.), da apresentação dos resultados (laudo simplificado, apresentação de fotos e estudos comparativos, grau de refinamento técnico-científico etc.), comunicação e relação com as partes, o juízo e os assistentes técnicos (maior ou menor; única, esporádica ou recorrente, com encontros ou cronograma previamente agendados, ou não; síncrona ou assíncrona; presencial ou remota, por *e-mail*, ligação ou teleconferência etc.), derogando as disposições processuais aplicáveis, por meio dos mais diversos estímulos relativamente às partes, com impactos sensíveis no trâmite processual.

Por fim, dentro do estímulo advindo dos serventuários em geral, é possível visualizar hipótese em que *ofertem* situações jurídicas inclusive do juízo, *desde que sob orientação e determinação do magistrado, por meio de ato regulamentar prévio* (CPC, art. 152, VI, §1º, c/c CF, art. 93, XIV). Em tal hipótese, o magistrado não estará a delegar qualquer ato decisório, até porque expressa e previamente regrado, mas, mesmo que estivesse, a discussão de possibilidade de delegação já se encontra pujante na doutrina.²³⁷

Desse modo, é perfeitamente possível a concepção de incentivos variados, por intermédio dos auxiliares da justiça, seja individual, coletiva ou institucionalmente, a partir de ato do profissional, do sindicato ou ainda do próprio Poder Judiciário, na formulação de política pública judiciária, incluindo-se dentro das atribuições também do Conselho Nacional de Justiça

²³⁷ CABRAL, Antônio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. 2017. Tese (Concurso de Titularidade) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. p. 446-507 e 567-569.

(CF, art. 103-B, § 4º, I, II e VII), relativamente a situações jurídicas próprias ou a situações do próprio juízo.

4.3. Os “ignorados”: OAB, sindicatos, associações, órgãos públicos, conselhos de classe, mídia... enfim, a “sociedade aberta dos incentivadores”

Há, ainda, uma última categoria, que não consta das disposições legais processuais e não costuma ser descrita nos estudos sobre a solução consensual dos conflitos e, notadamente, os negócios processuais – por isso nominada de “ignorados”.

Com essa nomenclatura, chamativa por si mesma, quer-se salientar a ampla possibilidade de se criar incentivos, de fonte tanto psicológico-comportamentais, que podem advir de qualquer pessoa, quanto negociais, como promessas de recompensa e as estipulações em favor de terceiro.

Para a instituição de incentivos do tipo *extra* ou *para* jurídico, não há qualquer limitação prévia, de modo que podem partir de qualquer pessoa e, inclusive, de origem não humana (animais, inteligência artificial etc.). Para a instituição de incentivos do tipo jurídico, basta que a pessoa possua *capacidade jurídica* de se obrigar,²³⁸ isto é, de ofertar, de dispor ou de cumprir a contrapartida prometida.

Por conta disso, existem tantas “pessoas” (em sentido amplíssimo, a abarcar entes sem personalidades e, até mesmo, sistemas informáticos inteligentes) que podem instituir incentivos, que se pode dizer que há uma verdadeira “sociedade aberta dos incentivadores”.²³⁹ Toda a sociedade pode criar incentivos à negociação processual, em alguma medida, como ver-se-á abaixo.

Por conseguinte, os incentivadores “ignorados” podem ser inúmeros, querendo-se referir àqueles que não participam do processo, mas podem prestar relevante papel ao criarem incentivos à negociação processual, buscando-se ou possibilitando-se, direta ou indiretamente, de modo explícito e lícito, a alteração do procedimento ou de criar, de modificar ou de suprimir

²³⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 457.

²³⁹ Toma-se de empréstimo, de modo analógico e ampliativo, a clássica expressão daqueles que defendem que a hermenêutica constitucional não deve ser compreendida como restrita aos membros do Poder Judiciário e das funções essenciais à Justiça, dentro de procedimentos estatais formalizados, mas sim aberta e livre ao público em geral (participantes diretos e indiretos do processo, cidadãos e opinião pública em geral, a incluir mídia, igrejas, escolas, associações, editoras etc.), garantindo-se uma interpretação plural – e, por isso, democrática – da Constituição (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002). Semelhantemente, é o que se compreende relativamente à capacidade de instituição de incentivos aos negócios processuais.

ônus, poderes, faculdades ou deveres processuais das partes. Não há rol ou limitação apriorística de relevo.

Se tantos assim podem instituir estímulos, a passividade ou a apatia de grande parcela da sociedade nesse tocante parecem se justificar, preponderantemente, no desconhecimento dessa possibilidade.

Se assim for, uma vez aclarada tal possibilidade, é de se esperar que setores atuantes na sociedade civil, como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), os sindicatos, as associações, os órgãos de defesa, os órgãos públicos em geral, os conselhos de classe, a mídia e as igrejas, passem a também incentivar a celebração de negócios processuais reputados justos ou convenientes no seio social, independentemente de, ou contrariamente a, previsões legais processuais, aumentando-se, por conseguinte, a frequência deles no cenário brasileiro.

Para melhor demonstrar o ponto, apontam-se abaixo vários exemplos possíveis, sem pretensão, contudo, de tratar da temática de modo exaustivo.

4.3.1. Promessa de recompensa, concurso e sorteio: o terceiro como estimulador imediato

A promessa de recompensa – gênero no qual podem se incluir o concurso e o sorteio – teve seus contornos básicos tratados no item 2.3.3, no qual se fixou que a promessa pode ser *dirigida* a público amplo ou restrito, indeterminável, determinável ou determinado, coletivo ou individual; *em razão* de fatos naturais ou qualquer espécie de conduta, da própria pessoa ou de terceiros, comissivas ou omissivas; com *prêmio* divisível ou indivisível, multiplicável ou não, entregue por critério temporal, aleatório ou crítico-valorativo.

De outro lado, o estudo sobre a amplíssima margem de utilização (em favor de condutas ou abstenções, com incentivos positivos ou negativos, com oferta de vantagens ou supressão de desvantagens, relativamente a condutas impostas, incentivadas, permitidas, desincentivadas ou proibidas pelo ordenamento, de modo prévio ou posterior à realização da conduta desejada) foi desenvolvido no item 3.1.1, para o qual se remete a leitura para evitar repetições desnecessárias.

Nesta passagem cumpre centrar a análise especialmente à figura do *promitente*.

Basicamente, importa reconhecer que qualquer pessoa pode realizar promessas, em favor de si ou de terceiros, de maneira que um terceiro pode atuar como estimulador *direto* de negócios processuais, afinal, pode ter o condão de influenciar, *imediatamente*, a celebração de negócios processuais.

Pouco importa se o terceiro seria interessado juridicamente – de modo que poderia, ou não, manifestar-se do processo como assistente (CPC, art. 119) –, ou não, na questão pendente ou potencial a ser apreciada judicialmente. Pouco importa, também, se o terceiro, mesmo não

possuindo interesse jurídico, poderia contribuir com o processo como espécie de “*amicus curiae*” (CPC, art. 138) – por possuir conhecimentos técnicos ou representatividade social –, ou não.

Tratando-se de incentivo jurídico, se a contrapartida prometida for meramente financeira disponível, basta a análise da *capacidade civil* do *promitente* de dispor do próprio patrimônio.

Se a promessa provier de pessoa incapaz de fato, far-se-á necessário examinar a presença e a legitimidade do representante ou assistente, conforme o caso, sem prejuízo, ainda, da “tomada de decisão apoiada”, relativamente às pessoas com deficiência (CC, art. 1.783-A).

Se a contrapartida envolver direitos indisponíveis (objeto), far-se-á necessária homologação judicial, após prévia oitiva do Ministério Público, sendo cabível apenas se aqueles forem passíveis de transação (Lei n.º 13.140/2015, art. 3º, § 2º).

Se a contrapartida envolver direitos disponíveis que dependam de especial legitimação concorrente conjuntiva para que possam vir a ser reivindicados, renunciados, transacionados ou definidos de alguma maneira, como se dá com os direitos reais imobiliários, que exigem a aquiescência do *cônjuge*, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens (CPC, art. 73; e CC, art. 1.647) ou suprimimento judicial (CPC, art. 74), ou com o inventário, o divórcio, a partilha e a usucapião extrajudiciais, que exigem a presença de *advogado* (Lei n.º 11.441/2007, arts. 1º e 3º), far-se-á necessária também tal legitimação.

Por fim, se a contrapartida também for relativa a direitos processuais, far-se-á indispensável a análise combinada dos requisitos de direito material e processual – o que não significa, por si só, simples cumulação deles.²⁴⁰

Não fosse assim, os negócios pré-processuais *sempre* dependeriam de advogado, nas hipóteses em que é indispensável a sua capacidade postulatória na demanda eventual, mesmo quando o objeto de direito material cuidar de direitos patrimoniais disponíveis, ou *nunca* poderiam ser celebradas por entes despersonalizados, como condomínios edilícios ou órgãos públicos, logo sem capacidade jurídica. Tanto uma opção quanto a outra não soam razoáveis juridicamente, merecendo ser afastadas.

Assim, é perfeitamente possível, por exemplo, que determinada pessoa *prometa recompensa* em favor de uma segunda pessoa, se esta aderir, celebrar, incentivar a celebração ou se comprometer a celebrar negócio processual com alguém, inclusive terceiros, determinados ou indeterminados, presentes ou futuros, sendo que a recompensa pode decorrer

²⁴⁰ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 310-317.

de conduta única e exclusiva da segunda pessoa ou, ainda, de fator comparativo (concurso) ou aleatório (sorteio).

4.3.2. *Promessa de fato de terceiro e contrato com pessoa a declarar: o terceiro como estimulador mediato*

Outras espécies negociais também possuem o condão de influenciar a celebração de negócios processuais, só que de maneira *mediata*, intermediada por outrem.

A promessa de fato de terceiro (CC, arts. 439 e 440), também denominada de “contrato por outrem”, guarda similaridade com o instituto da promessa de recompensa, conquanto tenha origem bilateral, diferenciando-se principalmente na peculiaridade de que a contrapartida prometida não decorre de conduta ou patrimônio do promitente, mas sim de outrem, que não faz parte nem se obrigou nessa relação jurídica.

Tem-se, assim, que alguém, em seu próprio nome, promete obter a *concordância* do terceiro relativamente à conduta estipulada, de modo que o objeto é a obtenção do compromisso de outrem (criação de uma obrigação), e não o cumprimento desse compromisso pelo terceiro (execução do objeto da obrigação). Se *prometer* o próprio *cumprimento* pelo terceiro, ter-se-á a acumulação daquela figura contratual com a fiança.²⁴¹

A anuência do terceiro à obrigação prometida constitui relação jurídica inédita (devedores e prestações diferentes), exonerando o promitente de qualquer responsabilidade a partir de então.²⁴²

Assim como na promessa de recompensa, não há qualquer exigência de que promitente de fato de terceiro obtenha alguma utilidade,²⁴³ direta ou indireta, para si ou para outrem, tampouco que faça parte de eventual relação jurídica ou detenha alguma ligação com o bem ou serviço prometido.

De outro lado, o contrato com pessoa a declarar (CC, arts. 467 a 471) discrepa completamente da modalidade anterior, pois uma das partes apenas se reserva à faculdade de indicar terceira pessoa para assumir os direitos e as obrigações decorrentes do contrato, dentro de determinado prazo, com efeitos retrospectivos, com vantagens tributárias – não se

²⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. Volume 3. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 32. Porém, há quem vislumbre a existência de duas espécies de promessa de fato de terceiro, com ou sem garantia: a do art. 439 representaria a primeira espécie, sem apontar a cumulação com a fiança; e a do art. 440 (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 107-108).

²⁴² TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil: contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 207-209.

²⁴³ VENOSA, op. cit., p. 458.

confundido com a cessão de direitos e dívidas (CC, arts. 286 a 302), que possuem efeitos prospectivos e nuances peculiares.

Tal modalidade possui várias finalidades legítimas, dentre as quais a *agilização* no tráfego jurídico, permitindo a figura de profissionais especialistas na identificação e asseguarção de oportunidades; e a *anonimização*, afastando a contaminação de inimizades, divergências político-ideológicas ou preconceitos subjetivos na formulação e celebração de negócios jurídicos.²⁴⁴

Por conta disso tudo, é perfeitamente possível, por exemplo, que determinada pessoa *prometa fato de terceiro*, isto é, prometa a outrem que terceira pessoa irá aderir, celebrar, incentivar a celebração ou se comprometer a celebrar negócio processual com o promitente ou com uma terceira pessoa, determinada ou indeterminável, presente ou futura; ou, ainda, celebre espécie de *negócio processual com pessoa a declarar*, de modo que a pessoa que assumirá os direitos e obrigações – processuais, materiais ou mistos – possa ser uma terceira, a vir a ser identificada só posteriormente.

Em ambos os casos, em um primeiro momento, uma pessoa age em seu próprio nome e sem visar diretamente o comportamento processual alheio; só em um momento posterior busca influenciar a conduta de outrem – de modo a se caracterizar com estimulador *mediato* de negócios processuais.

4.3.3. *Estipulação em favor de terceiro e convenção coletiva: o terceiro como criador de opção vantajosa*

Outra figura negocial digna de nota é a estipulação em favor de terceiro (CC, arts. 436 a 438), em que uma primeira pessoa (estipulante ou promissária) contrata, em seu próprio nome, uma segunda (promitente), que deverá cumprir a sua obrigação (comissiva ou omissiva) em favor de uma terceira (beneficiária), a qual poderá recusar ou aceitar o benefício contratado pela primeira. Nesta última hipótese, o benefício integrará a esfera jurídica da terceira pessoa, podendo ela própria fazer valer a obrigação, sem prejuízo da possibilidade de que a execução venha a ser exigida pela estipulante ou promissária.

²⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil: contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 209-211. Não é demais citar, também, a heurística do afeto, catalogada pela psicologia comportamental, que expõe que, muitas vezes, tomamos decisões mais emocional e sentimentalmente do que racionalmente, com base em dados concretos. Por todos, no âmbito processual civil, cf. GOULART, Bianca Bez. **Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?** 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 115-118.

Exemplos típicos da estipulação em favor de terceiro, presentes na codificação civil, são a constituição de renda (art. 804), o seguro de vida (art. 790), o plano de saúde firmados pelo empregador em favor de empregados, as doações modais, com encargo ou onerosas (arts. 136 e 562), as separações com partilha em favor dos filhos e as pensões decorrentes de morte de beneficiário da previdência complementar.

Para que haja estipulação em favor de terceiro, é indispensável que a terceira pessoa apenas tenha benefício a aceitar, isto é, que o negócio lhe seja gratuito, sem a exigência de encargo ou contraprestação.²⁴⁵ Desse modo, a estipulante ou promissária apenas cria uma opção vantajosa à beneficiária.

De outro lado, é possível vislumbrar o advento de convenções coletivas que criem opções vantajosas às pessoas pertencentes às coletividades representadas na avença, dependente de aceitação ou adesão das pessoas, individualmente.²⁴⁶ O ponto já foi tratado no item 2.1.4.3, para o qual se remete a leitura, evitando-se repetições desnecessárias.

Dessa maneira, e considerando ainda a atipicidade dos negócios jurídicos substanciais em geral, tais institutos podem ser largamente utilizados por quaisquer pessoas, “individuais” ou “coletivas”, com a finalidade de *incentivar* a celebração de negócios processuais por terceiros.

4.3.4. “Lobby”: a profissionalização do terceiro e a utilização de negócios processuais como “fim” tanto quanto “meio”

Sendo tamanha a abertura possível para a criação de incentivos à negociação processual, é possível imaginar o surgimento do “lobby” nesse campo.

O “lobby” é compreendido como atividade por meio da qual se busca influenciar condutas públicas, iminentes ou remotas, em temas de interesses individuais, coletivos ou difusos, relativamente à concepção (criação), à execução (implementação) ou à avaliação (julgamento) de políticas públicas, regulamentações ou condutas em geral. Por isso, é considerado, hoje, como sinônimo de defesa de interesses perante o Poder Público.²⁴⁷

²⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil: contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 206.

²⁴⁶ O negócio processual a ser incentivado pela convenção coletiva tratada no texto diz respeito, primordialmente, a processos que tratem ou venham a tratar de direitos individuais, homogêneos ou não – muito embora seja possível que uma convenção coletiva celebrada por alguma entidade maior, federal, em que prevê liberdade para o ente menor, estadual, regional ou municipal, aderir ou não, inclusive relativamente a processos que tratem ou venham a tratar de direitos difusos ou coletivos, indivisíveis por natureza.

²⁴⁷ MACHADO, Marcela. **Para além do dinheiro: acesso e deferência nas relações congressuais entre lobistas e deputados federais**. 2020. 131 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

O profissional que atua dessa maneira costuma ser denominado de “lobista”, em decorrência do local no qual a atividade mais se manifestava originariamente, pois costumeiramente era encontrado no “*lobby*” (palavra inglesa para entrada, antessala, vestíbulo ou saguão) de hotéis, teatros e órgãos públicos, no qual buscava abordar os agentes públicos que por ali passassem para fins de convencimento da necessidade ou conveniência de determinadas providências ou posições.²⁴⁸

Os interesses individuais ou coletivos defendidos pelo lobista podem ser próprios ou de terceiros (pessoas, empresas ou instituições), isto é, em favor de pessoas com as quais não possui qualquer ligação direta ou de coletividades nas quais não se insere. Os interesses difusos tangenciam assuntos de interesse geral, geralmente de cunho ideológico-político, religioso ou social.

Nesse intento, o lobista pode desempenhar uma grande miríade de atividades, buscando influência direta ou indireta de agentes públicos, tais como as de representação, atuando em nome de pessoas, empresas, instituições ou causas perante o agente público; acompanhamento, colaborando a atuação direta daquelas; empoderamento, capacitando a atuação daquelas; intermediação, facilitando a comunicação daquelas para com os decisores; *networking*, criando redes de contato e relacionamento; mobilização, incentivando manifestações, mobilizações ou pesquisas favoráveis a determinado interesse, pela opinião pública (pessoas, imprensa ou instituições) ou atores-chave, buscando a sensibilização dos agentes públicos; e negociação, estabelecendo balizas e ofertando concessões.²⁴⁹

É irrelevante se a atuação se dá de maneira gratuita ou onerosa ou se a natureza do interesse defendido é tal ou qual. Por isso, a rigor, o *lobby* é “neutro”, não tem lado nem posição pré-concebida, sendo inerente a qualquer regime democrático, em que há embate de interesses diversos decorrentes das relações existentes na sociedade – vindo a ser nominado, por conta disso, muitas vezes, como relações institucionais governamentais.²⁵⁰

A intenção é semelhante à promoção de candidatos ou de si mesmo a cargos públicos, em defesa de determinadas pautas, visando a modificação de previsões legais ou a manutenção das atuais, resguardando-se determinados interesses – só que de maneira mais pontual, específica.

p. 27-28; MOREIRA, Felipe Lélis. **Impacto do uso de dados abertos sobre a assimetria de influência do lobby no Congresso Nacional**. 201. 248 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021. p. 34-35.

²⁴⁸ Ibidem, p. 34-35.

²⁴⁹ Ibidem, p. 52-56.

²⁵⁰ MORAES, Karoline Rodrigues de; ZANINI, Leonardo Vinicius Souza. Lobby, burocracia e políticas públicas: uma entrevista com Andréa Gozetto. **Revista Teoria & Pesquisa**, v. 30, n. 2, 2021. p. 107-108.

Conquanto muitas vezes vista com maus olhos, não há qualquer ilegalidade em si na intenção de buscar influenciar condutas públicas, externando informações e dados que possam colaborar para que estas se deem em consonância com o interesse defendido pelo lobista.

Nesse contexto, diversos países, como Estados Unidos, Canadá e Reino Unido, a profissão de “lobista” é expressamente regulada pela legislação, reconhecendo-se sua importância social e, inclusive, o direito à remuneração pelo desempenho de tal atividade, de um lado, e impondo-lhe deveres e proibições, a bem da moralidade, tais como: a publicização periódica de suas atividades, por meio de entrega espontânea de relatórios a determinada autoridade fiscalizadora, com a divulgação de datas de encontros, ou tentativas de encontros, com agentes públicos, acompanhadas das respectivas pautas; a vedação de concessão de benefícios financeiros diretos ou indiretos (presentes, viagens etc.) a agentes públicos; e o respeito a prazos mínimos de “quarentena” (desincompatibilização) para que um político venha a atuar como lobista remunerado ou vice-versa (“*revolving door lobbying*” ou porta giratória do lobismo).²⁵¹

No Brasil não há lei que regule a profissão, embora existam vários projetos legislativos que tenham buscado regulamentá-la ao menos desde a década de 1980, conquanto em 2010 o Ministério do Trabalho a tenha inserido dentro da “classificação brasileira de ocupações – CBO” a atividade de “relações institucionais e governamentais”. Quando desempenhada dentro dos limites da profissão, obedecida a moralidade, a conduta não se equipara a tipos criminais, como os de advocacia administrativa, tráfico de influência ou exploração de prestígio.²⁵²

No que interessa ao presente estudo, é possível vislumbrar os negócios processuais como um “fim” ou um “meio” do “*lobby*”.

Na primeira hipótese, o lobista procura agentes públicos – de quaisquer Poderes ou instituições – buscando incentivar a celebração de determinado negócio processual do interesse próprio ou de terceiros (pessoas, empresas ou instituições), ou o reconhecimento da possibilidade disso.

De outro lado, na segunda hipótese, o lobista busca demonstrar os resultados benéficos decorrentes de determinada norma processual – *negocial*, no caso. Utilizando-se de negócios

²⁵¹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *Lobby: estudo de direito comparado e necessidade de regulamentação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro*. 2019. 315 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 16-17 e 67-86.

²⁵² GAZOTTO, Gustavo Martinelli Tanganelli. *O lobby e sua regulamentação no Brasil: entre influência privada e interesse público*. 2021. 215 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2021. p. 104-121 e 139-157.

processuais anteriores como espécie de pesquisa favorável ao seu interesse, tal como se dá por meio dos denominados “*sand box*” regulatórios, termina-se por dissuadir possíveis opositores ou detratores a partir de uma visão utilitarista, “consequencialista”. Assim como a prototipagem e a testagem deve ser incentivada no âmbito normativo em geral, legal ou infralegal, inclusive de modo heterônomo no campo processual pelo Conselho Nacional de Justiça,²⁵³ também deve ser estimulada a inovação experimental por meio de negócios processuais.

Dessa maneira, a partir de resultados concretos, decorrentes de exemplos anteriores incentivados, certamente será mais fácil defender a replicação da mesma norma perante outras instituições ou outros contextos, por meio de outros negócios processuais semelhantes ou, mesmo, de alteração da legislação, adaptando-a ao “*design*” daquele negócio processual pretérito – hipótese em que o aspecto negocial deixaria de existir.

Basta imaginar algum sindicato ou associação empresarial, por meio ou com auxílio de algum lobista, em busca da advocacia pública para fins de incentivar o estabelecimento de negócios processuais mutuamente benéficos, visando a resolução de determinada problemática repetitiva ou, então, a utilização dos efeitos daqueles como catalisador de outros negócios processuais ou de modificações legais.

Ou como é possível, inclusive, que os lobistas façam parte ou estejam a serviço de entidades, órgãos ou categorias profissionais do próprio Estado (em sentido amplo),²⁵⁴ bastando imaginar, de modo semelhante ao parágrafo anterior, a advocacia pública ou o Ministério Público em busca do Poder Judiciário, ou vice-versa, visando parceria na criação de certos incentivos para fins de adesão pelos particulares a determinado negócio processual considerados benéficos, relativamente a determinados temas, que representem ponto de congestionamento processual e trabalho contraproducente.

Certamente não ocorrerá com frequência, por conta dos custos envolvidos, mas nem por isso se pode ignorar que “grandes litigantes”, quantitativa ou qualitativamente, como instituições do próprio Estado e as empresas de grande porte, podem investir no “*lobby*” por meio de profissionais pertencentes aos seus próprios quadros ou de terceiros especializados nesse tipo de atividade – perante agentes públicos – em busca de negócios processuais que lhes pareçam justos ou convenientes.

²⁵³ DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. Introdução ao estudo das boas práticas na administração da justiça: a relevância dogmática da inovação. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 15, n. 44, jul./dez. 2021.

²⁵⁴ MORAES, Karoline Rodrigues de; ZANINI, Leonardo Vinicius Souza. Lobby, burocracia e políticas públicas: uma entrevista com Andréa Gozetto. **Revista Teoria & Pesquisa**, v. 30, n. 2, 2021. p. 114.

CAPÍTULO 05

QUEM PODE SER INCENTIVADO?

Se a amplitude de quem pode *promover* o incentivo é generosa, podendo ser assentada a possibilidade de uma “sociedade aberta dos incentivadores”, situação idêntica se mostra relativamente a quem pode *receber* o incentivo para a celebração de negócios processuais.

Infelizmente tal amplitude para o *recebimento* de incentivos é pouco refletida pelos juristas, certamente porque a legislação brasileira, quando os institui, assim o faz direcionando-os somente às pessoas que se quer sensibilizar, das quais se depende para o atingimento da conduta desejada, *diretamente*. A realidade do direito processual não é diferente.

Todavia, a realidade de segmentos que buscam maior *dinamicidade e empenho* para a obtenção de resultados possui aspectos complementares, com o direcionamento de incentivos também a outras pessoas que, conquanto não lhes incumba a conduta desejada, possuem a aptidão para influenciar a realização dela, *indiretamente*.

Bem pensadas as coisas, o fenômeno tratado neste Capítulo é a outra face do tratado no anterior, com propósito semelhante.

Dessa maneira, estrutura-se este Capítulo de modo similar ao anterior, trazendo primeiramente os sujeitos mais lembrados para o *recebimento* de incentivos, que são aqueles previstos na lei processual ou dela decorrentes; os “esquecidos”, que também participam diretamente do processo, mas que não são mencionados como *incentivados* ou passíveis de recebimento de incentivos que possam ser úteis ao processo; e, especialmente, os “ignorados”, que não participam do processo, mas podem influenciá-lo de modo sensível, mesmo que apenas indiretamente.

A importância é tão relevante quanto à identificação dos *incentivadores*: a passividade ou a apatia das pessoas muitas vezes advém do desconhecimento do que é, ou não, possível fazer ou se comportar. Uma vez bem extremados os largos limites de pessoas passíveis de *recebimento* de incentivos, abre-se um novo horizonte a ser explorado.

Por isso, é preciso superar a visão que enxerga exclusivamente as “pessoas” descritas na legislação processual como as que podem ou merecem ser incentivadas, isto é, *receber* incentivos. É preciso enxergar juridicamente a criação de incentivos a terceiras pessoas, que não aquelas cujas condutas se desejam realmente influenciar, como possível e, mais ainda, como algo a ser aprimorado.

5.1. Os mais lembrados: partes, advogados, peritos e terceiros

Sem dúvida alguma, quando qualquer cidadão pensa em *quem* pode ou deve ser incentivado para que determinado negócio jurídico venha a ser celebrado, a primeira pessoa que vem à mente é o próprio *negociante* em potencial, i.e., em existindo processo judicial em curso, a própria *parte*.²⁵⁵ O pensamento se estende a qualquer conduta (ação ou omissão) que se busca influenciar.

A legislação processual segue a mesma linha quando prevê benefício ou malefício – de direito processual ou material – em decorrência de determinada conduta (ação ou omissão) relevante ao processo com foco preponderantemente na própria *parte*.

São exemplos de “incentivos” (em sentido amplo) dirigidos às partes: a redução à metade dos honorários sucumbenciais ao *réu* que reconhecer a procedência do pedido e cumprir integralmente a prestação (CPC, art. 90, § 4º), ou *executado* que efetuar o integral pagamento voluntariamente no início do processo (CPC, art. 827, § 1º); a imposição de multas à *parte* que realizar condutas processuais vedadas, reputadas de má-fé, violadoras da dignidade da justiça ou simplesmente desincentivadas (CPC, arts. 77, §§ 2º a 5º, 81, 202, 258, 334, § 8º, 702, §§ 10 e 11, 774, p. ú., 903, § 6º, 1.021, §§ 4º e 5º, e 1.026, §§ 2º e 3º); a imposição de multas à *parte* que deixar de realizar condutas *materiais* impostas processualmente ou decorrentes de condições processuais (CPC, arts. 311, III, e 916, § 5º, II); a imposição de multas à *parte* que realizar condutas processuais simplesmente desincentivadas, como o ajuizamento de ação rescisória, mesmo quando não se reconhece qualquer má-fé, bastando que a rejeição (inadmissibilidade ou improcedência) se dê por unanimidade de votos (CPC, art. 968, II); o afastamento de multa para o *executado* que realizar o depósito do valor cobrado no início do cumprimento de sentença (CPC, arts. 520, § 3º, e 526, § 2º); a imposição de multa e encargo adicional para o *executado* que não realizar o pagamento voluntário da obrigação à qual foi condenado judicialmente (CPC, art. 523, § 1º) ou que deixar de fazer ou não fazer algo determinado judicialmente (CPC, arts. 536, § 1º, e 537); a majoração dos honorários

²⁵⁵ No que tange aos negócios processuais, com o intuito de esclarecer a possibilidade de negociação processual por entes despersonalizados (condomínios, órgãos, massas falidas etc.) e por legitimados à tutela coletiva, a doutrina muitas vezes invoca o conceito de “parte processual” (dentre outros, cf. AVELINO, Murilo Teixeira; PEIXOTO, Ravi. **Consensualidade e Poder Público**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 126-127). Ocorre que a opção também é passível de críticas, afinal, tal como ocorre no cenário da tutela coletiva, é possível que certa “parte processual” – como os autores populares ou as associações – possa iniciar e atuar do começo ao fim de processos judiciais, mas mesmo assim se encontrem potencialmente despidos, em regra, sobretudo na fase extrajudicial, do poder de transigir em nome da coletividade representada – diferentemente do MP e outros legitimados com natureza de direito público (MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. **Convenção processual na tutela coletiva**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 192-195 e 198-199).

advocatícios sucumbenciais contra a *parte* em caso de interposição de recurso que venha a ser infrutífero (CPC, art. 85, § 11) ou de conduta processual que venha a exigir diligência descomunal do advogado da contraparte na fase executiva (CPC, art. 827, § 2º).

É preciso reconhecer que a legislação incluiu, também, benefício ou malefício a outras pessoas, como os *advogados*, os *peritos* e *terceiros* em geral, dentro do âmbito de possível atuação ou colaboração de cada qual na marcha do processo.

De outro lado, são exemplos de “incentivos” (em sentido amplo) dirigidos a outras pessoas, que não as próprias partes: a imposição de multas ao *advogado* que realizar condutas vedadas (CPC, art. 234, § 2º); a imposição de multas e outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias ao *terceiro* que deixar de informar os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento ou deixar de exibir coisa ou documento que esteja em seu poder (CPC, arts. 380, p. ú., e 403, p. ú.); a possibilidade de redução da remuneração do *perito* que apresentar laudo inconclusivo ou deficiente (CPC, art. 465, § 5º); a imposição de multa ao *perito* que deixar de realizar o trabalho para o qual foi designado e aceitou realizar, no prazo ajustado, sem motivo justo (CPC, art. 468, § 1º); e a imposição de multas ao *arrematante* que atrasar o pagamento ou se arrepender em certa hipótese (CPC, arts. 895, § 4º, e 896, § 2º).

Como se vê de todos os exemplos, as *finalidades* e as *naturezas jurídicas* dos incentivos contidos na legislação processual, as pessoas *a quem se dirigem* os incentivos (em sentido amplo) e as pessoas *destinatárias do produto* (arrecadação) das multas são múltiplas, não lineares ou únicas.

No que interessa à presente passagem, ora o incentivo se dirige à *parte*, ora ao *advogado*, ao *perito* e a *terceiros*; ora o produto da arrecadação de multa destina-se à *parte* contrária, ora ao *advogado* da parte contrária ou, ainda, ao *Judiciário*, incluindo-se potencial fundo de modernização deste.

Dessa forma, é cristalino que a legislação processual prevê uma *multiplicidade, diversidade ou variedade* de pessoas *a quem se dirigem* os incentivos (em sentido amplo) e as pessoas destinatárias do produto (arrecadação) das multas.

Note-se, porém, que, dentro da criação expressa do legislador, mesmo quando dirigido ao advogado, perito e terceiros, o incentivo é apenas o *direto*, isto é, direcionado somente às pessoas que se quer sensibilizar, das quais se depende para o atingimento da conduta desejada, *diretamente*. Mas não precisa ser, conforme será tratado no item 5.3. abaixo.

Por último, é preciso observar que, diretamente, conquanto quem esteja sendo incentivado seja juridicamente apenas a quem se dirige o incentivo (quem arcará com o benefício ou malefício decorrente de sua conduta), é inegável que, indiretamente, a escolha do

destinatário do produto (arrecadação) das multas ou consequências financeiras também *pode* levá-lo a ser considerado um “incentivado”, em linha mais tênue.

Ilustrativamente, é possível que o destinatário dê mais valor ao produto da multa do que o próprio cumprimento tempestivo e extrajudicial de certas obrigações pela contraparte, de maneira que possa se sentir desincentivado a procurar a solução tempestiva e extrajudicial da controvérsia e incentivado a lutar pela aplicação da penalidade. Ao reverso, é igualmente possível que, ao suprimir o acesso (parcial ou total) do então destinatário ao produto da multa, seja com a modificação do valor desta, seja com o direcionamento do produto a outrem ou a divisão com outrem, o então e anterior destinatário venha a adotar conduta diversa, de maneira que possa se sentir incentivado a procurar a solução tempestiva e extrajudicial da controvérsia e desincentivado a lutar pela aplicação da penalidade.

5.2. Os “esquecidos”: juízes, auxiliares da justiça e membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública

Envolvendo a criação de incentivos a determinadas pessoas, ao focar apenas na parte, advogados e terceiros ao processo, a legislação processual descuida de outros sujeitos processuais muito relevantes na tramitação do processo, os quais, por este motivo, merece especial atenção.

A começar pelos juízes – pelos julgadores em geral –, certamente o espectro de recebimento de estímulo é relativamente diminuto, mas não inexistente.

Partindo-se do texto constitucional, observa-se a criação de diversas garantias para os cidadãos e de vedações e prerrogativas específicas aos magistrados, resguardando-se a imparcialidade (não ser parcial), a “imparcialidade” ou “terceidade” (não ser parte) e a “indiferença” (alheação ao resultado do processo)²⁵⁶ destes.

É nesse contexto que se inserem a vedação ao recebimento, “a qualquer título ou pretexto, (de) custas ou participação em processo” e, “a qualquer título ou pretexto, (de) auxílios e contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei” (CF, art. 95, parágrafo único), o que certamente impede estímulos patrimoniais diretos e externos.

Só que, como já visto no Capítulo 3, os tipos de incentivos são diversos, múltiplos e vão muitíssimo além do simples incentivo patrimonial (recebimento de alguma quantia),

²⁵⁶ Sobre o ponto, dentre outros, cf. GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 321-330 e 426-431; CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e *impartilidade*. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. **Revista de Processo**, n. 149, 2007.

englobando-se tipo não jurídicos, inclusive, como a educação para certos temas, o aconselhamento pelos órgãos gestores, “correicionais” e afins.

No que interessa à presente passagem, mostra-se conveniente descortinar algumas espécies de incentivos válidos, que podem ser direcionados aos juízes. Por conta das limitações cabíveis e citadas, os estímulos podem ser de duas ordens.

De um lado, estímulos podem ser inseridos *diretamente* pelos próprios órgãos de gestão judiciária em relação a *critérios de promoção por merecimento dos juízes*, em sentido amplo, a abarcar – dentre outras possibilidades – a passagem do cargo de juiz substituto para o titular, de uma determinada Vara ou Comarca para outra e de juiz para desembargador, além da ocupação de outros cargos judiciários (diretoria de foro, diretoria da escola da magistratura, presidência e demais cargos de gestão etc.) e da concessão de licenças discricionárias para estudo no exterior e afins. Já foi imaginado, por exemplo, a análise de uma “taxa de reversão de julgados” como um dos critérios de promoção, a ser fixada e parametrizada pelo Conselho Nacional de Justiça, a qual refletiria e corroboraria o grau de seguimento dos precedentes obrigatórios dos Tribunais regionais e superiores pelos juízes da primeira instância.²⁵⁷

O mesmo raciocínio seria passível de extensão aos negócios processuais, relativamente ao número ou à taxa de negócios processuais celebrados perante tal juízo, inclusive com a possibilidade de definição prévia, pela gestão judiciária, de quais são os considerados relevantes ou socialmente recomendados, que serão levados em consideração no cálculo, preferencialmente com prévio estudo, debate aberto e franco com a sociedade e definição.²⁵⁸

De outro lado, estímulos podem ser inseridos *indiretamente* pelos órgãos de gestão judiciária e pela sociedade civil relativamente ao *patrimônio reputacional* dos magistrados, dentro e fora da carreira.

Prestar-se-ia a tal intento o simples acréscimo de camadas extra de publicidade e transparência de julgamentos em todas as instâncias, como se deu na mudança perceptível no

²⁵⁷ WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 501-505.

²⁵⁸ Enunciado 192 da “II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “Recomenda-se, para fins de promoção por merecimento de magistrados, o maior reconhecimento de aspectos qualitativos, de estímulo ao uso dos meios consensuais e à prevenção de litígios, tais como desenvolvimento de projetos, estabelecimento de diálogo interinstitucional com grandes litigantes e a valorização da audiência do art. 334 do CPC, e não apenas critérios quantitativos, como o número de sentenças prolatadas ou de acordos homologados”.

formato de manifestação dos ministros do Supremo Tribunal Federal após a implantação da TV Justiça.²⁵⁹

Prestar-se-ia, ainda, ao mesmo intento a elaboração ou a colocação em votação informal ou concurso sobre decisões ou decisores (formação de listas, “rankings” e afins),²⁶⁰ o que poderia fomentar boas práticas, se a divulgação ou face pública se limitar aos melhores,²⁶¹ ou a reprimir condutas que, embora lícitas, possam ser más ou ruins de alguma maneira ou para certos públicos, se integral ou focada nas piores práticas. Esta última hipótese – diferente daquela – certamente é muito mais sensível e discutível juridicamente, cuja profundidade de análise ultrapassa os limites deste tópico.

Em relação a outros profissionais, de “dentro” do Judiciário (auxiliares da Justiça) ou de “fora” (membros do Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia Pública), não é demais sublinhar que a mesma afirmação relativamente a critérios de promoção dos julgadores e ao patrimônio reputacional pode se estender a todos, afinal, o *merecimento* – e o seu campo concretude – sempre existiu e existirá em todas as carreiras, assim como a *reputação* é elemento presente na vida de qualquer ser humano em comunidade.

Todos os auxiliares da justiça também podem ser incentivados a determinadas condutas que, uma vez praticadas, tendencialmente aumentará a celebração de negócios processuais pelas partes, por exemplo. Como já mencionado no item 4.2, atuação deles, no decorrer do processo, em contato com as partes, pode ser muito maior do que ocorre hodiernamente, podendo, por isso, vir a ser incentivados à orientação de condutas benéficas, com ou sem incentivo financeiro, com a concessão de folgas compensatórias, redistribuição e compensação de trabalho etc.

Aos membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública se aplicam todas as considerações acima.

²⁵⁹ Independentemente de elogios ou críticas ao modelo, possíveis resultados ou reflexos foram conjecturados em estudos. Para maior profundidade, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 47, p. 205-225, jul./dez. 2015; HARTMANN, Ivar Alberto et al. A influência da TV Justiça no processo decisório do STF. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 4, n. 3, p. 38-56, out. 2017.

²⁶⁰ WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 505-510.

²⁶¹ Em 2021, chegou-se a divulgar na mídia a criação de um aplicativo tecnológico denominado “Advoguide”, por organizações da sociedade civil, em que advogados e estagiários poderiam avaliar (dar notas) e fazer comentários sobre juízes, desembargadores e ministros dos tribunais superiores e sobre as assessores e secretarias judiciárias, em vários critérios, como cortesia, pontualidade nos compromissos, “agilidade e dedicação”, qualidade do trabalho, atendimento aos interessados etc.; e em que aparecessem os resultados apenas do 30% (trinta por cento) magistrados ou serviços judiciários mais bem avaliados (AGUIAR, Adriana. Juízes e ministros poderão ser avaliados por aplicativo. **Valor Econômico**, São Paulo, 2021. Disponível em: <http://glo.bo/3PL4Bnt>. Acesso em: 30 jun. 2022). Infelizmente, poucos dias depois, após reação de entidades associativas da magistratura, foi-se divulgada a suspensão do lançamento do aplicativo pelos idealizadores sob justificativa de problemas técnicos (ZANINI, Fábio. Em meio a reação de juízes, advogados suspendem aplicativo que avaliaria magistrados com notas. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3zIdXuw>. Acesso em: 30 jun. 2022).

Só há uma diferença mais evidente, que é aquela que permite à Advocacia Pública o recebimento de remuneração variável, isto é, uma parcela fixa mais uma parcela a título de honorários advocatícios – desde que o valor total somado obedeça ao teto constitucional. Inclusive, quando da fixação deste entendimento recentemente, afastando violação ao regime de subsídio em parcela única, o Supremo Tribunal Federal salientou a possibilidade de incremento da *eficiência* da administração pública por meio do atrelamento de parte da remuneração à efetiva “*performance*” do servidor ou da respectiva instituição.²⁶²⁻²⁶³

5.3. Os “ignorados”: cônjuges, parentes, amigos, sacerdotes, celebridades, “*influencers*” digitais, entidades da sociedade... enfim, os “*stakeholders*”. Abertura para “caçadores de recompensas” e modificação de problemas de agência

Para além dos mais lembrados (partes e advogados, em relação a suas posições) e dos menos lembrados (juízes, auxiliares da justiça e membros do Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia Pública), não se pode perder de vista todos aqueles que, conquanto não atuem no processo e não possuam interesse jurídico na questão controvertida, também influenciam a celebração, ou não, de negócios jurídicos.

Nessa categoria é possível incluir as mais variadas pessoas que mantêm contatos com os *negociantes* em potencial, podendo ser o caso do *cônjuge*, de *parentes*, de *amigos* e de *sacerdotes*.

Em acepção ou conceituação um pouco mais restrita e técnica, tem-se os “*stakeholders*”, que são todos os que potencialmente serão atingidos ou afetados, beneficiados ou prejudicados, a partir de certo ato ou negócio, direta ou indiretamente, de maneira que ou podem ser sopesados pelo negociante, ou podem efetivamente buscá-lo influenciar.²⁶⁴

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 6053**. Relator: Marco Aurélio. Julgado em: 22/06/2020. Publicado em: 30/07/2020.

²⁶³ A teor do Enunciado 31 da “I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “É recomendável a existência de uma advocacia pública colaborativa entre os entes da federação e seus respectivos órgãos públicos, nos casos em que haja interesses públicos conflitantes/divergentes. Nessas hipóteses, União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão celebrar pacto de não propositura de demanda judicial e de solicitação de suspensão das que estiverem propostas com estes, integrando o polo passivo da demanda, para que sejam submetidos à oportunidade de diálogo produtivo e consenso sem interferência jurisdicional”. Para superação da falta de normatividade reinante relativamente ao princípio da cooperação, identificada pela doutrina, é indispensável a criação dos incentivos adequados, com a desconstrução da visão romântica de que o comportamento cooperativo é inerente a e dependente de atos desinteressados, ligados à bondade ou à moral, cf. WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 223, nota de rodapé, e 234-277.

²⁶⁴ MARASCHIN, Márcia Uggeri (coord.). **Manual de negociação baseado na Teoria de Harvard**. Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. Brasília: EAGU, 2017. p. 56-57; ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014. p. 103-104.

Em exemplo clássico, todos os consumidores, funcionários, fornecedores, acionistas, gestores, credores, parceiros, governos e a comunidade em geral são atingidos de alguma maneira, direta ou indiretamente, relativamente às atividades decorrentes da administração de uma *empresa* – principal objeto de estudo ensejador da teoria dos “*stakeholders*” no Brasil.²⁶⁵ Formando-se espécie de rede, o laço ou nó não é influenciado exclusiva e diretamente pelo movimento apenas do laço ou nó vizinho e em uma dimensão, mas também por outros mais distantes, e em três dimensões.²⁶⁶

Em exemplo mais simples, trazido para o cotidiano forense: embora não faça parte, é inegável a possibilidade de existência de *peso* na opinião do cônjuge sobre eventual transação a ser celebrado pelo outro quando do rompimento de uma relação de emprego, por exemplo, sendo que, muitas vezes, a personalidade do cônjuge, mais ou menos beligerante ou pacífica, possui mais força e sobrepõe-se, efetivamente, à do próprio ex-empregado.

A realização, menção, crítica ou simples comportamentos por *celebridades* e “*influencers*” *digitais* também podem muitas vezes fazer toda a diferença no comportamento de seu público, de seus adoradores ou fãs, com a modificação da percepção do que é *necessário* ou *conveniente*.

O mesmo pode ser estendido a diversas *entidades da sociedade*, como associações, fundações, órgãos públicos e sindicatos, cuja credibilidade – decorrente da reputação de cada qual – pode corroborar a celebração de negócios processuais. O argumento se soma a tudo aquilo descrito nos itens 3.2.2.3 e 3.2.3.2 relativamente às vantagens decorrentes da atuação de tais entidades, cuja participação termina funcionando como um *incentivo*, algo considerado pelos membros que pertencem à coletividade representada.

Em todos esses casos, comuns na sociedade, pessoas são influenciadas por outras pessoas, de maneira que o direcionamento de incentivos a estas últimas, as influenciadoras, podem fazer toda a diferença.

Tais pessoas (em sentido amplo), as influenciadoras, não possuem interesse jurídico nos negócios celebrados pelo outro, afinal, interesse meramente sentimental, psicológico ou

²⁶⁵ CINTRA, Renato Fabiano et al. *Stakeholder theory: análise nos periódicos brasileiros a partir da bibliometria. Revista Portuguesa e Brasileira de Gestão*, v. 13, n. 4, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3Jhp298>. Acesso em: 06 jul. 2022.

²⁶⁶ STOCKER, Fabricio et al. Teoria de Redes de Influências de "Stakeholders": uma abordagem revisitada. *Cadernos EBAPE.BR*, v. 17, p. 673-688, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1679-395176683>. Acesso em: 06 jul. 2022.

patrimonial não é jurídico,²⁶⁷ assim como o simples termo reverencial não configura coação (CC, art. 153).

Apesar disso, tais pessoas não devem ser ignoradas pelo jurista. O poder de influência decorre do fato de que, constituindo-se um ser gregário, o ser humano se importa com a opinião das pessoas mais próximas a si, da comunidade à qual pertence ou à qual busca pertencimento, seja amorosa, familiar, religiosa, laboral, empresarial etc.

Para além das discussões filosóficas a respeito, a questão já foi estudada cientificamente e está descrita, sinteticamente, nos itens 2.4.2 a 2.4.4, relativamente à psicologia comportamental.

Por isso, hoje já vem sendo reconhecida a importância de convidar as pessoas que eventualmente poderão sentir os efeitos de negócio celebrado por pessoa próxima, ainda que juridicamente não tenha interesse qualificado como jurídico.²⁶⁸ Assim, a busca por influenciá-las também deve ser levada em consideração, sempre que possível.

Por conta disso, as promessas de recompensa, os concursos e os sorteios, tratados no item 4.3.1, as promessas de fato de terceiro e os contratos com pessoa a declarar, tratados no item 4.3.2, as estipulações em favor de terceiro e a convenções coletivas, tratadas no item 4.3.3, e o “*lobby*”, tratado no item 4.3.4, podem ter como foco a contraparte (sujeito) ou simples “*stakeholders*”, tais como cônjuges, parentes, amigos, sacerdotes, celebridades, “*influencers*” digitais e entidades da sociedade; isto é, pessoas que não são nem serão as “partes” no processo, pendente ou potencial.

O outro lado do fenômeno é o de que, assim como podem ser “assediados” (postura passiva) por interessados na celebração de negócios processuais com quem aqueles se relacionam, os “*stakeholders*” também podem ser “assediadores” (postura ativa), isto é, buscar os potenciais interessados em celebrar negócios processuais com quem eles próprios se relacionam. Portanto, podem se comportar como “caçadores de recompensas” de qualquer espécie, sem rol taxativo – hipótese em que se encaixariam, nesse tocante, ao enquadramento de “incentivador” tratado no Capítulo anterior.

²⁶⁷ O conceito de interesse jurídico, geralmente interpretado de modo restritivo, ligado necessariamente a um direito ou a uma relação jurídica prévia ou concomitante, tem sido objeto de reflexão e expansão hodiernamente pela jurisprudência, lei e doutrina, entendendo-o de modo dissociado ao de direito, a partir do resguardo de situações juridicamente relevantes, cf. GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 375-426. Porém, mesmo a interpretação mais expansiva não engloba os “*stakeholders*”.

²⁶⁸ Enunciado 200 da “II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “O mediador pode consultar os envolvidos sobre a conveniência da participação de outras pessoas potencialmente afetadas pelo resultado final da mediação, sem que tal conduta importe em quebra do dever de imparcialidade”.

Nesse ponto é preciso esclarecer: o executante (promissário) da “promessa” ou da “conduta” objeto do concurso ou sorteio não precisa ser *capaz*, além de não necessariamente ter praticado a conduta conscientemente, para que obtenha direito à promessa. A capacidade é exigida apenas a quem promete (promitente). Quando a recompensa decorre de simples ato material, sem a criação de nenhuma obrigação ou de nenhum ato de disposição em prejuízo ao *incapaz*, tem-se mero *ato-fato jurídico*, suficiente à *aquisição* legal do direito ou da pretensão pelo *incapaz*, conquanto o *exercício* destes dependa da assistência ou representação.²⁶⁹⁻²⁷⁰

Do mesmo modo, as estipulações em favor de terceiro, individuais ou coletivas (convenções), também dispensam que o beneficiário seja *capaz*. A *incapacidade* não é óbice à *aquisição* do direito ou da pretensão; o único óbice imaginável decorre de quando a própria lei veda a doação a determinadas pessoas, em certas circunstâncias, de modo que a estipulação em favor de terceiro não pode mascarar ou driblar hipótese de doação vedada.²⁷¹

Somente os terceiros, que se valeram de promessas de fatos de terceiros ou de contratos com pessoa a declarar, necessitam de *capacidade*, pois tais institutos jurídicos não são gratuitos, puramente. Uma vez não realizado o “fato” do terceiro, ou não chegando a ser declarada outra pessoa no contexto das obrigações contratuais, o contratante responde pelas obrigações em questão – daí porque o tratamento diferenciado.

Trata-se de consequência direta do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, que veda que os efeitos internos dele, quando relacionados à criação de obrigações (negativo), extravase para terceiros totalmente estranhos.²⁷²

Vislumbrado o panorama geral até então traçado neste item, mostra-se fácil perceber a possibilidade de criação de incentivos para a *diminuição* dos denominados problemas de agência (*agency problems*), o que não impede reconhecer que a criação também levar à *majoração* deles.

²⁶⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das obrigações**: negócios jurídicos unilaterais. Tomo XXXI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 352-353. É possível chegar à mesma conclusão – de que o incapaz adquire direitos com a execução do ato material constante de uma promessa de recompensa –, ainda, por meio dos chamados “comportamentos concludentes”, “contratos sem negócio jurídico fundante” ou “relações contratuais de fato”. Sobre o ponto, dentre outros, cf. TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil**: contratos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 70-78.

²⁷⁰ Reconhecer que incapazes podem adquirir direitos por meio de promessas de recompensa não significa ausência de controle – mais ou menos rígido – dos limites das promessas porventura dirigidas a esse público, tal como previsto, analogicamente, na legislação consumerista relativamente à publicidade que busque se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência de crianças (CDC, art. 37, § 2º).

²⁷¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das obrigações**: consequências do inadimplemento, exceções de contrato não cumprido, ou adimplido insatisfatoriamente, e de insegurança. Enriquecimento injustificado. Estipulação a favor de terceiro. Eficácia protectiva de terceiro. Mudanças de circunstâncias. Compromisso. Tomo XXVI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 383-384.

²⁷² GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 46-47.

Problemas de agência decorrem da existência de incentivos diversos entre representante (agente) e representado (agenciado), podendo gerar um *desalinhamento* de interesses, de modo que a conduta de um deles pode se dar de modo não cooperativo, relativamente ao outro. Ocorrem, principalmente, mas não exclusivamente, em decorrência do poder de influência, às vezes determinante, de um intermediário, representando um terceiro, que pode conduzir este em direção contrária ao interesse dele visando a satisfação de um interesse do próprio intermediário – considerado um “agente”.

Trazendo para o plano processual brasileiro, o principal problema em potencial diz respeito aos honorários advocatícios sucumbenciais, decorrentes do ajuizamento da ação, que pode gerar incentivos para que o advogado aconselhe o cliente contrariamente ao acordo, preferindo-se o litígio, visando a obtenção, ao final, daqueles honorários, mesmo quando o acordo seja matemática e probabilisticamente favorável ao cliente.²⁷³ Aliás, a força de tal verba pode ser tão grande que, em determinados casos, mesmo quando o ganho médio esperado do cliente for negativo (prejuízo provável), ainda assim o advogado pode incentivá-lo ao litígio, por conta da possibilidade de ele – representante – vir a obter remuneração mais elevada na seara judicial.²⁷⁴

O citado problema é inerente a profissões que atuam em nome e em benefício de terceiros, como corretores, representante comerciais, vendedores e advogados, a depender da forma de remuneração e do contexto vivenciado.

Possui capacidade de afastar certos problemas de agência – conquanto, por outro lado, possa criar outros – a modificação da forma de remuneração, como a cobrança “por êxito” (*ad exitum* ou *quota litis*) para “tempo de serviço” (*time-sheet*), “fixa por ato” ou “fixa por período” (“de partido” ou “mensalista”),²⁷⁵ ou alguma outra modalidade combinada ou especial, ou a modificação da distribuição da responsabilidade pela remuneração.²⁷⁶

Não há forma única ou milagrosa de remuneração dos intermediários apta a excluir qualquer margem de possibilidade de ocorrência do problema de agência. É sempre imprescindível a análise do contexto da discussão e das partes para identificar qual seria a forma melhor – ou a menos ruim – para a obtenção de determinada espécie de resultado.

²⁷³ FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 71.

²⁷⁴ WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 332-335 e 473-491.

²⁷⁵ FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 71-75.

²⁷⁶ A mudança da regra norte-americana (“cada parte arca com seus custos e remuneração de seu próprio advogado”) para a inglesa (“a parte sucumbente arca com os custos e remuneração seus, de seu adversário e do advogado do adversário”), ou vice-versa, gera incentivos e desincentivos a diversos comportamentos pelas partes e pelos respectivos advogados. Sobre o ponto, dentre outros, cf. GOULART, Bianca Bez. **Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?** 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 66-72.

A modificação da forma de remuneração, inclusive a sucumbencial ou jurisdicional, pode se dar tanto no plano *legislativo* quanto no *convencional*²⁷⁷ e dessa alteração advém importantes impactos à ocorrência, ou não, e em quais termos, de futura negociação do direito material ou processual.

É preciso esclarecer que não há potencial quebra do alinhamento de interesses somente por parte do representante – podendo tal partir do representado. Não há vilões na identificação dos problemas de agência; qualquer um dos polos (agente e agenciado) pode se comportar de forma não cooperativa relativamente ao seu “parceiro”.

É possível ilustrar tais pontos a partir de três exemplos, sem qualquer pretensão de exaurimento. Seria possível trazer dezenas de problemas e soluções decorrentes de cada uma das formas de remuneração, mas este não é o intuito deste tópico.

Primeiro exemplo: uma vez fixada remuneração “fixa por período”, em relação contratual duradoura, pode ser o representado (cliente) estimulado à litigância, pois o acréscimo de trabalho ao representante não lhe interessa, isto é, ainda que o labor adicional não retorne resultado proporcionalmente superior ao final, o representado terá incentivo à opção pela decisão mais árida, trabalhosa, para outrem, pois ele mesmo terá pouco ou nada a perder.²⁷⁸

Segundo: fixada remuneração “por êxito”, o representante se sentirá igualmente interessado na rápida resolução da controvérsia de modo consensual, *se* isto se der no menor

²⁷⁷ É possível às partes, por exemplo, alterar a base de cálculo; alterar os critérios de fixação; fixar valores mínimos ou máximos, alíquota única ou valor pré-estabelecido, invariável; suprimir honorários em hipótese a princípio cabível, mercê da lei, ou o inverso, instituí-los em hipótese legislativa não resguardada; alterar a exigibilidade para fins de antecipá-lo ou postergá-la etc. Costuma-se exigir, porém, a participação, sempre, dos advogados potencialmente atingidos – de modo que, sem a sua assinatura, ou mesmo que haja a assinatura de algum advogado da mesma parte, mas se houver substituição por um novo profissional, a convenção processual não seria oponível, sob pena de estar negociando direito alheio (ilegitimidade *ad actum*). Sobre o assunto, dentre outros, cf. REDONDO, Bruno Garcia; MULLER, Júlio Guilherme. Negócios processuais relativos a honorários advocatícios. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 16, p. 58-76, 2015; CABRAL, Antônio do Passo. Convenções processuais sobre os custos da litigância (I): admissibilidade, objeto e limites. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 278, p. 61-90, fev. 2018. A argumentação utilizada pelos autores nos parece incompleta, isto porque se omite – não enfrenta – o fato de que, se a convenção processual for *prévia* à eclosão do litígio, dela pode ou deve tomar ciência, a partir de seu constituinte – ou, pior ainda, dela inegavelmente tomará ciência, se ajustada por meio de cláusula expressa constante do instrumento contratual discutido. Desse modo, considerados os princípios da *socialidade* (na qual se insere a função social do direito) e *eticidade* (na qual se insere boa-fé objetiva), que servem de fundamento – por exemplo – à mitigação da relatividade dos efeitos dos contratos (na qual se insere a tutela externa do crédito e institutos afins), a aceitação do patrocínio representa adesão *tácita* à convenção processual firmada entre as partes que tenha *readequado* ou *suprimido* o *dever* de pagamento de honorários jurisdicionais.

²⁷⁸ A reflexão sobre o potencial incentivo à litigância, pelo pouco ou inexistente custo por isso, vem sendo feita relativamente à possibilidade de transferência subjetiva dos custos processuais a terceiros, como por intermédio de seguro processual, do financiamento processual e da assistência jurídica obrigatória e gratuita prestada por sindicatos e associações de classe. A temática pode englobar, também, a assistência judiciária gratuita prestada pela Defensoria Pública e núcleos de prática jurídica de faculdades de direito, bem como a concessão de gratuidade de justiça em termos amplos. Sobre o assunto, dentre outros, cf. CABRAL, Antônio do Passo. Convenções sobre os custos da litigância (II): Introdução ao seguro e ao financiamento processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 277, p. 47-78, mar. 2018; ABREU, Rafael Sirangelo de. O problema dos custos do processo e sua regulamentação pelo novo CPC. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 63, p. 93-116, 2015.

tempo possível e com a menor quantidade de serviço ou atos. É a situação em que se convencionou o recebimento de 10% (dez por cento) pelo representante sobre o potencial crédito ou benefício a ser auferido pelo representante, independentemente se por meio de acordo ou somente ao final da ação judicial. É a prática geralmente defendida no mercado advocatício, isto é, de que os “honorários conciliatórios” sejam iguais, isto porque uma parte da clientela ainda enxerga com maus olhos tal igualdade de remuneração sob o argumento de que, se a quantidade de trabalho foi menor, a remuneração também haveria de ser menor.

E terceiro: fixada remuneração especial, baseada não só no êxito, mas também na *eficiência*, ou ainda baseada na realização ou não de certos atos socialmente considerados relevantes – como a busca pela solução amigável –, o representante poderá se sentir propenso à rápida resolução da controvérsia de modo consensual não de forma *igual* à litigância, mas *superior* ou *primária*, ainda que isso lhe acarrete maior dispêndio de trabalho (tempo, serviços ou atos). Prestigia a “*performance*” o negócio que convencionou o recebimento escalonado de honorários advocatícios – em montante menor quanto mais demorar para se obter o potencial crédito ou benefício ao cliente. Prestigia ato socialmente relevante o negócio que convencionou a majoração (extrapolação do limite máximo legal ou dos honorários arbitrados judicialmente)²⁷⁹ ou a simples valorização (consideração como critério preponderante para o alcance do limite máximo legal)²⁸⁰ dos eventuais honorários sucumbenciais caso o advogado comprove ter buscado a solução extrajudicial da questão.

A possibilidade de receber mais do modo consensual do que do judicioso está implícita no “Novo Código de Ética” aprovado do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, segundo o qual “é vedada, em qualquer hipótese, a diminuição dos honorários contratos em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado de solução extrajudicial” (Resolução n.º 2/2015, art. 48, § 5º), deixando-se entreaberta a possibilidade para a sua majoração. O raciocínio é simples, lógico e razoável, conquanto muitas vezes não bem recebido por parcela da clientela: se é melhor receber o crédito ou benefício hoje (curto prazo) do que

²⁷⁹ Sugestão doutrinária de aprimoramento legislativo (“*lege ferenda*”) constante de: MAZZOLA, Marcelo. **Sanções premiais no processo civil**: previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 208-209.

²⁸⁰ A formação de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, dentre os casos de suas competências, pesando favorável e decisivamente o trabalho extrajudicial do advogado quando do arbitramento da verba honorária sucumbencial, pode representar importante incentivo a tal conduta. Embora muito mais branda e simples do que a sugestão de Mazzola, disposta na nota anterior, a criação desse incentivo é muito mais simples, passível de implementação imediata com base na legislação vigente (“*lege lata*”), à luz dos parâmetros “grau de zelo do profissional” e “trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o seu serviço” (CPC, art. 85, § 2º, I e IV), sem necessidade de concordância de ambos os polos processuais.

amanhã ou depois (médio ou longo prazo), a remuneração de quem possibilitou ou agilizou a obtenção do resultado deve ser igualmente melhor.

Dessa maneira, é importante sempre ter atenção aos “honorários conciliatórios”, a serem combinados sempre *antes* do início das rodadas de negociação entre as pessoas em conflito,²⁸¹ pois a forma com que forem entabulados possivelmente influenciará o comportamento dos interessados (representante e representado), o que pode constituir um (des)incentivo para diversas condutas posteriores, inclusive a superveniente celebração de negócios processuais.

Por conseguinte, a criação de estímulos adicionais para o agenciado (representado, parte) é tão importante quanto para o agente (representante, advogado) para se obter o resultado almejado – dentro do escopo deste trabalho, a celebração de negócios processuais.

É o caso do estabelecimento de sanções premiais, de qualquer natureza, aos advogados que atuarem em mais processos nos quais existam negócios processuais, por exemplo. A única pequena ressalva, descrita também no item 3.1.2, é a de que, no Brasil, o Estatuto da OAB veda que o advogado receba valores da parte contrária ou de terceiros sem expressa autorização do seu cliente; logo, um obstáculo relativo, facilmente superado pelo consenso e limitado à figura do advogado.²⁸²

É o caso, igualmente, do estabelecimento de desincentivos, de qualquer natureza, aos advogados que mais atuarem em processos nos quais determinados negócios processuais tenham sido recusados ou descumpridos. A criação de simples lista ou “*ranking*” dos advogados que menos celebram negócios processuais, ou mais os recusam, poderia ser o pontapé inicial na temática – o que só repercutirá de modo negativo, efetivamente, se assim a clientela ou a sociedade assim enxergar.

Em ambos os casos, quando se fala em prêmio ou desincentivo ligados aos maiores expoentes das boas ou más práticas, é preciso esclarecer que não se pressupõe ou recomenda análise única e exclusiva quantitativa, mas também qualitativa. Até onde tal critério deve prevalecer, isolada e conjuntamente, é tarefa a ser explorada na prática e a ser observada por pesquisas.

Note-se que a instituição de incentivos aos advogados – enquanto “*stakeholders*” – difere, completamente, dos incentivos inseridos na legislação processual relativamente ao advogado. Conforme descrito no tópico 5.1, a legislação tratou de impor simples sanção

²⁸¹ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 123-125; BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. Brasília/DF: CNJ, 2016. p. 43, 108, 139-140 e 171-172.

²⁸² CABRAL, Antônio do Passo. Convenções sobre os custos da litigância (II): Introdução ao seguro e ao financiamento processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 277, p. 47-78, mar. 2018.

pecuniária ao advogado que realizar condutas vedadas a *ele* (CPC, art. 234, § 2º), e não à parte – isto é, um incentivo (em sentido amplo) ao responsável direto pela conduta potencial. Ali o advogado não atua como “*stakeholder*” ou simples interessado indireto, mas sim como sujeito de direito cujo comportamento pessoal é regulado negativa e diretamente pela norma.

Por fim, é preciso lembrar que a vastidão de tipos de incentivos foi tratada no Capítulo 3, para onde se remete a leitura para maior profundidade para evitar repetições infrutíferas – cabendo assentar neste ponto, a partir disso, apenas que, aprioristicamente, todos os tipos podem ser utilizados com a intenção de beneficiar ou desfavorecer “*stakeholders*”; todos podem ser estrategicamente levados em consideração, ativamente, pelos interessados indiretos, dando-lhe abertura para agirem como verdadeiros “caçadores de recompensas”; e, diante desse panorama, a oferta de incentivos ou a busca deles pelos “*stakeholders*” podem se prestar à superação de problemas de agência, de desalinhamento de interesses entre representante e representado.

CAPÍTULO 06

O QUE PODE SER INCENTIVADO?

O que pode ser incentivado é a conduta humana, não havendo espaço para o estímulo de simples fatos naturais, decorrentes da natureza, a respeito dos quais não se pode influenciá-lo. O ponto foi tratado suficientemente no Capítulo 3.

A questão que ora se coloca é qual conduta humana – o “objeto” do incentivo – pode ser estimulada, de modo válido, juridicamente.

De outro lado, esclarece-se que não se tratará do possível objeto dos inúmeros negócios processuais passíveis de celebração. Tal intenção extravasaria os limites desta dissertação, focada apenas nos incentivos aos negócios processuais, e não nestes, propriamente ditos.

Para o cumprimento do objetivo do Capítulo, a exploração do tema será invertida, a partir de uma leitura “*a contrario sensu*”, isto é, inicialmente cuidará das condutas que não podem ser incentivadas para alcançar, por reflexo, a identificação daquelas passíveis de serem incentivadas.

6.1. Incentivo proibido: ordem pública e abuso do direito

O objeto do incentivo pode essencialmente ser proibido por razões de duas ordens: de um lado, “for ilícito, impossível ou indeterminável”; de outro, “a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática” (CC, art. 166, II e VII, respectivamente, com disposições semelhantes constantes nos arts. 104, II, e 123, I a III). A vedação a certos objetos consta em outras legislações de maneira relativamente semelhante (Lei n.º 4.717/1965, art. 2º, “c”, parágrafo único, “c”, *v.g.*).

Tal dupla legislativa de razões pode ser classificada, também, como inidoneidades por motivos técnicos ou por simples política legislativa²⁸³ – aquelas ligadas a aspectos fático-jurídicos; estas, à discricionariedade do legislador, de modo que, uma vez suprimidas, ter-se-iam por lícitas, possíveis e determináveis.

Dessa maneira, quando há vedação taxativa, a resposta para a indagação deste Capítulo é de fácil formulação; quando não há, a solução dependerá de análise mais profunda sobre a ilicitude, a impossibilidade e a indeterminabilidade.

²⁸³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 53-54.

Como este último ponto (indeterminabilidade ou não) já foi suficientemente tratado no item 3.2.3.3, mostra-se pertinente aprofundamento apenas sobre os outros dois pontos.

A impossibilidade costuma ser tratada sob variadas facetas pela doutrina: cognoscitiva, lógica, moral, jurídica, física... A mais destacada – e presente em qualquer explicação doutrinária sobre o tema – é a física, também nominada de material,²⁸⁴ isto é, aquela que viola as leis das ciências naturais ou exatas (física, química, biologia, matemática, etc.). Por escapar ao ramo jurídico, não há interesse aqui no aprofundamento nesse ponto.

Por sua vez, a ilicitude tem acepção muito mais abrangente, abarcando mais do que a ideia de ilegalidade – em que, mesmo parcialmente, encontra-se albergada na vedação “taxativa” por razões de política legislativa. É disso – ilicitude – que se tratará nos itens abaixo.

6.1.1. Conduta vedada ou conduta contrária a uma obrigatória pelo ordenamento: o papel da ordem pública

De modo mais amplo, a ilicitude engloba a ideia de ilegalidade não apenas chapada, evidente, taxativa, mas também aquela decorrente do sistema como um todo.

Bem por isso, há muito a doutrina engloba na ilicitude os objetos “ímorais”, que violem os “bons costumes” ou que, enfim, de alguma maneira, agridam à “ordem pública”, pouco importando se a ilicitude está na “prestação” ou na “contraprestação” – isso tudo partindo de uma compreensão abrangente, a partir de uma opinião “generalizada” da sociedade, isto é, do “critério comum dos homens de bem”.²⁸⁵

Os “bons costumes”, a “moral” e a “ordem pública” constam no ordenamento jurídico brasileiro como limite em várias legislações, tais como as de direito civil, a impedir ou a responsabilizar atos conflitantes com eles (CC, arts. 13, 122, 187, 1.336, IV, e 1.638, III); de direito constitucional e administrativo, a impedir condutas atentatórias por parte da Administração Pública, a elegibilidade de pessoas que infrinjam tais critérios e a punir os agentes públicos que os atentarem (CF, arts. 5º, LXXIII, 14, § 9º, e 37); de direito internacional público e privado, a impedir a eficácia no Brasil de leis, atos, sentenças e declarações de vontade perfectibilizadas em outro país quando ofenderem “a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes” (LINDB, c/c CPC, art. 963, VI); e de direito processual, a impedir que a

²⁸⁴ Por todos, cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. Volume 3. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 56; TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil: contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 126.

²⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Validade, nulidade, anulabilidade**. Tomo IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 231-241; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das obrigações: negócios jurídicos unilaterais**. Tomo XXXI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 354-355.

arbitragem se resolva por meio de direito que os violem, conquanto, de resto, qualquer outro direito seja permitido, quer seja nacional, estrangeiro ou meramente convencional (Lei de Arbitragem, art. 2º, § 1º).

Por outro lado, a ordem pública é fundamento também para obrigar um sem-número de condutas. É por conta dela que o Direito as impõe, do contrário, por omissão, atingir-se-iam os mesmos valores coletivos.

Na seara processual, a doutrina também discorre sobre “ordem pública” e vários conceitos assemelhados e superpostos, total ou parcialmente, como “interesse público”, “núcleo essencial”, “garantias mínimas” etc.²⁸⁶ Há quem aproxime tal ideia à de direitos humanos ou fundamentais, mas é francamente majoritário que estes são fluidos, podendo ter diferentes intensidades e ser objeto de restrições ou renúncias, ainda que somente do exercício, com limitações temporais ou circunstanciais etc.²⁸⁷

Diante da indeterminação tanto no conceito de onde se parte (“ordem pública”) quanto ao próprio limite dele (“núcleo essencial”, “garantias mínimas”, etc.), sabidamente não há como determinar, com precisão, o enquadramento de uma dada conjuntura fática hipotética em uma categoria sem abrir margem a divergências interpretativas. Como explanado no item 1.1, a plasticidade da conceituação faz com que se torne indispensável que a análise se dê com a contextualização espaço-temporal, considerando aspectos políticos, econômicos, culturais, sociais e morais, de modo fluído e não estático, com abertura para influxos ideológicos, conscientes ou não.

Ilustrativamente, a legislação processual veda o emprego de expressões ofensivas por qualquer dos sujeitos processuais (CPC, art. 78), a bem da ordem pública, de maneira que não se afigura lícita a criação de estímulos para que os sujeitos utilizam expressões de baixo calão ou para que os juízes se omitam ou deixem de enfrentar oficiosamente o ato infrator. Do mesmo modo, mostra-se ilícito eventual incentivo para que um magistrado atue em processos mesmo quando se mostrar presente alguma hipótese de impedimento (CPC, art. 144), ou mesmo para que uma das partes se omita em suscitar o impedimento. O raciocínio se estende às vedações

²⁸⁶ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 384-390; GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 1, out./dez. 2007; ALMEIDA, Diogo. Assumpção Rezende de. **Das convenções processuais no processo civil**. 2014. 239 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. p. 144-181; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem pública processual: técnica de controle da regularidade do processo civil**. 2014. 429 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. *passim*.

²⁸⁷ ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 76-83 e 118-120; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 140-141; CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 194-203.

esparsas, contraditórias ou não no Código de Processo Civil, desde que o interesse prevalecente seja a ordem pública. Essa análise é o ponto-fulcral.

Não havendo substrato na ordem pública, a vedação se igualará à conduta com regulação ordinária em sentido diverso, a ser tratada no item 6.2.3 abaixo.

Por isso, tem-se por demonstrada a questão – a impossibilidade de estímulo a condutas vedadas, com enfoque na ordem pública –, mostrando-se infrutífero investir maior aprofundamento, pois não acrescentaria camada e densidade suficiente e útil à produção acadêmica.

6.1.2. Conduta facultada, autorizada ou incentivada, mas com finalidade abusiva ou desviante: perspectiva funcionalista

Outra espécie de conduta que não pode ser incentivada é aquela que, conquanto facultada, autorizada ou incentivada pelo ordenamento jurídico, em determinado contexto pode se destinar a finalidades abusiva ou desviante. É o que prevê a legislação de direito tanto privado, relativamente à fraude à lei e ao abuso de direito (CC, arts. 166, II, e 187), quanto público, relativamente ao desvio de finalidade e ao excesso ou abuso de poder (Lei n.º 4.717/1965, art. 2º, “e”, parágrafo único, “e”; e Lei n.º 13.869/2019).

Abusiva é a conduta que, embora lícita aprioristicamente, ultrapassa, no caso concreto, o necessário para o alcance do objetivo almejado.

Desviante é a conduta que, embora lícita aprioristicamente, não se dirige à consecução da função subjacente à norma que criou a faculdade ou a autorização ou, ainda, o incentivo dela. Cuida-se de ato simulado ou fraudatório da lei, pois o motivo efetivo subjacente à prática dele não corresponde à causa antevista pelo legislador – enfim, é a atuação focada no resultado, como que fundada na máxima “os fins justificam os meios”, ainda que os meios utilizados fossem adequados e se destinassem a outros contextos.

O controle dos atos abusivos ou desviantes, de uma forma ou de outra, é preocupação cada vez mais presente nos ordenamentos jurídicos, a contar do século XX, visando a repressão da visão exclusivamente individualista e estrutural do direito. A temática vem a rimar com a função promocional do Direito – o que inspira a sua criação, a sua interpretação e a extirpação de normas colidentes com ele –, bem como com a compreensão mais alargada sobre norma jurídica, tratada nos itens 1.2.1 e 1.2.2.

Enfim, está-se diante da perspectiva funcionalista do fenômeno jurídico.

O processo (em sentido amplo) também pode dar espaço a condutas que, embora facultadas ou autorizadas pelo direito processual, devem ser analisadas à luz de sua finalidade.

O Superior Tribunal de Justiça vem compreendendo como abusivas, em muitos casos concretos, por exemplo, a recusa infundada ou injustificada pela parte requerida ao pedido de desistência do processo formulado pela parte requerente²⁸⁸ e a interposição reiterada de recursos, como embargos de declaração e agravo interno.²⁸⁹

Note-se que a recusa à desistência (não consentimento) e a interposição de tais espécies recursais foram facultadas ou autorizadas expressamente pela legislação processual (CPC, arts. 485, § 4º, e 1.021 a 1.026) para serem utilizadas de maneira idônea, e não para o simples deleite ou recreação.

Desse modo, não se entende válida a criação de incentivos para que as partes requeridas se oponham de modo infundado e injustificado a desistências de processos ou para que as partes interponham sucessivos recursos.

Na mesma toada, pode-se vislumbrar a inidoneidade da criação de incentivos ou prêmios para os litigantes que mais peticionarem nos autos, mais dessem causa a adiamentos, mais se utilizassem do prazo máximo legal, mais requeressem provas em juízo, mais tenham pedidos interlocutórios indeferidos ou pedidos de mérito julgados improcedentes e, adentrando aos negócios processuais, mais tenham convencionado suspensões do processo, alargado prazos processuais ou aumentado o número de atos procedimentais.

Se tais comportamentos – concreta e casuisticamente – forem abusivos ou desviantes, por conseguinte o estímulo deles também teria a mesma natureza. Muitas vezes, o abuso ou o desvio também pode configurar, ao mesmo tempo, conduta atentatória à moral ou à ordem pública, tratada no item anterior.

6.2. Incentivo permitido: interpretação residual à luz da liberdade e da disponibilidade

Para identificar se determinado incentivo é permitido, é indispensável ter em consideração uma premissa essencial: a liberdade.

A liberdade perpassa três níveis diferentes: o da ausência de regulação pelo Direito; o da regulação permissiva ou estimulada; e o da disponibilidade das consequências das normas impositivas não fundadas na ordem pública.

²⁸⁸ Dentre muitos outros: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **AgRg no REsp n. 1.520.422/DF**. Relator: Marco Buzzi. Julgado em: 23/06/2015. Publicado em: 01/07/2015.

²⁸⁹ Dentre muitos outros: EDcl nos EDcl no AgInt no RE nos EDcl no AgInt no BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **RMS n. 63.465/DF**. Relator: Jorge Mussi. Julgado em: 12/04/2022. Publicado em: 22/04/2022, relativamente aos embargos de declaração; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **AgInt nos EAREsp n. 1.584.906/SP**. Relatora: Laurita Vaz. Julgado em: 08/06/2021; Publicado em: 01/07/2021, relativamente aos agravos internos.

6.2.1. Conduta não regulada: o pontapé inicial

A liberdade decorre da própria compreensão do Direito, afinal, dentre todos os atos ou fatos da vida, só importam ao Direito aqueles que foram “juridicizados” (fatos jurídicos em sentido amplo)²⁹⁰ – do que se pode concluir que o que não foi “juridicizado” é, por definição, “livre”, sem amarras jurídicas.

Um exemplo é a arbitragem, a qual, tirante os aspectos regulados pela Lei n.º 9.307/1996 – que são poucos, com matizes mais principiológicos do que efetivamente reguladores do procedimento e de condutas processuais –, goza de amplo espaço de convenção entre as partes. Por isso, amplos são os espaços, também, de estímulos para que a liberdade seja direcionada ou induzida a determinados modelos.

Conquanto extenso, o Código de Processo Civil igualmente deixa inúmeros espaços normativos, sendo justamente neles, ou a respeito deles, que costumam atuar mais fortemente o poder normativo estadual sobre procedimentos processuais (CF, art. 24, XI) e o poder normativo dos tribunais de editar seus regimentos internos (CF, art. 96, I, “a”). O negócio processual também se presta a colmatar lacunas existentes na legislação processual – muito embora possa ter amplitude muito maior, inclusive derogando disposição expressa.

Portanto, os incentivos podem se destinar à celebração de negócios processuais cujos objetivos sejam primordialmente os de normatizar aspectos não regulados pelo legislador processual.

6.2.2. Conduta facultada, autorizada ou incentivada: a indução da escolha já induzida pelo legislador

A “juridicização” de alguma conduta humana não se presta, unicamente, a impor amarras jurídicas.

É possível que se preste, também, tanto ao regramento de algum fato natural ou ato humano (em sentido amplo) ou à eleição de estados de coisa a serem promovidos, conforme delimitado no item 1.2.2, quanto ao regramento de condutas ou de entidades que regulamentam ou praticam condutas, mesmo quando desprovida de imperatividade, estatalidade e coercibilidade, mercê das normas jurídicas meramente facultativas ou autorizativas, incentivadoras ou simplesmente sem sanção, conforme delimitado no item 1.2.3.

²⁹⁰ O ponto foi suficientemente trazido e referenciado na alínea “a” da Introdução desta dissertação.

Não é demais relembrar, também, que, consoante tratado no item 2.4.4, o ser humano é influenciado por heurísticas e vieses, explicando no campo psicológico-comportamental a espécie de poder simbólico que o Direito exerce sobre a sociedade.

Dessa maneira, a “juridicização” pode se dar justamente para reafirmar a liberdade (apenas facultar, autorizar ou incentivar condutas, no formato de regras, ou resguardar a liberdade, no formato de princípios, como sói em dezenas de disposições do texto constitucional), buscando-se incentivar, com isso, o desenvolvimento da conduta humana em um ou vários caminhos.

O princípio da liberdade negocial, que detém estruturação principiológica e constitui espécie do gênero “liberdade” – protegida constitucionalmente –, prevê que cada pessoa pode se comportar e se relacionar da maneira que melhor lhe aprouver, firmando quaisquer espécies de negócios (típicos ou atípicos, gratuitos ou onerosos, uni, bi ou multilaterais etc.), se e enquanto não houver nenhuma vedação.²⁹¹⁻²⁹² O reconhecimento de limites ou de princípios concorrentes, como os da função social e da dignidade humana,²⁹³ não implica no afastamento daquele outro, mas apenas a sua atenuação.

A realidade não é diferente nem se transmuda só por conta do advento de um processo judicial, em relação seja ao direito material, seja ao processual.²⁹⁴⁻²⁹⁵

Enquanto inexistente qualquer vedação, tem-se por permitida a conduta humana, de modo que a identificação do que é permitido se dá por interpretação residual. Enfim, tudo aquilo que não é proibido, é permitido, relativamente aos incentivos, à luz do direito brasileiro.

Por conseguinte, o acréscimo de estímulos a uma conduta facultada ou autorizada ou o reforço a uma conduta incentivada pelo ordenamento jurídico é perfeitamente possível –

²⁹¹ Dentre outros, cf. GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 25-26; TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil: contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 94-97.

²⁹² Embora a doutrina utilize a nomenclatura “liberdade contratual”, “de contratar” e afins, adota-se no texto a liberdade negocial com a intenção deliberada de evidenciar a amplitude maior dela – para além do “contrato”.

²⁹³ Dentre outros, cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 31-73; NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 206-212; LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos: a função social do contrato**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 113-114 e 145-153.

²⁹⁴ A existência, ou não, de um princípio do “*in dubio, pro libertate*” no campo processual foi suficientemente trazida e referenciada na alínea “a” da Introdução desta dissertação.

²⁹⁵ Em contexto mais restrito, argumentando que o ajuizamento de determinada questão não transmuda a natureza jurídica dos direitos e da capacidade de exercê-los, de modo que a simples litispendência – por si só, sem disposição legal em sentido diverso – não permite a atuação do advogado público como gestor público, tampouco ceifa a atuação negocial do gestor público, cf. MOLINA, Mateus Araújo. A (in)capacidade do advogado público para a celebração de transações e negócios jurídicos processuais. In: SOUZA; Leonardo Vieira de (org.). **Temas essenciais de direito público em Mato Grosso**. Belo Horizonte, MG: Letramento; Casa do Direito, 2021. p. 119-145.

encontrando contraponto ou exceção apenas quando exercida a liberdade com finalidade abusiva ou desviante, conforme tratado em 6.1.2.

A simples pré-existência de um incentivo a determinada conduta não exclui, de forma alguma, o reforço de penalidades de condutas já proibidas ou de prêmios a condutas já estimulada em outras searas. A independência das instâncias cível (em sentido amplo), criminal e administrativa,²⁹⁶ mormente quanto às consequências jurídicas, é evidência inafastável do fenômeno.

Os negócios processuais são meramente facultativos (CPC, art. 190), razão pela qual são passíveis de estímulo de todas as ordens, inexistindo qualquer objeção expressa ou implícita para além dos elementos de controle de validade presentes no parágrafo único do mesmo dispositivo processual.

Descendo um degrau na análise, o negócio processual pode suprimir, criar ou alterar “direitos” processuais (em sentido amplo), de jeito que o incentivo a tal negociação se submete à constatação idêntica, isto é, de que é possível o estímulo a outras condutas processuais facultadas, autorizadas ou incentivadas.

Ilustrativamente, como é possível a redução de prazos processuais – inclusive peremptórios – com a concordância das partes (CPC, art. 222, §1º), mostrar-se-ia perfeitamente possível a criação de estímulos para que se estabelecessem negócios processuais reduzindo os prazos ou a forma de contagem deles, em prol da celeridade, desde que não se torne tão exíguo a ponto de configurar uma das situações de incentivo proibido tratado no item 6.1 acima.

De igual modo, como é facultado aos advogados a promoção da intimação do advogado da outra parte por meio do correio (CPC, art. 269, § 1º), nada obstaría a inserção de incentivo de negócio processual que torne tal conduta obrigatória, ou que conceda similar faculdade por meio de outro meio – como por intermédio de canais eletrônicos –, com toda a amplitude decorrente das diversões possibilidades explicitadas nesta dissertação.

As possibilidades são inúmeras, não sendo necessário o prosseguimento da exploração do tema apenas para fins de apresentação de maiores exemplos, do que não adviria maior profundidade ou robustez à exposição.

²⁹⁶ O assunto é tratado por diversos autores, em vários âmbitos (matérias). Dentre outros, no cível: TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Samapiao da Cruz. **Fundamentos do direito cívil**: responsabilidade cívil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 499-501; por outro lado, no criminal: NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 489-491.

6.2.3. *Conduta com regulação ordinária em sentido diverso: o papel da natureza jurídica disponível do interesse envolvido*

Em havendo conduta com regulação ordinária em sentido diverso, a situação se assemelha àquela do item 6.1.1, mas com ela não se confunde: enquanto lá o foco está na proibição ou determinação – o impedimento ou a imposição de que algo aconteça –, com os olhos voltados à sociedade, aqui o foco está em apenas normatizar a conduta em determinado sentido, com os olhos voltados à simples regulamentação preliminar do fato, em favor de determinada pessoa ou situação e da segurança jurídica. A diferença é tênue, mas evidente.

Mesmo quando a legislação dispõe aprioristicamente o regime jurídico de alguma conduta, muitas vezes permite que as pessoas convencionem de modo diverso ou, ainda que assim não seja, dispensem ou renunciem às consequências jurídicas decorrentes da conduta regulada, sob escrutínio e critério exclusivos da pessoa interessada. O fenômeno abarca duas faces.

A primeira hipótese trata das chamadas normas dispositivas ou supletivas, que se prestam unicamente a regulamentar as consequências jurídicas ordinárias de condutas humanas.²⁹⁷ O ponto foi tratado primariamente no item 1.2.2 em que se assentou a derrocada da concepção de norma jurídica como necessariamente imperativa.

Basicamente, a norma dispositiva ou supletiva serve como uma escolha pré-preenchida, semelhante ao que foi exposto no item 3.2.4.3, aplicando-se aos interessados que não dispõem de sentido diverso, atenuando-se custos de transação prévios e posteriores.

Nesse contexto, a norma é tida como simples ponto de partida, dentro do que seria mais frequente, ordinário ou desejável – mas não indispensável – socialmente. Não há vedação de que as partes avencem em sentido exatamente oposto. Dessa maneira, tais normas dispositivas ou supletivas se inserem no campo das barganhas negociais (“*default rules*”),²⁹⁸ podendo ser “precificadas” ou “mercantilizadas”. O aceite (implícito ou expresso) às normas supletivas, ou não, dá-se anteriormente à possível violação delas.

A segunda hipótese trata da disposição ou renúncia às consequências jurídicas decorrentes da possível violação delas. Não é o direito que é renunciado, ou a titularidade dele, mas somente os efeitos ou o exercício dele – cuja validade depende de exame casuístico. Se a pessoa prejudicada ou interessada deseja dispor ou renunciar aos efeitos decorrentes de seu direito, ou apenas modificar aspectos inerente a ele (cessão de crédito a outrem, remissão

²⁹⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 26-27 e 53-54.

²⁹⁸ FORGIONI, Paula Andréa. **Teoria geral dos contratos empresariais**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020. p. 93-94.

parcial, renegociação para postergação de prazo etc.), ninguém pode insurgir em nome daquela. É o que se alinhavou, com palavras diversas, no item 6.1.1, relativamente aos denominados direitos humanos ou fundamentais.

Nessa contextura, é possível afirmar a possibilidade de se instituir incentivos em prol de condutas contrárias à regulação ordinária, de modo que haja o afastamento prévio da própria norma (primeira hipótese) ou, então, disposição, renúncia ou modificação, total ou parcial, das consequências dela advindas (segunda hipótese).

Trata-se do contraponto ou complemento do que já foi explanado no item 6.1.1, relativamente à “ordem pública”: aqui, diferentemente, tal não se faz presente. Desse modo, o ponto fundamental que permite a ocorrência dos 2 (dois) fenômenos se localiza, em graus diferentes, na natureza jurídica preponderantemente disponível do interesse envolvido, não abarcado, portanto, pela concepção de “ordem pública”.²⁹⁹

Trazendo para o plano processual, o processo é todo estruturado, no geral, na disponibilidade processual, quando se encontra em jogo apenas interesses privados, disponíveis ou não. As partes podem dispor da propositura da ação ou da demanda, da tramitação desta, dos fatos primários que serão analisados e, mesmo depois, do próprio resultado do processo.³⁰⁰

Por isso, é possível a instituição de incentivos de maneira relativamente alargada, afinal, regra geral – salvo as exceções fundadas na ordem pública processual –, as normas processuais ou são passíveis de derrogação pela vontade convencional das partes – possuindo caráter dispositivo ou supletivo –, ou, mesmo quando não possam ser alteradas previamente, dependem de suscitação pela parte interessada, sob pena de preclusão ou constituição da coisa julgada.

Um primeiro exemplo concreto vem a calhar: em regra, atual e aprioristicamente não há qualquer condição prévia ao acesso à justiça, como a prévia tentativa de negociação, conciliação ou mediação, conforme compreensão do Supremo Tribunal Federal.³⁰¹

A despeito disso, é bem aceito na doutrina a possibilidade de criação convencional – que poderia vir a ser incentivada – das denominadas “cláusulas de paz” ou “litigância escalonada”, a impor certo prazo prévio de reflexão ou ponderação ou, ainda, submissão prévia

²⁹⁹ É interessante notar que, muitas vezes, a “renúncia” de determinada norma benéfica, fundada em direitos humanos ou fundamentais, dá-se em contrapartida da “renúncia” da contraparte de outra norma que lhe era favorável, também fundada em direitos humanos ou fundamentais – o que reforça a necessidade de análise casuística, à luz da proporcionalidade. De maneira e com exemplo semelhante, cf. MOLINA, André Araújo. **Teoria dos princípios trabalhistas**: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2013. p. 227-229.

³⁰⁰ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual**: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *passim*.

³⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 2139**. Relatora: Cármen Lúcia. Julgado em: 01/08/2018. Publicado em: 19/02/2019.

a sessões de negociação, conciliação ou mediação.³⁰² Não sendo respeitados o prazo ou o procedimento estabelecido consensualmente, o pedido de tutela jurisdicional deverá ter sua tramitação suspensa ou extinta.

O exemplo descrito pode se expandir em diversas situações semelhantes, inclusive para fins de submissão prévia da controvérsia em alguma “*Online Dispute Resolution – ODR*”, como o procedimento reclamatório do “Consumidor.gov”,³⁰³ ou, ainda, em casos envolvendo direito público, a prévios procedimentos e análise da ou perante a advocacia pública do ente envolvido, em semelhança às possibilidades descritas ao final do item 2.1.4.2; e de exigência de disponibilização probatória prévia obrigatória (“*pre-trial discovery*” ou “*disclosure*”) ou de produção “desjudicializada” de provas – inclusive a oral –, sob pena de preclusão de utilização futura do meio probatório.³⁰⁴

³⁰² É a hipótese mais citada nesta dissertação, constante na Introdução e em vários Capítulos, cujo potencial se reputa transformador. Para evitar tautologias, não se aprofundará no ponto nesta passagem.

³⁰³ A situação vem sendo objeto de reflexões em diversas dissertações e teses. Dentre muitos trabalhos, cf. ARBIX, Daniel do Amaral. **Resolução online de controvérsias** — tecnologia e jurisdições. 2015. 265 f. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015; LIMA, Gabriela Vasconcelos. **A adoção de soluções em *online dispute resolution* como política pública para o Poder Judiciário: um panorama da situação brasileira**. 2016. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2016; ULISSES, Claudya Celyna de Araújo Neves. **Análise da eficiência da plataforma virtual consumidor.gov como ferramenta de desjudicialização dos conflitos consumeristas**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio Sinos, Porto Alegre, 2021.

³⁰⁴ MULLER, Júlio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: Análise econômica e jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. *passim*.

CAPÍTULO 07

QUANDO PODE SER CRIADO O INCENTIVO?

O ponto central do presente capítulo é singelo – em qual momento podem ser lançados incentivos à negociação processual?

É inegável que a negociação processual pode se dar *antes* ou *durante* a tramitação de um processo ou uma etapa processual que se pretende convencionar, desde que, nessa hipótese, respeitem-se atos jurídicos processuais perfeitos.³⁰⁵

Igualmente, a negociação pode se dar *antes* ou *após* a eclosão do conflito: a diferenciação da convenção processual de arbitragem em cláusula compromissória (prévia a qualquer litígio, ainda incerto e futuro) e compromisso arbitral (posterior ao surgimento do conflito, já certo e presente) é clássica, constante em qualquer manual sobre a temática, ainda que com críticas a respeito do desprestígio pela literatura estrangeira.³⁰⁶

Não há margem de dúvidas para esses pontos – e não é sobre isso que o Capítulo se debruça.

A temática deste Capítulo analisa o fenômeno em nível diferente, pois não foca em quando um negócio processual pode ser celebrado, mas sim quando o incentivo pode ser criado, relativamente a um negócio em específico.

O questionamento tem sua importância prática, porquanto, embora seja óbvia a possibilidade de criação de incentivos antes e durante a celebração do negócio processual, parece não haver reflexão mais aprofundada sobre a possibilidade de criação de incentivos à negociação posteriores a uma negociação. Isto é, a atribuição ou a divulgação de aspecto positivo ou negativo em determinado momento futuro, sobre ato realizado no passado, em momento em que ainda não se sabia que se atribuiria ou divulgaria o ato como algo bom ou ruim.

Por isso, é preciso superar a visão que enxerga exclusivamente os incentivos prévios e concomitantes como capazes de influenciar comportamentos e, com isso, incentivar a

³⁰⁵ Dentre outros, cf. CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 326-327; REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro**: existência, validade e eficácia. 2019. 304 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 129.

³⁰⁶ Dentre outros, cf. CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação: conciliação: tribunal multiportas. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 165-166; LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguiti J. (coords.). **Curso de arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 63-64, 95 e 114-115.

celebração de negócios processuais, admitindo-se, assim, que a criação de incentivos consecutivos ou posteriores.

7.1. Incentivo anterior ou prévio

Como já mencionado na introdução deste Capítulo, a inserção de incentivos à celebração de negócios processuais de maneira anterior – prévia – à celebração do negócio é lógica, óbvia. Certamente, é a primeira ideia que vem à mente, mercê da sua aplicação esmagadora no dia a dia forense ou social, partindo-se a ideia de “incentivo”, isto é, de promoção de algo que ainda está no porvir, no futuro.

O Capítulo 3 traz várias demonstrações de incentivos anteriores ou prévios, sendo a hipótese mais evidente e ilustrativa a facilitação, tratada no item 3.1.2, pois tem como pressuposto a concessão prévia de um benefício (uma vantagem extraordinária ou a supressão de uma desvantagem ordinária) para que algo venha a ser implementado.

A educação, a advertência e o aconselhamento, assim como a publicidade e a propaganda, tratadas nos itens 3.2.1, também constituem incentivos anteriores amplamente lembrados.

Pode-se assentar, também, que a tipificação extralegal e a concepção, a participação e a “aprovação” pela sociedade civil, órgãos públicos e entidades representativas de parcelas da sociedade, em momento anterior à negociação processual em nível individual, também pode ser considerada recompensas prévias, com as nuances trazidas nos itens 3.2.3.1 e 3.2.3.2.

A revisão pela academia, pelos Tribunais e, até mesmo, pela sociedade a respeito de várias pré-compreensões ou visões limitantes relativamente à negociação processual, tratadas nos itens 3.2.3.3, 3.4.1 e 3.4.2, uma vez implementada, também traria efeitos prospectivos benfazejos aos médio e longo prazos.

Inúmeras outras hipóteses poderiam ser trazidas aqui, mas não se mostram imprescindíveis à compreensão suficiente da matéria. Para se evitar repetições desnecessárias, partir-se-á logo para os incentivos em etapa mais avançada, lançados durante ou concomitante à própria celebração processual.

7.2. Incentivo durante ou concomitante

Os incentivos concomitantes ou inseridos durante a própria negociação processual, ou indispensáveis à sua celebração, são igualmente comuns e facilmente lembrados.

Ao longo desta dissertação foram trazidos incontáveis exemplos de incentivos concomitantes.

Dentre os jurídicos, em formato de sanção, têm-se os punitivos, isto é, “faça ou não faça algo, senão te castigarei”; e, de outro lado, os premiais, isto é, “faça ou não faça algo que eu lhe concederei benefícios”. Embora o efeito concreto possa vir a se materializar só depois no plano fático, o nascimento jurídico da punição ou do prêmio é concomitante à conduta.

É nesse quadrante que se enquadra, por exemplo, a possibilidade de intercâmbio entre consequências benéficas e malélicas entre ramos diversos do direito, tratada no item 2.1.3. Enfim, é a superação da visão dos negócios processuais como algo único e exclusivamente localizado dentro do direito processual, com modificações restritivas neste campo e sempre paritárias,³⁰⁷ que permite melhor visualização da vastidão da temática ainda não explorada pela doutrina – a começar pela academia –, legislação e jurisprudência.

É possível incluir, dentre os incentivos concomitantes, a possibilidade de que as consequências benéficas e malélicas se deem em favor ou desfavor de um rol imenso de pessoas, potencialmente, seja como “incentivador”, seja como “incentivado” – temáticas tratadas nos Capítulos 4 e 5. Embora a possível celebração, aquisição ou expectativa de aquisição de direitos por parte de terceiro geralmente venha a ser concebida anteriormente à própria negociação processual, de regra se encontra com ela vinculada e dependente (logo, com eficácia concomitante), como se dá nas promessas de recompensa.

Outro exemplo evidente de incentivo concomitante, do tipo extra ou para jurídico, é a negociação realizada com o aconselhamento simultâneo de um profissional ou “*expert*” de confiança, como pode ser o advogado, mas não só ele. A existência de parceiro ou assistente idôneo pode ser crucial ou decisivo para a celebração de um negócio processual.

Em igual contexto, mas sem ligações profissionais de assistência ou representação, o aconselhamento proveniente de “*stakeholders*” também possui condão semelhante, de modo que merecem ser devidamente considerados e, muitas vezes, convidados a participar. A temática já foi suficientemente tratada no item 5.3, para o qual se remete a leitura.

Direta ou indiretamente, ainda seria possível compreender, de igual maneira, eventual aconselhamento proveniente de instituições ou autoridades de renome, que porventura estejam presentes e perante as quais esteja se efetivando a negociação. A situação guarda afinidade com a temática tratada nos itens 3.2.2.3 e 3.2.3.2, que bem demonstram que a concepção, a participação ou a aprovação pela sociedade civil, órgãos públicos e outras entidades

³⁰⁷ O autor deste trabalho já se opôs à exigência de caráter paritário na negociação processual também em outra oportunidade: MOLINA, Mateus Araújo. Você me vende o seu direito de recorrer? Ensaio sobre a possibilidade de renúncia ou transação unilateral de posições processuais por convenção processual. In: SOUZA, Carlos Eduardo Silva e; ONUMA, Tatiana Tomie (orgs.). **Direito civil contemporâneo e direitos fundamentais: questionamentos, reflexões e novas propostas**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2021. p. 349-376.

representativas de categorias – que sejam respeitadas ou admiradas pelas pessoas – colaboram com a redução da assimetria de informações e com a redução de custos de transação.

A simplicidade dos “direitos” (em sentido amplo) negociais convencionados (extintos, modificados ou instituídos), assim como a disposição de alternativas contratuais, que podem ser modificadas ou escolhidas com certo grau de flexibilidade temporal de adesão, tratadas nos itens 3.2.2.1 e 3.2.2, também figura como incentivos passíveis de inserção durante a negociação processual.

Semelhantemente ao que foi dito no item anterior, seria possível relembrar, nesta passagem, diversas outras recompensas concomitantes que foram citadas ao longo desta dissertação, mas tal intuito é despiciendo, ensejador de simples repetições. Havendo discurso suficiente para a compreensão do ponto, é conveniente que se siga à etapa final do Capítulo.

7.3. Incentivo posterior ou consecutivo

Chega-se, enfim, ao ponto de destaque do Capítulo: os incentivos posteriores ou consecutivos à negociação processual. O “destaque” não é por ter importância maior do que os demais, mas sim pela relativa falta de consideração pelos profissionais do Direito.

O incentivo posterior ou consecutivo é aquele lançado em momento posterior à própria celebração de um negócio processual em específico – o que poderia suscitar dúvidas se, então, seria, ou não, um incentivo. Afinal, na compreensão coloquial, a ideia de encorajamento, estímulo ou incitação pressupõe uma conduta de um estimulador, previamente ao ato que se buscaria estimular.

Ocorre que essa visão aborda a complexidade humana de modo incompleto, atomizado, com enfoque deveras restrito. Poder-se-ia dizer que com enfoque exclusivamente jurídico, e não psicológico-comportamental. Em assim sendo, com enfoque incompleto, descuidando da integralidade do fenômeno.

A própria legislação vem dando conta de que um simples ato humano deve ser tratado processualmente diferente não só a partir da natureza do direito envolvido, do bem jurídico subjacente ou, mesmo, das partes, mas também do relacionamento possivelmente existente entre partes – mesmo que sem conotação jurídica ou sem relação com a discussão porventura apresentada em juízo.

A situação descrita é a subjacente à distinção entre os trabalhos do conciliador e do mediador – àquele com atuação voltada “preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes”, daí porque “poderá sugerir soluções para o litígio”; e este, por sua vez, “preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes”, quando

apenas “auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos” (CPC, art. 165, §§ 2º e 3º).

Dessa maneira, uma discussão envolvendo uma compra e venda de um veículo, por exemplo, ainda que única na vida das mesmas pessoas, e independentemente da caracterização da relação jurídica como consumerista ou civilista no caso concreto, será mais bem tratada por meio da conciliação ou da mediação a depender unicamente do relacionamento humano subjacente – com laços jurídicos ou não, como simples amizade ou coleguismo.

Dessa simples diferenciação é possível antever que a criação ou a concessão de um benefício ou recompensa a alguém, posteriormente ao próprio ato, em sinal de reconhecimento ao seu mérito, mesmo sem prévia promessa de recompensa ou similar, pode perfeitamente funcionar como um incentivo à celebração de negócios processuais futuros, dentro de uma relação duradoura.

Perceba-se que, conquanto o benefício concedido tenha se dado com os olhos voltados ao passado (ato pretérito, como um negócio processual alhures celebrado), o seu efeito prático – numa relação contínua, de longo prazo – pode estimular condutas similares no futuro (ato meramente potencial ou possível, ainda inexistente, como uma outra espécie de negócio processual ou a recorrência ou reiteração daquele outro anterior em situações futuras), seja por conta da esperança de que a consequência (reconhecimento, recompensa) venha a se repetir, mesmo sem promessa nesse sentido, seja por conta do fortalecimento do relacionamento humano existente entre as pessoas.

Perceba-se ainda que o benefício não precisa ser jurídico, muito menos patrimonial. Como assentado no item 3.2.5, relativo à “gamificação”, é possível vislumbrar que a concessão de simples títulos, medalhas ou distintivos seja o bastante para a modificação ou o reforço de determinado padrão comportamental do “jogador” de certa forma incentivado.

Ilustrativamente, o Conselho Nacional de Justiça promove o “Prêmio Conciliar é Legal” por meio do qual oferta tal título a várias categorias, inclusive para a “advocacia”, relativamente “cases” ou iniciativa já concretizadas, ocorridas. O evento de 2022, a “XIII Edição”, só veio a ser regulamentada em meados de julho, com critérios com base nos quais serão avaliados atos passados. Cada edição possui critérios próprios, divulgados em data incerta, não havendo de obrigação ou correspondência com o ano anterior. Logo, trata-se de incentivo posterior ou consecutivo, que avalia atos passados, com claro intuito de fomentar

condutas no futuro, especialmente a partir da demonstração de “boas práticas”. O defeito, relativamente ao objeto desta dissertação, é que não são englobados os negócios processuais.³⁰⁸

Obviamente que a estipulação prévia de regras e a publicidade disso trazem maior força persuasiva, além de maior eficácia prospectiva, para os atos futuros, mas não é possível ignorar a existência, sim, de força persuasiva dentro de uma relação que seja ou que se espera que seja mais dilatada ou contínua – não instantânea ou episódica.

De outro lado, um possível ato futuro, meramente hipotético, ainda que sem base na contemporaneidade, pode configurar incentivo suficiente à realização de um ato presente.

É esse raciocínio que se encontra subjacente, em maior ou menor medida, no campo processual, na existência das instâncias recursais e da publicidade do processo – isto porque, diante disso, os juízes tendencialmente estariam menos propensos a decisões arbitrárias, pois sujeitas à crítica superior (recursal) e social (mídia e demais instrumentos).³⁰⁹

A crítica social, ligada à ideia de reputação, que se aplica inteiramente a este item e é amplificada com a massificação das redes digitais e a criação da TV Justiça, já foi explorada mais acima, no item 5.2, para onde se remete a leitura.

Sem entrar no mérito do acerto ou desacerto da premissa, o raciocínio pode se estender, indiretamente, à negociação processual. Afinal, a possibilidade de instituição de listas e “rankings”, com a atribuição de notas e a divulgação destas, pode servir como elemento incentivador. Mesmo sem listas e “rankings”, é perfeitamente possível a divulgação do ato (recompensa por algo) e isso, por si só, servir não só para o engrandecimento ou consolidação da marca, por exemplo, como também para estimular condutas semelhantes de outras pessoas, seja com a esperança de também vir a ser recompensada, seja com a simples intenção de igualmente colaborar a partir do exemplo tornado público.

Quanto mais palpável for a possibilidade de atribuição ou divulgação de aspecto positivo ou negativo – passando da mera hipótese abstrata, perpassando pela hipótese efetivamente planejada ou anunciada até a sua efetiva colocação em prática –, pelo próprio agente criador do incentivo posterior ou por outrem, maior se tornará a força persuasiva para se incentivar o ato futuro almejado, isto é, a negociação processual.

³⁰⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 242, de 18 de julho de 2022**. Regulamenta a XIII Edição, ano 2022, do Prêmio Conciliar é Legal. Brasília/DF, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4668>. Acesso em: 25 jul. 2022.

³⁰⁹ Dentre outros: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 75-77 e 80-81; DOS SANTOS, Eduardo Rodrigues. **Princípios processuais constitucionais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 152-153 e 157-158.

CAPÍTULO 08

ONDE PODE EXISTIR O INCENTIVO?

O local no qual pode existir – ou de onde pode provir – o incentivo à negociação processual é outra questão que merece detalhamento para a completa compreensão de uma teoria dos incentivos processuais, em complemento aos demais elementos tratados até então (fontes, tipos, quem pode incentivar, quem pode ser incentivado, o que pode ser incentivado e quando pode ser criado o incentivo).

Diferentemente dos demais Capítulos, porém, neste não parece residir grande ponto de destaque ou de dúvida sobre as possíveis “sedes” da própria negociação e, por conseguinte, dos incentivos. Conquanto não haja muito a ser enfatizado ou ressaltado, não é por isso que o ponto deva passar despercebido.

Por isso, passar-se-á à exploração do tema a partir da divisão entre incentivo em “*intra*” ou “*endo*” processual, inserido ou lançado dentro do “processo”, incluindo-se o ato inicial de protocolo, e o incentivo “*extra*” processual, fora do processo.

8.1. Incentivo *intra* ou *endo* processual

O incentivo “*intra*” ou “*endo*” processual consiste no estímulo inserido ou ofertado no “processo” instaurado (ou em instauração, a contar do ato de protocolo).

A legislação processual preponderantemente se ocupa e preocupa com os incentivos dessa localidade, como se os incentivos devessem partir, ou sempre partissem, de “dentro” do processo. Os diversos exemplos descritos nesta dissertação bem demonstram o ponto, como aqueles constantes do item conclusivo 1.4.

Não é um defeito da legislação, nem uma crítica que se possa fazer a ela, pois todo o desenho do processo pelo legislador parte da ideia da existência de um processo ou da iminência disso. O defeito em achar que os incentivos só podem ser “*intra*” ou “*endo*” processual é unicamente do intérprete se ignorar todos os demais ramos do direito que tratam, de modo amplo, das diversas nuances e possibilidades de incentivos.

Conquanto “dentro” do processo, o incentivo pode ter as mais variadas fontes – normativas, judiciais, negociais ou psicológico-comportamentais, consoante tratado no Capítulo 2.

Todas as várias possibilidades de tipos, sujeitos ativos e passivos, objetos e momentos, descritas nos Capítulos 3 a 7, podem perfeitamente cristalizarem “dentro” do processo – como também podem “fora”.

Ademais, é possível que a criação de incentivos “*intra*” ou “*endo*” processuais estimulem a negociação fora dele. A ambiência dos incentivos não contamina ou se vincula com a ambiência da negociação – e vice-versa.

Bastaria imaginar a hipótese em que, dentro das limitações tratadas no item 2.2, o magistrado imponha ou ofereça sanções premiais escalonadas que levem em consideração, dentre outros critérios possíveis, a realização de sessões de conciliação ou mediação em âmbito extrajudicial ou, ainda, o efetivo advento de celebração de negócios processuais fora do processo. Exemplos possíveis são a forma de gradação, incidência ou contagem de multas cominatórias ou a forma de gradação, incidência ou contagem de prazos processuais das partes e de prazos do juízo por meio de “calendarização” do processo.³¹⁰

Outra hipótese de fácil constatação é aquela em que as partes convencionam a suspensão do processo, por determinado prazo, com a indicação de que, se outros negócios vierem a ser celebrados extrajudicialmente, ou ao menos vierem a ser efetivamente tentados (objeto de rodadas de negociação), certas vantagens (em sentido amplo) de uma parte serão afastadas ou renunciadas (prazo em dobro, intimação pessoal *etc.*)³¹¹ ou certas vantagens serão acrescidas a uma ou a ambas as partes (majoração do prazo recursal, afastamento dos ou renúncia aos ônus sucumbenciais em eventual futuro julgamento do mérito *etc.*).

Embora não vocacionado à estimulação de negócios (materiais ou processuais) em âmbito extrajudicial, a legislação processual também traz incentivo a condutas “materiais”, externas ao processo, mas que para ele são relevantes. É caso de estimulação (em sentido amplo) “*intra*” processual, relativamente a condutas externas ao processo, a imposição de multa ao depositário que se torna infiel ao arruinar ou ao extraviar bens pelos quais deveria velar (CPC, art. 161, p. ú.), ou ao executado que frauda a execução ao vender seus bens a terceiros (CPC, art. 774, I).

A criação de incentivos “*intra*” processuais – pelo magistrado ou pelas próprias partes – para a remessa da tramitação judicial para a extrajudicial, ou para a concomitância judicial e

³¹⁰ MAZZOLA, Marcelo. **Sanções premiais no processo civil**: previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 277.

³¹¹ Relativamente à renúncia a prerrogativas do Poder Público, como as citadas no corpo do texto, cf. AVELINO, Murilo Teixeira; PEIXOTO, Ravi. **Consensualidade e Poder Público**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 124. Para os autores, seria possível “abrir mão” do prazo em dobro em troca do desconto no preço de contratação de algum produto ou serviço, por exemplo, de maneira que também poderia para se estimular a negociação processual, como é o objeto central desta dissertação.

extrajudicial, sobre todas as questões ou só parte delas, pode ser estabelecida ou incentivada a qualquer momento (CPC, art. 139, V), em qualquer formato.

O local mais simples é em audiência, seja de conciliação e mediação, seja de instrução, pelo fato de que, nessa ocasião, tendencialmente todos os potenciais interessados já estarão reunidos – mas não se limita a tal sede.

De outro lado, observe-se que o fato de o incentivo advir ou surgir “dentro” do processo não significa que a consequência jurídica (benéfica ou maléfica) tenha que ser interna ao processo – sendo perfeitamente possível, portanto, que o estímulo surja dentro dele, mas relativamente a condutas externas ao processo judicial e com a criação de vantagens igualmente externas.

Como fechamento, exemplificando esta última afirmação no contexto da negociação processual, nada impede que o magistrado ou que os auxiliares do juízo informem às partes a respeito da possibilidade de solução do caso por meio da arbitragem, apontando seus potenciais benefícios relativamente ao caso concreto e sugerindo uma visitação a determinado tribunal arbitral, além de possíveis benefícios materiais que uma parte possa ofertar à outra. Ter-se-ia, então, um incentivo “*intra*” ou “*endo*” processual, vocacionado a uma espécie de negócio processual (arbitragem), relativos a condutas externas e das quais podem eventualmente advirem vantagens igualmente externas ao processo judicial.

Disso tudo se percebe a grande amplitude para inúmeras possibilidades ou aplicações práticas decorrentes de incentivos internos ao processo, podendo ter como foco condutas internas ou externas ao processo e gerar consequências benéficas tanto dentro quanto fora dele.

8.2. Incentivo *extra* processual

O incentivo “*extra*” processual é aquele lançado fora do “processo” instaurado (ou em instauração, a contar do ato de protocolo). O critério distintivo ou identificador é única e exclusivamente a ambiência do incentivo (local).

Portanto, dizer que um incentivo é “*extra*” processual não tem relação com a fonte normativa, com o tipo de incentivo e com quem lançou ou em relação a quem se lançou o incentivo. Assim como é certo que existe uma fonte processual, um tipo de incentivo jurídico processual e “incentivadores” ou “incentivados” que sejam efetivamente partes ou sujeitos de um processo, também é correto que existem fonte, tipo e “incentivadores” e “incentivados” discrepantes, sem relação direta com um processo ou com o direito processual, consoante tratado nos Capítulos 2, 3, 4 e 5.

Do mesmo modo, não há qualquer relação com o momento – o “quando” – do incentivo, relativamente ao negócio processual – se anterior ou prévio, durante ou concomitante ou, por fim, posterior ou consecutivo, tratado no Capítulo 7.

Feito esses esclarecimentos, é perfeitamente possível vislumbrar que o incentivo “*extra*” processual pode existir mesmo quando já existe processo, o que, indubitavelmente, inclui a situação mais prematura, anterior à existência deste.³¹²

No âmbito da própria negociação (processual ou material), a legislação processual deixa clara a possibilidade de evolução no âmbito extrajudicial ao prever a criação de câmaras de mediação e conciliação no âmbito da Administração Pública (CPC, art. 174, c/c Lei de Mediação, art. 32).

Ao mesmo tempo, a mesma legislação dispõe que os meios autocompositivos devem ser estimulados pelos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, “inclusive no curso do processo judicial” (CPC, art. 3º) – o que pode ser lido tanto em relação ao momento temporal em que pende processo (litispêndência ou não) como também à ambiência (dentro ou fora do processo). Se é possível “inclusive” no “curso do processo”, é porque é possível sem a pendência de processo e, se existente, fora dele.

Mais ainda: a legislação ainda prevê que, “solucionado o conflito pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais” (Lei de Mediação, art. 29), a reforçar a consensualidade nas duas vertentes citadas no parágrafo anterior, isto é, durante a litispêndência e independentemente da ambiência.

Embora o dispositivo esteja inserido na Subseção “Da Mediação Judicial”, só faz sentido a expressão “antes da citação do réu” se a mesma ocorrer em ambiente “*extra*” processual – ainda que por meio da estrutura da administração do Poder Judiciário, como os centros de solução de conflitos (“CEJUSCs”). Se fosse processual, na fase inicial do rito do procedimento comum, a audiência de conciliação ou mediação nunca se dará “antes da citação”, pois este evento processual se dá concomitantemente com a intimação para a dita audiência (CPC, arts. 303, § 1º, II, 308, § 3º, e 334).

Se assim o é com a negociação em geral, com enfoque na resolução do próprio mérito, o mesmo destino pode ser lançado para a negociação processual e, mais ainda, ao local onde pode existir ou de onde pode provir o incentivo.

³¹² O regime guarda grande diferença em relação à atuação jurisdicional – em sentido estrito – a respeito do caso concreto, que deve se limitar aos elementos constantes dos autos, salvo fato notório. Tratando sobre o tema à luz de recente julgamento emblemático, cf. MOLINA, Mateus Araújo. “Caso Lula” (HC 164.493/PR): o dia em que o STF perdeu a oportunidade de apenas acertar. *In*: THEODORO, Marcelo Antônio; LOPES, Natália Nunes (orgs.). **Direitos fundamentais e Constituição**: democracia e humanidades. v. 3. Curitiba: CRV, 2021. p. 99-110.

Não é demais salientar que é possível a criação de incentivos “*extra*” processuais, mesmo quando já existente processo ou quando a negociação (material ou processual), venha a se dar no curso do processo (audiência de conciliação ou mediação, por exemplo). Um critério (sede do incentivo ou da negociação) não determina o outro.

Exemplos constantes do item 2.13 evidenciam a situação, como aquele em que, fundado na Lei de Locação, prevê que, uma vez que o réu reconheça a procedência do pedido de despejo, terá direito a um prazo maior para a desocupação, podendo, inclusive, ficar isento de algumas despesas. O incentivo vem de “fora” do processo, conquanto visando uma conduta “dentro” do processo.

Similar situação poderia advir de outra fonte, que não a normativa acima descrita, como a negocial, se constar estímulo semelhante em instrumentos negociais mesmo fora do contexto das locações ou, mesmo sem constar nos instrumentos, vier a ser lançado extrajudicialmente no decorrer do processo, como por meio de promessas de recompensa.

As possibilidades ou aplicações práticas decorrentes de incentivos externos são vastas, podendo aqui ser apresentadas algumas hipóteses, sempre meramente exemplificativas, não exaurientes.

Não havendo intenção de esgotamento do ponto, muito menos o de ficar usando palavras diferentes para expressar as mesmas ideias ou ilustrações lançadas ao longo desta dissertação, tem-se por suficientes os argumentos e esclarecimentos trazidos neste Capítulo.

CONCLUSÃO

A presente dissertação surgiu de 2 (dois) fatos que vêm sendo observados no Brasil: a *alta produção acadêmica* e o *elevado potencial transformador da realidade forense e social* relativamente aos negócios processuais, de um lado, e a *baixa recorrência ou frequência na prática*, de outro lado, a demonstrar que haveria um problema a ser refletido academicamente.

Tratando-se de fenômeno complexo, o problema inequivocamente possui múltiplas causas, assim como múltiplas soluções. Nenhum trabalho daria conta de cuidá-lo por inteiro – quaisquer causas ou soluções sempre serão parciais e incompletas.

Nesse contexto, a pesquisa tratou apenas da possibilidade de criação de incentivos para a majoração quantitativa e qualitativa dos negócios processuais no Brasil. Em sendo o caso, quais seriam os aspectos circundantes, tais como as fontes jurídicas de incentivos, tipos de incentivos, quem pode incentivar, quem pode ser incentivado, o que pode ser incentivado, quando e de onde podem advir os incentivos.

O Capítulo 1 deu conta de responder a indagação principal, cuja resposta se deu afirmativamente sob 3 (três) aspectos.

Primeiro, os negócios processuais constituem espécie do gênero direitos humanos e fundamentais processuais, de maneira que lhes é aplicável a hermenêutica do ramo, que potencializa e inspira interpretações que os tornem mais efetivos. Como os incentivos prestam-se a tal finalidade, não há motivo prévio para rechaçá-los.

Segundo, a teoria geral do Direito vem passando por diversas reformulações relativamente à compreensão clássica, dentre as quais as de enxergar não somente as estruturas do direito, mas também as suas funções, que devem ser promovidas; e a de expurgar a imperatividade, estatalidade e coercibilidade como elementos essenciais do conceito de norma, abrindo espaço para a compreensão de normas facultativas ou autorizativas, incentivadoras, organizacionais e dispositivas, de origem não estatal, com estrutura descritiva ou finalísticas, cumulas ou não com sanções. Com base nisso, percebeu-se que a inclusão, ou não, de um incentivo (em sentido amplo) é aspecto natural ao Direito, podendo advir de variadas origens e deter várias formas, bem como que normas podem ser simples pontos de partida, sem impor definitiva e exclusivamente uma conduta em uma dada situação ou uma consequência jurídica diante de certa conduta.

Terceiro, a teoria geral do negócio jurídico demonstrou a diferença entre “voluntariedade”, “intencionalidade”, “espontaneidade”, bem como entre “causa” e “motivo” e a irrelevância da vontade para a formação daquele. Com isso, viu-se que a criação de incentivos pode ter afetar a “intencionalidade” e a “espontaneidade”, além de influenciar a identificação de “causa” e “motivo”, mas não lhe retiram a “voluntariedade” indispensável para a formação do negócio jurídico.

Fixada a baliza-maior, passaram-se para os aspectos circundantes. Afinal, a depender da compreensão destes, a possibilidade de estimulação pode ser maior ou menor. Simplesmente assentar a possibilidade de estimulação seria passo deveras pequeno.

O Capítulo 2 explanou as diversas fontes de estímulo, classificando-as como normativa, jurisdicional, negocial e psicológico-comportamental.

Demonstrou-se, assim, não haver razão para a passividade, para a postura de somente esperar ou aguardar o legislador processual promover adaptações proficuas no direito processual que sejam transformadoras da realidade forense e social. Tem-se por superada a visão legalista da estimulação a negócios processuais – ou, pior ainda, processualista.

Dessa maneira, pôde-se vislumbrar, ilustrativamente, como os negócios processuais podem ser influenciados pelos direitos tributário, administrativo, do trabalho e do consumidor – raciocínio passível de extensão aos demais ramos. Como aqueles se encontram entre os ramos mais tratados no Judiciário brasileiro, tem-se comprovada a grande potencialidade decorrente do despertar para tal aspecto.

As demais fontes demonstram e corroboram, ainda, que nem tudo provém de uma norma, de molde a reconhecer fonte de estimulação partindo de atos jurisdicionais, negociais e meramente psicológico-comportamentais.

O Capítulo 3 tratou dos tipos de incentivos, classificando-os em jurídicos – no quais se incluem as sanções (punitivas ou premiais) e a facilitação (incentivo em sentido estrito) – e “extra” ou “para” jurídicos, decorrentes das fontes psicológico-comportamentais ou da simples modificação da compreensão ou interpretações de questões jurídicas, aptas a influenciar uma maior amplitude, ou não, das possibilidades de negociação processual. Lançou-se, no ponto, grande rol de tipos de incentivos que a prática pode vir a utilizar e de questões jurídicas controvertidas e mal compreendidas por setores doutrinários. Se porventura havia dúvida sobre como seria possível colaborar para o enfrentamento do problema-propulsor desta dissertação, acredita-se não mais existir abertura para tanto.

O Capítulo 4 se dedicou aos possíveis incentivadores, partindo-se dos mais lembrados, que são as próprias partes interessadas, os advogados e os julgadores dos casos, para em seguida se alcançar os normalmente “esquecidos” e os “ignorados”.

Com isso, entende-se não mais existir qualquer espaço para simples reclamações, seja de onde partirem, afinal, todos podem se engajar e lançar incentivos em prol de negócios jurídicos que transformem a realidade processual reinante: órgãos públicos, auxiliares da Justiça, sindicatos, associações, conselhos de classe, mídia... Enfim, há uma verdadeira “sociedade aberta dos incentivadores”. Todos devem ser conclamados à proatividade.

Os instrumentos que podem ser utilizados para tanto são os mais diversos, podendo ser citados: promessas de recompensa, concursos, sorteios, promessas de fato de terceiro, contratos com pessoa a declarar, estipulações em favor de terceiro, convenções coletivas e “lobismos”.

O Capítulo 5 descreveu todos aqueles que podem ser incentivados e, com isso, colaborarem para a celebração de maior número e qualidade de negócios processuais, com estrutura similar ao anterior: os “mais lembrados”, os “esquecidos” e os “ignorados”.

Na primeira categoria foram mencionados as partes, os advogados, os peritos e os terceiros, que contam com diversas disposições ao longo da legislação processual, ao passo que entre nos “esquecidos” estão outros sujeitos processuais pouco estimulados por aquela, como os juízes, os auxiliares da Justiça e os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública.

Por último, a categoria dos “ignorados” evidenciou grande amplitude, englobando-se cônjuges, parentes, amigos, sacerdotes, celebridades, “*influencers*” digitais, entidades da sociedade... Enfim, o rol inesgotável de “*stakeholders*” é imenso, dando abertura ao surgimento de “caçadores de recompensas” e à modificação dos graus dos problemas de agência.

O Capítulo 6 trouxe o que pode ser incentivado, isto é, qual o objeto possível, juridicamente.

Para tanto, descreveu-se, primeiramente, quando há proibição para a estimulação, trazendo as hipóteses de situações ou condutas absolutamente vedadas ou descumpridoras de condutas obrigatórias, fundadas na ordem pública, bem como as condutas que até são facultadas, autorizadas ou incentivadas pelo ordenamento, mas quando executadas com finalidade abusiva ou desviante. Em seguida, descreveu-se quando o incentivo é permitido, o que é possível aferir a partir de uma interpretação residual à luz da liberdade e da disponibilidade, de maneira que podem ser estimuladas condutas não reguladas; facultadas, autorizadas ou incentivadas pelo legislador; ou, ainda, condutas com regulação ordinária em sentido diverso,

desde que se esteja diante de situações dispositivas (em sentido amplo), não abarcadas pela ordem pública.

O Capítulo 7 cuidou dos possíveis momentos em que pode ser criado o incentivo, classificando-os em anterior ou prévio; durante ou concomitante; e posterior ou consecutivo. As duas primeiras classificações são as mais comuns ao realizar condutas visando que, no futuro, outras pessoas se comportem da maneira tal ou qual, ou ao oferecer espécie de barganha para que a outra pessoa venha a aderir a determinado intuito. A última, a mais renegada nos estudos jurídicos, é aquela que, conquanto voltada ou vinculada a fato pretérito, almeja ou busca estimular comportamentos profícuos ou produtivos para o futuro.

Por fim, o Capítulo 8, o mais simples, trouxe os locais nos quais poderão existir os incentivos, classificando-os em “*intra*” ou “*endo*” processual, de um lado, e “*extra*” processual, de outro.

Todo o longo transcurso percorrido corroborou com as possibilidades quase infinitas de estimulação da negociação processual, que podem revolucionar o processo civil e o Judiciário brasileiro, em quantidade e qualidade. Só de entrecruzar as diversas classificações ou divisões expressamente trazidas no texto é possível vislumbrar centenas de possibilidades.

Todas as classificações, enumerações ou hipóteses constantes do texto foram trazidas apenas para fins exemplificativos, em benefício da compreensão didática, mas sem intenção de esgotamento das temáticas.

Por isso, longe de exaurir os temas, anseia-se a utilização desta pesquisa como linha de início para a discussão ou releitura de vários aspectos que vêm sendo ignorados pela academia brasileira ao entorno dos negócios processuais.

BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Rafael Sirangelo de. O problema dos custos do processo e sua regulamentação pelo novo CPC. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 63, p. 93-116, 2015.
- ABREU, Rafael Sirangelo de. “Customização processual compartilhada”: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. **Revista de Processo**, v. 257, jul. 2016.
- ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.
- ABREU, Rafael Sirangelo de. **Incentivos processuais: economia comportamental e nudges** no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- AGUIAR, Adriana. Juízes e ministros poderão ser avaliados por aplicativo. **Valor Econômico**, São Paulo, 2021. Disponível em: <http://glo.bo/3PL4Bnt>. Acesso em: 30 jun. 2022.
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito tributário na Constituição e no STF**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- ALMEIDA, Diogo. Assumpção Rezende de. **Das convenções processuais no processo civil**. 2014. 239 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.
- ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.
- ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos**. São Paulo: Dash, 2014.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. O diálogo institucional entre cortes locais e cortes transnacionais. **Revista Virtual da AGU**, n. 134, p. 1-17, abr. 2013.
- ARBIX, Daniel do Amaral. **Resolução online de controvérsias — tecnologia e jurisdições**. 2015. 265 f. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- ARIELY, Dan. **Previsivelmente irracional: as forças ocultas que influenciam as nossas decisões**. Alfragide: Estrela Polar, 2008.

AVELINO, Murilo Teixeira; PEIXOTO, Ravi. **Consensualidade e Poder Público**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. 7ª série. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BAZERMAN, Max H. **Processo decisório**. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BENEVIDES FILHO, Maurício. **A sanção premial no Direito**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

BOBBIO, Noberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Baurerri: Manole, 2007.

BOBBIO, Noberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001.

BOCALON, João Paulo. **Os negócios jurídicos processuais no novo código de processo civil brasileiro**. 2016. 241 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Jornada de prevenção e solução extrajudiciais de litígios**: Enunciados aprovados. Brasília, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3JimyqZ>. Acesso em: 2 jul. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. Brasília/DF: CNJ, 2016.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **II Jornada de prevenção e solução extrajudiciais de litígios**: Enunciados aprovados. Brasília, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3BJ90Dp>. Acesso em: 2 jul. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 242, de 18 de julho de 2022**. Regulamenta a XIII Edição, ano 2022, do Prêmio Conciliar é Legal. Brasília/DF, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4668>. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 4941**. Relator: Teori Zavascki. Julgado em: 14/08/2019. Publicado em: 07/02/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **RE 73311**. Relator: Luiz Gallotti. Julgado em: 24/10/1972. Publicado em: 01/12/1972.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **RE 76607**. Relator: Barros Monteiro. Julgado em: 19/10/1973. Publicado em: 17/10/1974.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **RE 79492**. Relator: Cunha Peixoto. Julgado em: 14/11/1975. Publicado em: 10/09/1976.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **AI 352349 ED**. Relator: Sepúlveda Pertence. Julgado em 28/10/2003. Publicado em: 21/11/2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 2672**. Relatora: Ellen Gracie. Julgado em: 22/06/2006, Publicado em: 10/11/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **RMS 35.154/SC**. Relator: Humberto Martins. Julgado em 13/12/2011. Publicado em: 19/12/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **REsp 1353801/RS**. Relator: Mauro Campbell Marques. Julgado em 14/08/2013. Publicado em: 23/08/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **AgRg no REsp n. 1.520.422/DF**. Relator: Marco Buzzi. Julgado em: 23/06/2015. Publicado em: 01/07/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 2139**. Relatora: Cármen Lúcia. Julgado em: 01/08/2018. Publicado em: 19/02/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADPF 279**. Relatora: Cármen Lúcia. Julgado em: 03/11/2021. Publicado em: 14/02/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 6053**. Relator: Marco Aurélio. Julgado em: 22/06/2020. Publicado em: 30/07/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **AgInt nos EAREsp n. 1.584.906/SP**. Relatora: Laurita Vaz. Julgado em: 08/06/2021; Publicado em: 01/07/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **RMS n. 63.465/DF**. Relator: Jorge Mussi. Julgado em: 12/04/2022. Publicado em: 22/04/2022.

BURKE, Brian. **Gamificar**: como a gamificação motiva as pessoas fazem coisas extraordinárias. São Paulo: DVS Editora, 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem pública processual: técnica de controle da regularidade do processo civil**. 2014. 429 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos do juiz. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coords.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e *impartiliadade*. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. **Revista de Processo**, n. 149, 2007.

CABRAL, Antônio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. **Revista de Processo**, v. 255, p. 117-140, 2016.

CABRAL, Antônio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. *In*: ZANETI JUNIOR, Hermes (org.). **Repercussões do novo CPC - vol. 8 - Processo Coletivo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

CABRAL, Antônio do Passo. Acordos processuais no processo penal. **Revista Do Ministério Público**, Rio de Janeiro, v. 64, p. 69-94, 2017.

CABRAL, Antônio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil**. 2017. Tese (Concurso de Titularidade) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

CABRAL, Antônio do Passo. Convenções processuais no processo do trabalho. *In*: TUPINAMBÁ, Carolina (Org.). **Solução de conflitos trabalhistas: novos caminhos**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2018.

CABRAL, Antônio do Passo. Convenções processuais sobre os custos da litigância (I): admissibilidade, objeto e limites. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 278, p. 61-90, fev. 2018.

CABRAL, Antônio do Passo. Convenções sobre os custos da litigância (II): Introdução ao seguro e ao financiamento processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 277, p. 47-78, mar. 2018.

CABRAL, Antônio do Passo. Recurso *per saltum* negocial: convenção processual para supressão de instância. *In*: DANTAS, Bruno; BUENO, Cassio Scarpinella; CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz; NOLASCO, Rita Dias (Org.). **Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CABRAL, Antônio do Passo; ZENETI JUNIOR, Hermes. Entidades de infraestrutrua específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 287, p. 445-483, jan. 2019.

CABRAL, Antônio do Passo. *Pactum de non petendo*: a promessa de não processar no direito brasileiro. **Revista de processo**, v. 305, p. 17-43, 2020.

CABRAL, Antônio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. **Civil Procedure Review**, v. 12, p. 69-102, 2021.

CABRAL, Antônio do Passo. Negócio de certificação: introdução, objeto e limites. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 29, p. 89-145, out./dez. 2021.

CABRAL, Antônio do Passo. Autocomposição e litigância de massa (II): negócios jurídicos processuais nos incidentes de resolução de casos repetitivos. **Revista do processo**, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3cUpSN3>. Acesso em: 6 jan. 2022.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação: conciliação: tribunal multiportas. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Volume 1, parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. XIII, p. 733-749, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 31. ed. São Paulo: Noeses, 2021.

CARVALHO, Salo de. **Como (não) se faz um trabalho de conclusão**: provocações úteis para orientadores e estudantes de Direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CEGALLA, Domingos Paschal. **Novíssima gramática da língua portuguesa**: com a nova ortografia da língua portuguesa. 48. ed. São Paulo: Nacional, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CINTRA, Renato Fabiano et al. *Stakeholder theory*: análise nos periódicos brasileiros a partir da bibliometria. **Revista Portuguesa e Brasileira de Gestão**, v. 13, n. 4, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3Jhp298>. Acesso em: 06 jul. 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: obrigações; responsabilidade civil, volume 2. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada: caracteres, limites e controles**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. 2016. 187 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

CUNHA, Alexandre dos Santos; KLIN, Isabela do Valle; PESSOA, Olívia Alves Gomes. **Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**. Nota técnica. Brasília: IPEA, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3vpjFPi>. Acesso em: 12 jan. 2022.

CURY, Cesar Felipe. **Protocolos pré-processuais: a instituição de uma etapa preliminar ao processo como forma de prevenção e gestão cooperativa dos conflitos**. 2017. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudências posteriores**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal**. 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. **Revista de Processo**, v. 232, p. 69-76, 2014.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Do que se ocupa um(a) processualista? **Civil Procedure Review**, v. 12, n. 3, set./dez. 2021.

DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. Introdução ao estudo das boas práticas na administração da justiça: a relevância dogmática da inovação. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 15, n. 44, jul./dez. 2021.

DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual – administração judiciária, boas práticas e competência normativa**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Nogueira. Promessa de recompensa judicial e código de processo civil brasileiro. **Revista ANNEP de Direito Processual**, v. 1, n. 1, p. 163-173, 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Reconstruindo a teoria geral do processo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Teoria geral do processo, essa desconhecida**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. Volume 2. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DOS SANTOS, Eduardo Rodrigues. **Princípios processuais constitucionais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

DOURADO, Sabrina. Negócios processuais na esfera recursal. *In*: MARCATO, Ana et al. (coords.). **Negócios processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

FALECK, Diego. Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n. 23, p. 7-32, jul./ago./set. 2009.

FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; BORGES, Guilherme Roman. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

FERREIRA, Blenda Guimarães. **Importância dos princípios nas tratativas e elaboração dos contratos no direito brasileiro: uma reflexão a partir da teoria da linguagem, da teoria dos jogos, do instituto da teoria externa do crédito e da gamificação**. 2019. 82 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2019.

FONSÊCA, Vitor. **Processo civil e direitos humanos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FORGIONI, Paula Andréa. **Teoria geral dos contratos empresariais**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GAZOTTO, Gustavo Martinelli Tanganelli. **O lobby e sua regulamentação no Brasil: entre influência privada e interesse público**. 2021. 215 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2021.

GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. **Negócios jurídicos processuais e análise econômica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. **Lobby: estudo de direito comparado e necessidade de regulamentação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro**. 2019. 315 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

GOULART, Bianca Bez. **Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?** 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 1, out./dez. 2007.

GUERRA, Gustavo Rabay; MARCOS, Henrique Jerônimo Bezerra. O drible continental: a margem de apreciação nacional na decisão de convencionalidade do crime de desacato pelo Superior Tribunal de Justiça. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 63, n. 2, p. 169-189, ago. 2018.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HARTMANN, Ivar Alberto et al. A influência da TV Justiça no processo decisório do STF. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 4, n. 3, p. 38-56, out. 2017.

HESPANHA, António Manuel. A construção jurídica entre um saber “mole” e um saber “duro”. *In*: HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2. ed. Coimbra: Al, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOHN, Alfie. **Punidos pelas recompensas: os problemas causados por prêmios por produtividade, planos de incentivos, remuneração variável, elogios, participação nos lucros e outras formas de suborno**. São Paulo: Atlas, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguiti J. (coords.). **Curso de arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

LIMA, Gabriela Vasconcelos. **A adoção de soluções em *online dispute resolution* como política pública para o Poder Judiciário: um panorama da situação brasileira**. 2016. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2016.

LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 3. ed. – Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos: a função social do contrato**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOSANO, Mario G. Modelos teóricos, inclusive na prática: da pirâmide à rede. Novos paradigmas nas relações entre direitos nacionais e normativas supraestatais. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, n. 16, p. 246-284, jul./dez. 2005.

MACHADO, Marcela. **Para além do dinheiro: acesso e deferência nas relações congressuais entre lobistas e deputados federais**. 2020. 131 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. **Convenção processual na tutela coletiva**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MARASCHIN, Márcia Uggeri (coord.). **Manual de negociação baseado na Teoria de Harvard**. Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. Brasília: EAGU, 2017.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZOLA, Marcelo. **Sanções premiais no processo civil**: previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. ***Iura novit cúria***: a máxima e o mito. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia – 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MOLINA, André Araújo. **Os direitos fundamentais na pós-modernidade**: o futuro do direito e do processo do trabalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MOLINA, André Araújo. **Teoria dos princípios trabalhistas**: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2013.

MOLINA, Mateus Araújo. “Caso Lula” (HC 164.493/PR): o dia em que o STF perdeu a oportunidade de apenas acertar. *In*: THEODORO, Marcelo Antônio; LOPES, Natália Nunes (orgs.). **Direitos fundamentais e Constituição**: democracia e humanidades. v. 3. Curitiba: CRV, 2021.

MOLINA, Mateus Araújo. Você me vende o seu direito de recorrer? Ensaio sobre a possibilidade de renúncia ou transação unilateral de posições processuais por convenção processual. *In*: SOUZA, Carlos Eduardo Silva; ONUMA, Tatiana Tomie (orgs.). **Direito civil**

contemporâneo e direitos fundamentais: questionamentos, reflexões e novas propostas. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2021.

MOLINA, Mateus Araújo. A (in)capacidade do advogado público para a celebração de transações e negócios jurídicos processuais. *In:* SOUZA; Leonardo Vieira de (org.). **Temas essenciais de direito público em Mato Grosso**. Belo Horizonte, MG: Letramento; Casa do Direito, 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Daniela Marques de; DEPIERI, Matheus de Souza. O negócio jurídico processual e os limites da autonomia da vontade das partes: percepção dos juízes do TJDFT sobre o instituto negocial. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 23, p. 343-363, jan./abr. 2022.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *In:* MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

MORAES, Karoline Rodrigues de; ZANINI, Leonardo Vinicius Souza. Lobby, burocracia e políticas públicas: uma entrevista com Andréa Gozetto. **Revista Teoria & Pesquisa**, v. 30, n. 2, p. 105-126, 2021.

MULLER, Júlio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova:** Análise econômica e jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. *In:* CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

OSNA, Gustavo. “Contratualizando o processo”: três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”). **Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 163-185, mai./ago. 2020.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PANTOJA, Fernanda Medina. **Protocolos pré-processuais**: fundamentos para a construção de uma fase prévia ao processo no direito brasileiro. 2016. 256 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. Volume 3. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais, europeu, interamericano e africano. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das obrigações**: consequências do inadimplemento, exceções de contrato não cumprido, ou adimplido insatisfatoriamente, e de insegurança. Enriquecimento injustificado. Estipulação a favor de terceiro. Eficácia protectiva de terceiro. Mudanças de circunstâncias. Compromisso. Tomo XXVI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das obrigações**: negócios jurídicos unilaterais. Tomo XXXI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das obrigações**: negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. Pressupostos. Vícios de direito. Vícios de objeto. Evicção. Redibição. Espécies de negócios jurídicos bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais. Tomo XXXVIII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Validade, nulidade, anulabilidade**. Tomo IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

POYATOS NETO, Henrique Ruiz. **Gamificação**: engajando pessoas de maneira lúdica. São Paulo: Fiap, 2015.

RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

RAATZ, Igor. Negócios jurídicos processuais e elasticidade procedimental sob o enfoque do modelo democrático-constitucional de processo. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, n. 101, p. 177 -200, jan./mar. 2018.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual**: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

REDONDO, Bruno Garcia; MULLER, Júlio Guilherme. Negócios processuais relativos a honorários advocatícios. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 16, p. 58-76, 2015.

REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro**: existência, validade e eficácia. 2019. 304 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro**: existência, validade e eficácia. 2019. 304 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

RETES, Tiago Augusto Leite. Recursos e convenções processuais: entre efetividade e garantias processuais. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

RIBEIRO, Luiz Filipe de Araújo. **Negócio processuais e seus limites a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. 2017. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito adquirido e expectativa de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTOS, Antônio Medeiros dos. **A expectativa de direito como bem jurídico**. 2015. 515 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Autônoma de Lisboa, Lisboa, 2015.

SANTOS, Welder Queiroz dos. **Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SANTOS, Welder Queiroz dos. **Ação rescisória por violação a precedente**. 2018. 297 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, Brasil, 2018.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coords.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, n. 1, p. 607-629, jan./jun. 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e transnacional. *In*: NEVES, Marcelo (coord.). **Transnacionalidade do Direito**. Novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 47, p. 205-225, jul./dez. 2015.

SILVEIRA, Susana Amaral. **Acordos incentivados**: uma contribuição britânica nos caminhos buscados pelo Judiciário brasileiro. 2010. 174 f. Tese (Doutorado em direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de arbitragem. *In*: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguiti J. (coords.). **Curso de arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

STOCKER, Fabricio et al. Teoria de Redes de Influências de "Stakeholders": uma abordagem revisitada. **Cadernos EBAPE.BR**, v. 17, p. 673-688, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1679-395176683>. Acesso em: 06 jul. 2022.

TALAMINI, Eduardo. Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. **Migalhas**, [2020]. Disponível em: <https://bit.ly/3zGre70>. Acesso em: 23 jul. 2022.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

THALER, Richard H. **Comportamento inadequado**: a construção da economia comportamental. Lisboa: Actual, 2016.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina (orgs.). **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil: contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Samapaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ULISSES, Claudya Celyna de Araújo Neves. **Análise da eficiência da plataforma virtual consumidor.gov como ferramenta de desjudicialização dos conflitos consumeristas**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio Sinos, Porto Alegre, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VITORELLI, Edilson. Ações coletivas passivas: por que elas não existem nem deveriam existir? **Revista de Processo**, v. 278, p. 297-335, 2018.

VITORELLI, Edilson; OSNA, Gustavo. **Introdução ao processo civil e à resolução de conflitos**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

YARSHEL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. **Incentivos comportamentais ao tratamento adequado dos conflitos: a audiência de mediação do artigo 334 do CPC como mecanismo de formação do consenso entre as partes**. 2020. 185 f. Tese (Doutorado em direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

ZANETI JUNIOR, Hermes. Teoria circular dos planos. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2007.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

ZANINI, Fabio. Em meio a reação de juízes, advogados suspendem aplicativo que avaliaria magistrados com notas. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3zIdXuW>. Acesso em: 30 jun. 2022.