

Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC

Coordenador geral: FREDIE DIDIER JR.

1

NEGÓCIOS PROCESSUAIS

COORDENADORES

Antonio do Passo Cabral

Pedro Henrique Nogueira

3ª edição

2017

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro¹

Leonardo Carneiro da Cunha²

Sumário: 1. Apresentação; 2. Fatos jurídicos, atos jurídicos, atos-fatos jurídicos e negócios jurídicos; 2.1. Distinção entre atos jurídicos e negócios jurídicos; 3. Fatos jurídicos processuais e atos-fatos jurídicos processuais; 4. Negócios jurídicos processuais; 4.1. Opiniões contrárias; 4.1.1. O publicismo no processo e o protagonismo do juiz; 4.1.2. O dogma da irrelevância da vontade; 4.2. Opiniões favoráveis; 4.3. Negócios jurídicos processuais típicos; 4.4. Negócios jurídicos processuais atípicos; 4.5. A ideia do modelo cooperativo de processo e os estudos mais recentes sobre negócios processuais; 5. O novo Código de Processo Civil brasileiro; 5.1. Generalidades; 5.2. Ampliação dos negócios processuais típicos; 5.3. A cláusula geral de negociação processual; 6. Limites aos negócios jurídicos processuais; 7. Bibliografia.

1. APRESENTAÇÃO

O presente relatório discorre sobre a existência de negócios jurídicos processuais.

Num primeiro momento, destaca-se a distinção entre fatos jurídicos, atos jurídicos, atos-fatos jurídicos e negócios jurídicos, para, em seguida, tratar dessa tipologia no âmbito processual.

Há uma acirrada discussão doutrinária sobre a distinção entre atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos. Também existe uma acesa discussão quanto à existência de negócios jurídicos processuais. Há, de um lado, autores que não os admitem, destacando-se, de outro lado, os que os admitem.

Partindo-se do pressuposto de que existem negócios processuais, o relatório relaciona os negócios processuais típicos no atual CPC brasileiro, passando, em seguida, a tratar da regulação dos negócios processuais no novo CPC do

1. Texto preparado para o I Congresso Peru-Brasil de Direito Processual e apresentado em Lima, no Peru, novembro de 2014, com acréscimos e adaptações feitas após a sanção e promulgação do novo Código de Processo Civil brasileiro.
2. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pós-doutorado na Universidade de Lisboa. Professor adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Procurador do Estado de Pernambuco e advogado.

Brasil, discorrendo sobre os negócios típicos, atípicos, unilaterais, bilaterais e plurilaterais, bem como sobre os limites aos negócios processuais.

2. FATOS JURÍDICOS, ATOS JURÍDICOS, ATOS-FATOS JURÍDICOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS

Os fatos tornam-se jurídicos pela incidência das normas jurídicas que assim os assinalam. Previsto o fato no enunciado normativo, sua ocorrência faz incidir a norma, daí surgindo o fato jurídico.

Os fatos jurídicos *lato sensu* podem ser fatos da natureza ou atos humanos. Quando a hipótese de incidência ou o suporte fático tem como elemento um ato humano, pode entrar no mundo jurídico como ato jurídico, negócio jurídico, ato ilícito ou ato-fato.

Os fatos da natureza, quando ingressam no mundo jurídico em razão da incidência normativa, revestem o colorido de fatos jurídicos *stricto sensu*. Os atos, que exteriorizam ou manifestam vontade humana, tornam-se atos jurídicos, quando sofrem a incidência da norma que os prevê.

Já os atos ilícitos são aqueles contrários ao direito, dos quais resulta consequência desvantajosa para quem os pratica. Há, ainda, os negócios jurídicos, cuja conceituação relaciona-se com a autonomia da vontade e com a escolha conferida ao interessado da categoria jurídica e da estruturação do conteúdo eficaz das respectivas relações jurídicas.

Como se percebe, os fatos jurídicos são aqueles que estão previstos no suporte fático e, por isso, sofreram a incidência de uma norma jurídica, ingressando no mundo do direito e podendo produzir efeitos jurídicos. Tais fatos podem ser atos humanos, passando, com a incidência, a ostentar a caracterização de atos jurídicos. Aqui a vontade humana é considerada relevante para a incidência da norma.

O mundo do direito, composto pelos fatos jurídicos, divide-se em três planos: existência, validade e eficácia. Todos os fatos jurídicos em sentido *lato* (aí incluídos os fatos jurídicos *stricto sensu*, os atos jurídicos, os negócios jurídicos, os atos ilícitos e os atos-fatos) devem passar pelo plano da existência: basta a composição do suporte fático, a partir da incidência da norma, para que o fato passe a existir juridicamente, ingressando no mundo do direito. Os fatos jurídicos *stricto sensu* não passam pelo plano da validade. De igual modo, os atos-fatos não passam pelo plano da validade. Por ele apenas passam os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos, nos quais é relevante a vontade humana. É aí que opera o sistema de invalidades, exatamente porque

se anulam os atos dos quais decorram vícios de vontade. Por sua vez, o plano da eficácia diz respeito à produção de efeitos pelos fatos jurídicos.

Como já acentuado, os fatos jurídicos *stricto sensu* são fatos da natureza, enquanto os atos jurídicos são atos humanos, caracterizados por expressarem uma vontade humana. Ao lado deles, há os atos-fatos jurídicos, que “são atos humanos, em que não houve vontade, ou dos quais se não leva em conta o conteúdo de vontade, aptos, ou não, a serem suportes fáticos de regras jurídicas”³.

Quando a vontade humana, presente nos atos jurídicos *stricto sensu* e nos negócios jurídicos, é desprezada, tem-se o ato-fato. Os atos-fatos são fatos jurídicos produzidos por ação humana, mas a vontade de praticá-los é abstraída, não sendo considerada relevante pela norma jurídica.

Os atos-fatos passam apenas pelos planos da existência e da eficácia, não se cogitando de (in)validade dos atos-fatos.

Já os atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos são produzidos por ação humana, sendo relevante a vontade. Há uma grande polêmica quanto à distinção entre eles, recomendando-se destacá-la.

2.1. Distinção entre atos jurídicos e negócios jurídicos

A distinção entre ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico constitui tema inçado de dificuldades. Desde a pandectística, no início do século XIX, a ideia básica que presidiu a distinção é a de que os meros atos jurídicos provocam efeitos para cuja verificação é indiferente se foram, ou não, queridos pelos seus autores. A distinção não é simples, pois tanto no ato jurídico como no negócio há manifestação de vontade que produz efeitos previstos em lei.

O negócio jurídico é geralmente identificado, definido ou qualificado como ato de autonomia privada. A autonomia privada, por sua vez, é, em regra, identificada como autodeterminação, autorregulação, autovinculação e, até mesmo, autarquia, sendo definida como um poder criador ou fonte de direito ou, pelo menos, de produção de efeitos que incidam sobre situações jurídicas.

As noções de parte expressiva da doutrina consideram que a característica marcante dos negócios é a vontade ou a vontade declarada. Atribui-se à vontade um poder criativo de efeitos jurídicos, formando-se o chamado *dogma da vontade*. Desse modo, a declaração e os efeitos produzidos decorrem da vontade do sujeito de direito; a vontade humana produziria, por si, efeitos jurídicos.

3. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Atual. Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999, t. 1, § 26, n. 2, p. 133.

Essa é uma noção que atingiu seu auge no modelo liberal, que se orientava segundo os binômios *vontade-liberdade* e *igualdade-justiça*. O modelo liberal e suas incidências na autonomia privada e no contrato não têm sido poupados de críticas contundentes. Há quem afirme haver uma crise: crise do negócio jurídico, crise da doutrina do negócio jurídico, crise do contrato, crise do direito contratual, declínio do contrato ou da liberdade contratual. Isso porque a massificação da produção e do consumo teria tornado inviável a concepção liberal do contrato ou do negócio jurídico. No contrato-padrão, no contrato de adesão, no contrato-tipo, no contrato administrativo, no chamado contrato necessário, cada vez mais abundantes e frequentes na rotina das pessoas, não haveria vontade livre de estipulação e de negociação, a acerretar a referida crise. Ao lado disso, os excessivos intervencionismos legislativo, regulatório e estatal esbateriam ou, até mesmo, eliminariam a configuração e as características dos negócios jurídicos.

Foram, enfim, postas em xeque as teorias que tinham como pressuposto a vontade dirigida à produção de efeitos jurídicos. Surgiram teorias que procuraram uma fonte alternativa para a vontade, defendendo que, em seu lugar, deveria ser considerada a presença da confiança, da responsabilidade e da compreensão.

Outros afirmaram que o que importa não é a vontade real, pois esta seria uma noção mais psicológica ou alheia ao fenômeno jurídico. O importante seria considerar a vontade declarada.

A partir daí, passou-se a defender que o negócio jurídico consistiria numa *declaração de vontade* voltada a produzir efeitos jurídicos, enquanto o ato jurídico em sentido estrito decorreria de uma mera *manifestação de vontade*, com vistas a obter efeitos jurídicos já estabelecidos em lei. Noutros termos, os efeitos jurídicos, no negócio jurídico, resultariam da vontade, ao passo que, no ato jurídico, os efeitos estariam estabelecidos em lei, não decorrendo da vontade.

Por outro lado, há quem considere o negócio jurídico como uma norma negocial, elaborada pelos sujeitos de direito.

E há, ainda, quem diga que os efeitos jurídicos não decorrem da vontade, nem mesmo nos negócios jurídicos. Os efeitos decorrem da lei, que prevê, em sua hipótese de incidência ou em seu suporte fático, a prática de um ato negocial para que aqueles efeitos sejam produzidos: trata-se de um ato de autorregulação, que o ordenamento associa à constituição, modificação e extinção de situações jurídicas. O negócio jurídico destaca-se por implicar a liberdade de celebração e a liberdade de estipulação. Os efeitos estão previstos em lei, somente sendo desencadeados se celebrado o negócio jurídico. **Há negócios**

que produzem efeitos impostos pela lei que não podem ser afastados pela vontade, mas isso não desqualifica o ato como negocial.

Na verdade, conforme esclarece Marcos Bernardes de Mello, o sistema jurídico, ao estabelecer o conteúdo das relações jurídicas, pode: (a) regulá-lo exaustivamente, em caráter cogente, não deixando à vontade qualquer margem, ou (b) permitir que a vontade negocial escolha, dentre as espécies, variações quanto à sua irradiação e a intensidade de cada uma. Na hipótese *a*, deixa-se livre à vontade somente a escolha da categoria negocial, sem autorização quanto à estruturação do conteúdo eficaz da relação jurídica respectiva. Em *b*, admite-se a escolha da categoria negocial e concede-se o poder de estruturação do conteúdo eficaz da relação jurídica, cuja amplitude é variável. Não se permite, em nenhuma hipótese, a criação voluntária de efeitos que não estejam previstos ou, ao menos, admitidos pelo sistema⁴.

Quando há dispositividade, confere-se aos sujeitos de direito o poder de escolha na estruturação do conteúdo eficaz da relação jurídica. Numa locação, é possível, por exemplo, dispensar uma garantia ou renunciar ao aluguel de alguns meses. Numa compra e venda, é possível aos contratantes estabelecer termos e condições, renunciar a certos efeitos, como a evicção, por exemplo. Outros efeitos serão produzidos necessariamente, não podendo ser eliminados ou afastados pela vontade dos contratantes.

Há negócios jurídicos que, em virtude da imposição legal ou da cogência da norma aplicável, não permitem aos figurantes outra escolha: devem optar pelas categorias preestabelecidas nas normas jurídicas. É o que ocorre com o casamento. **Há pouca margem para escolha: agregar ou não o nome de família do cônjuge, definir o regime de bens**, inexistindo liberdade para os demais efeitos decorrentes do negócio celebrado.

Os efeitos jurídicos não decorrem da vontade. Todos estão previstos em lei, decorrendo de imputação feita pelas normas aos fatos ou atos. No negócio jurídico, a vontade não cria efeitos; estes estão definidos pelo ordenamento, que pode conferir aos sujeitos de direito algum poder de escolha da categoria jurídica.

Essa liberdade não existe nos atos jurídicos em sentido estrito. As normas gerais relativas à eficácia dos negócios jurídicos não se aplicam aos atos jurídicos. Não é possível, num ato jurídico, que o sujeito estabeleça termos e condições, modos ou encargos, pois se trata de liberdade presente apenas no negócio jurídico. Os atos jurídicos são incondicionáveis e inaterráveis, não podendo

4. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 225.

ter seus efeitos sujeitos a modos ou encargos, justamente porque o sujeito deve limitar-se à prática do ato, não havendo escolha de categoria jurídica.

No ato jurídico em sentido estrito, a vontade não se destina à escolha da categoria jurídica. Manifestada ou declarada a vontade, produz-se o efeito pre-estabelecido em lei, que se realiza necessariamente, sem que a vontade possa modificá-lo, ampliá-lo, restringi-lo ou evitá-lo. Quando alguém, por exemplo, estabelece sua residência com ânimo definitivo, constitui-se o domicílio. Eis aí um ato jurídico. Mesmo que o sujeito não queira, ali será seu domicílio, com toda a eficácia jurídica relativa ao domicílio. De igual modo, são atos jurídicos o reconhecimento de filiação não decorrente de casamento, a interpelação para constituir o devedor em mora, a confissão e a interrupção da prescrição. No ato jurídico, o sujeito de direito não tem liberdade para escolher a categoria jurídica, nem variar ou excluir qualquer efeito jurídico a ser produzido.

Apresentadas essas noções, cabe ceder a palavra a Marcos Bernardes de Mello, que assim conceitua o negócio jurídico: *“é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fáctico consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.”*⁵

3. FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS, ATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E ATOS-FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

A classificação até aqui demonstrada também existe no processo. Há, entretanto, quem não admita a existência de fatos jurídicos processuais em sentido estrito. José Joaquim Calmon de Passos, por exemplo, entende que, no processo, só há atos jurídicos, não havendo fatos jurídicos em sentido estrito. Nas suas palavras, *“No processo, somente atos são possíveis. Ele é uma atividade e atividade de sujeitos que a lei prequalifica. Todos os acontecimentos naturais apontados como caracterizadores de fatos jurídicos processuais são exteriores ao processo e, por força desse exterioridade, não podem ser tidos como fatos integrantes do processo, por conseguinte, fatos processuais”*⁶.

Para Daniel Mitidiero, existem fatos jurídicos processuais em sentido estrito, mas só quando ocorridos dentro do processo e aptos a produzir efeitos nele. Por esse motivo, entende que a morte de uma das partes ou de seus

5. Idem, p. 233.

6. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 64-65.

procuradores seria fato jurídico material que se processualiza, não consistindo, na verdade, em fato jurídico processual⁷.

Na verdade, o fato jurídico processual em sentido estrito é o acontecimento da natureza que, juridicizado pela incidência de norma processual, é apto a produzir efeitos dentro do processo⁸. Não interessa se o fato ocorreu fora ou dentro do processo. O que importa é sua previsão em hipótese normativa, juridicizando-o e potencializando a produção de efeitos jurídicos no processo⁹.

Assim, são fatos jurídicos processuais em sentido estrito a morte da parte ou de seu procurador, uma inundação que venha a suspender um prazo processual, a existência de uma relação de parentesco entre o juiz e a parte, a implementação de idade que confira à parte a condição de idoso, passando a ter direito de prioridade na tramitação do processo, a perda dos autos, entre outros fatos.

Por sua vez, o ato-fato é, como se viu, um ato humano em que a vontade é irrelevante. Há, no processo, atos-fatos. A revelia é um ato-fato. É irrelevante saber se o réu quis ou não deixar de contestar. Não importa qual sua vontade. A ausência de recurso também é um ato-fato. Em geral, a contumácia, a inércia ou a omissão é um ato-fato processual¹⁰.

Não é, entretanto, toda e qualquer omissão ou inércia que se caracteriza como ato-fato. Há omissões negociais. Quando, por exemplo, o réu deixa de opor a exceção de incompetência relativa, sua inércia é negocial. Com efeito, “*A propositura da demanda em foro incompetente, aliada à inércia do réu em opor a exceção de incompetência, caracteriza um negócio tácito ou implícito entre as partes*”¹¹. De igual modo, a renúncia tácita à convenção de arbitragem é uma omissão negocial.

Por aí já se percebe que há dois tipos de omissão no processo: (a) a omissão contumacial e (b) a omissão negocial. Aquela é um ato-fato, esta é um negócio jurídico. E tal diferença é importante. O assistente, por exemplo, não pode atuar contra a vontade do assistido. Significa que, no tocante à omissões, o assistente não pode atuar quando a omissão for negocial. Assim, se o assistido for o réu e este não opuser exceção de incompetência ou não suscitar

7. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2005, t. 2, p. 13.

8. BRAGA, Paula Sarno. “Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 148, jun. 2007, p. 309.

9. *Idem*, p. 309.

10. CUNHA, Leonardo Carneiro da. “A contumácia das partes como ato-fato processual”. *Pontes de Miranda e o Direito Processual*. Fredie Didier Jr.; Pedro Henrique Pedrosa Nogueira; Roberto P. Campos Gouveia Filho (org.). Salvador: JusPodivm, 2013, p. 635-648.

11. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e competência*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013, n. 4.5, p. 191.

preliminar de convenção de arbitragem, o assistente não poderá fazê-lo, pois, se o fizer, estará a contrariar a vontade do assistido. Se, entretanto, o assistido não contesta ou não recorre, o assistente poderá fazê-lo, sem que esteja a contrariar sua vontade, pois a revelação e a ausência de recurso são atos-fatos, sendo irrelevante a vontade.

Já os atos processuais em sentido estrito são manifestações ou declarações de vontade em que a parte não tem qualquer margem de escolha da categoria jurídica ou da estruturação do conteúdo eficaz da respectiva situação jurídica. São, em geral, atos de conhecimento ou de comunicação, como, por exemplo, a citação, a intimação, a confissão e a penhora.

4. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

4.1. Opiniões contrárias

Na doutrina brasileira, muitos não tratam do tema, deixando de examinar a existência dos negócios jurídicos processuais. Há, entretanto, os que se manifestam contrariamente à existência dos negócios jurídicos processuais.

Para Cândido Rangel Dinamarco, não é possível considerar a existência de negócios jurídicos processuais, pois os efeitos dos atos processuais resultariam sempre da lei, e não da vontade. Os atos processuais das partes não teriam o efeito da livre autorregulação, que é própria dos negócios jurídicos, justamente porque os efeitos são impostos pela lei. De igual modo, os atos do juiz não teriam o efeito da livre autorregulação, já que ele não dispõe para si, nem pratica atos no processo com fundamento na autonomia da vontade, mas no poder estatal de que é investido. Para Dinamarco, negócio jurídico seria ato de autorregulação de interesses, firmado no princípio da autonomia da vontade; todo negócio jurídico pressupõe, para ele, que seus efeitos sejam, exata e precisamente, aqueles que as partes querem, o que não ocorre no processo, pois a lei estabelece as consequências dos atos praticados no processo, sem conferir qualquer margem de intervenção às partes¹².

Este também é o entendimento de Alexandre Freitas Câmara, para quem não existem negócios jurídicos processuais, exatamente porque os atos de vontade praticados pelas partes produziram no processo apenas os efeitos ditados pela lei¹³.

12. *Instituições de direito processual civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 2, p. 484.

13. *Lições de direito processual civil*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 1, p. 276.

No mesmo sentido, Daniel Francisco Mitidiero também entende que não existem negócios jurídicos processuais, “*uma vez que todos os efeitos possíveis de ocorrência em virtude de atos dos sujeitos do processo já estão normados (ou normatizados) pela legislação*”¹⁴.

Vicente Greco Filho não menciona a existência de negócios jurídicos processuais, dando a entender que não os admite. Refere-se apenas a fatos e atos jurídicos processuais, destacando que não são atos processuais os “... *negócios jurídicos que, a despeito de poderem ter conseqüências no processo, não têm por finalidade a produção de efeitos processuais, por exemplo, a alienação da coisa ou do direito litigioso, que tem influência no processo (v. art. 42), mas a vontade que a determinou não era diretamente dirigida à relação processual*”¹⁵. Segundo ele, esses negócios jurídicos são, para o processo, meros fatos, seguindo aqui a opinião de Liebman, secundada por Cândido Rangel Dinamarco.

Ernane Fidélis dos Santos parece não admitir a existência de negócios jurídicos processuais. Depois de diferenciar, no plano do direito material, o fato jurídico do ato jurídico, bem como do negócio jurídico, destaca que, no âmbito processual, há fatos e atos jurídicos, não mencionando os negócios jurídicos¹⁶.

Curiosa é a opinião de Rodolfo Kronenberg Hartmann, para quem os fatos jurídicos *lato sensu* dividem-se em fatos jurídicos *stricto sensu* e atos jurídicos *lato sensu*. Estes últimos, por sua vez, dividem-se em (a) atos jurídicos *stricto sensu*; (b) negócios jurídicos; e, (c) atos processuais. Considera que ato jurídico *stricto sensu* é o que emana da vontade de apenas uma pessoa, caracterizando-se o negócio jurídico por decorrer da conjugação da manifestação de vontade de ambos os sujeitos que integrariam a relação jurídica. E quanto aos atos processuais, seriam simplesmente aqueles praticados no curso de um processo judicial e aptos a produzirem direitos ou obrigações¹⁷. Para ele, então, ato processual difere de negócio jurídico, dando a entender que não haveria negócios jurídicos processuais.

José Joaquim Calmon de Passos também não admite os negócios processuais. Entende que, em virtude do disposto no art. 158 do CPC-1973, poderia ser admitida a existência de negócio processual. Ocorre, porém, que as declarações negociais das partes, para produzirem efeitos no processo, precisariam da intermediação do juiz: a desistência do recurso ou o acordo para a suspensão do processo seriam, por exemplo, negócios jurídicos apenas pela relevância que, em tais circunstâncias, seria dada à vontade das partes em produzir o

14. Ob. cit., p. 15-16.

15. *Direito processual civil brasileiro*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2, n. 1, p. 6.

16. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, n. 341, p. 205-206.

17. *Curso completo de processo civil*. Niterói: Impetus, 2014, n. 11.1, p. 172.

resultado. Sem o pronunciamento integrativo do juiz, não produzem efeitos. Logo, não seriam negócios processuais, pois a eficácia no processo não seria produzida pelas próprias declarações das partes¹⁸.

Em suma, as opiniões contrárias à existência dos negócios processuais partem do pressuposto de que somente há negócio jurídico se os efeitos produzidos decorrerem direta e expressamente da vontade das partes, o que não ocorreria no processo, ou porque os efeitos decorrem da lei, ou porque seria necessária a intervenção judicial para que se produzam.

4.1.1. O publicismo no processo e o protagonismo do juiz

Embora as codificações sejam fruto das ideias liberais, a legislação processual, em vários países, passou a receber a influência de Franz Klein e do código austríaco de processo civil, em cujas regras predominava a prevalência do interesse público, o publicismo do processo, os poderes instrutório do juiz, a busca da verdade e a promoção da efetiva igualdade das partes no processo. Propugnava-se a neutralização da liberdade das partes. Ao autor da demanda judicial apenas se reservava a simples função de provocar o exercício da jurisdição, outorgando-se ao juiz o poder de impulso do procedimento. Fortaleceram-se, assim, os dogmas de que às partes bastaria narrar os fatos, sendo o direito de conhecimento privativo do juiz, passando este a ser o protagonista do processo.

Passou-se, enfim, de um modelo liberal, em que o juiz mantinha uma postura passiva, para um modelo mais social, conferindo ao juiz a posição de protagonista do processo, com uma postura solipsista, caracterizada pela atividade solitária de subsunção dos fatos aos textos normativos.

A legislação processual brasileira, embora seja permeada de estrutura liberal, sofreu a influência europeia de instituição do publicismo e da ruptura da visão liberal do processo, reforçando o protagonismo do juiz, seus poderes instrutórios e a estatalidade como marca da atividade jurisdicional.

Não é sem razão que a doutrina tradicional brasileira nega o caráter jurisdicional à arbitragem, pois parte do pressuposto de que a atividade jurisdicional é estatal. Nesse sentido, o *Código Civil de 1916*, no seu Livro III, tratava do direito das obrigações, contendo, no Título dos efeitos das obrigações, um capítulo sobre o *compromisso*, que abrangia os artigos 1.037 a 1.048. A sentença arbitral somente se executava depois de homologada, salvo se o árbitro fosse um juiz estatal nomeado pelas partes. Ao compromisso aplicavam-se as normas da transação.

18. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 69-70.