



**Negociação processual com a Fazenda Pública à luz da teoria de Jürgen Habermas:
exposição e proposta de alteração na redação do art. 13, §12 da lei nº 13.874/2019**

Caroline Carneiro Gusmão¹

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a (in)viabilidade da negociação processual com a Fazenda Pública, nos termos propostos pelo artigo 13, §12 da Lei nº 13.874/2019, à luz da teoria de processualização do discurso desenvolvida por Jürgen Habermas. Verifica-se que a celebração de negócios processuais nos moldes propostos pela Lei nº 13.874/2019, limita a negociação processual à participação da Fazenda Pública e do Poder Judiciário, excluindo da relação a outra parte litigante; percebe-se, então, que vai de encontro à proposta de Habermas e do próprio Código de Processo Civil, pois, ao excluir a parte que litiga com a Fazenda Pública da celebração dos negócios processuais, foge do modelo de comparticipação e policentrismo, hierarquiza o público e o privado e prejudica a isonomia na formação do *iter* procedimental. Propõe-se, assim, uma nova redação para o art. 13, §12 da Lei nº 13.874/2019, com fundamento na teoria da processualização do discurso de Habermas, para incluir a parte na negociação processual com a Fazenda Pública e o juiz, garantindo-se a isonomia e o equilíbrio entre a autonomia pública e autonomia privada. A metodologia utilizada será a dogmática, com o emprego do método de revisão bibliográfica, consistente na técnica de análise de livros, artigos, teses, dissertações, legislação, relatórios de órgãos oficiais e resoluções sobre os temas a serem pesquisados.

Palavras-chave: Processualização do discurso. Negociação processual. Comparticipação. Policentrismo. Autonomia pública e privada.

**Procedural negotiation with the Public Finance in the light of Jürgen Habermas' theory:
exhibition and proposal for change in the writing of art. 13, §12 of law no. 13.874/2019**

Abstract: The present work aims to analyze the (un)feasibility of procedural negotiation with the Fazenda Publica, in the terms proposed by the 13th article, 12th paragraph of the Law No. 13.874/2019, by Jürgen Habermas theory. The procedural negotiation on the proposed terms by the Law number 13874/2019 limits procedural negotiation to the participation of the Public Treasury and the Judiciary, excluding from the relationship with another litigant part; this confronts the Habermas proposal and the Civil Procedural Code itself because, by excluding the

¹ Caroline Carneiro Gusmão. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Centro Universitário Guanambi (Unifg). Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Pesquisadora do *SerTão* – Núcleo Baiano de Direito e Literatura. Pesquisadora do CAJU – Centro de Estudos sobre Acesso à Justiça. Diretora de Mulheres da Lei do Capítulo Salvador da J. Reuben Clark Law Society (<http://www.jrcls.org/>). Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. E-mail: ccgusmao1@gmail.com. <http://lattes.cnpq.br/7319909866531304>.

party that litigates with the Public Treasury from the celebration of procedural business, it escapes the model of co-participation and polycentrism, hierarchizes the public and the private and harms the isonomy in the formation of the procedural iter. Therefore, a new wording for art. 13, §12 of Law No. 13,874/2019, based on Habermas' discourse proceduralization theory, to include the party in the procedural negotiation with the Public Treasury and the judge, guaranteeing isonomy and balance between public autonomy and private autonomy. The methodology used will be dogmatic, with the use of the bibliographic review method, consisting of the technique of analyzing books, articles, theses, dissertations, legislation, reports from official bodies and resolutions on the topics to be researched.

Keywords: Processualization theory. Procedural negotiation. Reimbursement. Polycentrism. Public and private autonomy.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar a (in)viabilidade da negociação processual com a Fazenda Pública, nos termos propostos pelo artigo 13, §12 da Lei nº 13.874/2019, à luz da teoria de procedimental desenvolvida por Jürgen Habermas, que propõe um equilíbrio entre a autonomia pública e autonomia privada, traduzida na participação dos cidadãos como autores de direitos e não apenas destinatários e com respeito ao sistema de direitos fundamentais.

A metodologia utilizada será a dogmática, com o emprego do método de revisão bibliográfica, consistente na técnica de análise de livros, artigos, teses, dissertações, legislação, relatórios de órgãos oficiais e resoluções sobre os temas a serem pesquisados.

O primeiro tópico do texto apresenta uma síntese das ideias habermesianas, enfatiza as formas apresentadas por sua teoria para garantir a legitimação do direito, em especial a participação dos cidadãos como autores de direitos, em uma perspectiva democrática de processo.

A segunda seção do artigo, narra o panorama de evolução das teorias processuais, com breves explicações sobre as correntes do liberalismo e do socialismo processuais, sua superação e a construção de uma perspectiva do processo adequada ao novo paradigma democrático-constitucional vigente desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O terceiro tópico do trabalho discorre acerca do tratamento jurídico destinado à negociação processual pelo direito brasileiro, sua conformidade com a teoria de processualização

do discurso de Habermas e com os atuais ditames constitucionais do processo. Apresenta os acordos de procedimento previstos no artigo 190 do Código de Processo Civil como mecanismo de equilíbrio entre a autonomia pública e a autonomia privada e como uma forma de democratização da construção do *iter* procedimental pela participação dos sujeitos processuais.

A quarta seção investiga a negociação com a Fazenda Pública como forma de garantir (ou não) o equilíbrio entre a autonomia pública e privada, nos termos do artigo 13, §12 da Lei nº 13.874/2019. Infere-se que a redação do citado artigo vai de encontro à proposta de Habermas e do próprio Código de Processo Civil, pois exclui a parte que litiga com a Fazenda Nacional da celebração dos negócios processuais, foge do modelo de comparticipação e policentrismo, hierarquiza o público e o privado, prejudica a isonomia na formação do *iter* procedimental e fragiliza ao papel do processo de proteção do cidadão contra os abusos que podem emergir dos poderes estatais.

Em considerações finais, conclui-se pela adequação dos negócios jurídicos processuais atípicos ao atual modelo constitucional de processo, consistindo os acordos de procedimento previstos no artigo 190 do CPC mecanismo de equilíbrio da autonomia pública e privada conforme teoria de Jürgen Habermas, bem como efetivação da proposta de comparticipação e policentrismo processuais. Sugere-se uma alteração na redação do artigo 13, §12 da Lei nº 13.874/2019, a fim de que a negociação processual com a Fazenda Pública possa se adequar ao contemporâneo paradigma constitucional processual.

1. A TEORIA DE JÜRGEN HABERMAS E O EQUILÍBRIO ENTRE A AUTONOMIA PÚBLICA E A AUTONOMIA PRIVADA

Jürgen Habermas, ao desenvolver sua teoria do direito, se afasta das ideias de subordinação do direito à moral e reconsidera a necessidade de complementariedade entre eles. Dessa forma, o conceito de direito defendido pelo autor pretende solucionar as polêmicas envolvendo os ideais liberais e republicanos (OMMATI; PEDRON, 2019), defendendo um equilíbrio entre eles a partir da integração de dois elementos: autonomia pública e autonomia privada².

² Nesse sentido, “com efeito, não há prevalência de uma autonomia sobre a outra, o que assegura que a criação legítima do Direito deve ocorrer em concurso de vontades entre os interesses públicos e privados. Impende registrar, que a participação dos particulares deve ser garantida de forma plena, oportunizando que o discurso possibilite o consenso, ainda que implicitamente, com o fim de alcançar a coerência social” (MENDES; PEDRON; HENRIQUES, 2019, p. 6).

O objetivo desse estudo não é esgotar toda a teoria do direito de Habermas, tampouco expor as críticas ao seu pensamento, mas sim identificar, a partir de um panorama das ideias do reportado autor, pontos favoráveis ou desfavoráveis acerca da celebração de negócios jurídicos processuais atípicos com a Fazenda Pública, nos termos propostos pelo artigo 13, §12 da Lei nº 13.784/2019. Para o estudo da teoria de direito habermesiana, parte-se da seguinte premissa:

O processo democrático carrega o fardo da legitimação. Pois tem que assegurar simultaneamente a autonomia privada e pública dos sujeitos de direito; e para formular adequadamente os direitos privados subjetivos ou para impô-lo politicamente, é necessário que os afetados tenham mobilizado o poder comunicativo para a consideração de suas necessidades interpretadas de modo novo. Por conseguinte, a compreensão procedimentalista do direito tenta mostrar que os pressupostos comunicativos e as condições do processo de formação democrática da opinião e da vontade são a única fonte de legitimação (HABERMAS, 1997b, p. 310).

Com o paradigma da modernidade, restou superada, ou, ao menos, questionada, a ideia de legitimação do direito a partir de regras oriundas de uma ordem natural, com características divinas, transcendentais (CHAVES, 2013). Nessa perspectiva, Jürgen Habermas propõe uma nova visão de legitimação do direito, com realocação da moral na formulação da norma: “o ‘ponto de vista moral’ deve reconstruir essa perspectiva intra-mundialmente, quer dizer, deve recuperá-la dentro dos limites do nosso mundo compartilhado intersubjetivamente” (HABERMAS, 2004, p. 18).

A proposta de Habermas funda-se, então, na construção das normas pelos próprios sujeitos de direito. Para o autor, a existência do direito depende da garantia de exercício da autonomia privada do indivíduo e da participação de todos os cidadãos em sua construção, no exercício da autonomia pública (OMMATI; PEDRON, 2019). A autonomia privada consiste na “garantia aos indivíduos de determinadas liberdades subjetivas de ação a partir das quais podem agir em conformidade com seus próprios interesses” (OMMATI; PEDRON 2019, p. 149-150). Já a autonomia pública é a “garantia de legitimidade do procedimento legislativo, através de iguais direitos de comunicação e participação” (OMMATI; PEDRON, 2019, p. 149-150).

O princípio do discurso, para Habermas, encerra a ideia de validade das normas, aqui entendidas em sua forma geral: “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” (HABERMAS, 1997a, p. 142). Quanto ao princípio da democracia, Habermas o define a partir de uma perspectiva jurídica, não mais considerando apenas as normas em sua forma geral. Traduz-se

o significado do princípio democrático, então: “somente podem pretender a validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva” (HABERMAS, 1997a, p. 145).

Percebe-se, das definições de princípio do discurso e princípio da democracia, que o segundo consiste em uma leitura jurídica do primeiro. A realização do direito a partir da superação das ideias liberais e republicanas, conforme propõe Habermas, está atrelada ao paradigma do procedimentalismo, cujo objetivo é proteger as condições do procedimento democrático, consistente na “ocupação pelos cidadãos que participam de discursos políticos, dos lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente de burocracias do Estado social” (HABERMAS, 1997b, p. 183).

Para o alcance do paradigma procedimental e a legitimidade do direito, o equilíbrio entre a autonomia privada e autonomia pública é condição indispensável. É a partir dele que se desenvolverá o respeito aos direitos humanos e à soberania popular. Transportando-se a proposta de Habermas acima exposta para o âmbito do direito processual civil brasileiro, verifica-se que a teoria habermesiana, a partir do equilíbrio entre a autonomia pública e autonomia privada, desembocará nas propostas policêntrica e participativa surgidas no paradigma democrático-constitucional do processo³, exemplificadas, neste trabalho, pela possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais.

2. DO LIBERALISMO PROCESSUAL AO NOVO PARADIGMA DEMOCRÁTICO-CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

Se, para Habermas, o equilíbrio entre a autonomia pública e a autonomia privada é necessário para a legitimação do direito⁴, em matéria processual, no Brasil, o alcance desse equilíbrio perpassa, necessariamente, pela superação das ideias do liberalismo e da socialização processual, buscando-se a construção de uma perspectiva do processo adequada ao novo

³ Conclui Guilherme Henrique Lage Faria: “o diálogo entre o público e o privado contribui para enriquecer o debate acerca do acesso à justiça democrático, alcançando-se uma tutela processual realmente efetiva e adequada à concretização do direito, por meio de uma ótica policêntrica e participativa do processo” (FARIA, 2019, p. 237).

⁴ Sobre o equilíbrio entre a autonomia pública e a autonomia privada, vale destacar: “para Habermas o sistema dos direitos deve resultar de uma co-originariedade da autonomia privada e pública mediante a tradução do modelo da autolegislação por uma teoria do discurso, ao apregoar que os participantes são, além de destinatários, também autores de seus direitos” (SOBRINHO, 2014, p. 15).

paradigma democrático-constitucional vigente desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁵.

Em linhas gerais, o liberalismo processual tem suas origens no período pós-revoluções burguesas. As reformas processuais da época, além de rechaçarem a formalização dos procedimentos, concediam especial importância ao papel das partes no processo, relegavam ao juiz um comportamento passivo, cuja manifestação estaria adstrita aos limites impostos pelos litigantes (PEDRON; NUNES, 2019) e pautavam-se no conceito de igualdade formal, ignorando, portanto, a existência de eventuais desigualdades existentes entre as partes que pudessem comprometer o efetivo contraditório (NUNES, 2012).

O favorecimento da atuação das partes no processo proporcionado pelo liberalismo processual pode ser considerado exemplo de exercício da autonomia privada e autossuficiência em relação ao Estado. Contudo, a ausência (ou, ao menos, a minimização da presença) do magistrado na condução do processo, aliada ao conceito de igualdade meramente formal, gerou, nas palavras de Dierle Nunes “um sistema degenerado, que facilitava a esperteza da parte mais hábil” (NUNES, 2012, p. 77). Diante dessa precariedade, não é possível afirmar que o liberalismo processual corresponde ao equilíbrio entre a autonomia pública e a autonomia privada proposto por Habermas.

A debilidade da garantia do contraditório e do papel do juiz no sistema liberal, aliada ao paradigma do Estado de Bem-Estar Social a partir do final do século XIX, resultou em campo fecundo para surgimento de uma nova perspectiva processual, contrária à vigente até então (OMMATI, PEDRON, 2019). Partindo-se da premissa do direito como instrumento de transformação social, tem-se o socialismo processual como defensor de forte atuação estatal para garantia de direitos e deveres das partes e o reforço dos poderes do juiz (protagonismo judicial).

Dierle Nunes aponta três juristas como principais expoentes do socialismo processual: Anton Menger, Franz Klein e Oskar Bülow. Suas contribuições podem ser resumidas nas ideias de juiz representante dos pobres; do processo como instituição estatal de bem-estar social e de protagonismo judicial (NUNES, 2012). O processo, então,

Deixava de ser visto como ‘coisa das partes’ para espelhar um lugar no qual se exprimia a autoridade do Estado, com o escopo não somente de tutelar os interesses privados,

⁵ Para Igor Raatz, “o modelo democrático-constitucional de processo pressupõe um redimensionamento do velho esquema de divisão trabalho entre as partes e o juiz no processo civil, o qual se encontra(va) assentado numa pseudo-dignidade normativa atribuída ao chamado ‘princípio dispositivo’ e nas deturpações realizadas pela doutrina italiana que, gradualmente, cuidou de relativizá-lo para permitir a concessão de amplos poderes ao juiz no âmbito da chamada *técnica processual*” (RAATZ, 2019, p. 295).

mas, também, de realizar o interesse público da administração da justiça (RAATZ, 2019, p. 79).

Enquanto que, no processo liberal, não se cogitava a compensação das desigualdades existentes entre as partes (já que vigorava a igualdade formal), a doutrina proposta por Anton Menger pregava justamente o contrário⁶: o juiz de Menger, atento às lutas de classes e aos privilégios dos ricos, assumiria uma postura “paternalista” em relação à parte economicamente hipossuficiente, deixando de lado a imparcialidade e exercendo efetiva representação da parte mais pobre (NUNES, 2012).

O paternalismo judicial difundido por Anton Menger contribuiu para a proposta de reestruturação processual de Franz Klein: o processo deveria funcionar como mecanismo de promoção do bem-estar social e o juiz, diante das diversas possibilidades de sentido da lei, deve complementar o papel do legislador e escolher o sentido que será aplicado àquele caso concreto. O modelo de processo defendido por Klein, embora tenha a intenção de superar o desequilíbrio entre as partes, preponderante no liberalismo processual, resulta na possibilidade de exercício do ativismo judicial, que, segundo o referido autor, deveria, *verbis*:

dar ao magistrado a “metade da tarefa” normativa, isto é, permitir que o mesmo “complemente” o trabalho do legislador e mais, que tal trabalho possui um componente de originalidade e de personalidade, é justamente o que vem sendo defendido e feito, por exemplo, em países como o Brasil sob o manto do “princípio da proporcionalidade” – utilizado, inclusive, de forma incorreta (OMMATI; PEDRON, 2019, p. 91).

O protagonismo do juiz ganhou mais força na doutrina do socialismo processual com o desenvolvimento da teoria de Oskar Bülow, centrada na figura do magistrado como protagonista do processo e no papel secundário ocupado pelas partes na formação do *iter procedimental*. Pela proposta de Bülow,

[...] a dialeticidade do processo e a influência das partes na formação do provimento decisório ao qual irão se submeter são suplantadas por uma postura de superioridade do julgador em relação a elas, sendo o contraditório relegado a mero elemento formal validador de uma jurisdição monolítico-salvacionista exercida pelo agente estatal instituído da função judicante, o qual possuía um “saber privilegiado”, assumindo as partes o papel de meros colaboradores do julgador na formação da decisão (FARIA, 2019, p. 168).

⁶ Sobre as críticas de Menger ao liberalismo processual, vale destacar as palavras de Flávio Pedron: “Menger critica os ideais liberais, especialmente quanto à complexidade do aparato jurisdicional e quanto à passividade judicial: para ele, em razão da luta de classes e do dogma da igualdade formal (igualdade perante a lei na qual o Estado desconsidera as diferenças sociais/econômicas das pessoas) os ricos sempre eram privilegiados” (OMMATI; PEDRON, 2019, p. 87).

As premissas sustentadas por Menger, Klein e Bülow mostram-se contrárias à proposta polifônica defendida por Jürgen Habermas para legitimação do direito. Ao buscarem combater a desigualdade entre as partes por meio da exacerbação dos poderes do juiz na condução do processo, Menger, Klein e Bülow relegam o papel das partes ao segundo plano e negam a participação dos cidadãos como autores de direitos e não apenas destinatários. O ativismo judicial oriundo do exercício de metade da tarefa legislativa pelo juiz desequilibra a relação da autonomia pública e da autonomia privada defendida por Habermas⁷.

As fragilidades do liberalismo e do socialismo judicial fazem surgir a necessidade de modificação do sistema processual, a fim de que este se adeque, finalmente, ao novo paradigma democrático-constitucional. Essa adequação deve garantir o equilíbrio entre o papel das partes e do julgador, a partir de uma proposta de comparticipação e policentrismo processual, tanto na construção da decisão quanto na construção do próprio procedimento⁸.

O atual paradigma democrático constitucional tem como tarefa atenuar os extremismos dos anteriores modelos liberal e social, pleiteando a harmonia entre a autonomia pública e a autonomia privada e com efetiva participação dos cidadãos na construção do direito e sua legitimação; nas palavras de Igor Raatz,

Isso significa dizer que o Estado Democrático de Direito se contrapõe à relação pendular entre o privado e o público presente na contraposição entre Estado Liberal e Estado Social. Na verdade, busca-se um equilíbrio entre a autonomia privada e a autonomia pública, o que já significa pensar o espaço público numa dimensão democrática. Sobreleva aqui uma co-originariedade entre o direito e o mecanismo para a geração do direito legítimo (princípio democrático, espelhada na noção de *autolegislação do cidadão*, a exigir que aqueles que estão submetidos ao direito como destinatários seus possam entender-se como autores do próprio direito (RAATZ, 2019, p. 91-92).

No processo civil brasileiro, as propostas policêntrica e comparticipativa ganharam força com a edição da Lei nº 13.105/2015 - Código de Processo Civil (CPC/2015). Buscando

⁷ Nesse sentido, Dierle Nunes: “[...] tanto o paradigma Liberal quanto o Social compartilham a visão produtivista de uma sociedade econômica apoiada no capitalismo industrial que despreza o nexos interno entre a autonomia pública e privada (HABERMAS, 1994, p. 491-492) e delinea um quadro de exclusão mediante uma cegueira social (no liberal) ou por meio de uma insensibilidade com a autodeterminação dos cidadãos (no social) (HABERMAS, 1994, p. 470)” (NUNES, 2012, p. 202).

⁸ Guilherme Henrique Lage Faria destaca a importância da teoria de Habermas para construção de um processo policêntrico e comparticipativo: “a partir do giro linguístico e dos estudos de Habermas, percebe-se que a estruturação e a análise do processo democrático passam pela adoção de uma noção policêntrica que não pode privilegiar nenhum dos sujeitos processuais” (FARIA, 2019, p. 201).

ajustar a sistemática processual aos parâmetros da Constituição de 1988⁹, centrada na proteção dos direitos fundamentais e na democracia, o CPC/2015 apresenta mecanismos de distribuição da responsabilidade dos sujeitos processuais e garantia efetiva do contraditório e da ampla defesa, como, por exemplo, o princípio da cooperação (artigo 6º) e a proibição de prolação de decisões surpresas “com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (artigo 10).

Para além da comparticipação e do policentrismo na formação da decisão judicial, o CPC/2015 permite aos sujeitos processuais participarem da formação do *iter* procedimental, por meio da celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, nos termos do art. 190, que autoriza “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”, com controle de validade dos acordos sob responsabilidade do juiz.

A cláusula geral de negociação processual propicia a adequação do procedimento em conformidade com o litígio apresentado e com as peculiaridades dos litigantes. Ao permitir a influência da vontade das partes na construção do procedimento, fiscalizada pelo Poder Judiciário (que deve assegurar, quando da celebração do negócio, o respeito aos direitos fundamentais no processo, em especial o contraditório e a ampla defesa), os acordos de procedimento podem ser encarados como um exemplo de mecanismo de equilíbrio entre a autonomia pública e autonomia privada, nos termos da teoria habermesiana¹⁰.

A negociação processual imprime ao procedimento uma “perspectiva democrática”, oriunda da tensão entre os modelos liberal e social; ao facultar a adequação do processo às peculiaridades da demanda e à realidade e expectativas dos jurisdicionados, o acordo de procedimento, à luz das lições de Faria (2019),

oportuniza uma ampla problematização do papel dos sujeitos do processo, sob uma ótica policêntrica (comparticipativa) do sistema, abrindo campo para uma releitura do formalismo processual, e, por conseguinte, do papel que a estrutura procedimental deve cumprir para garantir uma adequada fruição dos direitos fundamentais pelo jurisdicionado (FARIA, 2019, p. 196).

⁹ Nesse sentido: “o modelo constitucional de processo representa uma garantia para qualquer pessoa de que seus direitos fundamentais serão respeitados e de que todas as decisões que tragam impacto jurídico em sua vida serão construídas mediante a sua participação, por meio de um devido processo legal, com possibilidade de argumentar e influenciar a decisão final” (SOARES; ANDRADE, 2019, p. 222).

¹⁰ Sobre o tema, vale destacar o posicionamento de Antônio do Passo Cabral: “Em verdade, o processo não é mais nem “coisa do juiz” nem “coisa das partes”; ele é, às vezes, coisa do juiz, porque a jurisdição é um serviço público que implementa uma função estatal; é coisa das partes porque o processo põe em causa interesses privados, os quais o juiz é chamado a decidir. Além da distinção tradicional das concepções acusatória e inquisitória, a primeira pendendo o processo na direção do direito privado, e a segunda puxando-o para o direito público, o que a contratualização contemporânea do processo civil revela é a emergência de uma concepção cooperativa de processo, apoiada por uma administração concertada da justiça. O processo é dominado por um princípio de cooperação eficiente entre juiz e partes, na busca por uma solução justa e eficaz do litígio” (CABRAL, 2016, p. 12).

Verificar-se-á, a seguir, o tratamento jurídico destinado à negociação processual pelo direito brasileiro, sua conformidade com a teoria de processualização do discurso de Habermas e, por fim, investigar-se-á a negociação com a Fazenda Pública como forma de garantir (ou não) o equilíbrio entre a autonomia pública e privada, nos termos da Lei nº 13.874/2019.

3. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Os negócios jurídicos processuais são didaticamente organizados conforme uma teoria geral, que tem por base a classificação dos fatos jurídicos processuais *em* sentido amplo como gênero, do qual fazem parte os fatos processuais *lato sensu*, *stricto sensu* e negócios jurídicos processuais (CABRAL, 2016). Em observância à perspectiva central desse trabalho, tratar-se-á, neste tópico, apenas dos negócios jurídicos processuais.

A teoria geral dos negócios jurídicos processuais abriga a categoria dos atos processuais em sentido lato, caracterizados pela incidência do autorregramento da vontade. São definidos como a “[...] exteriorização de vontade consciente – que, juridicizados por normas processuais, têm o condão de produzir resultados dentro do processo juridicamente protegidos ou não proibidos” (BRAGA, 2007, p. 24). Com maior amplitude comparada aos atos processuais em sentido estrito, os negócios jurídicos processuais permitem a incidência tanto da determinação da categoria jurídica quanto de seus resultados. O autorregramento da vontade reflete, portanto, na prática do ato e na produção dos resultados daí advindos.

Na disciplina do autorregramento de vontade, Paula Sarno Braga aponta que a autonomia das partes para celebração dos negócios jurídicos processuais está limitada por normas cogentes, “quando só resta a escolha pela categoria eficaz” (BRAGA, 2007, p. 24) e por normas dispositivas, “quando também é possível o regramento do conteúdo eficaz do negócio, sempre dentro de balizas legais mínimas” (BRAGA, 2007, p. 24).

As balizas legais mínimas para propositura da negociação processual estão previstas pelo próprio Código de Processo Civil, ao tratar do tema em seu artigo 190:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único: De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

O artigo 190 do CPC somente permite a realização dos acordos do procedimento quando o litígio envolver direitos que permitam a autocomposição, os chamados direitos disponíveis; significa dizer que estão fora do alcance do negócio jurídico processual, por exemplo, os direitos da personalidade, os referentes ao estado e capacidade da pessoa. Por exclusão, é possível afirmar que a cláusula geral de acordo do procedimento poderá ser celebrada nas causas que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis (aqueles referentes ao patrimônio cujo titular pode usar, gozar e dispor conforme sua vontade).

Entretanto, no que tange ao regramento de direitos indisponíveis, as regras esposadas comportam algumas exceções. Salienta Leonardo Greco que

a norma para celebração de negócios jurídicos processuais não alcança, sem exceções, os direitos indisponíveis, mas impede, tão somente, a pactuação dos acordos de procedimento que possam prejudicar ou dificultar a tutela desses direitos (GRECO, 2007, p. 11).

No mesmo sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, já se manifestou: “Enunciado n.º 135: A indisponibilidade do direito material não impede, por si só a celebração de negócio jurídico processual”.

Somente podem celebrar o acordo do procedimento partes plenamente capazes, elemento presente, inclusive, no plano de validade dos negócios jurídicos de forma geral. Compreender-se-á, no presente estudo, como parte plenamente capaz aquele que possui, além da capacidade de fato (que permite o exercício de direitos pelo próprio indivíduo), a capacidade jurídica (permite ao indivíduo adquirir e exercer direitos e contrair obrigações) e a capacidade processual, definida como “aquela que habilita a pessoa para ocupar posição processual, figurando em juízo, seja como autor ou como réu, assistente ou oponente, defendendo seus interesses” (GUIMARÃES, 2011, p. 64).

Dúvidas podem surgir, neste ponto, acerca da possibilidade de celebração da cláusula geral de acordo do procedimento por aqueles cuja legislação considera incapazes. Acredita-se que o melhor caminho para dirimir essas dúvidas seja o emprego da regra geral de representação processual dos incapazes, prevista no artigo 71 do CPC: “o incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador, na forma da lei”. Assim, não se vislumbra qualquer

impedimento de negociação processual por incapazes, desde que devidamente representado ou assistido no processo.

Ainda em relação à capacidade para firmar negócios jurídicos processuais, merece destaque o conteúdo do parágrafo único do art. 190 do CPC, ao tratar de manifesta situação de vulnerabilidade. Considerando-se que, para esse trabalho, os acordos de procedimento constituem um exemplo de mecanismo de equilíbrio entre a autonomia pública e privada, sendo isso possível somente com o respeito aos direitos fundamentais, não há que se admitir negócios processuais celebrados por partes vulneráveis, sob pena de ofensa às garantias do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas.

A vulnerabilidade apontada pelo parágrafo único do art. 190 do CPC refere-se às situações em que as partes não estejam em igualdade de condições (a serem verificadas no caso concreto), como por exemplo, os consumidores frente aos fornecedores de produtos e serviços ou os trabalhadores frente aos empregadores. Caso seja verificado desequilíbrio na celebração do negócio, cabe ao juiz recusar-lhe a validade, garantindo, portanto, a igualdade substancial e o efetivo contraditório (YARSHELL, 2015).

Necessário destacar-se, ainda, que os limites de atuação da negociação processual precisam obedecer aos parâmetros constitucionais estabelecidos em matéria processual, com enfoque na garantia do contraditório e da ampla defesa, em uma perspectiva policêntrica e participativa do processo, a fim de que sejam respeitados os direitos fundamentais e as garantias constitucionais do atual modelo processual (FARIA, 2019).

Diante do atual cenário jurídico imposto pela Constituição de 1988, resta evidente a necessidade de se equilibrar a participação dos sujeitos processuais na condução do processo, seja, como já destacado, na garantia de influenciar a decisão judicial (por meio do efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa), seja na possibilidade de adequação do *iter* procedimental, este por meio da cláusula geral de acordo de procedimento¹¹.

Observadas as balizas legais mínimas para propositura da negociação processual, conclui-se que o referido instituto adequa-se ao paradigma do Estado Democrático de Direito, em especial porque materializa a participação dos sujeitos processuais na formação do procedimento, proporcionando o equilíbrio entre a autonomia privada (no caso, exercício da liberdade com o

¹¹ Nesse sentido, Antônio do Passo Cabral: “de fato, os acordos processuais estão em harmonia com os princípios do contraditório e da colaboração. São a mais perfeita expressão do modelo cooperativo de processo, ultrapassando a dualidade vetusta processo dispositivo processo-inquisitivo, tanto no *common law* como no *civil law*” (CABRAL, 2016, p. 192).

autorregramento de vontade) e a autonomia pública (representada, aqui, pelo papel fiscalizador das convenções processuais exercido pelo magistrado), respeitando-se, portanto, a comparticipação e o intersubjetivismo característicos da estruturação processual após o giro linguístico (FARIA, 2019).

4. NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL COM A FAZENDA PÚBLICA: LEI Nº 13.874 DE 20 DE SETEMBRO DE 2019

A possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos não está restrita ao Código de Processo Civil, estando presente, também, na Lei nº 13.874 de 20 de setembro de 2019. Reportada legislação trata dos direitos de liberdade econômica e seus dispositivos alteraram diversos artigos de outras leis, em especial o artigo 19, §12 da Lei nº 1.522 de 19 de julho de 2002 (dispõe sobre o cadastro informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências), que passou a permitir a negociação processual entre a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e o Poder Judiciário:

Art. 13. A Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

§ 12. Os órgãos do Poder Judiciário e as unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional poderão, de comum acordo, realizar mutirões para análise do enquadramento de processos ou de recursos nas hipóteses previstas neste artigo e celebrar negócios processuais com fundamento no disposto no art. 190 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

Em primeira análise, infere-se que a negociação processual celebrada pela Fazenda Pública não está proibida, haja vista que o artigo 190 do CPC não obstaculiza o assunto, estando o acordo de procedimento, então, sujeito às balizas legais mínimas já discutidas para sua validade e eficácia. Da mesma forma, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, em seu Enunciado nº 256, entende ser possível a Fazenda Pública celebrar negócios jurídicos processuais.

Dúvidas podem surgir, nesse ponto, a respeito dos acordos de procedimento e as especificidades da atuação da Fazenda Pública em juízo. Não é o objetivo central desse trabalho discutir os aspectos especiais da negociação processual com a Fazenda, todavia, é preciso ressaltar que a legalidade, a isonomia, o princípio do interesse público e a eficiência devem ser observados quando oficializado o negócio processual (SIQUEIRA, 2019).

A controvérsia a ser analisada refere-se ao fato do artigo 13 da Lei nº 13.874/2019 ter limitado a negociação processual à Fazenda Nacional com o Poder Judiciário, excluindo-se a parte litigante com o Estado da participação de formação do *iter* procedimental por meio da celebração dos acordos de procedimento.

Veja-se que, pela leitura do artigo 190 do CPC, as mudanças no procedimento são propostas pelas partes e independem de autorização judicial, cabendo ao magistrado somente controlar a validade das convenções; nas palavras de Antônio do Passo Cabral,

o Estado-juiz não é parte da convenção processual, exercendo função de controle de sua validade, não da conveniência de sua celebração. No mesmo sentido, não há necessidade de homologação prévia das convenções processuais (CABRAL, 2016, p. 38).

Ora, a lei processual brasileira, ao positivar a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais, objetivava imprimir à formação do procedimento uma perspectiva participativa e policêntrica, com equilíbrio entre a autonomia pública e a autonomia privada. Isso não significa, todavia, como resta claro na redação do art. 190 do CPC, eliminar a função do magistrado ou excluir um dos sujeitos processuais da formação do acordo, mas sim equalizar o papel de cada um dentro do processo.

Percebe-se, então, que a redação do artigo 13, §12 da lei 13.874/2019, vai de encontro à proposta de Habermas e do próprio Código de Processo Civil, pois, ao excluir a parte que litiga com a Fazenda Pública da celebração dos negócios processuais, foge do modelo de participação e policentrismo, hierarquiza o público e o privado, prejudica a isonomia na formação do *iter* procedimental e fragiliza o papel do processo de garantia dos direitos fundamentais e proteção do cidadão contra os abusos que podem emergir dos poderes estatais (SOARES; ANDRADE, 2019).

Propõe-se, então, uma modificação na redação do art. 13, §12 da Lei nº 13.874/2019, com fundamento na teoria da processualização do discurso de Habermas, para incluir a parte na negociação processual com a Fazenda Nacional e conceder ao juiz os poderes de tão somente controlar a validade das convenções (observando as peculiaridades da atuação da Fazenda Pública em juízo, a tutela dos direitos fundamentais e as garantias processuais constitucionais), assegurando-se, assim, a isonomia e o equilíbrio entre a autonomia pública e autonomia privada, conforme sugestão abaixo:

Art. 13. A Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

§ 12. Os órgãos do Poder Judiciário e as unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional poderão, de comum acordo, realizar mutirões para análise do enquadramento de processos ou de recursos nas hipóteses previstas neste artigo. A Fazenda Nacional poderá, também, celebrar negócios processuais com fundamento no disposto no art. 190 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), cabendo aos órgãos do Poder Judiciário controlar a validade das convenções, observando as peculiaridades da atuação da Fazenda Pública em juízo, a tutela dos direitos fundamentais e as garantias processuais constitucionais.

Com a mudança pretendida, a Lei nº 13.874/2019 permitirá o exercício, pelos sujeitos processuais, da atividade discursivo-argumentativa na construção do *iter* procedimental e a adequação da negociação processual com a Fazenda Pública ao novo paradigma processual constitucional fundado na comparticipação e no policentrismo, com garantia da isonomia na construção do processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao desenvolver sua teoria do direito, Jürgen Habermas buscou superar os paradigmas do liberalismo e do republicanismo e pautar a legitimidade das normas jurídicas na premissa de que os cidadãos seriam, ao mesmo tempo, autores e destinatários do direito. A ideia de Habermas funda-se na busca pelo equilíbrio entre a autonomia pública e a autonomia privada, que conduz, no âmbito do direito processual civil, a ideia de policentrismo e comparticipação como características fundamentais de um modelo democrático-constitucional de processo.

Da pesquisa realizada, infere-se que, no processo civil brasileiro, as propostas policêntrica e participativa, com fundamento em Habermas, ganharam força com a edição da Lei nº 13.105/2015 - Código de Processo Civil (CPC/2015) -, que traz em seu texto mecanismos de distribuição da responsabilidade dos sujeitos processuais e garantia efetiva do contraditório e da ampla defesa, tanto na formação da decisão judicial quanto na formação do *iter* procedimental, por meio da celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, nos termos do art. 190.

Averiguou-se se a proposta de negociação processual atenderia ao paradigma do Estado Democrático de Direito, chegando-se uma resposta positiva, haja vista que o referido instituto materializa a participação dos sujeitos processuais na formação do procedimento,

proporcionando o equilíbrio entre a autonomia privada (no caso, exercício da liberdade com o autorregramento de vontade) e a autonomia pública (representada, aqui, pelo papel fiscalizador das convenções processuais exercido pelo magistrado).

Analisou-se, por fim, as especificidades na celebração dos acordos de procedimento com a Fazenda Pública, previstas pelo artigo 13, §12 da Lei nº 13.874/2019; examinou-se que a redação reportado artigo, vai de encontro à proposta de Habermas e do próprio Código de Processo Civil, propondo-se, assim, uma modificação na redação do art. 13, §12 da Lei nº 13.874/2019, para incluir a parte na negociação processual com a Fazenda Nacional e conceder ao juiz os poderes de tão somente controlar a validade das convenções, assegurando-se, então, a isonomia e o equilíbrio entre a autonomia pública e autonomia privada.

REFERÊNCIAS

- BRAGA, Paula Sarno. *Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência*. Revista de Processo, nº 148. São Paulo: Revista dos Tribunais, junho de 2007. Disponível em: https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/paula_sarno_braga_teor%C3%ADa_do_fato_jur%C3%ADdico_processual.pdf. Acesso em 03 de dezembro de 2019.
- BRASIL. *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 03 de dezembro de 2019.
- BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 03 de dezembro de 2019.
- BRASIL. *Lei nº 13.874 de 20 de setembro de 2019*. Institui a declaração de direitos de liberdade econômica; estabelece garantias de livre mercado e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em 03 de dezembro de 2019.
- CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. E-book.
- CHAVES, Ronaldo Santana. *A teoria procedimental de Habermas: a superação do conflito entre autonomia privada e autonomia pública*. 2013. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/101078>. Acesso em 03 de dezembro de 2019.
- FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios processuais no modelo constitucional de processo*. Salvador: Juspodivm, 2019.
- GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual – primeiras reflexões*. Revista Eletrônica de Direito Processual, 1ª Edição. Outubro-Dezembro de 2007. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657>. Acesso em 03 de dezembro de 2019.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Compacto Jurídico*. 15ª Edição. São Paulo: Rideel, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade – v. 1*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade – v. 2*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudo de teorias políticas*. São Paulo: Loyola, 2004.

MENDES, Jeferson de Oliveira. HENRIQUES, Rebeca Souza. PEDRON, Flávio Quinaud. *O controle de constitucionalidade como mecanismo assecuratório dos direitos fundamentais à luz da teoria discursiva do Direito de Habermas*. Revista de Direito da Faculdade Guanambi, v. 6, n. 01, p. e248, 12 jul. 2019. Disponível em: <http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/248>. Acesso em 03 de dezembro de 2019.

NUNES, Dierle Coelho José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012.

OMMATI, José Emílio Medauar. PEDRON, Flávio Quinaud. *Teoria do direito contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2019.

PEDRON, Flávio Quinaud. NUNES, Dierle Coelho José. BAHIA, Alexandre. *Teoria geral do processo*. Salvador: Juspodivm, 2019.

RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental*. Salvador: Juspodivm, 2019.

SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. LUCENA, Victor Felipe Fernandes. *A cláusula geral de negociação processual pela Fazenda Pública no NCPC: uma análise restritiva em face do interesse público e da eficiência*. Revista PGM - Procuradoria Geral do Município de Fortaleza, v. 26, n. 1, jul. 2019. Disponível em: <https://revista.pgm.fortaleza.ce.gov.br/index.php/revista1/article/view/354/280>. Acesso em 03 de dezembro de 2019.

SOARES, Carlos Henrique; ANDRADE, Tatiane Costa de. *Interpretação do artigo 139, IV, do CPC no modelo constitucional de processo*. Revista de Direito da Faculdade Guanambi, v. 5, n. 02, p. 195-225, 9 mar. 2019. Disponível em: <http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/238/119>. Acesso em 03 de dezembro de 2019.

SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. SANTOS, Rafael Padilha dos. *A autonomia privada e a autonomia pública no pensamento de Jürgen Habermas*. Revista Direitos Culturais, v. 9, n. 17, p. 15-31, mai. 2014. ISSN 2177-1499. Disponível em: <http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/1320>. Acesso em: 03 dez. 2019.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

*Recebido em: 20/07/2021.
Aprovado em: 06/05/2022.*