

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

FACULDADE DE DIREITO

**OS LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCESSUAIS**

Aline Munhoz Ueno

Presidente Prudente/SP
2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

FACULDADE DE DIREITO

**OS LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCESSUAIS**

Aline Munhoz Ueno

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob orientação do Prof. Renato Tinti Herbella.

Presidente Prudente/SP
2017

OS LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Renato Tinti Herbella

Natacha Ferreira Nagão Pires

Leandro Santos Chaves

Presidente Prudente, 19 de Junho de 2017.

*“Para ser grande, sê inteiro: nada
Teu exagera ou exclui.*

*Sê todo em cada coisa. Põe quanto és
No mínimo que fazes.*

*Assim em cada lago a lua toda
Brilha, porque alta vive”*

Fernando Pessoa

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, autor da vida, por todas as graças concedidas e por ter me sustentado até aqui, sem Ele eu nada seria.

Sou grata de todo meu coração à minha família pelo apoio incondicional em todos os momentos de minha vida, por todos os ensinamentos transmitidos, pelo amor, carinho e pelos cuidados dedicados a mim, em especial meus pais e minhas irmãs.

Aos meus amigos, presentes de Deus em minha vida, que não medem esforços para me ver bem.

Ao meu orientador que com sua maestria e dedicação colaborou na elaboração deste trabalho.

E, finalmente, a todos que de que direta ou indiretamente contribuíram para a elaboração deste trabalho.

RESUMO

O que se pretende neste trabalho é analisar, num primeiro momento, a evolução do processo civil, o que ensejou a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, cuja lei trouxe dentro do seu corpo normativo a cláusula geral de negócio jurídico processual, conferindo às partes maior liberdade, podendo acordar a respeito de atos procedimentais. Em consonância com o Estado Democrático de Direito, pois desde que reconhecida a força normativa da Carta Magna, imperioso se faz que as leis estejam em conformidade com ela. O Código dentro da evolução da interpretação da Constituição, que tem como direito fundamental além da liberdade, a paridade entre as partes e a cooperação. Com a finalidade de um processo mais efetivo e de uma decisão mais justa, vislumbrando as peculiaridades do caso em concreto, e do direito material em questão. Evitando formalidades excessivas das normas estáticas. O procedimento determinado pelo legislador é abstrato, não podendo prever se será adequado para a tutela do direito material levado à jurisdição. Há, contudo, que nos atentarmos aos limites que as partes têm dentro dos negócios processuais.

Palavras Chaves: Negócio jurídico. Autonomia privada. Neoprocessualismo. Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

The aim in this paper is to analyze, initially, the evolution of civil procedure, which permitted the entry into force of the Civil Procedure Code 2015, whose law brought within its legislative body the general principle of procedural legal business, giving the parties greater freedom, being able to agree on any acts of procedure. In line with the democratic rule of law, as recognized since the normative force of the Constitution, imperative to do, that the laws comply with it. The code in this neoconstitucional vision, whose fundamental right beyond freedom, parity between the parties, and cooperation. With the purpose of a more effective process and a fair decision, glimpsing the case of peculiarities in concrete, and the right material in question. Avoiding excessive formalities static standards. The determined by the legislative procedure is abstract and can not predict whether it is appropriate for the protection of substantive law brought to court. There is, however, that neglect in the limits that the parties are within the procedural contract agreement.

Key Words: Legal contract agreement. Private autonomy. Neoprocesualismo. New Civil Procedure Code.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 NEOCONSTITUCIONALISMO	10
2.1 Força Normativa da Constituição	12
2.2 Expansão da Jurisdição Constitucional	13
2.3 Desenvolvimento de uma Nova Dogmática de Interpretação Constitucional	15
3. FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO	18
3.1 Fase Sincretista.....	18
3.2 Fase Processualista	19
3.3 Fase Instrumentalista	20
3.4 Neoprocessualismo.....	23
3.5 Influências dos Postulados no Código de Processo Civil de 2015	26
4 CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS JURÍDICOS.....	32
4.1 Fato Jurídico <i>Lato Sensu</i>	32
4.1.1 Fato jurídico <i>stricto sensu</i>	34
4.1.2 Ato jurídico	34
4.1.2.1 Ato Jurídico <i>stricto sensu</i>	36
4.1.2.2 Negócio Jurídico.....	36
4.2 Atos Ilícitos	37
5 CONCEPÇÕES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS	38
5.1 Concepção Subjetivista	38
5.2 Concepção Objetivista	40
5.2.1 Teoria preceptiva.....	41
5.3 Posição Teórica Adotada pelo Código Civil Brasileiro.....	41
6 FATO JURÍDICO PROCESSUAL.....	43
6.1 Negócio Jurídico Processual	46
6.2 Negócio Jurídico Processual Típico	50
6.3 Negócio Jurídico Processual Atípico	52
7 PASSAGEM DA AUTONOMIA DA VONTADE PARA AUTONOMIA PRIVADA..	53
8 OS LIMITES NA AUTONOMIA PRIVADA NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	59
8.1 A Supressão do Duplo Grau de Jurisdição.....	665
8.2 Plano da Existência.....	69
8.3 Plano da Validade	70
8.4 Plano da Eficácia.....	71

9 CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	74

1 INTRODUÇÃO

É certo de que o Processo Civil sofreu grandes transformações. Atualmente, com a evolução do direito constitucional, que teve início após o fim da Segunda Guerra Mundial, quando se verificaram inúmeras violações de direitos legitimadas e originadas através do Estado, vislumbra-se a necessidade da Constituição não ser uma mera carta política e sim uma garantidora de direitos, contendo força normativa.

Com a preservação dos direitos do homem e a valorização do princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição do Brasil foi promulgada em 1988, conhecida como Constituição Cidadã, reconhecendo assim o neoconstitucionalismo no direito pátrio, com a força normativa da Constituição.

Recentemente, entrou em vigência o novo Código de Processo Civil, que trouxe em seu corpo normativo a cláusula geral de negociação processual, que ampliou a liberdade das partes para que ajustem o procedimento de acordo com as peculiaridades do caso concreto, para que o processo seja mais efetivo. Indo em desacordo com o que era firmado no publicismo, em que o juiz era o detentor de poderes no processo, tendo uma posição hierarquicamente superior a das partes, portanto, interferiam minimamente no processo.

Neste diapasão é que foi elaborado o presente trabalho, utilizando-se do método hipotético dedutivo, abordando, primeiramente a evolução histórica do método interpretativo da Constituição até chegarmos ao atual, cujo método preceitua que todas as demais leis devem estar em consonância com a Carta Magna, consolidando, assim, a força normativa da Constituição, além de garantir os direitos fundamentais inerentes ao homem.

Isto posto, foi de grande importância o estudo acerca das fases metodológicas pelas quais o processo civil passou, para que em consonância com a Carta Magna vigente pudesse em seu corpo normativo trazer à baila a cláusula geral dos negócios jurídicos processuais. Para adentrarmos especificamente ao estudo dos negócios jurídicos processuais, fez-se mister a análise da teoria do fato jurídico, onde está inserido os negócios jurídicos.

Classificado o negócio jurídico, foram estudadas as concepções do negócio jurídico, dentre elas a subjetiva e a objetiva, as quais influenciam no método de interpretação destes.

Em seguida, foi analisada a teoria do fato jurídico no plano processual, para adentrarmos especificamente nos negócios jurídicos processuais, os quais são classificados como típicos (quando há previsão legal de tal negociação) ou atípicos (resultado da autonomia das partes, que criam seus próprios negócios jurídicos que surtem efeitos no processo), onde está alocado o artigo 190 do atual Código de Processo Civil, o qual permite que as partes possam acordar acerca de atos processuais.

Como o negócio jurídico é considerado um instrumento da autonomia privada, foi objeto de estudo do presente trabalho a passagem da autonomia da vontade, fundada no Estado Absolutista, com a intervenção estatal mínima, foi marcada pela liberdade contratual plena, até chegarmos à autonomia privada que preceitua que os interesses dos particulares devem estar em consonância com o interesse da sociedade.

Por fim, foram analisados os limites da autonomia privada dentro dos negócios jurídicos processuais, principalmente no que tange ao referido negócio atípico trazido pelo Código de Processo Civil.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO

Devem preceder o estudo proposto as evoluções históricas acerca do tema. Iniciou-se essa evolução do direito constitucional com o pós-guerra, especialmente na Alemanha. A Constituição Alemã de 1949 é uma referência desse novo direito constitucional. Foi considerada uma grande conquista já que à época vigorava a teoria positivista em que era defendida a ideia de que a lei deveria ser a mais completa possível para que o juiz não tivesse liberdade de interpretar, devendo a lei ser cumprida para que fosse garantida a segurança jurídica. Sob a mesma justificativa os princípios não eram considerados como normas. Ademais, para que a lei fosse considerada válida, deveria observar o procedimento legislativo adequado, não havia controle do conteúdo da norma.

Com o fracasso dos regimes totalitários, a população passou a clamar por direitos e garantias instituídos por lei, temerosos de nova violação de direitos por parte do Estado, e um meio eficiente de controle da Carta Magna.

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso disserta (2009, p. 03):

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª. Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria.

Foi então que se rompeu com o padrão estabelecido pelo positivismo jurídico, em que para a lei passar a ser uma expressão do que é o direito, bastava obedecer ao respectivo processo legislativo, ou seja, deveria ser observada apenas a validade formal. Sob esse pretexto, cometeram injustiças, violaram direitos, de maneira legítima, ou seja, dentro da legislação vigente. Aduz Eduardo Cambi (2011, p.37):

O neoconstitucionalismo se propõe a superar o paradigma da validade meramente formal do direito, no qual bastava ao Estado cumprir o processo legislativo para que a lei viesse a ser a expressão jurídica. Com isto, o direito deve ser entendido dentro das respectivas relações de poder, sendo intolerável que, em nome da “vontade do legislador”, tudo que o Estado faça seja considerado legítimo.

Diante desses fatos, a Constituição passou a tutelar os direitos humanos em seu corpo normativo. No momento em que são positivados, tais direitos são chamados de fundamentais. A dignidade da pessoa humana passa a ter um valor predominante na tutela jurídica. Não se restringe a relação de Estado e pessoas, mas se estende a relações privadas, para assegurar que as pessoas tivessem salvaguardados seus direitos, quando estes forem violados ou ameaçados de lesão, posto que a violação de direitos pode se dar por qualquer particular.

No âmbito internacional, a norma que adquiriu maior destaque foi o princípio interpretativo “pro homine”, que determina que as leis e tratados que versam sobre direitos humanos não se excluem, pelo contrário, se complementam, já que asseguram um direito ou garantia do homem, vale a regra que mais ampliá-los.

No Brasil, teve seu início com a promulgação da Constituição Democrática de 1988, concomitantemente à redemocratização do país, já que este sofria a passagem do regime autoritário para a democracia. Acerca, dessa influência do neoconstitucionalismo no Brasil, novamente citaremos Eduardo Cambi, jurista referência sobre o tema (2007, p. 05):

Os reflexos das alterações constitucionais, ocorridas na Europa, foram sentidas, significativamente, no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988 que marca, historicamente, a transição para o Estado Democrático de Direito. Nestes quase vinte anos de Constituição, sem embargo as constantes reformas constitucionais operadas no texto original, permitiram a construção, paulatina, de uma importante cultura jurídica de valorização do sentimento constitucional. As sérias crises institucionais surgidas no país, nestas duas décadas, como o impeachment de um presidente aos gravíssimos indícios de corrupção que vêm sendo apurados pelas comissões parlamentares de inquéritos, encontraram na Constituição e na jurisdição constitucional as soluções políticas e jurídicas – criticáveis ou não – para a manutenção da estabilidade democrática.

Há que se referir a importância da influência europeia no Brasil, que passava por uma fase de transição, de um regime militar – época em que os direitos foram violados, assim como na Europa na época em que regiam o totalitarismo – para o Estado Democrático de Direito.

Em suma, o neoconstitucionalismo traduz-se como a superação do positivismo, sendo considerado um novo método de interpretação da Constituição sob o viés garantista, tutelando em seu corpo normativo além da separação dos poderes, os direitos humanos.

Sob o aspecto teórico, segundo Luis Roberto Barroso, (2009, p. 06), para chegarmos ao neoconstitucionalismo, o direito constitucional passou por três transformações, quais sejam, o reconhecimento de força normativa à Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e, por fim, o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

2.1 Força Normativa da Constituição

Como já exposto anteriormente, finda a Segunda Guerra Mundial, passaram a visar a necessidade de uma lei em que catalogasse direitos e garantias, para que nem mesmo o Estado pudesse violá-los. Desse modo, a Constituição passou a ser dotada de força normativa, superando assim, a visão de uma Era, pois a Constituição era vista apenas como uma carta de conteúdo político.

Neste diapasão, partindo desta premissa inicial, Konrad Hesse (Juiz da Suprema Corte Alemã e catedrático da Universidade de Freiburg) escreveu, na década de 50, uma de suas mais famosas obras, “A força normativa da Constituição”. Aduz Hesse (1991, p. 24):

A Constituição jurídica logra a conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas” tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição.

Nesta, Hesse aponta pela necessidade de um ordenamento misto, composto por regras e princípios, mostrando que a experiência do positivismo clássico não dera tão certo, haja vista que a ditadura hitlerista fora amparada pelo Direito, foi legal, se valendo da fragilidade da Lei Fundamental de Weimar.

A partir deste raciocínio, num ordenamento composto por regras e princípios elevar à Constituição valores extrajurídicos, como a moral, princípios, *et cetera*; são as bases do fenômeno que vivemos hoje.

Não podemos nos esquecer, no entanto, que após a Segunda Guerra Mundial, o Poder Judiciário ganhou uma maior importância, a ponto de ser o Poder neutralizador dos outros dois e muitas das vezes, sendo mais pujante que inerte,

pelo famigerado ativismo judicial. A discussão é tamanha que, atualmente, as Supremas Cortes se tornaram palco da chamada “Judicialização da Política”. Portanto, estas mudanças só foram possíveis graças a uma mudança do conceito de Constituição.

Essa nova visão da Constituição fez com que ela passasse a ser entendida não apenas como uma carta de cunho político, mas uma carta dotada de imperativo jurídico, quebrando assim, a visão do Constitucionalismo Clássico.

José Joaquim Gomes Canotilho, (1993, p. 184 e 185), conclui que:

Virtude de eficácia vinculativa reconhecida às normas programáticas, deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre norma jurídica actual e norma programática (altuelle Rechtsnorm-Programmsatz): todas as normas são actuais, isto é, tem força normativa independente do acto de transformação legislativa. Não há, pois, na constituição, simples declarações (sejam oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) a que não se deva do valor normativo, e só seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico de dito valor.

Portanto, o reconhecimento da força normativa da constituição nos leva a três consequências: impõe ao legislador um vínculo permanente à realização da imposição legal, a constituição passa a ser considerada como um diretivo material, vinculando, desse modo, todos os órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, servindo assim, como um limite.

Esse vínculo da positividade de todas as normas constitucionais acarreta conseqüentemente na expansão jurisdicional da constituição, motivo pela qual é considerada como a segunda transformação do direito constitucional.

2.2 Expansão da Jurisdição Constitucional

O Poder Judiciário tem a missão, delegada pela constituição, de fazer o controle difuso de constitucionalidade; todos os magistrados devidamente ingressos podem, diante de um caso concreto, analisar a constitucionalidade de qualquer norma. Obedecendo assim, o princípio da Supremacia da Constituição, que determina que toda norma ou ato administrativo deve estar de acordo com o texto constitucional, não podendo feri-lo.

No Brasil, também há o controle concentrado de constitucionalidade, desde o ano de 1965. Com a promulgação da Constituição de 1988, seu rol de

legitimados ativos foi ampliado, assim como foi criada a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Como traz Eduardo Cambi (2007, p.11), as críticas que se dão sobre esses institutos estão galgadas na seguinte indagação: os juízes, pessoas que não foram eleitas pelo povo, poderiam decidir sobre assuntos políticos que atingem a maioria da população?

Para responder a questão, Cambi traz a importância de conceituar o que é a democracia, trazendo o nomeado Norberto Bobbio (1999, p. 319-329) que entende a Democracia sob dois aspectos: formal e material.

Em sua obra Dicionário de Política para o famigerado Bobbio (1999, p. 325-326), no aspecto formal, a democracia se preocupa com a forma da representação política, ou seja, um direito visando o povo. Desse modo, incumbe ao Legislativo (composto por pessoas eleitas direta ou indiretamente pela população) a elaboração de leis. Para ele, a democracia sob o aspecto formal são as regras que determinam como chegam à decisão, e não sobre o conteúdo desta. Já que a vontade do representante nem sempre corresponde à vontade do representado.

Com isso, houve o afastamento do povo com o processo político, iniciando uma crise representativa, em que o aspecto formal passou a ser insuficiente, fazendo com que rompesse o Direito e a lei, já que esta nem sempre era justa e de acordo com a vontade do povo. Quando a lei contrariasse a Constituição, era considerada um não direito.

Diante dessa insuficiência, surgiu à necessidade da democracia ser vista sob um novo aspecto. Ela começou a ser analisada sob o aspecto material, deixou de ser um governo do povo, para ser um governo para o povo. Segundo esse prisma, a Constituição, antes de qualquer coisa, deve assegurar os direitos fundamentais.

Depois dessa conceituação sobre a democracia, Eduardo Cambi retorna à questão quanto às críticas supramencionadas dizendo (2007, p. 12):

É insofismável que os membros do Poder Judiciário não são eleitos; isto, contudo, não lhes retira missão constitucional de concretização dos direitos fundamentais. O problema não é atribuir-lhes poder para dizer, no caso concreto, se as leis ou os atos normativos são constitucionais, mas instituir mecanismos de controle para assegurar que a escolha, a opção e a decisão obtida sejam aquelas que melhor concretizem à Constituição. A legitimidade do poder dos juízes coloca a jurisdição – de iuris (direito) dictio (dizer) – no centro das discussões constitucionais e processuais contemporâneas.

Ademais, há que se destacar que o juiz, mesmo tutelado pelo princípio do livre convencimento motivado, previsto no artigo 371 do atual Código de Processo Civil, é limitado pelos dispositivos legais, principalmente os constitucionais.

Outra limitação que o Judiciário sofria, influenciada pelas ideias iluministas, é o que denomina Sérgio Fernando Moro (2004, p. 314-315) de legislador positivo, cujo mito impõe aos juízes apenas declarar a vontade concreta da lei ou, no máximo, atuar como legislador negativo, declarando a inconstitucionalidade de qualquer lei contrária à Constituição.

Deve-se ressaltar de que as ideias iluministas vieram quando o Estado era liberal, e impunha aos seus agentes apenas não fazeres. O que não se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito, que impõe, além dos deveres de não fazer, deveres garantistas, visando à tutela dos direitos fundamentais. Prova disso são as cláusulas gerais, dando ao juiz a liberdade de interpretação.

Concluindo sobre a atuação do Judiciário, Eduardo Cambi cita o nomeado jurista Eduardo Juan Couture Etcheverry (ETCHEVERRY *apud* CAMBI, 2011, p.16), que entende:

A sentença é, pois, o resultado da interpretação dinâmica dos fatos à luz dos valores, princípios e regras jurídicas, a ser desenvolvido pelo juiz, não seguindo uma lógica formal (produto de um raciocínio matemático ou silogístico) nem com o intuito de se criar um preceito legal casuístico e dissociado do ordenamento jurídico, mas, dentro das amplas molduras traçadas pela Constituição, permitir, mediante a valoração específica do caso concreto, à solução mais justa dentre as possíveis.

Para os doutrinadores supramencionados, então, a sentença seria um dos instrumentos utilizados pelo juiz, em que atribuem ao caso concreto, o que interpretaram da lei ou constituição e nessa atribuição produzem normas jurídicas no caso concreto. A seguir, prosseguiremos com o estudo da terceira grande transformação do direito constitucional, segundo Barroso em seu artigo “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito”.

2.3 Desenvolvimento de uma Nova Dogmática de Interpretação Constitucional

A nova dogmática de interpretação teve início com a constitucionalização, em que os direitos fundamentais, tanto materiais quanto

processuais passaram a ter previsão constitucional. Retirando assim, os objetos fundamentais da interpretação das normas infraconstitucionais.

Há que se ressaltar as alterações sofridas acerca da noção que temos sobre princípio. Antes da década de 1950, o princípio não era visto como detentor de força normativa, era visto como uma mera declaração, uma carta de bons interesses. Não havia a possibilidade de fazer uma petição ou julgar com base, exclusivamente, em um princípio.

Não é demais destacarmos a diferença entre princípio e regra. Princípios são normas imediatamente finalísticas, que apontam para um estado ideal, um objetivo a ser atingido, sem, contudo, descrever a conduta necessária para se alcançar esse estado ideal, ou seja, a principal função de um princípio é apontar para o estado ideal que o Estado privilegia. Diferentemente, as regras são normas descritivas, indicam ao seu destinatário um comportamento a ser seguido.

Com a vinda da nova visão acerca da constituição, após a Segunda Guerra Mundial, em que se tornou relevante o princípio da dignidade da pessoa humana, para dizer que acima do ordenamento alemão havia tal princípio, veio à tona a necessidade de maior estudo dessas normas. Cumpre ressaltar que no Brasil, tal princípio foi trazido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, e só depois com a promulgação da Constituição de 1988.

A partir desse momento, os princípios passaram a ser detentores de força normativa, ou seja, ganharam força vinculante.

Com o novo método de interpretação constitucional e as mudanças acerca da força normativa dos princípios, houve a possibilidade de encontrar-se um equilíbrio entre a vinculação e a flexibilização, visando melhores soluções na colisão entre os direitos fundamentais.

Acerca dessa concretização dos princípios fundamentais no Brasil, aduz Lênio Luiz Streck (2012, p. 79)

Construímos uma teoria da Constituição que representou expressivos progressos na concretização dos direitos fundamentais-sociais. Darwinianamente, as disciplinas jurídicas foram se adaptando às demandas de uma sociedade complexa. Efetivamente, a teoria do direito cresceu. E muito. A teoria do direito (*lato sensu*) praticada no Brasil talvez seja, em todo o mundo, a que mais pratique a inter (trans)disciplinariedade.

Podemos aferir então, que é no caso concreto, com a atividade das partes e do juiz, que se poderá concretizar os princípios constitucionais. Contudo, o juiz não deve se valer do uso dos princípios para decidir conforme sua vontade; para resolver essa questão, o atual Código de Processo Civil trouxe em seu artigo 489, parágrafo primeiro, traz as hipóteses em que se considera desmotivada a decisão judicial. No sentido inverso, explica ao magistrado como fundamentar sua decisão.

Acerca do tema, adverte Arthur Kaufmann (2004, p. 272-273):

Não se podem 'aplicar' princípios gerais de direito como se de uma receita culinária se tratasse; e não se pode neles 'subsumir' como se faz sob o tipo de furto. Eles são demasiado gerais para que tal seja possível. Mas tais princípios são importantes tópicos de argumentação e assumem um especial relevo, sobretudo, quando está em causa tutela das minorias e dos mais fracos. Está claro que tais princípios são tanto mais contingentes quanto mais concretamente os concebemos e raramente se poderá fundamentar uma decisão apenas em um desses princípios. Não se pode expor em abstracto a forma como operam os princípios gerais de direito na argumentação, apenas se podem dar exemplos.

Tanto que hoje podemos falar que se banalizou o uso dos princípios do caso concreto, o que os doutrinadores chamam de pamprinciologismo. Atualmente, é necessário redefinir os contornos dos princípios, para que sejam aplicados de forma coerente.

3. FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO

Como já mencionado no capítulo anterior, a Constituição serve como base de interpretação e argumentação para as leis infraconstitucionais. Com o neoconstitucionalismo, podemos falar que o processo também foi impactado com essas transformações do direito constitucional. Assim, a doutrina passou a chamar essa nova fase do processo de neoprocessualismo.

Para adentrarmos no estudo do neoprocessualismo é imprescindível trazer à baila as fases pelas quais o processo passou.

3.1 Fase Sincretista

Nessa fase havia uma confusão entre o direito material e processual, também conhecida como fase imanentista, exatamente por estar a ação compreendida no direito material.

Esclarece José Eduardo Carreira Alvim (2005, p. 116):

[...] a fase sincretista do processo subdivide-se em: a) período primitivo: inicia-se com a própria história da humanidade e atinge o século XI d.C. (direito romano); b) escola judicialista: nasce com a criação das universidades do continente europeu.

Nesse período que ocorre o fenômeno da recepção do direito romano (vai do século XI até o século XV); c) praxismo: denominado de tendência dos práticos, nasceu na Espanha no começo do século XVI. Nesse período, o direito processual era considerado como o conjunto de regras práticas sobre a forma de proceder em juízo. Também era uma reação às formas processuais trazidas pelo direito romano, mediante a valorização do direito nacional, como os usos e costumes locais; d) procedimentalista: nasce na França (século XIX) tendo como causa política a revolução francesa. Aqui o processo deixou de ser visto segundo a praxe, passando a encontrar a lei como fundamentação. Nesse cenário fica em evidência o Código de Napoleão.

Dessa forma, não havia uma ciência que estudava o processo de forma autônoma, sendo ele estudado de maneira empírica, não havia consciência sobre os princípios, os conceitos próprios acerca do processo ou seus métodos.

O processo era visto como o direito material em movimento, uma realidade externa. Não havia nem mesmo a ideia de relação jurídica processual existente entre os sujeitos, esta era confundida com a relação jurídica material.

Há autores que defendem a existência desta fase desde a origem do homem, pois em virtude da confusão entre o direito material e o direito processual, todas as vezes em que se resolvia um litígio entre as pessoas, o direito material estava concretizado, assim como o direito processual. Sobre isso aduz Marco Félix Jobim (2014, p. 117): “É de se concluir que numa linha mais voltada à filosofia do direito processual, sempre que o homem buscou seu direito frente a outro, até que a autonomia do processo fosse devidamente reconhecida”.

Os alemães passaram a estudar a natureza da ação e do processo a partir do século XIX, sendo que foi a partir desse momento que essa fase passou a ruir, já que, como dito, não havia embasamento científico que a sustentasse, dando início à fase processualista.

3.2 Fase Processualista

Igualmente conhecida como a fase do autonomismo, nela o sistema processual passou a ser estudado a partir de uma conceituação, os pressupostos, sua natureza jurídica, bem como a natureza jurídica da ação, as condições desta, elevando o direito processual como uma ciência.

Cândido Rangel Dinamarco em sua obra “Instituições de Direito Processual Civil”, defende que esta fase teve início com a famigerada obra “Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais” de Oskar von Büllow, momento em que se verificou o começo da diferenciação da relação jurídica material em relação a processual no que tange tanto aos sujeitos, objeto e pressupostos.

Foi dessa maneira que o processo começou a ter seus próprios métodos de estudo, apartados dos do direito material. A doutrina se preocupava em elaborar teorias, e todas elas convergiam no pensamento de que era uma ciência autônoma em relação ao direito subjetivo, material.

Ademais, essa fase dedicou-se exclusivamente ao estudo do processo, preocupando-se em conceituar os institutos deste. De tal modo que as normas de direito processual foram vistas como um procedimento, ou seja, não visavam os bens da vida, e sim os fenômenos processuais, quais sejam, as ações e jurisdição. Foi nessa fase que os processualistas compreenderam que o processo não é o modo pelo qual se exerce os direitos, e sim um caminho para obtenção da tutela jurisdicional.

Foi reconhecida a autonomia da matéria processual, de tal maneira que o processo passou a ser visto como tendo um fim em si mesmo, sendo considerada uma fase introspectiva. Houve, portanto, um culto exacerbado às normas processuais, já que queriam provar a autonomia delas, se distanciando assim da realidade. Dessa forma, superada essa fase, passaremos ao estudo da fase instrumentalista.

3.3 Fase Instrumentalista

Nesse momento, os constitucionalistas visavam a eficácia constitucional. Conscientizando assim, os processualistas passaram a ver o processo como um instrumento para concretizar a justiça. Portanto, o processo passou a ser estudado sob a premissa do neoconstitucionalismo, estudado no capítulo anterior.

O processo civil passou a regular a atuação no caso concreto das normas jurídicas, passando a visar não apenas questões jurídicas, como também sociais e políticas.

Nas palavras de Dinamarco (2002, p. 206), sendo o processo um instrumento, "todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina".

A instrumentalidade, visão de Dinamarco, objetiva o aprimoramento do processo e sua concepção. Para o mesmo autor (1996, p. 268), as formas seriam meios preordenados aos objetivos específicos de cada momento processual.

A valorização excessiva do procedimento nos afasta conseqüentemente da justiça, que é a finalidade do processo.

A fim de combater esse excesso de formalismo no processo, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, em sua obra "Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo", se contrapõe a visão de Dinamarco, entende que o conflito da segurança e da efetividade resulta na forma em sentido amplo, ou formalismo valorativo.

A rigor, o formalismo valorativo além de fazer uma ponderação entre a eficácia e a segurança jurídica, valoriza a boa fé e a ética dentro do processo. São as mesmas premissas do neoprocessualismo.

O formalismo valorativo compreende não apenas as formalidades do processo, mas também as fronteiras delimitadas dos poderes, faculdades e deveres das partes. Para o desenvolvimento do processo, os sujeitos processuais, dentro dos seus limites, devem cooperar.

O formalismo tinha como objetivo igualar as partes, sendo, portanto, não só um fundador da efetividade, mas também da segurança do processo. Fundando, assim, uma ordem a ser seguida dentro do processo e delimitando-o. Porém, este formalismo passou a ter um caráter negativo, já que foi levado ao seu extremo, levando a um excesso que acabou por desgastá-lo.

Para ordenar o processo, deve ser levado em consideração não apenas o formalismo, mas sim sua finalidade, de adequação, tempo razoável do processo e meios para alcançar a justiça material da sentença.

É necessário observarmos que não apenas a segurança e efetividade do processo compreendem os únicos valores presentes no âmbito processual. Pois o processo, acima de tudo, visa à justiça no caso concreto. Tal como o excesso de formalismo, pode não concretizar a justiça e sim inibi-la, tendo como uma das consequências a dilação dos prazos e, assim, aniquilando os direitos fundamentais.

Depois de quase um século, os processualistas perceberam que o processo, mesmo sendo autônomo, deve ser o meio pelo qual se efetiva a justiça. Perde-se a visão do processo pelo processo; este passa a ser analisado como um meio para se atingir um fim, qual seja, a tutela feita pelo juiz, dentro da ideia do acesso à justiça.

Não obstante, reconhecem a diferença entre o direito processual e o direito material, e suas interdependências, formando-se assim, a teoria circular dos planos material e processual, desenvolvida por Carnelutti.

Para tal teoria, o direito processual efetiva e concretiza o direito material, havendo, portanto, uma relação de servidão, onde o direito processual serve ao direito material, e é servido por ele.

Sob a égide de Cândido Rangel Dinamarco (1990 p. 267-303), a instrumentalidade do processo tem seus aspectos negativos e positivos. Sob o aspecto negativo, a instrumentalidade visa combater o formalismo, com a capacidade de menosprezar o caráter instrumental, mas sem deixar que leve à insegurança jurídica.

Segundo o mesmo autor supracitado, perante o aspecto positivo, o processo deve ser capaz de produzir todos os objetivos constitucionais, em quatro campos fundamentais: (i) admissão em juízo, (ii) o modo de ser do processo (a relação dinâmica entre as partes, bem como a relação entre o juiz e o processo, observadas as garantias constitucionais), (iii) justiça das decisões e (iv) a efetividade das decisões.

Agregado a esses fundamentos, podemos incluir também o direito de ação, a ampla defesa, a igualdade e o contraditório efetivo, o juiz natural, a publicidade dos atos processuais, a independência e imparcialidade do juiz, a motivação das decisões judiciais e a possibilidade de controle recursal das decisões, todos estes amparados pela Constituição.

Na esfera do processo civil, dependendo do direito material lesado, nem sempre o jurisdicional é a tutela adequada. Devido ao princípio da adequação jurisdicional, deve ser encontrado um meio efetivo para o bem jurídico violado. Um exemplo é o mandado de segurança.

Para Fredie Didier (2012, p. 79), no âmbito processual civil, o princípio da adequação pode ser analisado em dois momentos: no Legislativo, como produtor das regras processuais; e no Judiciário, permitindo ao juiz, no caso concreto, adaptar o procedimento às peculiaridades da causa, chamado de princípio da adaptabilidade, elasticidade ou adequação formal do processo.

Portanto, através da adequação é possível que se relativize o procedimento, com a finalidade de dar maior efetividade ao direito material lesado, no caso concreto, outorgando, assim, a justiça.

Hoje, já podemos falar que a atividade jurisdicional é também fonte criadora de norma jurídica, no caso concreto. Deixando de lado, a visão de que o Judiciário faz papel de legislador negativo.

Desse modo, as normas processuais não devem ficar apenas no plano teórico, a instrumentalidade do processo deve ser capaz de produzir técnicas processuais mais efetivas, céleres e adequadas ao caso concreto, devendo, no entanto, observar as premissas constitucionais.

Com a evolução desse entendimento, o estudo do processo passou a ser visto sob uma nova premissa, alguns doutrinadores entendem não ser uma nova fase, e sim uma nova visão da fase instrumentalista, como Albert Calsamiglia, porém grande maioria entende que estamos diante de uma nova fase processual, qual seja,

o neoprocessualismo, defendido por Eduardo Cambi em seu livro “Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo” e Miguel Carbonell em sua obra “Neoconstitucionalismo(s)”.

3.4 Neoprocessualismo

Finda a Segunda Guerra Mundial, com o reconhecimento da força normativa da Constituição e dos princípios, o processo passou a ser mais flexível, alterando o que tange a segurança jurídica.

A visão positivista do processo foi sendo abandonada, conforme os princípios, conceitos jurídicos indeterminados e juízo de equidade passaram a ser o centro dos estudos. Os preceitos constitucionais passaram a influenciar em todo o sistema jurídico, inclusive nas normas processuais, sendo nesse momento que, influenciado pelo neoconstitucionalismo, surge o neoprocessualismo, um novo método interpretativo, analisando o processo à luz da Constituição. O uso do prefixo “neo” deve-se ao fato da nova visão, da nova fase metódica do processo.

Para que não se afaste a justiça material da decisão, o formalismo não deve ser levado ao seu extremo, deve haver a cooperação entre as partes, para que a sentença seja o resultado do trabalho conjunto das partes e do órgão judicial. Para tutelar as garantias constitucionais se exige, dentro do processo, o contraditório e o juiz natural, imparcial.

Nesse sentido, decidiu o Tribunal Constitucional da Espanha, na Sentença 57, de 08.05.1984:

As normas que contém os requisitos formais devem ser aplicadas tendo-se sempre presente o fim pretendido ao se estabelecer ditos requisitos, evitando qualquer excesso formalista que os converteria em meros obstáculos processuais e em fonte de incerteza e imprevisibilidade para a sorte das pretensões em jogo.

O formalismo valorativo deve respeitar os princípios da boa fé e da lealdade, por todos os sujeitos processuais, inclusive o juiz. Para que estes, cooperando, cheguem à justiça material da decisão. Nesse sentido Haroldo Lourenço, em seu artigo “O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC” para a revista EMERJ, disserta (2011, p. 18):

Como o formalismo-valorativo informa a aplicação da lealdade e da boa-fé, não somente para as partes, mas para todos os sujeitos do processo, inclusive o órgão jurisdicional com as partes e destas com aquele. Exatamente o emprego da lealdade no emprego dessa liberdade valorativa é que pode justificar a confiança atribuída ao juiz na aplicação do direito justo. Ora, tanto a boa-fé quanto a lealdade do órgão jurisdicional, seriam flagrantemente desrespeitadas sem um esforço efetivo para salvar o instrumento de vícios formais.

Como a lei perdeu a visão de ser fonte central de direitos e passou a ser subordinada à Constituição, deve estar em conformidade com esta. O juiz passou a fazer controle de constitucionalidade a partir do caso, em 1803, *Marbury v. Madison*, e deixou de ser um mero declarador do direito (lei).

A Constituição prevê em seu artigo 5º, inciso XXXV, o princípio fundamental do acesso à justiça. Dentro dessa compreensão do acesso à justiça, encontra-se amparado o processo justo. Nas palavras de Eduardo Cambi, compreende dentro dessa visão do acesso à justiça (2011, p. 25):

i) o ingresso em juízo; ii) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; iii) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); iv) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); v) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos).

Como já dito, mas se faz importante reprimir, que com a centralidade das normas à Constituição, rompeu-se com a visão de que o Código de Processo é a principal fonte de direito. Ressalta-se, portanto, o caráter publicístico do processo, ou seja, distanciado de sua acepção meramente privada.

O processo passa a ser um meio de efetivação de interesses superiores aos interesses dos particulares, voltado a realização do bem comum.

Essas garantias tuteladas pela Constituição Cidadã de 1988 não vinculam apenas as partes, mas também o juiz, o legislador e o administrador, já que dispõe que o processo deve ser célere, adequado e efetivo. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (1998, p. 140), os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva, ou seja, constituem um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva do Estado.

Assim, o neoprocessualismo, junto com o neoconstitucionalismo, vem para a construção de novas técnicas a fim de efetivar a celeridade e adequar o procedimento ao caso concreto, não violando os direitos fundamentais.

Daniel Mitidieiro, em sua tese de doutorado “Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo”. (2007, p. 20) entende que foi a partir da obra de Oskar von Büllow, “La teoría de las excepcionais Procesales y los Presupuestos Procesales”, que foi reconhecida a autonomia em matéria processual. Dessa maneira o objetivo do processo foi redirecionado, atuando concomitantemente com a efetivação da justiça, atuação do direito e justa composição da lide.

Eduardo Cambi traz os ensinamentos de Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI *apud* Cambi, 2007, p. 38) acerca do garantismo; este, segundo Ferrajoli, se sustenta em três pilares: o Estado de Direito, a teoria do direito e a crítica do direito e, por último, a filosofia e a crítica da política. Enfim, busca-se um suporte na democracia, apenas se realizando com respeito às garantias constitucionais, influenciando, assim, na construção do neoprocessualismo.

Para não haver o excesso das garantias constitucionais, nos conflitos entre direitos fundamentais, deve-se proceder a uma análise sob o viés da proporcionalidade. Sobre a proporcionalidade faz-se mister destacar que, para a teoria moderna do Direito existe uma terceira espécie de norma, o que Humberto Ávila chama de postulados normativos, equivalentes do princípio da proporcionalidade. Os postulados normativos são normas metódicas que estruturam, organizam e viabilizam a aplicação das demais normas (princípios e regras). Os postulados normativos não entram em conflito, rigorosamente, com as demais normas, ao contrário, são invocados como método de solução de conflitos entre elas.

A teoria do direito, para evitar o uso desmedido e para objetivar a proporcionalidade, com o escopo de reduzir o subjetivismo, criou três submáximas para controlar a utilização da proporcionalidade pelos juízes. São elas: a adequação, sob a qual se analisa se a restrição imposta é apta para atingir o fim a que se destina; a necessidade, onde é analisada se a restrição imposta é a menos onerosa ao caso concreto e com a mesma eficácia; e a proporcionalidade em sentido estrito, onde há a ponderação, o balanceamento de valores.

Em nome da celeridade, houve a superação da unidade e unicidade do julgamento elaborado por Giuseppe Chiovenda, havendo um rompimento entre o julgamento de mérito, sustentado pelo paradigma processual clássico, para levar a efetivação dos direitos fundamentais na jurisdição célere.

Não podemos nos esquecer, no entanto, de que ao exigirmos um processo mais célere, perdemos em questão de segurança jurídica. Por isso, se faz imprescindível o respeito às garantias constitucionais.

Diante o exposto, a dificuldade do neoprocessualismo foi conciliar a instrumentalidade do processo com o garantismo. Objeto de estudo do próximo subtópico.

3.5 Influências dos Postulados no Código de Processo Civil de 2015

A exposição de motivos do atual código lista cinco objetivos. Em suma, o primeiro objetivo é que o ele esteja em consonância com a Constituição. Isso se deve ao fato do avanço verificado no que cerne ao direito constitucional já estudado, pois desde que reconhecida a força normativa da Constituição, as leis infraconstitucionais devem estar em conformidade com ela.

Os artigos primeiro e sexto (cláusula geral) do Código, portanto, enfatizam a visão neoconstitucional, cujos preceitos determinam que o processo deve atender os fins sociais, e que as partes, inclusive o órgão judicial deve cooperar para chegar à justiça material da decisão, observando as garantias e princípios constitucionais.

Com a vigência do atual código, podemos observar uma evolução no que concerne à promoção da igualdade de tratamento entre as partes, pelo magistrado, e da cooperação entre os sujeitos processuais, observando as diretrizes constitucionais.

O atual código amplia consideravelmente o rol dos negócios jurídicos processuais atípicos, qual seja, a redução dos prazos peremptórios, previsto no artigo 222, parágrafo primeiro, que aduz que o juiz não pode reduzir os prazos sem a anuência das partes, portanto, se as partes concordarem o juiz pode reduzir os prazos peremptórios. Tal hipótese é abarcada dentro da classificação dos negócios jurídicos como sendo negócio jurídico típico plurilateral.

Outra hipótese, inspirada nos modelos francês e italiano, trazida pelo CPC de 2015 é o calendário processual. Tal novidade é trazida no artigo 191 do mesmo diploma legal, as partes podem convencionar um calendário para o seu procedimento, fixando datas e prazos para a realização dos atos processuais. Ficando as datas agendadas, dispensa-se a intimação para os atos a elas correlatos. O juiz, também deve estar de acordo com o calendário acordado entre as partes, pois ele também ficará vinculado a ele.

Sobre o tema, Leonardo Carneiro da Cunha em seu artigo “Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro” para o livro “Negócios Processuais” (2016, p. 63) menciona Gian Franco Ricci, dissertando em sentido favorável, pois segundo o famigerado doutrinador, as partes podem, desde o estabelecimento do calendário processual, saber sobre a possível duração do processo, já que acordaram sobre a previsão cronológica de quando será proferida a sentença. E a prefixação de um calendário processual, trazida pelo código, é inspirada no critério da velocidade, devendo ser evitada os atos protelatórios.

Dentro da classificação dos negócios jurídicos, o calendário processual é abarcado dentro dos negócios jurídicos processuais típicos plurilaterais, e tem a proposta de concretizar o princípio constitucional da duração razoável do processo.

O calendário processual pode ser estabelecido em qualquer momento do processo, mas seria mais coerente que se estabelecesse na fase saneadora, onde é organizado o processo, para o agendamento dos atos instrutórios. É possível também ser convencionado os prazos que versem sobre atos postulatórios, além dos atos decisórios e executivos. No que concerne a perícias, também é possível que se determine um calendário para a realização delas, em consonância com as determinações do artigo 465 do mesmo “codex”.

O Enunciado 299 do Fórum Permanente de Processualistas Civis determina: “O juiz pode designar audiência também (ou só) com objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário para fase de instrução e decisão”.

A elaboração do calendário é, como todos os negócios processuais, um acordo entre os sujeitos processuais (autor, réu e juiz). Não pode, no entanto, ser imposto pelo magistrado.

Ainda sobre o calendário processual, determina o parágrafo primeiro do artigo 191 do CPC/15, que apenas em casos excepcionais e devidamente

justificados é que os prazos estabelecidos entre os sujeitos processuais podem ser alterados.

Sobre esse assunto, há uma problemática levantada pela doutrina, pois o artigo 12 do CPC de 2015 determina que os juízes e tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. Porém, como compatibilizar tal dispositivo com a elaboração do calendário processual?

Na visão de Fredie Didier (2016, p. 65) há duas possíveis soluções para esse conflito: (i) a sentença não deve entrar na elaboração do calendário processual, sendo considerado um ato não passível de calendarização; (ii) deverá designar uma audiência específica para que o juiz profira a sentença, pois as sentenças proferidas em audiências são excluídas da ordem cronológica.

Há, no entanto, a visão adotada por Humberto Theodoro Junior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaus Pedron (2015, p. 257) que defendem que não há conflito entre a convenção acerca do calendário processual e o texto preceituado no artigo 12, incumbindo ao juiz a criação de uma nova técnica de gestão, administrando com eficiência suas demandas, compatibilizando as regras do Tribunal e as expectativas das partes.

Outro negócio jurídico processual típico trazido com o atual código é a hipótese de escolher consensualmente um perito. Diferentemente da redação originária do Código de Processo Civil de 1973, que determinava que o juiz nomeasse um perito e incumbia a cada parte indicar um assistente técnico, devendo este, assim como o perito nomeado prestar compromisso de cumprir exatamente o que lhe foi determinado, além de ser imparcial. Porém, no dia 24 de agosto de 1992, adveio a Lei nº 8.455, que estabeleceu que os assistentes técnicos não estariam mais sujeitos a suspeição ou impedimento, ou seja, poderiam ser quaisquer pessoas de confiança das partes.

O novo CPC mantém a regra geral, de que o perito deve ser nomeado pelo juiz; no entanto, faz uma ressalva: se as partes forem capazes e o direito permitir a solução através de autocomposição, o artigo 471 do atual código permite que as partes, de comum acordo, possam escolher um perito.

Tal hipótese é classificada como um negócio jurídico processual típico bilateral, pois, nesse caso, é irrelevante a vontade do magistrado, desde que respeitadas as determinações acima.

A audiência de saneamento e organização em cooperação com as partes, trazida pelo CPC no seu artigo 357, parágrafo 3º, é outra hipótese de negócio jurídico típico plurilateral. Tal negócio processual concretiza o princípio da cooperação, em que as partes, colaborando com a audiência, viabilizarão o saneamento, já que elas têm conhecimento específico sobre a causa em questão. O juiz, juntamente com as partes, determina as medidas a serem adotadas, justificando assim, a plurilateralidade do negócio jurídico.

Saneamento consensual ou acordo de saneamento, previsto no artigo 364, parágrafo 2º, classificado como negócio jurídico processual típico bilateral. De acordo com tal dispositivo as partes apresentam ao juiz um acordo, onde delimitam as questões controvertidas que fazem jus a análise do magistrado. Podem também, estabelecer as questões jurídicas, consensualmente, para análise do juiz, que pode julgar o mérito.

A última hipótese trazida pelo atual código de negócio jurídico processual típico é a desistência de um documento cuja falsidade foi argüida. No código de 1973 já havia a previsão, disposta no parágrafo único do artigo 392, que determinava que se a parte que produziu o documento em que foi argüida a falsidade concordar em retirá-lo dos autos, e se a parte contrária concordasse com esse desentranhamento, não se procedia ao exame pericial. Era, portanto, um negócio jurídico processual típico bilateral, pois dependia da vontade da parte contrária.

Contudo, o atual código não faz mais essa exigência. Atualmente, trata-se de um negócio processual típico unilateral, previsto no artigo 432 do atual CPC.

Como já mencionado nos capítulos anteriores, o atual CPC traz em seu artigo 190 a cláusula geral dos negócios jurídicos processuais atípicos, em que o procedimento pode ser ajustado de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

A cláusula geral dos negócios jurídicos processuais, contemplada neste dispositivo, rompe com o pensamento do Estado liberal, dando lugar à democracia social. Incumbe ao juiz velar pelo processo justo, devendo controlar a validade das convenções estabelecidas pelas partes, pois deve ser atendido, além dos interesses das partes, o interesse público.

Leva-nos a crer que tal dispositivo tem como objetivo a solução justa da lide, construindo um processo adequado às peculiaridades de cada caso,

devendo, no entanto, observar as garantias constitucionais como determina o artigo primeiro do CPC. O que distancia das formalidades excessivas, das normas estáticas. Dispõe o artigo 190 do atual CPC *in verbis*:

Versando o processo sobre direitos que admitam auto composição, 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.

Não é objeto de estudo do presente trabalho, mas cumpre dissertar que há duas espécies de tutela jurisdicional, a tutela comum e a tutela diferenciada. O que as distingue é que a tutela comum é aquela que segue o rito padrão determinado pelo Código de Processo Civil. Porém, fazendo uma analogia, em que não é possível curar todas as doenças com um mesmo medicamento, assim também ocorre com o processo, pois nem todos os litígios poderão ser solucionados de maneira efetiva pelo procedimento padrão. Devido a isso, surgem as tutelas especiais.

As tutelas especiais se voltam às exigências das particularidades do direito material que se pretende tutelar, adotando técnicas diferenciadas, a fim de que seja solucionada a lide de maneira efetiva e com presteza.

Há uma discussão se essa cláusula está vinculada à ideia de tutela jurisdicional especial. Contudo, parte da doutrina entende que independentemente das exigências do caso concreto, as partes podem acordar a respeito do procedimento, porque depende da vontade das partes em celebrar o acordo, e não das especificidades do caso. Diferentemente da tutela jurisdicional especial, em que o legislador não condicionou à vontade das partes, e sim à especificidade do caso concreto.

Podemos vislumbrar que o novo CPC valoriza a vontade das partes, determinando que o juiz assegure a igualdade delas, já que as partes, ao celebrarem um negócio jurídico que verse sobre matéria processual, não precisam requerer a homologação do juiz, cabendo a ele apenas analisar a validade do negócio. O código adota um paradigma de cooperação no âmbito processual. Podendo acordar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres dentro do processo, esse negócio pode ser celebrado antes ou durante o processo.

É possível, então, que em um negócio jurídico bilateral atípico as partes regulamentem o procedimento, criando, modificando ou extinguindo atos do rito em atendimento às particularidades do caso concreto. Essa convenção também pode ser classificada como negócio jurídico processual atípico plurilateral, nos casos em que o juiz também acorde, porém não se faz necessária tal anuência como regra, já que a lei apenas a prevê na hipótese do artigo 191 (calendário processual).

Novamente trazemos à baila um enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Civis, o de número 21, que tem a seguinte redação:

São admissíveis os seguintes negócios plurilaterais, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais.

As partes também podem convencionar sobre deveres e sanções que não são elencadas pela lei. Nesse sentido, também há um enunciado do Fórum supracitado, o décimo sétimo: “As partes podem, no negócio processual bilateral, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção”.

Enfim, podemos concluir que o código, influenciado na democracia participativa, possibilita que as partes negociem a respeito de regras processuais. Conferindo às partes igualdade, possibilitando que ambas criem, modifiquem ou extingam atos processuais, de acordo com as peculiaridades do caso demandado. O negócio processual atípico trazido pelo artigo 190 apenas será plurilateral no caso em que as partes, juntamente com o juiz, estabelecerem um calendário processual. Essa regra tem como premissa a maior efetivação do processo, posto que deva ser levado em consideração o direito material pleiteado, não se esquecendo, todavia, dos princípios constitucionais, principalmente o devido processo legal.

4 CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS JURÍDICOS

Em proêmio, antes de falarmos sobre os negócios jurídicos processuais, faz-se mister preceder com o estudo sobre a teoria dos fatos jurídicos, já que para esta os negócios jurídicos são uma espécie de fatos jurídicos. Conforme o ex Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Carlos Moreira Alves em sua obra “Direito Romano”, a teoria dos Atos Jurídicos não teve origem com os romanos, estes apenas deram sua contribuição com os atos de vontade, para que os juristas alemães, em meados do século XVIII, iniciassem a elaboração da Teoria Geral dos Atos Jurídicos.

Em 1748, o jurista alemão Daniel Nettelblatt, em seu livro *Systema Elementare Universae Iurisprudentiae Positivae communis imperii Romano Germanici usui fori accommodatum*, utilizou as expressões “actus iuridicus” e “negotium iuridicum” pela primeira vez, porém, as utilizou como sinônimas. Apenas no fim do século XVIII, em 1789, Gustav Hugo classificou os negócios jurídicos como uma espécie dos atos jurídicos.

É evidente que nem todos os fatos são juridicamente relevantes. Estes são denominados fatos naturais, pois não interferem nas relações do homem, conseqüentemente não há incidência da norma jurídica nesses fatos. Quando a norma incide sobre o fato, este é chamado de fato jurídico “lato sensu”, gerando direitos, obrigações, deveres ou qualquer outra conseqüência jurídica atribuída pela norma.

4.1 Fato Jurídico *Lato Sensu*

Os fatos, independentemente da origem, para ganharem reconhecimento no mundo jurídico se elevarem a fatos jurídicos, devem ser fundamentais para o homem, juridicamente relevantes, sendo imprescindível que estejam elencados na norma vigente, pois é a partir desse momento (em que a norma qualifica os fatos), que eles passam a ser considerados “fatos jurídicos”.

Beviláqua, para definir o que é um fato jurídico, cita o conceito dado pelo famigerado doutrinador Savigny (SAVIGNY *apud* CARRIDE, 1997, p.3), para quem o “fato jurídico são acontecimentos em virtude das quais as relações de direitos nascem e se extinguem”.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1970, p. 183) disserta acerca do tema dizendo que “O mundo jurídico não é mais do que o mundo dos fatos jurídicos, isto é, daqueles suportes fáticos que lograram em entrar na esfera jurídica.”

Há fatos que ocorrem ao longo da vida e que são vistos pelo direito como dotados de relevância jurídica. Cabe, portanto, à lei atribuir a esses fatos sua devida valoração. A respeito do tema, Fredie Didier disserta (2013, p. 29):

A norma jurídica enquanto proposição, prevê hipoteticamente fatos de possível ocorrência no mundo. A esses elementos da norma, isto é, o fato ou conjunto de fatos previstos abstratamente, dá-se o nome de “suporte fático”. Quando o que se está previsto na norma acontece, no plano da existência dá-se a “incidência”, de modo que o fato passa a ser considerado um “fato jurídico”. Composto o fato jurídico, surgem, no mundo jurídico, os efeitos previstos em abstrato na norma. Eis a síntese desse pensamento: “Os elementos do suporte fático são pressupostos do fato jurídico; o fato jurídico é o que entra no suporte fático, no mundo jurídico, mediante a incidência da regra jurídica sobre o suporte”. Só de fatos jurídicos provêm eficácia jurídica.

Para a elevação de um fato natural a fato jurídico, depende de sua relevância jurídica, sendo irrelevante sua natureza. Marcos Bernardes de Mello, muito bem explica dizendo (2013, p. 76):

A regulação dos fatos, assim, depende da sua maior ou menor interferência no meio social, afetando as necessidades do homem. Por isso é que, para meros eventos ou condutas – sejam relevantes à vida humana em sua interferência subjetiva, independente da natureza.

Os fatos jurídicos, em síntese, são aqueles que provêm do mundo fático, qualificados pela norma. Há que se ponderar, como notadamente diz Marcos Bernardes de Mello, (2013, p. 41) que a modificação na estrutura natural de determinado acontecimento poderá implicar mutação na sua categoria jurídica, não obstante, havendo alteração na qualificação jurídica de algum fato, isso jamais implicará na transformação de sua estrutura natural.

A partir da classificação de Pontes de Miranda em “Tratado de direito privado”, há dois elementos que diferenciam os fatos jurídicos: o primeiro elemento analisado é se o fato está ou não em conformidade ou não com o direito; o segundo é a presença ou não da vontade humana no fato descrito hipoteticamente pela norma.

Analisando o primeiro elemento fundamental apontado por Pontes de Miranda, concluiremos que existem fatos que se efetivam de acordo com o ordenamento jurídico, sendo classificados como lícitos – todos os fatos jurídicos praticados de acordo com a norma são classificados como fato jurídico *lato sensu*, abordados no presente tópico.

4.1.1 Fato jurídico *stricto sensu*

Conceituado os fatos jurídicos *lato sensu*, é necessário saber que eles são divididos pela doutrina em fato jurídico *stricto sensu* e em atos jurídicos em sentido amplo.

Acerca da classificação de Pontes de Miranda ainda em sua obra “Tratado do direito privado”, os fatos que são originários da natureza são chamados de fatos jurídicos *stricto sensu*. Pode acontecer de esses fatos prescindirem da ação do homem, contudo não alterará o caráter desse fato jurídico a atuação humana, pois não é essencial nessa categoria a presença da ação humana, e esta não mudará a origem do fato, qual seja a natureza.

Acerca da presença do ato humano, Marcos Bernardes de Mello (1995, p. 107-108) disserta:

O critério para a classificação se baseia na presença ou não de ato humano como elemento necessário para a composição do suporte fático suficiente. Isto não exclui a possibilidade de que haja eventual participação de ato humano na concreção do suporte fático do fato jurídico “*stricto sensu*”, que, pela sua não essencialidade, deve ser abandonado como dado fático excessivo.

Na visão do famigerado Vicente Raó, são os fatos que atingem diretamente e imediatamente a pessoa. São provocados por forças da natureza ou até mesmo acontecimentos humanos que independem de sua vontade. Podem extinguir, modificar ou adquirir direitos e obrigações.

4.1.2 Ato jurídico

Há, contudo, os fatos que têm origem na ação humana para sua concretização. Sobre esses fatos, há que se ponderar que o direito em determinados

casos, considera relevante a vontade do agente em praticar tal fato, tanto assim que tal vontade faz parte da própria essência do fato. São os chamados atos jurídicos *lato sensu*. Nos casos em que o direito considera irrelevante a vontade do agente, a doutrina se vale da denominação ato-fato jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu*.

Para os atos jurídicos *lato sensu*, é imprescindível saber a vontade do agente em produzir o resultado obtido. Esses, como já classificados, são divididos em atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos. Acerca dessa classificação, aduz Marcos Bernardes de Mello (2013, p. 196-197):

O direito, ao regular os atos humanos que têm na vontade o seu elemento nuclear, quando não os veda ou os declara vedáveis pela atuação das próprias pessoas permite-os, mas:

(a) ou os recebe em certo sentido, portanto, sem escolha de categoria jurídica, e com efeitos preestabelecidos pela lei e inalteráveis pela vontade dos interessados, ou

(b) diferentemente, outorga liberdade às pessoas para, dentro de certos limites autorregurar os seus interesses, permitindo a escolha de categorias jurídicas, de acordo com suas conveniências, e possibilitando a estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas decorrentes.

Ressalta-se que sua característica é a vontade do agente, ou seja, o “querer”, e o reconhecimento dos seus efeitos pelo ordenamento jurídico.

Portanto, os atos jurídicos são os fatos jurídicos que tem em sua essência a exteriorização da vontade do homem com o objetivo de produzir efeitos juridicamente protegidos pela lei.

Segundo parte doutrina, da qual faz parte Marcos Bernardes de Mello em seu livro “Teoria do fato jurídico: plano da existência”, há elementos essenciais do ato jurídico, qual seja, o ato humano volitivo, entendido como a vontade do homem externalizada, a consciência desse ato e a pretensão de se obter um efeito permitido pela lei, isto é, objeto lícito e possível.

Os atos jurídicos, supramencionados, se subdividem em ato jurídico *stricto sensu* – em que a vontade humana apenas efetiva as consequências já predeterminadas pela lei, e negócios jurídicos – como bem menciona Marcos Bernardes de Mello (1999, p. 165), concluindo que estes são fatos jurídicos cujo elemento nuclear consiste na manifestação consciente da vontade, que o ordenamento jurídico faculta aos contratantes, dentro dos limites e da amplitude predeterminados, o poder de escolher uma categoria jurídica e da estrutura do

conteúdo que terão eficácia, no que diz respeito ao surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico, nas relações jurídicas.

4.1.2.1 Ato jurídico *stricto sensu*

Os atos jurídicos *stricto sensu*, como já visto anteriormente, tem seus efeitos predeterminados nas normas. Não é levada em consideração a vontade, pois o importante nesses casos são as relações entre a ação humana e o fato que dela decorre. Em síntese, o importante nesse caso é o nexo causal entre a ação do homem e o fato, e não sua vontade de produzi-lo, já que as consequências, os efeitos, já são predeterminados pela lei.

A doutrina alemã, apesar de possuir uma orientação no sentido de distinguir os atos jurídicos e as declarações de vontade, por vezes dota as duas expressões com o mesmo significado. Beviláqua (1980, p. 213), para esclarecer, cita Savigny: “Chama-se de declaração de vontade a classe de fatos jurídicos, que não somente são atos livres, mas ainda, segundo a vontade do agente, têm por fim imediato criar ou dissolver uma relação de direito.”

Contradizendo a ideia de Savigny, Beviláqua traz o conceito de Windscheid, (BEVILÁQUA, 2007, p. 294) que entende que o “ato jurídico é uma declaração da vontade individual, tendo em vista produzir efeitos jurídicos”.

As finalidades, portanto, dos atos jurídicos, são a criação, modificação e extinção de direitos. Beviláqua, divergindo do pensamento de Savigny, entende que existe também a finalidade de conservação dos direitos, já que muitas vezes a manifestação da vontade é exclusivamente para conservar um direito já existente. Em oposição os atos que violam as normas são os chamados atos ilícitos.

4.1.2.2 Negócio jurídico

O que se denomina atos jurídicos *lato sensu* tem dentro da sua abrangência as ações humanas, tanto as que estão em conformidade com o ordenamento jurídico, ou seja, aquelas que obedecem às normas da lei e que tem os efeitos também predeterminados pela lei, independentemente da vontade do agente que querer ou não (esses efeitos), quanto as declarações de vontade em que

há uma finalidade, ou seja, com a aptidão de produzir efeitos jurídicos queridos pelo agente.

A esta última categoria, em que o agente declara uma vontade com o objetivo de obter um resultado querido por ele, é o que a doutrina denomina atualmente, de negócio jurídico, anteriormente chamado pela doutrina tradicional de ato jurídico *stricto sensu*.

Por conseguinte, extraímos a conclusão de que o negócio jurídico é uma declaração de vontade em que o agente visa como resultado os efeitos jurídicos.

Orlando Gomes, em seu livro *Introdução ao Direito Civil*. (2007, p. 297) disserta que "para a aquisição, transferência, modificação ou extinção de um direito, não basta à manifestação da vontade do sujeito de direitos. É preciso que seja intencional e conforme a lei."

Os negócios jurídicos servem como artifício da atuação dos contratantes dentro da sua autonomia, autorregulando seus interesses, instituindo regras por própria vontade, a que se obrigam cumprir. Com essa autodisciplina em que os contratantes podem criar, modificar e extinguir suas próprias relações jurídicas, surge o que a doutrina tem denominado de autonomia privada.

Ainda mencionando o jurista Orlando Gomes, no livro supramencionado, (2007, p. 297), é possível correlacionar o negócio jurídico à autonomia privada, sendo que esta é o poder que o contratante tem de autodeterminação, e que o negócio jurídico é o instrumento através do qual esse poder (de autodeterminação) se concretiza.

Acerca do tema autonomia privada, este será abordado em capítulo posterior.

4.2 Atos Ilícitos

Os atos ilícitos, classificados anteriormente, são considerados uma vertente do ato jurídico em sentido estrito, tendo em vista que decorre da vontade humana e seus efeitos, atribuídos mediante lei, podem ser omissivos ou comissivos. Estes estão ligadas às consequências, que a lei predetermina, independentemente da intenção do agente.

5 CONCEPÇÕES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Os negócios jurídicos são divididos, basicamente, em duas correntes, a primeira chamada de concepção “voluntarista” ou “subjativista” e a segunda conhecida como concepção “objetivista”. Sobre isso, Caio Mário da Silva Pereira dissertou (2016, p. 307):

Duas correntes se firmaram especialmente na Alemanha. Enquanto os componentes da “teoria da vontade” (Willenstheorie) entendem que se deve perquirir a vontade interna do agente, vontade real (Savigny, Windscheid, Dernburg, Unger, Oertmann, Enneccerus), de outro lado, os partidários da “Teoria da Declaração” (Erklärungstheorie), entendem que não precisa do cogitar do querer interior do agente, bastando deter-se na declaração (Zitelmann). Para estes, qualquer declaração obriga, ainda que por mero gracejo; para os primeiros cumpre pesquisar a realidade, seriedade, etc., da verdadeira vontade.

Diante do exposto, veremos a seguir as duas concepções do negócio jurídico.

5.1 Concepção Subjativista

É atribuído ao jurista alemão Friedrich Carl Von Savigny (um dos idealizadores da teoria da vontade, cujas noções estão enraizadas no direito brasileiro) o conceito de negócio jurídico e a distinção deste para o ato jurídico simples, em que o agente não visa a obtenção dos efeitos jurídicos, segundo Custódio da Piedade Ubaldino Miranda em seu livro “Negócio geral do negócio jurídico”.

O negócio jurídico, segundo o doutrinador supracitado, tem sua essência na vontade do indivíduo, e a manifestação dessa vontade é destinada a produzir efeitos.

A doutrina clássica dos negócios jurídicos é derivada da filosofia moral kantiana, em que o princípio da moralidade se dava pela autonomia da vontade, pela liberdade.

Segundo Kant, em sua obra “A Metafísica dos Costumes” no capítulo Introdução à Doutrina do Direito (2003, p. 75):

Assim, a lei universal do direito, qual seja, age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, é verdadeiramente uma lei que me impõe uma obrigação, mas não guarda de modo algum a expectativa- e muito menos impõe a exigência- de que eu próprio devesse restringir minha liberdade a essas condições simplesmente em função dessa obrigação; em lugar disso, a razão diz apenas que a liberdade está limitada àquelas condições em conformidade com sua ideia e que ela também pode ser ativamente limitada por outros.

Dessa forma, para Savigny, em caso de divergência entre a declaração de vontade e a vontade propriamente dita (elemento psíquico interno) deve prevalecer esta última ainda na visão de Custódio da Piedade Ubaldino Miranda defendida em seu livro “Negócio geral do negócio jurídico”.

Conforme já supracitado, a teoria de Savigny, conhecida como “dogma da vontade”, dentro da concepção subjetivista influenciou a Europa Ocidental, e conseqüentemente, o Brasil.

Em represália a essa teoria volitiva extremista, os juristas Rudolf von Ihering e Windscheid, formularam teorias para amenizar as consequências que essa teoria – volitiva – ao ser levada ao extremo poderia acarretar (referência).

Custódio da Piedade Ubaldino Miranda (1991, p. 25) menciona Rudolf von Ihering que, com base em textos romanos, propunha que coubessem aos contraentes as responsabilidades de suas declarações, devendo ser diligentes no momento de celebrar um negócio jurídico. Não o sendo, estariam, segundo Ihering, agindo com culpa, devendo, portanto, ressarcir o outro contratante por eventual nulidade, por emitirem uma vontade diversa da pretendida. Essa teoria ficou conhecida como “teoria da culpa ‘in contrahendo’”.

Já a teoria formulada por Windscheid, chamada de “teoria do compromisso tácito de garantia”, pressupõe que o declarante assume uma responsabilidade tácita ao celebrar um negócio jurídico, pelas consequências de suas declarações. Cogita, assim como Ihering, que o declarante deve ressarcir o outro contratante por eventual nulidade do negócio jurídico, já que sua declaração foi divergente da vontade real ainda na visão de Custódio da Piedade Ubaldino Miranda defendida em seu livro “Negócio geral do negócio jurídico”.

Essas teorias, a seus turnos, não resolveram o problema, não levaram à segurança jurídica, apenas atenuaram as consequências da teoria volitiva.

Ainda dentro das concepções subjetivas, da teoria do negócio jurídico, Windscheid, reformulando a sua teoria supracitada, formulou a “teoria da

responsabilidade”. Segundo essa teoria, tanto era irrelevante a vontade sem declaração quanto a declaração sem a vontade, não sendo aptas, nesses casos, a conferirem efeitos aos negócios jurídicos. Para o jurista, não basta apenas o ressarcimento do negócio jurídico anulado, mas que em caso de divergência entre a vontade declarada e a vontade real e se o declarante agiu com dolo ou culpa, deve o negócio jurídico subsistir.

Uma das ultimas teorias da concepção subjetiva, antes de chegarmos às teorias objetivistas, é a teoria da confiança, em que a declaração é o elemento mais importante, e ainda exige que os declarantes se atentem à boa fé, para que em caso de divergência entre a declaração e a vontade real, possa manter-se o negócio jurídico acordado. Somente se anulará, segundo essa teoria, em caso de má fé de um dos declarantes.

5.2 Concepção Objetivista

Segundo Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, em seu livro Teoria Geral do Negócio Jurídico, a primeira teoria da concepção objetivista é imposta a Bülow, adepto da teoria preceptiva, cujo desenvolvimento deve-se ao jurista Emílio Betti. Teoria esta em que a declaração da vontade pressupõe um dever, ou seja, o ordenamento concede à manifestação de vontade uma eficácia.

No entanto, as teorias que se destacaram na concepção objetivista, foram as teorias normativistas, desenvolvidas por Luigi Ferri. Teorias estas que vislumbram os negócios jurídicos como fontes normativas, porém, estes devem estar em conformidade com a legislação vigente, do contrário seriam apenas fatos jurídicos.

Luigi Ferri faz uma distinção entre a origem de validade e a origem de produção. Para o doutrinador citado o negócio jurídico seria uma origem de produção de normas, já a legislação seria a origem da validade das mencionadas normas.

Há que se destacar que o doutrinador supracitado se inspirou no considerado maior jurista contemporâneo, Hans Kelsen. Este também entende que o negócio jurídico é uma fonte em que se produzem normas.

Porém havia uma grande crítica da doutrina, pois nem sempre os negócios jurídicos preveem uma sanção para a violação do que fora acordado,

sendo necessário recorrer às sanções previstas nas normas. O que contradiz com a teoria no sentido de as normas vigentes consistirem na origem da validade do negócio jurídico.

Por isso, a teoria normativista não se sustentou.

5.2.1 Teoria preceptiva

Conforme já mencionado no tópico acima, a teoria objeto de pauta desse tópico foi a primeira a ser formulada dentro das concepções objetivistas. Merece destaque, pois foi quando os juristas passaram a vislumbrar os negócios jurídicos como atos de autonomia privada, capazes de criar, modificar e extinguir relações jurídicas. Para Betti, seu precursor, o negócio jurídico é um fato jurídico, porém diverge da maioria destes, já que os negócios já trazem em si o que deve ser observado.

Antônio Junqueira de Azevedo, jurista brasileiro, também é considerado um adepto da teoria preceptiva, reconhecendo um negócio jurídico não como uma construção doutrinária ou normativa, mas sim como um fato social.

Segundo o autor supracitado, é a própria sociedade que reconhece os efeitos em relações, diante da época, circunstâncias, não sendo necessário o conhecimento específico dos efeitos. Ou seja, na definição de Junqueira de Azevedo “O negócio jurídico é um fato humano que determinada sociedade vê como destinada a produzir efeitos jurídicos”.

5.3 Posição Teórica Adotada pelo Código Civil Brasileiro

Se lermos o artigo 112 do Código Civil, que preceitua “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”, concluiremos que o Código Civil de 2002 também adotou a teoria da vontade, assim como o Código de 1916.

Moreira Alves, o idealizador da parte geral do mesmo *codex* acima mencionado, explica que ao se referir na intenção consubstanciada na declaração, e não no pensamento íntimo.

Por conseguinte, a vontade a que se reporta o referido artigo é a vontade objetiva, e não a vontade interna, íntima do declarante. Os contratantes

ficam vinculados aos deveres que, manifestados por estes, gera em ambos uma compreensão comum da vontade declarada.

Não há dúvidas de que o negócio jurídico possui dois elementos: um interno (vontade do declarante) e um externo (declaração), não podendo nenhuma método de hermenêutica os desvincularem, nem levar ao extremo, ou seja, como uma manifestação da autonomia privada.

Diante de todo o exposto, é possível observar que o Código Civil adota a teoria da confiança, se referindo a vontade manifestada dos contratantes, deixando para segundo plano a fidelidade do texto, mesmo que este reflita a verdadeira intenção dos contratantes.

6 FATO JURÍDICO PROCESSUAL

A classificação supramencionada sobre os fatos jurídicos aplica-se também ao processo. Para tanto, analisaremos a Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais, assim denominados pelos doutrinadores Fredie Didier e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira em seu livro “Negócio jurídicos processuais”

Acerca do conceito de fato jurídico processual, há ainda bastante discussão, principalmente pela presença do adjetivo processual na expressão, para Leonardo Greco (GRECO *apud* DIDIER, 2013, p. 30-31):

A teoria dos atos processuais é um dos temas mais difíceis de ser abordados no estudo do processo. Embora os atos processuais sejam praticados aos milhares todos os dias, visto que compõe o próprio conteúdo do processo, a seu respeito ainda não se construiu até os dias atuais uma teoria satisfatória.

Há uma reflexão para fazer sobre os requisitos ou elementos que fariam com que um fato jurídico passasse a ser qualificado como jurídico, e quais as consequências dessa qualificação.

Devemos, então, fazer uma distinção entre os atos do processo e os atos processuais. Os atos do processo compõem o liame dos atos do próprio procedimento, são conhecidos como atos processuais propriamente ditos. Em contraposição, os atos processuais são os que não possuem uma relação com o procedimento, ou seja, abrangem os atos que interferem na relação jurídica processual.

Para receber a qualificação processual fica condicionado, o fato jurídico, ao advento de um procedimento que se refira ao fato, que pode ser anterior, durante ou posterior ao procedimento.

Sobre a estipulação do foro, em razão do territorial, trazido pelo artigo 63 do atual Código de Processo Civil, somente será qualificado como processual, quando o processo judicial a que se refira o negócio jurídico, for proposto. Sobre isso, Fredie Didier disserta (2013, p. 34):

Seria “processualizar” um fato jurídico de direito material (negócio jurídico unilateral de outorga de poderes) sem que um processo concreto existisse para que as consequências processuais pudessem ser produzidas. Seria reconhecer a “processualidade a algo apenas potencialmente processual...”

Ainda sob a égide de Didier, que afirma (2013, p. 33) que o “ato jurídico ganha o qualificativo de processual quando é tomado como *fattispecie* (suporte fático) de uma norma jurídica processual e se referia a um procedimento”. Diante dessa afirmativa, podemos concluir que são enquadrados como fatos jurídicos processuais aqueles atos humanos que a lei determina reconhecer como detentor da capacidade de produzir efeitos jurídicos na relação jurídica processual.

Portanto, os fatos jurídicos processuais em sentido amplo, é conceituado pelo mesmo doutrinador supramencionado como aqueles que (DIDIER, 2012, p.33) “podem ser definidos como eventos, abrangendo manifestações de vontade, condutas e fenômenos da natureza, contemporâneos a um procedimento a que se refiram, descritas em normas jurídicas processuais.”

Aduz Fredie Didier (2012, p. 274) que “no processo é possível a ocorrência de qualquer um dos fatos jurídicos”. Contudo, há doutrinadores que entendem que não é possível no processo os fatos jurídicos processuais em sentido estrito, havendo apenas a existência dos atos jurídicos como José Joaquim Calmon de Passos que disserta (2002, p. 64-65):

No processo, somente atos são possíveis. Ele é uma atividade e atividade de sujeitos que a lei pré-qualifica. Todos os acontecimentos naturais apontados como caracterizadores de fatos jurídicos processuais são exteriores ao processo e, por força dessa exterioridade, não podem ser tidos como fatos integrantes do processo, por conseguinte, fatos processuais.

Defende Daniel Mitidiero (2005, p.13) de que existem os fatos jurídicos processuais em sentido estrito, porém ele ressalva que essa existência só se dará quando o fato ocorrer dentro do processo, com aptidão de produzir efeitos nele. Portanto, entende que a morte de uma das partes ou de um de seus procuradores é um fato jurídico material que se processualiza, não consistindo, então, em fato jurídico processual.

Com efeito, o fato jurídico em sentido estrito são os acontecimentos provenientes da natureza que, qualificado pela norma como processual, é capaz de produzir efeitos no processo. É irrelevante saber a origem desse acontecimento, se foi dentro ou fora do processo, e sim, se ela está previsto em norma, em que concede poder de produção de efeitos jurídicos no processo.

No que concerne ao ato-fato processual, em que há presença da ação do homem, é essencial para existência, porém considera irrelevante a vontade do declarante. Um exemplo de ato-fato no processo é a revelia, em que não se questiona se o réu teve ou não a intenção, vontade de deixar de contestar. Outro exemplo seria a não interposição de recurso, não se leva em consideração se a vontade do agente.

Cabe ressaltar que o ato-fato processual não passa pelo plano da validade, já que a vontade é juridicamente irrelevante, portanto, não há o que se falar sobre nulidade ou anulabilidade. Traz Fredie Didier (2013, p. 47):

O que parece inquestionável é a relevância da categoria, especialmente, mas não apenas, pelos reflexos práticos que decorrem do enquadramento de um fato jurídico nesta espécie, (v.g., a não aplicação do regime jurídico das invalidades processuais, pois os atos-fatos não são nulos, anuláveis ou inválidos uma vez que não ingressam no plano da validade).

Desta forma, apenas os atos jurídicos processuais em sentido estrito e os negócios jurídicos processuais ingressariam no plano da validade, podendo, assim, serem anuláveis ou nulos.

É relevante ponderar que não é qualquer omissão que é considerada como um ato-fato processual, pois existem omissões que são consideradas negociais. A respeito disso, traz Leonardo Carneiro da Cunha (2013, p. 191) “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”. Assim, portanto, podemos concluir que a renúncia tácita à arbitragem é uma omissão negocial.

Leonardo Carneiro da Cunha (2016, p. 45), conclui que existem, então, dois tipos de omissões no processo: (i) omissão contumacial e (ii) a omissão negocial. A primeira é o ato-fato jurídico processual, a segunda é o negócio jurídico processual. Um exemplo para demarcar essa diferenciação seria a omissão do assistente que não pode atuar contra a vontade do assistido. Sendo assim, o assistente não pode se omitir nas hipóteses de negócios jurídicos processuais, já que para essa categoria é relevante juridicamente a vontade do assistido. Nos casos dos atos-fatos jurídicos, em que a vontade não é juridicamente relevante, o assistente pode não contestar, não interpor recurso.

No processo, grande parte dos atos são os atos jurídicos processuais em sentido estrito, categoria esta que se verifica a vontade de praticá-lo, porém, os efeitos já são preestabelecidos, não havendo, dessa forma, margem de escolha para os declarantes. Exemplos desse tipo de ato são as intimações, citações e penhoras.

6.1 Negócio Jurídico Processual

A despeito do negócio jurídico processual, há uma ampla discussão quanto a sua existência. Os que negam sua existência se baseiam, em suma, em dois fundamentos: por ter os efeitos dos atos processuais preestabelecidos na lei, não há, desse modo, capacidade de aceitar o autorregramento da vontade. E segundo a doutrinadora Paula Sarno Braga, em sua obra “Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência” o segundo fundamento seria que os atos de autonomia privada têm caráter material e mantêm com o processo uma relação de ocasionalidade, se separados do seu conteúdo substancial, demandariam os atos processuais de autonomia.

Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 484) não considera a existência dos negócios jurídicos processuais, já que os efeitos dos atos processuais já são predeterminados pela lei. Não cabendo, portanto, às partes autorregulamentar os efeitos dos seus atos no processo. De modo que os atos do juiz também não têm efeito da autorregulação, já que seus atos praticados no processo não estão abarcados pela autonomia vontade e sim, pelo poder estatal de que lhe é revestido.

Alexandre Freitas Mota, (2014. p. 276) também adota esse posicionamento. Para ele, os negócios jurídicos processuais não existem, pois os atos de vontade praticados pelas partes produzem no processo apenas os efeitos ditados pela lei.

Anderson Renosto Lima em sua monografia “Negócios Jurídicos Processuais” traz como exemplo a lição de Enrico Tullio Liebman, que também refuta a existência dos negócios jurídicos processuais ao argumento de que, para que os atos do processo produzam seus efeitos, independem da vontade das partes. Para ele (LIMA, *apud* LIEBMAN, 2014, p. 32):

O formalismo, necessário para assegurar o movimento regular e expedito do processo e conseqüentemente a certeza e precisão dos atos em particular, que se sucedem e sobrepõem uns aos outros, não consente que

se dê qualquer relevância à vontade real do sujeito. O cumprimento das prescrições formais estabelecidas em lei (entendidas em sentido amplo) confere ao ato, desde logo, condições para operar os efeitos que lhe são próprios, sendo irrelevante a intenção íntima do sujeito que o realiza e ficando excluída qualquer investigação destinada a perquiri-la.

Outro doutrinador renomado que refuta a existência dos negócios jurídicos é Daniel Francisco Mitidiero (2009, p. 15-16) “uma vez que todos os efeitos possíveis de ocorrência em virtude dos atos dos sujeitos do processo já estão normados (ou normatizados) pela legislação”.

Inovando em sua posição, Rodolfo Kronenberg (2014, p. 172) opina que os fatos jurídicos em sentido amplo dividem-se em fatos jurídicos em sentido estrito e atos jurídicos em sentido amplo, este se subdividindo em atos jurídicos em sentido estrito, negócios jurídicos e atos processuais. Defende que os negócios jurídicos são os atos cuja manifestação se dá de ambas as partes, integrantes da relação jurídica. Em contrapartida, os atos processuais seriam, segundo o mesmo doutrinador, os atos praticados no curso do processo e com a capacidade de produzir efeitos e obrigações. Concluimos, portanto, que para ele não existiriam os negócios jurídicos processuais.

Desse modo, concluimos que os que não aceitam a existência dos negócios jurídicos processuais se baseiam na assertiva de que os negócios jurídicos são apenas os atos em que seus efeitos decorrem da vontade das partes. O que não pode acontecer no processo judicial, já que os efeitos dos atos praticados dentro do processo são determinados pela lei, ou depende de decisão judicial para que produzam tais efeitos.

Malgrado, há quem defenda a existência dos negócios jurídicos, como Barbosa Moreira (1984, p. 116), que afirma que não são raras as convenções sobre matéria processual, cujo ato tenha sido elencado na lei. Ele estende a existência dos negócios jurídicos processuais nos casos em que não há previsão legal.

No mesmo sentido, Leonardo Greco tem a visão do processo como um mecanismo efetivo de tutela de direitos, característico do Estado Democrático de Direito. Sobre isso disserta (GRECO, 2008, p. 07):

Entre esses atos de disposição, encontram-se as convenções das partes, assim entendidos todos os atos bilaterais praticados no curso do processo ou para nele produzirem efeitos, que dispõe sobre as questões do processo, subtraindo-as da apreciação judicial ou condicionando o conteúdo de decisões judiciais subsequentes. O que caracteriza as convenções

processuais ou é a sede do ato – ato integrante da relação judicial, praticado no processo -, ou é a sua finalidade de produzir efeitos em determinado processo, presente ou futuro.

Didier e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira também dissertaram sobre o tema, e seguem o posicionamento de que os negócios jurídicos processuais existem. Eles, portanto, o conceituam como (DIDIER, 2013, p.59):

O fato jurídico voluntário em cujo suporte fático, esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.

O famigerado Pontes de Miranda, que foi o pioneiro na classificação dos fatos jurídicos, reconhece a existência dos negócios jurídicos processuais, dando como exemplo a desistência da ação.

Divergindo do posicionamento de Rodolfo Kronenberg, Chiovenda (1965, p. 75-76), entende que os negócios jurídicos processuais (dotados de eficácia dispositiva) são espécie dos atos processuais, e, portanto, são regulados por lei sobre sua forma, capacidade e outros elementos.

O mesmo doutrinador supracitado aceita a existência dos negócios jurídicos processuais. Afirma (CHIOVENDA, 1965, p. 75): “atos processuais, no entanto, ocorrem a que indubitavelmente se pode reconhecer o caráter de negócios jurídicos, visto que o efeito, que produzem, se relaciona imediatamente, por lei, com a vontade das partes”.

Carnelutti (1938, p. 113-126) admite o autorregramento das partes em matéria processual, porém as classifica, entendendo que são as convenções processuais um gênero do qual são espécies acordos processuais e contratos processuais.

É inegável, portanto, reconhecermos a existências dos atos negociais no processo, em que a vontade das partes podem extinguir, modificar e criar direitos.

Nesse sentido, defende Rogério Lauria Tucci (1977, p.190-192) a existência dos negócios jurídicos processuais, já que o antigo Código de Processo Civil trazia em seu artigo 158 a seguinte redação “Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”.

Desse modo, defende o mesmo autor supracitado, que as partes podem criar, modificar e extinguir situações jurídicas, e estas produziriam efeitos imediatos. Podendo ser unilaterais ou bilaterais.

Moacyr Amaral Santos também é um dos doutrinadores que defende a existência dos negócios jurídicos. Ele entende que os atos dispositivos das partes são esses negócios jurídicos, classifica-os (SANTOS, 2007, p. 291-292) como atos dispositivos unilaterais (quando a manifestação da vontade apenas de uma das partes, ex: desistência da ação), atos concordantes (consiste na declaração de vontade de uma das partes que adere a vontade da outra, essa adesão pode se dar até por omissão) ou atos contratuais (consiste na declaração de ambas as partes, ex. eleição de foro).

Luiz Fux (2004, p. 433) também adere à corrente que entende pela existência dos negócios jurídicos processuais, porém as considera como hipóteses excepcionais. Para ele as normas processuais são cogentes e apenas em algumas hipóteses aceitam a disposição pelas partes.

Entendendo pela existência dos negócios jurídicos processuais, podemos concluir que sua classificação se equivale à classificação da teoria dos fatos jurídicos, ou seja, do direito privado. Conseqüentemente, nos negócios jurídicos processuais considera-se a declaração de vontade da parte que tem como objetivo a obtenção de um resultado querido dentro do processo, ou seja, a parte pode declarar a vontade de produzir um efeito dentro do processo apto a constituir, modificar ou extinguir direito dentro do processo.

Há ainda que ressaltar que tais negócios jurídicos podem ser unilaterais ou plurilaterais, sob o enfoque da sua formação, sendo considerados unilaterais quando apenas um agente declara sua vontade para a produção de determinados efeitos e plurilaterais quando mais de uma pessoa declara que convergem suas vontades para a produção de determinados efeitos.

Sob o enfoque dos efeitos produzidos, são considerados unilaterais quando o negócio obriga apenas um sujeito, uma das partes, já os plurilaterais se verificam quando os efeitos do negócio atingem mais de uma parte, ou seja, oneram vários sujeitos. Ademais, os negócios plurilaterais são subdivididos em contratos processuais e acordos processuais. São considerados contratos processuais quando os interesses dos envolvidos são contrapostos, em oposição, os acordos processuais são quando os interesses dos envolvidos são convergentes.

Encontra-se na doutrina, a exemplo de Teixeira de Souza, a classificação dos negócios jurídicos quanto ao momento da produção dos seus efeitos como preparatório ou interlocutório. Entende-se por preparatório os negócios que produzem seus efeitos antes da propositura da ação, como exemplo podemos citar a eleição de foro. E entende-se por interlocutórios os negócios que produzem seus efeitos no durante o tramite do processo.

A classificação em relação à extensão dos efeitos dos negócios jurídicos, que tem como aderente Devis Echandía, os divide em vinculativos e discricionários. São considerados vinculativos os efeitos em que os particulares não podem acordar acerca de seu alcance tendo em vista que estes já são predeterminados por lei. Em oposição, os negócios considerados discricionários são os que os particulares podem acordar acerca da extensão dos efeitos produzidos pelo negócio.

A fim de arremate, não podemos mais duvidar quanto à existência dos negócios jurídicos processuais. Devemos, assim, aceitar o poder das partes em criar, modificar e extinguir direitos no âmbito processual, tendo como mecanismos para sua efetivação os atos negociais.

6.2 Negócio Jurídico Processual Típico

Como já debatido anteriormente, não podemos duvidar sobre a existência do negócio jurídico processual. Já que é existente, a doutrina o classifica em: negócio jurídico processual atípico e negocio jurídico processual típico, objeto de estudo do presente subtópico.

Mesmo sendo o negócio jurídico processual um produto da autonomia privada, a lei pode estipular fazer a regulamentação de determinadas hipóteses de atos negociais.

A maioria dos negócios processuais típicos previstos no Código de Processo Civil de 1973 era comissiva, porém isso não quer dizer que inexistiam negócios jurídicos processuais típicos omissos, como são os casos em que, pela inércia do réu, o negócio é instituído, exemplo a prorrogação da competência do réu, ou a revogação da convenção de arbitragem. Este, se o autor demanda em juízo, e o réu não alegar a convenção de arbitragem, configura uma convenção implícita.

Ademais, nada obsta que os negócios jurídicos processuais típicos sejam unilaterais ou plurilaterais. Exemplo de negócios plurilaterais típicos: alienação da coisa ou do direito litigioso por ato entre vivos, a título particular, não altera a legitimidade das partes, prevista no artigo 109 do atual CPC.

São exemplos de atos unilaterais: a desistência do recurso, a renúncia do recurso, o reconhecimento da procedência do pedido de direito, a escolha do juízo da execução.

A respeito dos negócios jurídicos processuais típicos plurilaterais, podemos dizer que são divididos em contratos e convenções (ou acordo). Os contratos são realizados quando os interesses das partes são divergentes. Nos acordos ou convenções as partes se unem, já que há um interesse comum.

Há quem entenda, dentre eles Enzo Roppo em sua obra “O contrato”, que o contrato, além do interesse divergente, deve versar sobre relações patrimoniais. Há ainda aqueles que entendem que o contrato deve apenas criar direitos ou obrigações, sendo vedado excluí-los.

Em contrapartida os acordos, como já dito anteriormente, exige a convergência de vontades, não sendo necessária a criação de direitos ou obrigações.

Há que se ressaltar que a desistência da ação antes da contestação do réu é um negócio jurídico processual típico unilateral, porém, após a contestação o negócio passa a ser bilateral, já que o réu terá que anuir a desistência. Para que este negócio produza seus efeitos, faz-se mister a homologação do juiz, o que diferencia da maioria dos negócios jurídicos, em que os efeitos são produzidos imediatamente.

Não podemos nos equivocar quanto ao plano da existência e o plano da validade. A lei pode determinar que para que determinado ato produza seus efeitos deverá ter a homologação do juiz, porém isso não retira seu caráter de ato negocial, pois as partes já se manifestaram, convergindo sobre a desistência da ação.

6.3 Negócio Jurídico Processual Atípico

Além dos negócios processuais previstos em lei, há também aqueles em que as partes pactuam, de modo a respeitar as peculiaridades do caso em tela, de acordo com sua conveniência e necessidade.

Os negócios jurídicos processuais atípicos, assim como os negócios típicos, podem ser unilaterais, bilaterais ou plurilaterais, produzem, quando a lei não faz ressalvas, efeitos imediatos.

Através de uma cláusula geral é que o atual Código de Processo Civil traz os negócios jurídicos processuais atípicos, em seu artigo 190, que preceitua *in verbis*:

Art. 190 Versando o processo sobre direitos que admitam auto composição, 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.

Como já estudado nos capítulos anteriores, foi a evolução histórica do direito constitucional que nos levou ao neoconstitucionalismo, influenciando diretamente ao processo, por isso, hoje temos a visão de flexibilização do processo. Como consequência o novo código trouxe a cláusula geral de negociação processual, permitindo negócios jurídicos processuais atípicos. A despeito disso, aduz Antonio do Passo Cabral (2016, p. 147):

A juridicidade da norma do acordo impede a incidência da regra legislada. No campo legítimo em que as partes podem validamente convencionar, não incide a norma legal (que, diante da atividade das partes, adquire caráter subsidiário).

Desse modo, concluímos que, para o atual CPC, para que as partes possam convencionar sobre algum ato processual, ajustando-o à especificidade do caso demandado é necessário que o direito versado na convenção admita autocomposição e que as partes devem ser plenamente capazes.

7 PASSAGEM DA AUTONOMIA DA VONTADE PARA AUTONOMIA PRIVADA

Antes de iniciarmos nosso estudo, curial ressaltar a informação de que se deve a Immanuel Kant expressão “autonomia da vontade”, em seu livro *A Metafísica dos Costumes*. Ele assim a conceitua (1997, p. 85):

Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objectos do querer). O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal. Que esta regra prática seja um imperativo, quer dizer que a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição, é coisa que não pode demonstrar-se pela simples análise dos conceitos nela contidos, pois se trata de uma proposição sintética; teria que passar-se além do conhecimento dos objectos e entrar numa crítica do sujeito, isto é da razão prática pura; pois esta proposição sintética, que ordena apodicticamente, tem que poder reconhecer-se inteiramente a priori

A autonomia da vontade foi uma consequência da Revolução Francesa, movimento contra o Estado Absolutista que tinha como ideais: liberdade, igualdade e fraternidade, alocada no século conhecido como o século do Iluminismo. Foi, para alguns doutrinadores, como o professor Fernando Nogueira da Costa, a revolução fundadora dos direitos civis.

Com o desenvolvimento jus filosófico da época, a autonomia da vontade elevou-se a um princípio do Direito e como fonte das relações jurídicas, sem se preocupar com a verdadeira eficácia e o impacto social. Assim, preceitua Marquês de São Vicente (2002, p. 484):

O direito ou liberdade de contratar é de tal modo evidente que ninguém jamais dirigiu-se a impugná-lo; seria para isso necessário pretender que o homem não pode dispor da sua inteligência, vontade, faculdade ou propriedade.

Não basta, porém reconhecer este direito como inconcusso é demais necessário saber respeitá-lo em toda a sua latitude e suas lógicas consequências, senão o princípio, posto que consagrado, será mais ou menos inutilizado com grave ofensa dos direitos do homem; entraremos, pois em resumida análise do mesmo.

O contrato não é uma invenção ou criação da lei, sim uma expressão da natureza e razão humana, é uma convenção ou mútuo acordo, pela qual duas ou mais pessoas se obrigam para com outra, ou mais de uma, a prestar, fazer ou não fazer alguma coisa. É um ato natural e voluntário constituído pela inteligência e arbítrio do homem, é o exercício da faculdade que ele tem de dispor dos diversos meios que possui de desenvolver o seu ser e preencher os fins de sua natureza, de sua existência intelectual, moral e física. O contrato não é mais do que um expediente, uma forma que o homem emprega para dispor do que é seu, dos seus direitos privados, segundo sua vontade e condições do seu gosto, segundo suas

necessidades e interesses; é o meio de estipular suas relações recíprocas; é em suma a constituição espontânea, livremente modificada, que cria ou transporta seus direitos ou obrigações particulares, de que pode dispor como lhe aprouver. Inibir ou empecer direta ou indiretamente esta faculdade, o livre direito de contratar, é não só menosprezar essa liberdade, mas atacar simultaneamente o direito que o homem tem de dispor de seus meios e recursos, como de sua propriedade. Uma das primeiras garantias, sem a qual não há plenitude de propriedade, é a da livre disposição dela; ora, proibir ou restringir a liberdade de contratar é evidentemente proibir ou restringir o livre uso e disposição da propriedade.

O Código Civil Francês de 1804 conferiu poder de lei às convenções que atendessem aos preceitos legais. Ou seja, a condição para o contrato ser sancionado era apenas a livre manifestação da vontade.

Nesse contexto, proclama Gustavo Tepedino (2008, p. 64):

Vale dizer, a estrutura dogmática que dominou as grandes codificações europeias do século XIX, e gizou as linhas mestras do sistema jurídico pátrio, baseia-se na suma diviso herdada do direito romano, que estrema o direito público e o direito privado. Inspirado pelas ideias jusnaturalistas que exaltavam o indivíduo, o direito civil assegurava a liberdade de contratar e a franca apropriação dos bens, ao passo que a doutrina dos direitos humanos, concebida a partir do século passado, engendrou mecanismos de proteção do indivíduo em face do Estado. Cuida-se, pois, de duas faces da mesma moeda. A sublimação do indivíduo no direito civil dá-se pela autonomia da vontade, enquanto as garantias fundamentais, concebidas pelo direito público, afastam as ingerências do Estado da esfera privada

A autonomia da vontade voltou-se para o individualismo, esquecendo os preceitos humanistas e a própria essência do negócio jurídico.

Vicente Ráo (1979, p. 45), entende que a autonomia da vontade é um poder criador de efeitos jurídicos, que não exerce apenas dentro das limitações da lei, nem se aplica, unicamente, em contratos nominados ou inominados. Não se exclui a necessidade da declaração ou no momento desta estar corporificada a verdade real, pois em conformidade com o ordenamento jurídico apenas a verdade real constituída na declaração é o que a torna eficaz e atuante.

Diante dessa situação, das más condições de trabalho e, principalmente, como desdobramento da revolução industrial, declara Andreza Cristina Baggio Torres (2006, p. 54):

Após a Primeira Grande Guerra e com o desenvolvimento econômico e o crescimento da população, passou-se a perceber que os diplomas legais até então vigentes já não atendiam às necessidades do mercado, principalmente com o crescimento das relações de consumo e de mercado. Surgem então as Constituições dos Estados Sociais, inicialmente a

Constituição mexicana de 1917, então seguida pela Constituição de Weimar de 1919. É o nascimento do Estado Social. O Estado, agora, passa a intervir nas relações privadas, buscando diminuir as desigualdades sociais, propiciar o bem-estar e o acesso aos bens de consumo a toda a população. (...) Através da preocupação com o direito de todos os homens ao acesso aos meios necessários à sua sobrevivência e à proteção das legítimas expectativas da sociedade agora massificadas, na qual as riquezas e as propriedades estavam concentradas nas mãos de muito poucos, o Estado, através das suas Constituições, passa a prever a proteção de direitos como o da dignidade e da vida. (...) Assim, principalmente após a Segunda Grande Guerra Mundial, firmou-se em todo o mundo a ideia de que era necessária a intervenção do Estado para o bem-estar de todos, e não apenas daqueles que possuem poder econômico.

Assim, os fatores externos levaram o Direito Civil do Estado Liberal a uma crise, desintegrando suas formas e dando ensejo a uma nova visão de autonomia da vontade, que passou a ser denominada “autonomia privada”. O nome tem uma influência italiana, a qual tem um “seu significado etimológico de dar normas para si mesmo” (AZEVEDO, A. J., 1986, p. 78).

Sobre essa nova visão de autonomia, e o contexto em que se encontra, relata Beatriz França (2006, p. 93):

Com o advento do Estado Social a liberdade de contratação passa ter fronteiras que teve como consequência intervenção na economia global, dando origem ao dirigismo contratual. Também foi preciso impor limites à autonomia privada, ao controle dos bens e, seguramente, à propriedade, ao mesmo tempo em que programas assistenciais eram desenvolvidos. Resta claro que o individualismo cultuado durante décadas naufragara. (...) O Estado Liberal foi o oposto dos sistemas anteriores a ele, uma vez que sua carga histórica e filosófica fez-se indispensável para aquele momento de transformações profundas, gerando efeitos diretos. Atualmente o Estado Democrático de Direito que vigora no Brasil, apontou outras necessidades no sistema socioeconômico, mas também histórico e político e jurídico.

Com isso, muda-se a atuação do Estado no âmbito do direito privado, com a função de delimitar a atividade dos particulares para resguardar o equilíbrio contratual, garantindo, assim, o direito constitucional da igualdade. É evidente que para que seja efetivado o princípio da liberdade as partes devem se encontrar em igualdade de condições, já que pode haver a supressão de direitos, e se uma das partes for hipossuficiente ou se encontrar em situação de vulnerabilidade, isso acarretará a invalidade do negócio.

Ficou evidenciado que a liberdade, por si só, não era capaz de garantir que a satisfação das ânsias de todos. Com isso o negócio passou a ser visto não

mais como um produto da liberdade, mas como um instrumento de efetivação dos interesses, ou seja, é afastada a visão da natureza individual do negócio jurídico.

Desse modo, sob o pretexto de afastar o individualismo da autonomia da vontade, o Estado passa a intervir de maneira legal e judicial nas relações privadas, para coibir os abusos, passando, assim, o contrato, a ter uma visão mais solidária, a qual almeja uma conciliação entre o interesse público e privado.

A autonomia da vontade permitia que os particulares pactuassem acerca do objeto, conteúdo, forma e efeitos, criando uma norma jurídica, sendo de cumprimento obrigatório entre as partes, pois se tornava justo, o negócio, pela simples aderência ao que fora pactuado. Com a evolução e a passagem para a autonomia privada, os particulares, ao pactuarem, devem, primeiramente, obedecer aos preceitos normativos, ou seja, os particulares têm o poder de criar uma norma jurídica nos limites impostos da lei.

Para Hans Kelsen (1995, p. 288), o princípio da autonomia privada é retratado por uma fórmula: uma norma criada contratualmente que instituirá direitos e obrigações para as partes contratantes, podendo gerar efeitos para terceiro se o contrato o beneficiar, admitidos por lei.

Portanto, o negócio jurídico passa a ser a maior fonte criadora de obrigações. Importa salientar que a intervenção do Estado na negociação dos particulares não se dá no momento da celebração do negócio, esta se limita no momento posterior ao da celebração, para conferir os efeitos pretendidos pelas partes celebrantes, portando-se, assim, um negócio jurídico.

Cabe ressaltar, que há autores, como Luigi Ferri e Carlos Alberto Mota Pinto, que não reconhecem a distinção das duas expressões (autonomia da vontade e autonomia privada), tratando-as como sinônimas.

Vicente Ráo conclui seu pensamento sobre o tema, conforme abaixo exposto (1979, p.48):

Os atos jurídicos possuem caráter preceptivo, mas, seus preceitos não constituem normas jurídicas, são de natureza privada, vigoram apenas entre os interessados e sofrem determinações e limitações impostas pelo ordenamento jurídico, que lhes confere eficácia e os protege.

Vale reportar que o doutrinador acima mencionado não reconhece a expressão “negócio jurídico”.

Há de se relatar que a autonomia privada não é absoluta, encontra seus limites nas normas legais. Faz-se necessário registrar o pensamento de Maria Helena Diniz (2011, p. 42):

É preciso não olvidar que a liberdade contratual não é ilimitada ou absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contraentes está subordinada ao interesse coletivo.

Então, a autonomia privada não pode contrariar a boa fé e a supremacia do Estado, que sobrepõe os interesses coletivos aos interesses individuais, evitando assim, o desequilíbrio contratual, e eventuais abusos trazidos por este.

Sobre essa intervenção do Estado sobre os contratos, novamente trazemos a dissertação de Maria Helena Diniz (2011, p. 45):

O Estado intervém no contrato, não só mediante a aplicação de normas de ordem pública (RT, 516:150), mas também com a adoção da revisão judicial dos contratos, alterando-os, estabelecendo-lhes condições de execução, ou mesmo exonerando a parte lesada, conforme as circunstâncias, fundando-se em princípios de boa-fé e de supremacia do interesse coletivo, no amparo do fraco contra o forte, hipótese em que a vontade estatal substitui a dos contratantes, valendo a sentença como se fosse declaração volitiva do interessado.

Necessário se faz destacar que, com a promulgação da Constituição de 1988 e a advinda do neoconstitucionalismo, objeto de estudo do capítulo anterior, ficou reconhecida a força normativa da Carta Magna, devendo todas as leis infraconstitucionais estar de acordo com ela. Sobre a constitucionalização do direito, reporta Francisco Amaral (2008, p. 58):

Os valores fundamentais do Direito em geral e do civil em particular, como a justiça, a segurança, a liberdade, a igualdade, o direito à vida, a propriedade, o contrato, o direito de herança, etc., saem do seu habitat natural, que era o Código Civil, e passam ao domínio do Texto Constitucional que, além de reunir os princípios básicos da ordem jurídica, também estabelece os direitos e deveres do cidadão e organiza a estrutura político administrativa do Estado.

Esse fenômeno, o neoconstitucionalismo, em que os pilares do Direito e os princípios partem da Constituição, permite concluir que o direito privado deve

estar em consonância com o direito constitucional. Nas palavras de Carmem Lúcia Silveira Ramos (1998, p. 10-11):

Ao recepcionar-se na Constituição Federal temas que compreendiam, na dicotomia, o estatuto privado, provocou-se transformações fundamentais do sistema do Direito Civil clássico: na propriedade (não mais vista como um direito individual, de característica absoluta, mas pluralizada e vinculada à sua função social); na família (que, antes hierarquizada, passa a ser igualitária no seu plano interno, e, ademais, deixa de ter o perfil artificial constante no texto codificado, que via como sua fonte única o casamento, tornando-se plural quanto à sua origem) e nas relações contratuais (onde foram previstas intervenções voltadas para o interesse de categorias específicas, como o consumidor, e inseriu-se a preocupação com a justiça distributiva.

O Estado passa a visar os mais vulneráveis, tendo como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, limitando assim, a liberdade dos particulares. Importante trazeremos a opinião de Daniel Sarmiento (2005, p. 209):

É evidente que se trata de uma autonomia fortemente limitada por uma série de outros valores constitucionais e interesses públicos, e que pode ser objeto de restrições legislativas, desde que proporcionais. E, naturalmente, tal autonomia também se sujeita ao controle judicial, fundado em regras jurídicas cogentes ditadas pelo legislador com fundamento na Lei Maior, em cláusulas gerais interpretadas à luz da normativa constitucional ou, ainda, na aplicação direta dos princípios da própria Constituição.

Mesmo tendo caráter constitucional, a autonomia privada sofre limitações, devidas, especialmente, pela socialização do direito civil que visou tutelar os sujeitos vulneráveis, já que nossa sociedade é desigual social e economicamente.

Atualmente, a autonomia não é mais vista como um fim em si mesmo, ela deve promover o interesse coletivo, consolidando os objetivos do Estado Democrático de Direito constitucionalmente previstos, quais sejam, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e a redução das desigualdades sociais.

8 OS LIMITES NA AUTONOMIA PRIVADA NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

O negócio jurídico processual é entendido como um instrumento para o exercício da autonomia privada que permite a livre atuação das partes para a satisfação de seus interesses. A celebração desses negócios jurídicos processuais se dá, normalmente, de maneira espontânea e pode afetar a sociedade como um todo. Posto isto, o ordenamento jurídico fica incumbido de intervir na limitação desses negócios.

Atualmente essa questão tem se tornado relevante já que o atual Código de Processo Civil deu uma considerável abertura semântica aos negócios jurídicos processuais. Entendemos que estes devem ser acordados em benefício das partes, otimizando o procedimento para que seja mais efetivo no caso concreto, já que o rito por ele determinado é abstrato, não podendo prever se será adequado para a tutela do direito material levado à jurisdição.

Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 584) entende que além da vontade das partes, o negócio jurídico processual deve flexibilizar o procedimento para atender às peculiaridades do caso, direito material em questão.

Não há a criação de um novo procedimento, e sim de uma adequação do procedimento padrão às peculiaridades do direito material tutelado, rejeitando atos desnecessários e incompatíveis com o caso concreto. Como consequência disso, o juiz passa a ter mais poderes, podendo fazer adaptações no procedimento, para que este atenda às peculiaridades do caso concreto. Essa liberdade, porém, não é irrestrita, o que geraria certa insegurança jurídica.

Acerca da liberdade procedimental do juiz, é interessante ressaltar que o projeto original do Novo Código de Processo Civil previa em seu artigo 151, § 1.º, uma maior liberdade ao juiz em reajustar o procedimento ao caso concreto, com a condição de respeitar o contraditório e a ampla defesa. Tal dispositivo poderia causar insegurança jurídica, já que concedendo maior poder ao juiz, as partes poderiam ser pegadas de surpresa a respeito do procedimento, podendo inclusive, violar a necessidade de isonomia, garantida constitucionalmente.

Com a forte crítica da doutrina tal dispositivo foi excluído do Código de Processo Civil, constando do texto final do Novo Código o artigo 139, VI, o qual aduz que incumbe ao juiz dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos

meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito. Limitando, desse modo, os poderes que outrora seriam concedidos ao juiz, os quais foram suprimidos.

É elementar que as partes obedeçam aos princípios e normas constitucionais que se referem ao processo, em razão de estarmos inseridos no neoprocessualismo. Contudo, é cediço que não há direito absoluto, poderíamos citar como exemplo o cerceamento ao acesso a justiça em razão das partes optarem pela arbitragem, caso de princípio constitucional suprimido pela liberdade das partes.

Pelo enunciado do artigo 190 do atual Código de Processo Civil, podemos concluir que foi adotado o princípio *in dubio pro libertate*, contrariando a equivocada visão publicista de que os interesses privados são hierarquicamente inferiores aos do Estado.

Há na doutrina, a exemplo de Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior, em seu artigo “Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais” que compõe o livro Negócios Processuais, tendo como coordenador geral Fredie Didier, que vincula a Lei de Arbitragem com o dispositivo trazido pelo código. Mesmo que haja uma influência da Arbitragem, de se ter que a liberdade conferida às partes pelo artigo 190 não é suficiente para colocar no mesmo patamar o juiz estatal e um árbitro.

Com relação ao objeto que versa sobre o acordo das partes, o dispositivo legal (artigo 190), traz a limitação de maneira superficial. Segundo o mencionado artigo, as partes podem negociar a respeito de direitos que admitam autocomposição, sendo estes mais abrangentes do que os direitos indisponíveis ou disponíveis. Além desses direitos, o negócio jurídico processual pode versar também sobre seus ônus, faculdades e deveres processuais, alterando o procedimento.

Acerca dos direitos que admitem a autocomposição, não há na doutrina nem na jurisprudência um conceito preciso sobre o tema, contudo, são necessários alguns apontamentos.

Há na doutrina quem use o critério da renunciabilidade para definir quais os direitos disponíveis. Outros, ainda, utilizam dos direitos patrimoniais para elaborar tal definição. Imperioso se faz reportar que o Supremo Tribunal Federal se pronunciou acerca do tema, no julgamento a respeito da constitucionalidade da Lei de Arbitragem, a qual fora declarada constitucional, permitindo que as partes

capazes possam se valer da arbitragem para solucionar conflitos sobre direitos patrimoniais. Outrossim, há aqueles que remetem ao direito material para utilizar como critério de definição de quais direitos processuais admitem a autocomposição, ou seja, quais são os direitos disponíveis. Acerca do tema, argumenta Antonio do Passo Cabral (2016, p. 298):

A arbitragem representa uma abertura muito maior para a autonomia da vontade, e o legislador houve por bem relacionar essa quase total liberdade no plano procedimental com a disponibilidade dos direitos no plano material. No entanto, nos acordos processuais, ao contrário da arbitragem, a autonomia das partes não é tão ampla, mas encontra limites na estatalidade do processo, no caráter público da relação processual. Essa limitação já permite um controle da convencionalidade por parte do juiz sem que seja necessário excluir do âmbito das convenções processuais os litígios sobre os direitos indisponíveis.

O que sugere o autor supracitado é que todos os direitos materiais podem ser objeto de um negócio processual, inclusive os indisponíveis, cabendo ao magistrado realizar um juízo de validade sobre o negócio acordado, podendo decretar a nulidade deste.

Como o processo é uma relação jurídica dinâmica que envolve o demandante, o Estado-juiz e o demandado, a dinamicidade é conferida pelo contraditório. As conseqüências desse vínculo, dessa relação, são os deveres, poderes, obrigações e ônus, conhecidos como situações jurídicas subjetivas ou posições jurídicas subjetivas. Os negócios jurídicos processuais envolvem tanto o procedimento e os direitos que admitem autocomposição quanto às situações jurídicas subjetivas.

Salienta-se que não cabe às partes legislar, pois seria completamente nulo as partes convencionarem sobre a criação de um novo recurso. Seria igualmente nulo se as partes aumentassem as possibilidades de revogar o trânsito em julgado de qualquer decisão judicial ou a respeito de matéria de competência absoluta. De igual modo não se pode negociar quanto à intervenção do Ministério Público, competência essa atribuída ao Poder Legislativo.

É possível, no entanto, convencionar acerca de suas posições jurídicas, com a ressalva de que o acordo não pode versar sobre a posição jurídica do magistrado. Há uma justificativa para tal impedimento, no sentido de que as partes não podem modificar uma posição processual que não as pertence. Outrossim, o juiz não participa do negócio jurídico processual, mas o artigo 190, do

Código de Processo Civil, permite que o magistrado faça um controle de legalidade do negócio das partes ou de ofício, neste caso com a ressalva do artigo 10, do mesmo *codex*, para que seja preservado o princípio do contraditório, previsto constitucionalmente.

Antonio do Passo Cabral (2016, p 255), sugestiona ao magistrado a possibilidade do aproveitamento do negócio jurídico processual, com as ressalvas de que para ser convalidado, deve ter suprido o vício, e não gere prejuízo às partes, respeitando assim o disposto nos artigos 282 e 283, do Código de Processo Civil.

As normas advindas desse negócio não devem, no entanto, influir na atuação do Estado-juiz. É por isso que parte da doutrina, como Renato Vaquelli Fazanaro, entende que o negócio jurídico deve ser endoprocessual, ou seja, deve-se restringir sua atuação dentro do processo. Do contrário, estaríamos dando competência constitucional às partes, o que seria manifestamente inconstitucional.

O código também limita a atuação das partes, pois elas não podem modificar o núcleo do processo, ou seja, devem ser preservados os princípios e direitos fundamentais do processo. Tal limitação parece incontestável, de modo que afastadas as normas fundamentais do processo sua essência findará desnaturada.

Há uma questão importante levantada pela doutrina, se as partes podem proibir o juiz de produzir prova. Acerca desse questionamento, a doutrina diverge, havendo quem defenda que, por se tratar de um poder inerente ao juiz, inibe as partes de convencionar sobre. Os que defendem que as partes podem impedir o juiz de produzir provas de ofício, equiparam a vedação com a limitação que a lei faz à cognição, como nos casos de mandado de segurança, ou inventário.

Porém, as partes não podem fazer um acordo que obrigue o juiz, pois como dito anteriormente, elas não podem acordar sobre a posição processual do julgador, quanto mais em relação a um ato praticado por ele. Ademais, isso poderia fazer com que o juiz proferisse uma sentença injusta, baseado apenas nas provas produzidas pela parte.

Além disso, o processo é uma matéria de ordem pública, e sua qualidade, portanto, é de interesse da sociedade como um todo e não apenas das partes. Porém, temos que recorrer que no processo existem também os interesses privados, e, como destaca Antonio Passo Cabral (2016, p. 152), os interesses, públicos e privados, devem conviver numa coordenação e compatibilização mútua. Refuta-se a ideia do privatismo e do publicismo exacerbado, pois ambos devem

conviver harmonicamente utilizados sob a ótica do postulado normativo da proporcionalidade.

Outra limitação imposta pelo código versa sobre ao princípio da publicidade, em que está preceituado no artigo 11, segundo a doutrina, dentre eles Fredie Didier Junior e Leonardo Cunha (DIDIER, 2009, p. 328). Tal dispositivo é absoluto, assim sendo, não pode ser violado por negócio jurídico. Destarte, não podem as partes criar hipóteses de segredo de justiça não abarcadas no código de processo civil e sequer podem afastar tais hipóteses no caso concreto.

Faz-se imperioso advertir a possibilidade do negócio jurídico processual em contrato de adesão. Não sendo um argumento suficiente de que se tratando de um contrato de adesão, as cláusulas que versem sobre normas processuais serão manifestamente nulas. Cabe, portanto, ao magistrado analisar a validade da cláusula, quando esta for nula, abusiva ou, se o sujeito em questão for manifestamente vulnerável, deve o juiz, se abster de aplicá-la.

Há que se ponderar que os negócios jurídicos processuais devem estar em consonância com as normas e princípios constitucionais. Não é o objetivo do Legislador que as partes desrespeitem as normas cogentes, normas estas que tutelam direitos indisponíveis.

A despeito das normas cogentes, Marcos Bernardes de Mello (2014, p. 79; 95) assevera que elas limitam, de maneira geral, a validade dos negócios jurídicos. Segundo o mesmo autor, existe no sistema jurídico brasileiro, de maneira implícita, o princípio da respeitabilidade das normas cogentes, dessa maneira não se pode infringir nenhuma norma cogente (as impositivas e as proibitivas, sob pena de contrariar o direito, e ser o ato declarado nulo).

Ademais, a Convenção de Viena, em seu artigo 53 dispõe (BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009):

[...]Norma do jus cogens é aquela norma imperativa de Direito Internacional geral, aceita e reconhecida pela sociedade internacional em sua totalidade, como uma norma cuja derrogação é proibida e só pode sofrer modificação por meio de outra norma da mesma natureza.

Neste norte, encontramos no sistema jurídico pátrio vários exemplos de normas de ordem pública, quais sejam, as que tratam a respeito da competência

absoluta, da coisa julgada, da imparcialidade, da fundamentação, do vício da vontade, *et cetera*.

A discussão não é de fácil resolução, pois o devido processo legal também se constitui como norma pública, o que não obsta as partes acordarem para flexibilizar, de acordo com suas peculiaridades, o seu procedimento.

Contudo, não podemos confundir normas cogentes com o devido processo legal. Os pressupostos processuais merecem tal qualificação, como norma cogente. Mas o devido processo legal não seria pelo menos diretamente qualificado como tal.

Outro argumento contra tal discussão, é que o processo é uma garantia, meio pelo qual as partes exercem seu poder, cuja finalidade é a resolução da lide, não podendo então o processo, que serve as partes, ter mais poder do que elas.

Quando ocorrer o excesso na intervenção do Estado nos negócios celebrados pelas partes, há que se fazer uma ponderação de valores. O juiz, no caso concreto deverá confrontar a proporcionalidade, necessidade e adequação frente à autonomia privada das partes. Pois a finalidade do processo é a resolução da lide, visando restabelecer paz social com eficácia, mediante conciliação ou através do direito objetivo.

Sobre os limites das partes, alerta Barbosa Moreira (1984, p. 182-191, p. 184):

Não se poderia reconhecer à autonomia da vontade, no campo processual, atuação tão ampla como a que se lhe abre no terreno privatístico; no processo, ramo do direito público, deveria considerar-se proibido tudo quanto não fosse permitido. Com algum exagero, receava-se a entronização do processo convencional. Em nossos dias, predomina a tese da admissibilidade de convenções não autorizadas *expressis verbis* na lei, conquanto se esforcem os escritores em estabelecer limites, sem que se haja até agora logrado unanimidade na fixação dos critérios restritivos.

A doutrina diverge quanto os limites da autonomia privada no âmbito dos negócios jurídicos processuais, mas para Leonardo Greco (2007, p. 7- 27):

A definição dos limites entre os poderes do juiz e a autonomia das partes está diretamente vinculada a três fatores: a) à disponibilidade do próprio direito material posto em juízo; b) ao respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de

ação e de defesa; e c) à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito.

Segundo preceitua o autor supracitado, os requisitos de validade são os mesmo dos negócios jurídicos em geral, quais sejam, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. Respeitando os princípios constitucionais da boa fé e da paridade entre as partes.

Para alguns doutrinadores, como Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (2016, p. 161), o limite da autonomia privada se encontraria no formalismo do processo, onde se inserem as formalidades, as faculdades e os deveres dos sujeitos, a organização do procedimento, a delimitação dos poderes, para que a finalidade do processo seja alcançada.

Necessário se faz trazer a baila o posicionamento de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2003, p. 09), a respeito do formalismo processual. Segundo o autor, o formalismo tem dois aspectos: no aspecto normativo, determina uma paridade de distribuição de poderes entre as partes; no aspecto do fato, ou seja, durante o procedimento, manifesta o exercício de poderes pelo sujeito, de modo que fique garantido o exercício dos poderes do outro.

Nesse sentido, o formalismo limitaria a autonomia privada antes mesmo de iniciado o processo, porém é imprescindível o início dele para que gere suas consequências.

O juiz também poderá declarar inválidos os efeitos dos negócios jurídicos processuais em casos de vícios de vontade – erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão – e fraude aos credores, dependendo de provocação da parte, em respeito ao princípio dispositivo. Outrossim, deverá declarar nulo os negócios em que há o abuso de direito das partes, ou em negócios em que não as partes não observem o princípio da boa fé.

Para alguns doutrinadores, como Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (2016, p. 239), a invalidade dos negócios jurídicos processuais pode ser determinada se ferir o sistema de invalidade do código de processo civil brasileiro, e demonstrando o prejuízo sofrido pela parte, pelo descumprimento de tais preceitos normativos.

8.1 A Supressão do Duplo Grau de Jurisdição

É importante falarmos do artigo 999 do atual Código de Processo Civil, que trata sobre a renúncia ao direito de recorrer. Tal dispositivo não faz ressalvas sobre a possibilidade das partes acordarem sobre a renúncia mútua de tal direito. Desse modo, como a lei não proíbe, concluímos, à luz do artigo 190, que as partes podem firmar um pacto de não recorrer, ou acordo de instância, em que ambas as partes excluem o procedimento em grau de recurso.

Para alguns doutrinadores, como Loïc Cadet, esse acordo pode se dar antes mesmo do juiz prolatar a sentença. Segundo o doutrinador, as partes podem manifestar seu interesse em não recorrer independente de estarem frente a uma decisão. Assim como nos casos em que as partes elegem o foro, onde podem dispensar o foro legalmente competente, antes mesmo de haver o litígio.

Em contraposição, temos o entendimento de Pontes de Miranda, José Carlos Barbosa Moreira, Fredie Didier, em que as partes não podem renunciar ao direito de recorrer antes do juiz proferir decisão recorrível, ficando assim, esse negócio jurídico atípico bilateral, condicionado à existência de uma decisão proferida pelo órgão jurisdicional.

Segundo os mesmos doutrinadores supramencionados, apesar de entenderem não ser possível o acordo prévio, se este for aceito, esse negócio jurídico seria condicionado, ou seja, a eficácia do negócio estaria vinculada a superveniência da decisão recorrível. Portanto, o negócio jurídico apenas se tornaria eficaz com a superveniência da decisão.

Para esse tipo de negócio é necessário analisar os seus limites objetivos, as partes não podem excluir a primeira instância, pois haveria flagrante violação dos princípios constitucionais do juiz natural e do acesso à justiça. Ademais, se as partes acordarem de não apelar ou de não interpor agravo sobre determinada decisão, esta não será recorrível por recurso extraordinário “per saltum”. Em sentido oposto, Pedro Miranda de Oliveira entende ser possível sim a interposição de recurso extraordinário frente à convenção de renúncia de interposição de recurso.

Diante desse negócio é erguida a discussão frente ao princípio do duplo grau de jurisdição. Pois esse negócio celebrado entre as partes submetem seu

litígio apenas à primeira instância do Poder Judiciário, ou seja, a análise da lide é limitada a apenas um juiz.

Contudo, faz necessário saber que o duplo grau de jurisdição apenas foi previsto na Constituição de 1824, através do artigo 158: "para julgar as Causas em segunda, e ultima instancia haverá nas Províncias do Império as Reações, que forem necessárias para comodidade dos Povos". Na atual Carta Constitucional, não há menção expressa à garantia do duplo grau, mas segundo a maioria da doutrina, ela esta abarcada pelo artigo 5º, inc. XXXV, que prevê o direito ao acesso a justiça, aduz o mencionado artigo: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito".

Ada Pellegrini Grinover é uma adepta do posicionamento que considera o direito ao duplo grau de jurisdição como uma garantia constitucional, previsto implicitamente, já que há previsões na Constituição sobre a competência dos tribunais recursais, e ainda cláusulas gerais sobre os direitos das partes, como o artigo 5º, LV, que prevê a ampla defesa e seus recursos inerentes.

Para Paulo Mendes Oliveira (2016, p. 572), é isolado esse posicionamento em que entendem que tais previsões constitucionais são suficientes para conceder a obrigatoriedade desse princípio recursal.

A corrente majoritária, defendida por Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni (1999, p. 207-233), afirma que a ideia de que não se trata de um instituto garantido constitucionalmente. Baseiam-se nas hipóteses em que a ação é originária do STF, caso em que este seria uma instância única, pois admite recurso ordinário cabível contra essa decisão, que analisa amplamente o mérito. Os processos de execuções fiscais cujo valor não ultrapasse 50 OTNs, previsto no artigo 34 da Lei 6.830/1980, também são exemplos de instância única, não se admite apelação.

Há ainda a limitação que era trazida pelo antigo Código de Processo Civil, em seu artigo 518, parágrafo primeiro, que estabelecia que sobre sentença fundamentada em súmula do STF ou STJ, não era admitida apelação.

Como no sistema brasileiro não há uma vinculação constitucional com o princípio do duplo grau de jurisdição, este pode ser suprimido pela vontade das partes. Tanto é lícito que é permitido ao legislador ordinário limitá-lo.

Todavia, faz-se necessário entrarmos numa discussão acerca do direito internacional sobre essa questão, já que o princípio do duplo grau de jurisdição está previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado este

do qual o Brasil é signatário. E em 2004, com a advinda da Emenda Constitucional 45, que inseriu o § 3º ao artigo 5º da CF/88, as convenções internacionais sobre direitos humanos foram erigidas à hierarquia constitucional, motivo pelo qual estaríamos diante sim de um princípio materialmente constitucional.

Ressalta-se que seria um princípio materialmente constitucional no sentido de que tal tratado foi assinado antes da Emenda 45/04, não obedecendo ao quórum qualificado determinado pela emenda e tampouco à forma determinada em lei, porém, como versa sobre direitos humanos, seu conteúdo, portanto, tem força de emenda constitucional.

A discussão dos internacionalistas refere-se à obrigatoriedade do duplo grau, já que o artigo 8º, alínea “h”, da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos dispõe sobre o direito da parte de recorrer da sentença. Sendo um direito, há uma faculdade da parte em exercê-lo.

Ademais, o artigo 27, também da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, elenca direitos que não podem ser suspensos, nem mesmo em situações de Guerra, e dentro desse rol não está o artigo 8º da mesma convenção.

Então, mesmo sendo amparado pela Constituição, e não havendo direitos absolutos, tanto que o Legislador Originário permitiu ao legislador infraconstitucional limitar o duplo grau, este pode ser suprimido livremente por ambas as partes. Tanto que elas podem se conformar com a decisão proferida pelo juiz e não recorrer.

Há quem defenda que o exercício da liberdade em âmbito processual, como Fredie Didier (2016, p. 33), segundo o qual a liberdade é o fundamento do Estado Democrático de Direito, e alçado como tal, o princípio do devido processo legal deve garantir a autonomia privada no âmbito processual. Um limite injustificado na liberdade das partes processuais não pode ser considerado processo devido. Ademais, estamos diante da democratização do processo, em que um dos objetivos é a facilitação do acesso à justiça.

Segundo o mesmo autor, essa liberdade não é ilimitada, assim como todos os outros direitos, porém, deve ser respeitada e harmonizada com a liberdade do magistrado, assim adaptando o processo ao modelo cooperativo, também abarcado pelo atual código. Por fim, arremata dizendo: “O processo cooperativo nem é processo que ignora a vontade das partes, nem é processo em que o juiz é mero espectador de pedra”.

Diante de todo o exposto, entende-se, portanto, que é um direito das partes renunciarem ao direito de recorrer. Corroborando com isso, no Direito Processual é possível que as partes renunciem ao direito de recorrer, e esta será homologada pelo magistrado. Ora, se no processo penal, o qual lida principalmente com o direito da liberdade, é possível a renúncia a esse direito, muito mais no processo civil.

Outra limitação ao negócio jurídico processual, assim como nos atos jurídicos, é a observância dos três planos: existência, validade e eficácia. Devendo estes ser respeitados, sob pena de nulidade do negócio jurídico.

8.2 Plano da Existência

O negócio jurídico processual, para ser considerado existente, deve conter elementos essenciais, requisitos mínimos da existência. Um desses pressupostos de existência dos negócios jurídicos processuais é o consentimento, pois, como já estudado, o negócio jurídico é fruto de uma manifestação de vontade. O que difere dos atos jurídicos em sentido estrito é que nestes não interessa a vontade do agente e os efeitos já estão predeterminados em lei; no caso dos negócios jurídicos os sujeitos, através da autonomia que lhes é conferida, acordam acerca dos efeitos de seus atos.

Protege-se a liberdade de contratação, a liberdade de escolha do sujeito de praticar ou não o ato, bem como a liberdade de conformação. Acerca da liberdade de conformação aduz Antonio do Passo Cabral (2016, p. 258-259):

O agente seleciona o tipo de efeito que será produzido, optando pela forma e conteúdo. Por isso, a liberdade de conformação é própria dos negócios jurídicos, mas não dos atos jurídicos em sentido estrito. E é este viés que mostra o direcionamento finalístico do consentimento negocial

Portanto, para que o negócio jurídico processual seja considerado existente é necessário, primeiramente, que haja o consentimento dos sujeitos.

Partindo dessa premissa, temos como segundo pressuposto de existência a manifestação de vontade, podendo ser feita, inclusive, de maneira omissiva, devendo nesse caso ser observada a atitude do sujeito, ou seja, as

atitudes do sujeito levam a entender que ele adere ao negócio, mesmo que não dizendo expressamente.

Acerca da manifestação de vontade, faz-se mister ressaltar que deve ser manifestada a efetiva vontade do agente, ou seja, o legítimo desejo de obter os efeitos declarados no negócio, sob pena de ser declarado um negócio jurídico inexistente.

8.3 Plano da Validade

Segundo preceitua Leonardo Greco (2007, p. 7- 27), os requisitos de validade são os mesmo dos negócios jurídicos em geral, quais sejam, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. Respeitando os princípios constitucionais da boa fé e da paridade entre as partes.

Podemos verificar que o artigo 190, do atual Código de Processo Civil, trouxe em seu texto os requisitos de validade. Acerca da capacidade das partes, há uma discussão doutrinária se essa capacidade se trata de uma capacidade material ou de uma capacidade processual. Os que defendem que se trata de uma capacidade material vedam a possibilidade de celebração de negócio jurídico pelos relativamente ou absolutamente incapazes, mesmo que devidamente representados ou assistidos, a exemplo da edição do enunciado 38 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, que dispõe “Somente partes absolutamente capazes podem celebrar convenção pré-processual atípica (arts. 190 e 191 do CPC/2015)”.

Em contrapartida, há os que entendem se tratar de uma capacidade processual, a exemplo de Fredie Didier (2016, p. 325), em que os incapazes podem celebrar os negócios jurídicos, desde que exista representação processual. É evidente que este entendimento está em concordância com o código, pois a parte pode ter capacidade para estar em juízo, mesmo sendo incapaz no âmbito material, são alçadas dessa capacidade de estar em juízo por estarem devidamente representados ou assistidos.

Em relação à capacidade, é possível que as partes estabeleçam em um negócio jurídico processual a possibilidade de uma terceira pessoa, diversa da relação de direito material, representá-la em juízo, ou seja, ampliar as hipóteses de

legitimidade ativa do processo, ou, inclusive, transferir a legitimidade de entrar com a ação e representação em juízo.

Há que se fazer uma observação: não se trata de transferir ou estender o direito material, apenas a representação em juízo. Ademais, há a ressalva dessas hipóteses se o direito material for um direito absoluto, entendemos que não é indicado transferir a legitimidade para um terceiro, tendo em vista que o pólo passivo da demanda poderá ser indeterminado, nestes casos recomenda-se a publicidade do negócio.

O objeto lícito também dito como um requisito de validade pelo artigo 190 do atual CPC, ou seja, o objeto acerca do procedimento, posição processual, versado no negócio jurídico deve atender, estar em conformidade com a lei.

8.4 Plano da Eficácia

É considerado como o plano que possibilita ao negócio surtir seus efeitos. Há a possibilidade das partes preverem no contrato, ou seja, no negócio jurídico processual uma cláusula suspensiva ou resolutiva, postergando assim, a produção dos efeitos do negócio jurídico processual, a produção dos efeitos está condicionada a resolução dessas cláusulas.

O negócio jurídico que observa os requisitos do plano da existência e da eficácia pode, desde a sua celebração, produzir seus efeitos.

O presente plano é também considerado uma limitação aos negócios jurídicos processuais.

Concluimos que a autonomia das partes sofre uma limitação na eficácia do negócio jurídico processual, contudo tais limites ainda não se encontram balizados tendo em vista o pouco tempo de vigência do Código de Processo Civil. Caberá, então, à doutrina e à jurisprudência delimitar esses limites, encontrar um equilíbrio entre o privatismo e o publicismo.

9 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, concluímos que não há dúvidas quanto ao aumento da liberdade conferida às partes com a advinda do atual Código de Processo Civil, em busca de um processo mais democrático e cooperativo, em consonância com a Constituição ora vigente.

Há superação de uma fase, deixando de lado atos desnecessários do processo e as partes passam a ser protagonistas da relação e, como elas participam ativamente do processo, pode haver maior conformação com a decisão final. Por isso, dizemos que o processo civil está passando por uma flexibilização procedimental, já que os legisladores procuraram se concentrar não no formalismo, muitas vezes desnecessário do processo, mas sim na adaptação do processo, resguardando os direitos fundamentais. Essa flexibilização deve ser saudada, por se tratar de um avanço social.

Há ainda uma grande dificuldade da doutrina para delimitar essa liberdade conferida às partes no que cerne ao negócio em relação ao procedimento, possibilidade esta conferida pelo artigo 190 do atual código.

O dispositivo supracitado traz os requisitos de validade formal, que o objeto do negócio jurídico deve ser um direito que admita auto composição, que as partes devem ser plenamente capazes para ajustá-lo às especificidades do caso concreto. Podem ser convencionados os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Outrossim, traz o momento em que pode se dar tal convenção, antes ou durante o processo.

Foi visto que as partes devem respeitar as normas fundamentais do processo, caso contrário desnaturalizaria a própria essência do instrumento, cujo objetivo é a resolução da lide de maneira eficaz.

Devem ser analisados pelos sujeitos os princípios basilares ao direito, como é o caso do princípio da boa fé, que é tutelado e previsto na Constituição, e devido à força normativa desta, é necessário que as partes observem princípios e direitos fundamentais, mas não exclui a negociação a respeito desses tipos de direitos.

Fora vislumbrado que o magistrado pode sim analisar a validade desses negócios jurídicos, de ofício ou a requerimento das partes, porém, é entendido que deve ser demonstrado o prejuízo sofrido pela parte.

O processo é matéria de ordem pública, portanto, é de interesse da coletividade que esse serviço prestado pelo Estado seja de qualidade, efetivo e que busque a justiça material. Portanto, é de interesse não apenas das partes, mas também da sociedade como um todo. Não significa, porém, que essa liberdade seja ilimitada, visto que há conflito de direitos fundamentais, já que a liberdade é um direito tutelado constitucionalmente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 10 ed. Editora Forense. Rio de Janeiro: 2005.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 6ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **O Direito Pós-Moderno e a Codificação**. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 33, São Paulo: RT, janeiro/março de 2000.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Saraiva. São Paulo: 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Editora Servanda. Campinas: 2007

BOBBIO, Norberto. (1999). **Dicionário de Política**. Vol. I. 12ª Ed. Editora Universidade de Brasília. Brasília: 1999.

BRAGA, Paula Sarno. **Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual**: Plano de Existência. Revista do Processo. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Art. 53 (promulga a **Convenção de Viena** sobre o Direito dos Tratados). Disponível em <<http://dai-mre.serpro.gov.br/legislacao/convencao-de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-1/>>. Acesso em: 17 de outubro de 2016.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Marquês de São Vicente**. Editora 34. São Paulo: 2002.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. (2011) 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica, Vitória, ano 1, n.6 fev. 2007. Disponível em <<http://www.panoptica.org.htm>>. Acesso em: 24 de out. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ED. Editora Almedina Coimbra, 1993.

CARRIDE, Norberto de Almeida. **Vícios do Negócio Jurídico**. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2015 – Presidente Prudente, 2015, 110p.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituição de Direito Processual Civil**. 2. Ed. São Paulo. Editora Saraiva, 1965.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A assistência no projeto do novo CPC brasileiro**. O direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudos em homenagem a Thereza Alvim. Arlete Inês Aurelli; Leonard Ziesemer Schmitz; Lúcio Delfino; Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro; William Santos Ferreira (coord.). Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2014

DIDIER JR, Fredie. **Negócios Processuais**. 2 ed. Salvador. Editora JusPodivm: 2016.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

DIDIER JR., Fredie.; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (2013). **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. 2. Ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6ª Ed. Editora Malheiros. São Paulo: 2009.

_____. **Instrumentalidade do Processo**. 2ª Ed. Editora Malheiros. São Paulo: 1990

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FAZANARO, Renato Vaquelli. **Os negócios jurídicos processuais no Novo Código de Processo Civil: vantagens e limites**. 2016. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236626,41046-Os+negocios+juridicos+processuais+no+Novo+Codigo+de+Processo+Civil>>. Acesso em: 8 out. de 2016.

FRANÇA, Beatriz. **A (des)construção do direito privado em face da despatrimonialização do sujeito de direito civil constitucional** – aspectos constitucionais da autonomia privada. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (Org.). **Contrato & Sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006. v.2.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 2ª Ed. Editora Forense. Rio de Janeiro: 1995.

GOMES, Orlando; BRITO, Edvaldo Pereira de; BRITO, Reginalda Paranhos de. **Introdução ao Direito Civil**. 19. Ed. Editora Forense. Rio de Janeiro: 2007.

GRECO, Leonardo. **Os Atos de Disposição Processual – Primeiras Reflexões**. Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. José Miguel Garcia Medina; Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz; Luís Otávio Sequeira de Cerqueira; Luiz Manoel Gomes Junior (coord.). Editora Revista dos Tribunais. São Paul: 2008

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1998;

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, Escolas e Fases Metodológicas Do Processo**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. (2004) Trad. de António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. 1. ed. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, Tradução João Baptista Machado, 6. ed., 4. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIMA, Anderson Renosto. **Negócios Jurídicos Processuais**. Porto Alegre: 2014. Disponível em: <
<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/112051/000951733.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 set. 2016.

LOURENÇO, Haroldo. **O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC**. Rio de Janeiro: 2011. Disponível em <
http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista56/revista56_74.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

MELLO, Marcos Bernardes de. (2013) **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 19. Ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2013.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2009

_____. **Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo**. Tese de doutorado UFRS, Porto Alegre, 2007. Disponível em <
<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13221>>. Acesso em: 17 out. 2016.

- MOREIRA, José Carlos Barbosa. (1984) **Convenções das partes sobre matéria processual**. In: Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1984.
- MORO, Sérgio Fernando. (2004) **Jurisdição constitucional e democracia**. Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Editora JusPodivm, Salvador: 2016.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. Editora Juspodivm. Salvador: 2016.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**. 2. Ed. Editora Saraiva. São Paulo: 2003.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais**. Editora Forense. Rio de Janeiro: 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. I. 29. ed. rev. atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A Constitucionalização do Direito Privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luis Edson (Org.) **Repensando fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- RÃO, Vicente. (1979). **Ato Jurídico**. Editora Saraiva, 1979.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil: processo de conhecimento**. 25 ed. Editora Saraiva. São Paulo: 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.
- SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. B. Cient. ESMPU, Brasília, a. 4, n.14, p. 167-217, jan/mar 2005.
- Sentença 57, de 08.05.1984, na linha de outros precedentes, como ressalta Francisco Chamorro Bernal, La tutela judicial efectiva (Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de La Constitución), Barcelona: Bosch, 1994, p. 315. No mesmo sentido, o mencionado tribunal entendeu haver excesso de formalismo na inadmissão de recurso por faltar 360 pesetas, em um preparo de 327.846.
- STRECK, Lenio Luiz. **O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?.**- 3ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TORRES, Andreza Cristina Baggio. **Direito Civil-Constitucional: a função social do contrato e a boa-fé objetiva como limites à autonomia privada**. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (Org.). Contrato & Sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional. Curitiba: Juruá, 2006. v. 2.

TUCCI, Rogério Lauria. **Negócio Jurídico Processual**. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: 1997.

THEODORO JR. Humberto; NUNES. Dierle; BAHIA. Alexandre Melo Franco; PEDRON. Flávio Quinaus **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 201.