

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Carmen Lígia Barreto de Andrade Fernandes Nery

**O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL COMO FENÔMENO DA EXPERIÊNCIA JURÍDICA –
UMA PROPOSTA DE LEITURA CONSTITUCIONAL ADEQUADA DA AUTONOMIA PRIVADA EM
PROCESSO CIVIL**

Doutorado em Direito

São Paulo

2016

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Carmen Lígia Barreto de Andrade Fernandes Nery

O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL COMO FENÔMENO DA EXPERIÊNCIA JURÍDICA –
UMA PROPOSTA DE LEITURA CONSTITUCIONAL ADEQUADA DA AUTONOMIA PRIVADA EM
PROCESSO CIVIL

Doutorado em Direito

Tese apresentada à Banca Examinadora como parte das exigências para obtenção do grau de Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora Doutora Patricia Miranda Pizzol.

São Paulo

2016

Banca Examinadora

À minha avó Carmen (in memoriam), de quem gostaria de ter herdado muito mais que o nome, pelo legado de força, fé e compaixão, com a certeza de que continuamos juntas.

AGRADECIMENTOS

Para a realização deste trabalho, contei com o apoio, a amizade e a colaboração de vários colegas, amigos, professores e familiares. A todos agradeço e, especialmente,

Ao RAFAEL, meu porto seguro e minha paz, por caminhar ao meu lado na estrada da vida;

À minha família, em especial meus pais ROSA MARIA e NELSON e minhas irmãs, MARIA CAROLINA e ANA LUIZA, meu significado primordial fundante, pelas diuturnas lições de vida;

À família REGO ANTONINI, em especial minha sogra MARLY, pela sorte de poder ter duas famílias e amá-las como se fossem uma;

Aos meus pais, ROSA MARIA e NELSON, cuja envergadura jurídica (já monstruosa) não faz jus à grandeza de sua envergadura moral, pelas incontáveis contribuições para o aprimoramento deste trabalho e pelo privilégio de poder aprender o direito todos os dias e de pesquisar em uma biblioteca jurídica *hors concours*;

Ao querido amigo GEORGES ABBOUD, meu orientador informal, pela sugestão do tema, pelos conselhos, debates e indicações de bibliografia, sem os quais esse trabalho não teria sido possível;

Ao professor LENIO LUIZ STRECK de cuja densa obra parte minha base filosófica para qualquer análise jurídica;

Aos colegas de equipe e amigos JOÃO CARLOS ZANON, ANA LUIZA DE ANDRADE NERY, GEORGES ABBOUD, THIAGO SILVEIRA ANTUNES, LETÍCIA CAROLINE MÉO e MARIA CAROLINA NERY, pela oportunidade de fazer da prática do direito um prazer diário e por terem feito possível meu afastamento do escritório durante o período de escrita da tese;

À SANDY POMBO, administradora do NERY ADVOGADOS, que pela eficiência e competência praticamente faz sumir meu trabalho de sócia-administradora, por também ter feito possível meu afastamento do escritório durante o período de escrita da tese;

À Professora PATRICIA MIRANDA PIZZOL, minha orientadora no mestrado e no doutorado, pela imensa compreensão, pela disponibilidade, pela atenção de todo o tempo e pela oportunidade de crescer na academia por suas mãos;

Aos Professores ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, NELSON NERY JUNIOR e TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. pelos ensinamentos que me transmitiram nos proveitosos créditos do Curso de Doutorado;

À tradutora MARIA CAROLINA NERY pelo auxílio na tradução de textos e elaboração de resumo;

Ao RUI DOMINGOS, pelo auxílio fundamental nos trâmites burocráticos para a realização deste trabalho;

Aos amigos PRISCILA CHOEFI, CAROLINA FALCONE, LIVIA MAZON, MARILIA SENRA e ANDRÉ BUCHAIM, pela amizade de longa data que enche minha vida de significado;

Aos profissionais da saúde ENEIDA MARA GONÇALVES, VANIA FERREIRA WIEZEL e JOSÉ ROBERTO LAZZARINI, pelo necessário apoio físico, emocional e espiritual durante a realização deste trabalho.

“Nenhuma transformação chega sem a escolta de um prenúncio. Como, no entanto, uma escolta pode aproximar-se sem que clareie o acontecimento do próprio, sem que a essência humana, num chamado e numa convocação, conheça o brilho dos olhos, isto é, olhe com profundidade e, nesse olhar, traga os mortais para o caminho de uma construção pensante, poética?” (Martin Heidegger)

APRESENTAÇÃO

Tese no Curso de Pós-Graduação *stricto sensu*, nível Doutorado, em Direito das Relações Sociais, subárea Direitos Difusos e Coletivos, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Elaborado conforme as diretrizes acadêmicas da própria Universidade (2016).

RESUMO

Dividido em três capítulos, este trabalho pretende analisar o negócio jurídico processual à luz da garantia fundamental à liberdade a partir do paradigma pós-positivista.

O primeiro capítulo traz as leituras do direito fundamental à liberdade nos ambientes de direito privado e de direito público, em especial o processo civil. Identificamos as bases históricas da elaboração de dicotomia entre direito público e privado. Observamos que tal distinção não aparece com clareza entre os estudiosos do tema, tendo sido repetida sem fundamentos consistentes que a suportem. Mostramos inexistir razão para no Estado Democrático de Direito pretender a separação dos ramos do direito a ponto de atribuir opostas interpretações a uma mesma garantia constitucional – à liberdade – conforme se transite no direito público ou privado.

O negócio jurídico processual como experiência jurídica é tema do segundo capítulo, em que propomos o seu estudo a partir dos conceitos de situação e relação jurídica, a partir do fato *causado*. Apresentamos a estrutura e os elementos essenciais do negócio jurídico processual e o identificamos como forma de autorregramento das partes no processo.

Por fim, o último capítulo investiga a atuação do juiz frente o negócio jurídico processual. Nele se propõe enfoque constitucional e filosófico adequado para o controle do negócio jurídico processual e se apresenta algumas peculiaridades do instituto.

Palavras-chave: negócio jurídico processual – interesse público – interesse privado – fatos, atos e negócios jurídicos – partes – objeto – forma – controle de validade.

ABSTRACT

Divided into three chapters, this thesis aims to analyze the procedural contract under the consideration of the constitutional right of freedom from a post-positivist paradigm.

The first chapter focuses on the study of the constitutional right of freedom in the private and public rights, especially in civil procedure. We identify the historical basis that originated the dichotomy between private and public rights. We observe that this distinction does not show up in specific studies, but have rather been repeated without a consistent basis to support it. We show that in a Democratic Legal Estate there is no reason to separate legal branches to the point that one constitutional right - of freedom - gets two different interpretations, one if public right is concerned and a different one if private right is concerned.

We present the procedural contract as a juridical experience in the second chapter, in which we propose its study from the concepts of legal situation and legal relationship and from a caused fact. We present the structure and the essential elements of the procedural contract and identify it as a way the parties can create rules concerning the procedure.

In the last chapter we study the role of the judge towards the procedural contract. We propose a constitutional and philosophical focus, adequate to the activity of controlling the procedural contract and we also present some peculiarities of the institute.

Key words: Procedural contract - public interest - private interest - fact, acts and contract - parties - object - form - validity control.

O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL COMO FENÔMENO DA EXPERIÊNCIA JURÍDICA –
UMA PROPOSTA DE LEITURA CONSTITUCIONAL ADEQUADA DA AUTONOMIA PRIVADA EM
PROCESSO CIVIL

APRESENTAÇÃO	I
RESUMO	II
ABSTRACT	III
INTRODUÇÃO – COLOCAÇÃO DO PROBLEMA	p. 01

CAPÍTULO I – PROCESSO COMO RAMO DO DIREITO PÚBLICO

1.1. DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO	p. 03
1.2. DIREITO PROCESSUAL CIVIL	p. 11
1.3. INTERESSE PÚBLICO E INTERESSE PRIVADO	p. 18
1.4. MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA E CLÁUSULAS GERAIS.....	p. 24
1.5. CARÁTER SOCIAL DOS TEXTOS NORMATIVOS DE DIREITO PRIVADO.....	p. 27
1.6 DICOTOMIA ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO QUE MERECE REVISÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	p. 36

**CAPÍTULO II – NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: FENÔMENO DA
EXPERIÊNCIA JURÍDICA**

2.1. FATOS, ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS COMO ELEMENTOS DA FENOMENOLOGIA JURÍDICA	p. 44
---	-------

2.1.1. FATOS, ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS	p. 44
2.2. O PROBLEMA DA FENOMENOLOGIA JURÍDICA PELA TEORIA DA INCIDÊNCIA DA NORMA	p. 50
2.3. A FENOMENOLOGIA JURÍDICA PELOS CONCEITOS DE SITUAÇÃO E RELAÇÃO JURÍDICA – FATO CAUSADO	p. 64
2.4. FATOS, ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	p. 70
2.5. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL	p. 77
2.5.1. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS TÍPICOS E ATÍPICOS	p. 80
2.5.2. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS CELEBRADOS COM A PARTICIPAÇÃO DO JUIZ	p. 82
2.6. ESTRUTURA DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL	p. 85
2.6.1. CAPACIDADE DAS PARTES	p. 86
2.6.1.1. PARTES PROCESSUAIS E TERCEIROS	p. 88
2.6.2. OBJETO	p. 91
2.6.3. FORMA	p. 98
2.6.3.1. A PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO NO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL	p. 103
2.7. EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ...	p. 108
2.7.1. REQUISITOS DE VALIDADE – CASOS FÁCEIS X CASOS DIFÍCEIS?.....	p. 113
2.8. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL COMO FORMA DE AUTORREGRAMENTO DAS PARTES NO PROCESSO.....	p. 118

CAPÍTULO III – ATUAÇÃO DO JUIZ FACE AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

3.1. AUTONOMIA PRIVADA E EXERCÍCIO DA AUTORIDADE	p. 124
3.2. O DIFERENCIAL FUNCIONAL DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL	p. 128
3.3. A NATUREZA DO DIREITO SOBRE QUE VERSA O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL	p. 131
3.4. COGÊNCIA DAS REGRAS DE DIREITO PROCESSUAL	p. 135
3.4.1. MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA COMO BALIZADORAS DO CONTROLE DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL	p. 143
3.5. LIMITES PARA A ATUAÇÃO DO JUIZ	p. 151
3.5.1. RECUSA DA APLICAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL EM CASO DE NULIDADE	p. 154
3.5.2. CONTROLE DA VALIDADE DOS NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL EM CASO DE ANULABILIDADE	p. 157
3.6. EXECUÇÃO E INEXECUÇÃO DO NEGÓCIO E SUA REPERCUSSÃO NO PROCESSO .	p. 168
CONCLUSÃO	p. 171
BIBLIOGRAFIA	p. 172

INTRODUÇÃO – COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

O trabalho que ora apresentamos à Egrégia Banca Examinadora em grau de doutorado, na PUC de São Paulo (Programa de Direito), tem a finalidade de estudar de forma sistemática e multidisciplinar as implicações teóricas e práticas das dicções dos artigos 190 e 191 do Código de Processo Civil para, examinando o teor desses textos, acomodá-los às peculiaridades da Teoria Geral do Direito, do Direito Constitucional, do Direito Civil e Processual Civil.

Nossa preocupação maior foi apresentar leitura constitucional adequada para a liberdade das partes de autorregramento (autonomia privada) na esfera processual. Pretendemos apresentar os elementos essenciais para o estudo do tema.

De início nos deparamos com as diferentes leituras que a garantia constitucional recebe a depender do ramo do direito (se público ou privado) em que se dá a fenomenologia jurídica. Percebemos, então, que não bastaria analisar o direito fundamental à liberdade a partir, apenas, da dicotomia direito público X direito privado. Entendemos necessário analisar as peculiaridades que cada ramo do Direito imprime à liberdade a partir de hermenêutica filosófica. Tentamos, com isso, concluir que no Estado Constitucional a antagonia entre interesse público e interesse privado merece revisão e nova leitura, sem o que a correta leitura do CPC 190 e 191 torna-se impossível.

O capítulo segundo se dedica a encaixar na fenomenologia do direito os negócios jurídicos, expressão máxima de liberdade privada. Inserido na espécie de fatos jurídicos, o estudo dos fatos, atos e negócios coloca o operador do direito diante do maior problema da ciência jurídica: a separação entre direito e fato.

Justamente por se mostrar o problema central do positivismo, calcado numa ontologia da coisa que apresenta relação dual de fato/direito, as clássicas teorias dos fatos, atos e negócio jurídico, embora por nós não desprezadas, foram tratadas neste trabalho a partir do paradigma pós-positivista. Nesse contexto, apresentamos nossa fundamentação para a não recepção do estudo fenomenológico do direito a partir da teoria da incidência da norma. Ao contrário, propusemos que a experiência jurídica se dá por relações e situações jurídicas em que o fato causado passa a produzir efeito sobre os quais o direito se debruça.

A partir daí, apresentamos a estrutura do negócio jurídico processual; como ele ocorre no e para o processo e identificamos a figura do juiz ora como parte, ora como mero expectador dos efeitos jurídicos oriundos da vontade das partes sobre o processo. Muitos pontos novos surgem tanto sob o ponto de vista civil quanto sob o ponto de vista processual, motivo pelos quais sempre nos socorremos da teoria geral do direito, da filosofia, do direito constitucional, para apontar caminhos, exemplificativos, para a condução judicial dessas novidades.

O negócio jurídico, fato jurídico por excelência, caracteriza-se por consequência de realização de refinada técnica jurídica. O negócio jurídico processual, por sua vez, se nutre também dessa refinada técnica jurídica, mas por suas peculiaridades e implicações, demandam ainda soluções que a técnica do direito privado, pura, não resolve e que reclamam análise adequada do exercício do poder jurisdicional sobre a autonomia privada. Por essa razão, o capítulo terceiro e último de nosso trabalho, apresenta algumas das diversidades que marcam a estrutura do negócio processual e, por isso, demandam novo enfrentamento da posição do julgador frente tais negócios. Analisamos, por fim, os mecanismos de controle da validade e eficácia do negócio jurídico processual.

CAPÍTULO I – PROCESSO CIVIL COMO RAMO DO DIREITO PÚBLICO

*“Estamos, ainda, muito tímidos na utilização de mecanismos processuais na defesa dos direitos fundamentais. A eficácia deles ainda se encontra por demais reduzida. Em tempos de efetividade constitucional, é hora de meditarmos acerca da utilização do processo civil como meio de garantia efetiva e expedita dos direitos fundamentais”.*¹

1.1. Direito Público e Direito Privado

A dicotomia entre direito público e privado remonta o direito romano. Já apontava ULPIANO (D. 1, 1, 1, 2): *ius publicum est, quod ad statum rei Romanae spectat; privatum, quod singulorem utilitatem spectat.* Até os dias de hoje, entretanto, remanesce uma perplexidade em torno dessa fundamenta distinção.

Afirmam PAUL JÖRS e KUNKEL WOLFGANG:

“La consideración actual del derecho, influída por el romano, divide al mismo en dos grandes ramas: Derecho público y derecho privado. Corresponden al derecho público aquellas materias en las que la Cominidad actúa frente al individuo exigiéndole su subordinación. Derecho público son, por lo tanto, las normas del Derecho del Estado (Derecho político), del Administrativo, del Canónico o Eclesiástico, del Penal y del Procesal. Cuando, por el contrario, aparecen relaciones privadas entre particulares, o se trata de intereses

¹ Nelson NERY JR. *Publico vs Privado? A natureza constitucional dos direitos e garantias fundamentais* in Ives Gandra Martins e Francisco Rezek (org.), *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, n. 3, p. 250.

*particulares, del patrimonio de una persona o del nexo que liga sus parientes, las normas reguladoras son Derecho privado”.*²

Em verdade, mesmo no Direito Romano a dicotomia aparece tardiamente. Aponta CHEVRIER que apenas quando se conseguiu estabelecer os conceitos de *sacra*, *sacerdotes* e *magistratus*, cada elemento concorrendo para a estabilidade da *res romana* usou-se falar em *jus publicum* em oposição a *jus privatum*. Entretanto, com a crescente institucionalização do princípio cristão da separação entre o temporal e o espiritual – a César o que é de César e a Deus o que é de Deus – o equilíbrio da divisão rompe-se já que os imperadores cristãos tinham maior dificuldade em conceituar o direito público³.

A ausência do equilíbrio entre Direito Público e Direito Privado em Roma é apontada por MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES:

*“O Estado romano fruía uma posição eminente, fora e acima do Direito Privado: ius privatum sub tutela publici manet. O indivíduo não podia ser titular de direitos contra o Estado mas tão-só contra outro indivíduo. O povo romano, quando entrava em relação com os indivíduos, não se despojava do seu poder público, nem caía do seu pedestal para com eles se pacificar”.*⁴

Na Idade Média domina a concepção patronal do poder. Assim, o interesse comum confunde-se com o interesse do príncipe, fazendo

² Paul JÖRS, e Kunkel WOLFGANG. *Derecho Privado Romano*, Barcelona: Editorial Labor, 1937, § 32, n. 2, pp. 78/79.

³ Georges CHEVRIER. *Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du «jus privatum» et du «jus publicum» dans les œuvres des anciens jurists français* in *Archives de philosophie du droit – nouvelle série*, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952, pp. 16-17.

⁴ Miguel Maria de SERPA LOPES. *Curso de direito civil*, v. I, 6.^a ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, § II, n. 5 A), p. 25.

desaparecer a dicotomia público-privado⁵. Em oposição aos direitos do príncipe só haveria os direitos dos súditos, ideia que persiste até o fim do século XVIII, em confusa “zona mista” onde estariam os direitos senhoriais, tanto de caráter público – manutenção da ordem, poder de polícia, função judiciária – quanto privado, já que o senhor feudal era proprietário e beneficiário da área territorial que governava, muitas vezes em lutas contra o rei.

Foi apenas depois da Revolução Francesa, sobretudo na segunda metade do século XIX que a distinção entre público e privado tornou-se mais relevante. Pode-se dizer que a divisão do Direito entre público e privado, embora tenha remotas origens, em sua atual elaboração é obra do século XIX.

O surgimento de processos de constitucionalização em diversos povos fez com que a integração entre público e privado tornasse-se ainda mais evidente. Num Estado Democrático de Direito, como o que vivemos atualmente, a Constituição estrutura tanto o espaço público quanto o privado, organizando a sociedade.

Afirma PETER HÄRBERLE que o marco da Constituição é *“la inclusión mediata, al menos, de la res publica en la interpretación constitucional (...). Una Constitución que no sólo estructura al Estado en sentido estricto, sino también al espacio público, y constituye a la sociedad, incluyendo de manera inmediata el ámbito de lo privado”*.⁶

⁵ *“la séparation systématique et consciente des deux domaines [du droit privé et du droit public] n’était pas dans la ligne de la pensée juridique médiévale”* Erwin RIEZLER. *Oblitération des frontières entre le droit privé et droit public in Recueil d’études en l’honneur d’Edouard Lambert – Introduction a l’étude du droit comparé*, v. III, V^e partie – Le droit comme science sociale, Paris: Recueil Sirey/LGDJ, 1938, p. 118.

⁶ Peter HÄRBERLE. *El Estado constitucional*, Buenos Aires: Editorial Ástra de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007, § 54, p. 272.

Pode-se identificar três distintos critérios apontados pela doutrina para a fundamentação da distinção entre direito público e privado: “i) de acordo com a teoria do sujeito, o direito público é o que regula as relações jurídicas entre determinados titulares de situações jurídicas entre si ou com os outros (todos ou alguns) sujeitos de direito; ii) segundo a teoria do interesse, conforme sejam públicos ou privados os interesses regulados, assim pertencerão as correspondentes determinações normativas ao direito público ou privado, respectivamente; iii) para a teoria da sujeição ou subordinação, o direito público existe, sempre, e apenas, onde um titular de situações jurídicas se encontra submetido ao poder de autoridade de um outro a este pode alterar unilateralmente a situação de direitos ou deveres entre ambos sem a intervenção do juiz”.⁷

Trata-se, pois, de sistematização doutrinária seja sob a ótica do sujeito, do interesse ou da sujeição. Para sustentar a dicotomia, estudiosos procuraram apontar critérios técnicos distintivos dos institutos, com grande controvérsia a respeito do tema. Em 1904, HOLLINGER⁸ arrolou cento e quatorze em sua tese de concurso, ROUBIER⁹ refere-se a dezessete, PONTES DE MIRANDA a mais de vinte, MATA MACHADO¹⁰ aponta nove, enquanto outros reduzem e simplificam os critérios.

Já que inexistente critério único para a diferenciação de direito público e privado entre os estudiosos do direito, talvez seja mais prático utilizar o critério formalista, a partir da interpretação e aplicação dos textos normativos que versam sobre a matéria.

⁷ O resumo é feito por Walther LEISNER. “Privatisierung” des Öffentlichen Rechts, Von der “Hoheitsgewalt” zum gleichordnenden Privatrecht, Berlin: Duncker & Humblot, 2007, p. 22 e traduzido por Miguel Nogueira de BRITO em *Sobre a distinção entre direito público e direito privado* in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, Lisboa: Faculdade da Universidade de Lisboa, 2010, n. 3, p. 60.

⁸ HOLLINGER. *Das Kriterium des Gegensatzes Zwischen Öffentlichen Rech und Privatrecht*,

⁹ Paul ROUBIER. *Théorie générale du droit*, p. 291 e ss.

¹⁰ Edgar de Godói da MATA-MACHADO. *Elementos da teoria geral do direito: introdução ao direito*, Belo Horizonte: Líder, 2005, p. 171.

De maneira simplista, poder-se-ia afirmar que o direito público, disciplinando os interesses gerais da coletividade, tem como característica fundamental a imperatividade de seus textos legais, vedada ao Poder Público a atuação não prescrita em lei; ao passo que o direito privado, ao tutelar situações ou relações jurídicas entre particulares, presa pela liberdade dos indivíduos limitados, apenas, pela atuação defesa em lei.¹¹

Ainda, pode-se dizer que “*as situações jurídicas privadas pautam-se pela igualdade e pela liberdade, enquanto que as situações jurídicas públicas têm embasamento em princípios diferentes, dos quais os da autoridade e da competência são os mais marcantes*”.¹²

As críticas aos critérios distintivos do Direito Público e do Direito Privado trazidas pela doutrina referem-se a ausência de tipicidade capaz de servir de suporte a uma construção científica da separação, porque seu conteúdo é impreciso, confuso e por vezes contraditório.

KELSEN qualificou como caótico o cenário de opiniões ambíguas e contraditórias sobre o assunto. Em sua teoria pura do direito, ao identificar as figuras do Direito e do Estado, aponta a divisão do primeiro em dois ramos como invasão indevida da política nos domínios do direito¹³.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO sustenta que a contraposição entre direito público e direito privado, embora não opere em

¹¹ Maximilianus Cláudio Américo FÜHRER e Édis MILARÉ. *Manual de direito público e privado*, 20.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 42.

¹² Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Instituições de Direito Civil*, v. I, t. I – Teoria Geral do Direito Privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, n. 46.1, pp. 408/409.

¹³ Hans KELSEN. *Teoria pura do direito*, 8.^a ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009. Precisamente porque pretende pureza, ou seja, “depurada de toda ideologia política e de todo elemento científico-natural”, a questão de saber qual a forma de regulamentação mais satisfatória e mais justa, a divisão, em si, não tem, quanto à Ciência do Direito, qualquer importância em Teoria Pura do Direito.

relação a cada situação jurídica individualmente considerada, permanece como válida no plano sistemático. No direito público dominam a autoridade e a competência, enquanto no direito privado prevalecem a igualdade e a liberdade, e se muitas situações jurídicas num ou noutra dos subsistemas por razões contingentes, isso não põe em causa essa mesma integração.¹⁴

Nas próprias fontes romanas (Pap., D. 2, 14, 38; 1, 42; Ulp., D. 11, 7, 20 pr.; 27, 8, 1, 9; 50, 17, 45, 1) não há alijamento das esferas pública e privada mas, ao contrário, estas se interconectam recorrentemente “*ya que el Derecho privado descansa sobre las bases del orden estatal y, por lo tanto, sobre principios de carácter jurídico público*”.¹⁵

Aliás, as atuações que decorrem da autonomia privada, defesas em lei, quanto ao sujeito, ao objeto e à forma dos negócios jurídicos (CC 104 I a III), dizem de perto com essa particular característica pública de todas as disciplinas jurídicas que, paradoxalmente existem, justamente, para favorecer a efetividade do direito privado.

A despeito da divisão do direito em público e privado ter sofrido diversas críticas, a distinção persiste e é aceita, principalmente, sob o ponto de vista didático. Para tal fim, integram o primeiro, o direito constitucional, o direito administrativo, o direito processual, o financeiro, o tributário, o eleitoral, o municipal, o penal e o internacional público; ao segundo pertencem o direito civil, o comercial e o internacional privado.

Aliás, o direito notarial e registrário apresenta-se como a expressão mais pungente de que, de fato, o direito privado descansa sob uma base estatal, como disse JÖRS e WOLFGANG.

¹⁴ António Menezes Cordeiro. *Tratado de direito civil português*, I – Parte Geral, t. I, Coimbra: Almedina, 1999, p. 26.

¹⁵ Paul JÖRS, e Kunkel WOLFGANG. *Derecho Privado Romano*, Barcelona: Editorial Labor, 1937, § 32, n. 2, p. 79.

As teorizações a respeito da dicotomia aqui apresentada, não se exaurem neste breve introito, sendo certo que ainda hoje se pretende sistematizar uma espécie de “teoria geral”, projetando-se todas as dimensões, apontando, ainda, para o surgimento de eventual terceiro gênero, além do Direito Público e do Direito Privado, atinente às relações de interesse coletivo, configurando uma espécie de zona intermediária em que se situariam os ramos do direito do trabalho, econômico, social, corporativo, ambiental, consumidor, entre outros.

Os chamados direitos de “terceira dimensão” são a prova da impossibilidade de cisão absoluta entre direito público e direito privado. São, como explicita PATRICIA MIRANDA PIZZOL, direitos que pertencem a todos, mas só podem ser tutelados nos limites da jurisdição de cada país:

“No nosso sentir, podem ser considerados essencialmente coletivos, entre outros, os seguintes direitos: a) direito a um tratamento igualitário sem preconceitos de origem, cor, raça, idade, sexo (art. 3.º, IV, art 5º da CF); b) direito à propriedade observada sua função social (art. 1º caput, e art. 170, III); c) direito à redução de riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII); d) direito à educação (art. 205); e) direito à cultura (art. 215 e 216), à ciência e tecnologia (arts. 218 e 219); f) direito à saúde (arts. 196 e 200); g) direito ao meio ambiente sadio e equilibrado (art. 255); h) direito da família, da criança e do adolescente, do idoso (arts. 226 a 230); i) direito à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação ou direito à comunicação social ou à liberdade de informação, principalmente jornalística (arts. 220 a 224); j) direito à informação (a liberdade de informação deixa de ser função individual e passa a ser função social art. 5º XIV, XXXIII); k) direito à reparação dos danos materiais, morais e à imagem (art. 5º, V e X); l) direito de petição (art. 5º,

XXXIV); m) direito de representação coletiva (art. 5º, XXI; art. 8º, III); n) direito de participação (arts. 14, I e II; 29 XIII; 61, § 2º, 11; 194, VII; 198, III; 31 § 3º)".¹⁶

O fato que se mostra evidente, por isso, é a impossibilidade de teorização dogmática absoluta sobre a famosa distinção, dada a variação das circunstâncias históricas e sociais subjacentes às classificações dos ramos do direito como público ou privado. Exemplo disso é a relação de emprego que outrora para sua aplicação bastava a utilização de regras do direito privado e hoje demandam arcabouço de segurança da envergadura que apenas o direito público pode oferecer. As conclusões a que se chega para especificar a natureza desta relação jurídica devem ser estudadas considerando o caráter público recepcionado pelas Constituições modernas e uma série de novas considerações, pautadas pela segurança sócio-econômica da pessoa, da família e do Estado.

As duas conclusões fundamentais a respeito do estudo da dicotomia público-privado são dadas por MATA MACHADO. O autor afirma que “tanto o público como o privado são tais para servir a pessoa. *Na intimidade, esta se expande e se realiza segundo o seu estilo próprio; vivendo de si para consigo ou no círculo de sua escolha, cada um procura configurar livremente sua personalidade, revelar-se tal como é ou quer ser. Mas, na convivência com os seus semelhantes, o homem, animal político, realiza igualmente uma de suas dimensões e, gozando da liberdade que é comum a todos, concretiza um outro ideal humano, o da igualdade*”; acrescenta a segunda conclusão: “se o privado e o público se acham, pois, em planos diferentes, não se opõem um ao outro, *do ponto de vista da vida social e da livre expansão da personalidade. Daí porque não se devem dissociar, e de fato não se dissociam, antes se interpenetram*”.¹⁷

¹⁶ Patrícia Miranda PIZZOL. *Os princípios processuais previstos na Constituição Federal e a defesa do consumidor* in Andrea Caraciola e outras (org.). *Código de Defesa do Consumidor – 20 anos*, São Paulo: LTr, 2010, n. 1, p. 59.

¹⁷ Edgar de Godói da MATA-MACHADO. *Elementos da teoria geral do direito: introdução ao direito*, Belo Horizonte: Líder, 2005, pp. 165-166.

Aliás, confirma-se o que afirmaram Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, citando Aristóteles de que “o direito e a arte chegam ao homem através da experiência” e, bem por isso, sem essa “vivência experimental” não se pode compreender a ciência jurídica¹⁸.

1.2. Direito Processual Civil

A *ratio essendi* de se inserir o Direito Processual Civil como Direito Público talvez possa ser encontrada no Direito Romano. Em Roma, a chamada “justiça privada” restou reduzida às hipóteses de legítima defesa – necessária para repelir agressões injustas – e, excepcionalmente, o ataque, como no caso de suspeita de fuga do devedor, por exemplo. Ultrapassadas essas hipóteses, a justiça privada adquire caráter de arbitrária e proibida, para a manutenção da ordem jurídica estatal. O reconhecimento de um regime de justiça estatal existe, em verdade, desde que o chefe da comunidade, o monarca, investido de poderes e autoridade se impõe com suas decisões a todos os cidadãos.¹⁹⁻²⁰

O Processo Civil se coloca como ramo do Direito Público a medida que se presta a coibir a forma mais primitiva de defesa dos direitos: a perpetrada pelo próprio ofendido, a *vendita privata*²¹. É dever do

¹⁸ Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Instituições de Direito Civil – Teoria Geral do Direito Privado*, v. I, t. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, n. 3, p. 26.

¹⁹ Paul JÖRS, e Kunkel WOLFGANG. *Derecho Privado Romano*, Barcelona: Editorial Labor, 1937, apêndice, § 2, pp. 513/514.

²⁰ Arthur ENGELMANN aponta três distintas fases na história do Direito Processual Romano: primitiva ou pré-clássica, das *legis actiones*, a clássica do processo formulário e a pós-clássica e bizantina da *cognitio* ou cognição oficial e da *lebellary procedure* in *The Roman Procedure* in Arthur ENGELMANN e outros. *A History of Continental Civil Procedure*, trad. Robert Wyness Millar, 2.^a ed., Buffalo: Willian S. Hein, 1999, pp. 269 e ss., 282 e ss., 316 e ss.

²¹ Eduardo COUTURE definiu a ação civil como substituto da civilização para a vingança: “*primitive man’s reaction to injustice appears in the form of vengeance, and by ‘primitive’ I*

Estado garantir a manutenção da paz social, mediante estabelecimento de procedimento institucional capaz de promover a justiça.

Para tanto, é necessário que a “corte judicial” resolva as disputas de maneira consistente e de acordo com as regras de direito vigente, das quais dependem os direitos e obrigações das partes a serem aplicados no caso concreto pelo juiz. É necessário, então, designar regras de direito processual para garantir ao juiz o acontecer da norma²² nas disputas postas sob sua jurisdição. As regras de direito processual normalmente se prestam a garantir a adequação ética do jogo de interesses (*fair play*) e devem ser de aplicação cogente com previsão de alguma espécie de sanção à parte que a elas não se submeter. A busca primordial das regras de processo é a garantia de eficiência e equidade na administração da justiça²³.

A organização do processo apresenta-se, por isso, como um dos aspectos mais importantes do poder estatal – sob o ponto de vista dos limites da soberania –, já que implica restrição à atividade do Estado, no processo representado pelo Poder Judiciário. A necessária

mean not only primitive in historical sense, but also primitive in the formation of moral sentiments and impulses. The first impulse of a rudimentary soul is to do justice by his own hand. Only at the cost of mighty historical efforts has it been possible to supplant in the human soul the idea of self-obtained justice by the idea of justice entrusted to authorities (...) In its present form, this civilized substitute for vengeance consists in a legal power to resort to the court praying for something against a defendant” in *The nature of judicial process*, *Tulane Law Review*, n. 25, dec.1950, p. 1.

²² A partir do paradigma pós-positivista do Direito, o ato de interpretar é ato de produção de sentido (*Sinngebung*) e não apenas de reprodução de sentido (*Auslegung*). A *crítica hermenêutica do direito* de Leino Luiz STRECK, fincada na matriz teórica da ontologia fundamental, busca uma análise fenomenológica do caso concreto (que pretende o desvelamento – *Unverborgenheit* do Direito) a partir da linguagem. Assim, há um acontecer (*Ereignen*) no processo de “construção” da norma (norma que não se confunde com texto normativo, lei). Ele se dá no âmbito da apreensão, da antecipação do sentido das regras de direito posto, onde o horizonte de sentido limita o processo de atribuição de sentidos. Compreender é um existencial e, portanto, não há como cindir os processos de fundamentação e aplicação, nos termos da *applicatio* gadameriana. Nesse sentido que se diz que a produção da norma é um acontecer. Voltaremos ao tema oportunamente.

²³ J.A. JOLOWICZ. *Active role of the court in civil litigation* in Mauro CAPPELLETTI e J.A. JOLOWICZ. *Public interest parties and the active role of the judge in civil litigation: Studies in comparative law*, Milano: Giuffrè, 1975, part one, pp. 167-179.

submissão ao direito é, em verdade, produto de um equilíbrio²⁴ de forças suficientemente estáveis a ponto de garantir a organização da sociedade. O Estado é chamado a exercer tal organização, a partir de certas formas e por meio de determinados órgãos.

Nesse sentido:

“O processo é o instrumento pelo qual a Democracia é exercida, e em um Estado Democrático de Direito, todo e qualquer ato estatal de poder (e não só os estatais, mas aqui apenas estes são objeto de consideração) deve ser construído através de processos, sob pena de não ter legitimidade democrática e, por conseguinte, ser incompatível como o Estado Constitucional”.²⁵

OTTO MAYER desenvolve, também essa ideia, quando afirma que *“para a questão de saber se os Tribunais civis são competentes [para conhecer da pretensão de um súdito contra o príncipe], é portanto decisivo saber se o Estado se subordina ao direito civil numa determinada relação; isso não significa, todavia, outra coisa senão a questão de saber se o Estado se subordina aos limites de uma ordem jurídica; pois fora do direito civil não existe qualquer direito”*.²⁶

Porque todos os esforços do direito se voltam para o bem do homem, ente privado.

Ainda, de acordo com a doutrina clássica, justamente porque se deve promover exata regulação da forma de organização da

²⁴ Confira-se a ideia de equilíbrio como forma de intersecção entre os Direito Público e Privado no próximo item. Notas de rodapé 36 e 37.

²⁵ Alexandre Freitas CÂMARA. *O novo processo civil brasileiro*, São Paulo: Atlas, 2015, n. 3.1, p. 23.

²⁶ Otto MAYER. *Deutsches Verwaltungsrecht*, v. 1, reimpressão da 3.^a ed. de 1924, Berlin: Duncker & Humblot, 2004, p. 48. Tradução livre.

atividade jurisdicional, impõe-se “a estrita regulação dos recursos, exigindo sua exata fixação por lei, afastando-se a livre determinação das partes ou do órgão judicial a respeito do emprego da inconformidade no caso concreto, assim como de seus pressupostos e requisitos. Implica dizer, portanto, que escapam à manipulação da competência e dos recursos, os quais devem ser objeto de um direito processual rigoroso, a ser aplicado de maneira formal”.²⁷

De acordo com PONTES DE MIRANDA, a finalidade preponderante do processo é realizar o Direito. Para ele, na parte de Direito Público, tendente a subordinar os fatos da vida social à ordem jurídica, uma das funções é a atividade jurisdicional²⁸. Da mesma forma, conceituando função jurisdicional, ARRUDA ALVIM explicita a razão pela qual pertence o Processo ao Direito Público:

“Afigura-se-nos que a função jurisdicional é de índole substitutiva. Se ela se destina a solucionar um conflito de interesses, para isto é necessário que o juiz, compondo o litígio, afirme a existência de uma vontade concreta da lei favoravelmente àquele interessado merecedor

²⁷ Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil*, 3.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2009, n. 6, p. 70.

²⁸ Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*, t. I, atual. Nelson Nery Jr. e Georges Abboud, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, § 43, n. 2, (a), p. 280. Ainda: “Desde que o Estado eliminou e proibiu a justiça de mão própria, monopolizando a distribuição da justiça, salvo pouquíssimas exceções àquela eliminação ou a êsse monopólio (e.g., juízo arbitral), tinha de prometer e assegurar a proteção dos que precisassem de justiça, isto é, prometer e assegurar pretensão à tutela jurídica. Toda técnica legislativa, administrativa e judiciária se empenha no cumprimento deste propósito. Com isso, o Estado realiza o direito objetivo e pacífica. O Poder Judiciário foi criado para isso e o processo judiciário tem por fim organizar a provocação e a prestação de justiça. Se a incidência das regras jurídicas, criando os direitos, os deveres, as pretensões, as obrigações, as exceções, bastasse à realização da justiça, não se precisaria da justiça privada, sem da justiça estatal. Mas a incidência só se passa no mundo do pensamento, embira impecavelmente aconteça; e os homens e o próprio Estado nem sempre apreendem, em seus pormenores, em sua inteireza, aqueles direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções – razão por que se tem de proceder à aplicação (ad applicare, pôr nas dobrás), plica, provavelmente depois de abri-las, de (ex-plicare), quando à incidência não corresponde a realidade da vida. Tal aplicação, que foi privada, e, depois, iudicium privatum, se fes estatal, ou se conservou justiça de mão própria ou arbitral onde o Estado o permitiu”. Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*, t. I, atual. Nelson Nery Jr. e Georges Abboud, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, § 43, n. 1, (a), pp. 278/279.

*da proteção jurídica. Essa prestação jurisdicional - que soluciona a controvérsia - para que seja feita com eficácia, terá que ter validade absoluta, porquanto, se não a tivesse, ainda perduraria o conflito. Desta forma, em virtude da atividade jurisdicional, o que ocorre é a substituição de uma atividade privada por uma atividade pública. Todavia, para que efetivamente tal substituição ocorra, necessário se faz um requisito, ou uma qualidade a essa atividade substitutiva, que é, precisamente, a qualidade de imutabilidade da sentença. O que caracteriza verdadeiramente a sentença definitiva - síntese da atividade jurisdicional - é a autoridade da coisa julgada. Pode-se dizer que a substituição da atividade privada pela pública, que se opera com a atividade jurisdicional, seria inócua se essa substituição não fôsse definitiva; daí vincularmos a imutabilidade da coisa julgada à atividade jurisdicional”.*²⁹

O processo se insere, sem dúvidas, entre uma das disciplinas do ramo do direito público. Nada obstante, a autoridade inerente à atividade jurisdicional, estruturante da sociedade organizada, deve garantir o exercício pleno dos direitos dos cidadãos. Autoridade e autoritarismo são dois conceitos muito distintos, pois no Estado Democrático, o exercício da autoridade não se confunde com “a maior importância” do Estado sobre o indivíduo. Ou seja, a autoridade pode ser exercida contra o Estado.

MAURO CAPPELLETTI aponta que a ideia da autonomia da ação quanto ao direito substancial permite sustentar que a direção formal e técnica do processo pode ser subtraída da livre ‘disposição’ das partes sem que disso derive automaticamente lesão de caráter privado e por conseguinte ‘disponível’ do direito subjetivo substancial deduzido em juízo. Apesar do direito subjetivo ser *coisa das partes*, o bom funcionamento do processo,

²⁹ José Manoel de ARRUDA ALVIM Netto. *Da jurisdição – Estado de Direito e função jurisdicional* in Luiz Rodrigues WAMBIER e Teresa Arruda Alvim WAMBIER (coord.). *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, n. 5, pp. 331 e ss.

porque é *Public interest* (isto é, interessa à sociedade organizada e, portanto, ao Estado) que se tenha uma administração da justiça o mais ordenada, rápida e justa possível. Segue dizendo o autor que ainda que se respeite a liberdade das partes é possível pensar em um ordenamento processual o qual o juiz, nos limites do poder dispositivo das partes (das liberdades privadas), pode e deve estar munido da autoridade necessária para evitar abusos e para exercer adequadamente sua função pública de assegurar a justiça³⁰.

Afirma OSKAR VON BÜLLOW que a relação jurídica processual pertence ao Direito Público à medida em que os direitos e deveres processuais se dão entre funcionários do Estado e cidadãos, nos processos são tratadas as funções de funcionários públicos e que às partes se toma em conta apenas o aspecto de sua vinculação e cooperação com a atividade judicial. Ainda que se tenha maior costume de tratar as relações de direito privado, a relação processual é dele independente. Assim, a relação jurídica processual se desenvolve de modo progressivo entre tribunais e as partes prestando-se, antes de tudo, a dar resposta às demais relações jurídicas que a ela deram causa³¹.

FRANCESCO CARNELUTTI assevera que entre processo e direito material há uma relação lógico-circular, já que o processo serve ao direito material, mas para servir-lhe é necessário ser servido por ele.³²

³⁰ Mauro CAPPELLETTI. *Proceso, ideologías, sociedad*, trad. Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, pp. 350/351.

³¹ Oskar Von BÜLLOW. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein, Lima: Ara Editores, 2008, pp. 23/26.

³² “Tra diritto e processo esiste un rapporto logico circolare: il processo serve al diritto, ma affinché serva al diritto deve essere servito da diritto”. Francesco CARNELUTTI. *Prodilo dei rapporti tra diritto e processo* in revista di *Diritto processuale*, v. 35, n. 4, 1960, pp. 539-550.

Essa afirmação é de grande importância para que seja mesurada a atuação do juiz frente aos interesses das partes, que é o tema central dessa tese.

CASSIO SCARPINELLA BUENO relembra que historicamente os autonomistas acabaram por levar às últimas consequências a distinção entre os planos material e processual, pretendendo o estudo do direito processual civil para si próprio, como “ciência pura”:

“É essa a razão pela qual em um terceiro estágio evolutivo, das últimas décadas do século XX para cá, passa-se a defender a necessária reaproximação dos planos material e processual.

Nesta fase, conserva-se a distinção ontológica entre um e outro plano, mas admite-se e incentiva-se – este é o seu ponto fundamental – um verdadeiro diálogo entre os dois planos. (...) para compreender não só a razão de ser do direito processual civil como um todo, mas também seus limites e sua vocação de servir ao direito material; de distinguir, assim prefiro, o meio (o direito processual civil como um todo e o processo em específico) do fim (a concretização do direito material)”.³³

Ainda que se admita o estudo independente das relações processuais e das de direito material para que se possa manejar cada ramo do direito com suas técnicas apropriadas, não se pode perder de vista que o processo deve ser instrumento de realização dos direitos fundamentais, o *lugar* onde se realiza a construção da norma no curso da história efetual do Direito.

³³ Cassio Scarpinella BUENO. *Manual de direito processual civil*, 2.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2016, n. 3, p. 66.

Assim, o correto alcance da expressão substituição da atividade privada pela pública só se identifica a partir da conclusão de que inexistente supremacia do interesse público sobre o interesse privado. É necessário que o processo civil permita a efetivação dos princípios constitucionais na aplicação das normas.

A conservação do velho padrão da atividade jurisdicional como impositiva do interesse público em substituição à vontade das partes não permite a realização dos direitos fundamentais do cidadão nem impõe limites à atuação do Estado, como quer o Estado Constitucional. É preciso saltar do paradigma ultrapassado da supremacia do interesse público sobre o privado para que se possa vivenciar a verdadeira vocação do Direito Processual.

1.3. Interesse público e interesse privado

Não se há negar a importância do Direito Público³⁴. É certo que certas matérias não devem ser privatizadas para manutenção saudável da democracia, como é o caso da defesa nacional, por exemplo. A presença da esfera pública é tão irredutível como o é a da esfera privada.³⁵

³⁴ Entendendo vazia e sem sentido a distinção entre direito público e direito privado, v. Waltter LEISNER. *“Privatisierung” des Öffentlichen Rechts, Von der “Hoheitsgewalt” zum gleichordnenden Privatrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 2007, pp. 42/43. Para o autor, inexistem critérios seguros para suportar a referida distinção. Entende o direito público como “parentese histórico”, prestes a ser enterrado, haja vista a crescente configuração das relações do Estado com os particulares à luz do direito privado (pp. 55/56). No mesmo sentido, LEON DUGUIT afirma que não se deve distinguir interesse geral do particular *in* *Traité de Droit Constitutionnel*, v. I, Paris: Fontemoing, 1927, pp. 601 e ss.

³⁵ Sobre o perigo da privatização de funções na área de defesa nacional, confira-se Paul R. Verkuil. *Outsourcing sovereignty: why privatization of government functions threatens democracy and what we can do about it*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 26 et seq.

Entre nós, repercute de maneira evidente o fato de ser considerado o bem público insuscetível de aquisição por entes privados, as faixas de terra de fronteira.

No entanto, a intersecção entre esses dois âmbitos, público e privado, deve ser feita de maneira harmoniosa, respeitando sempre os limites impostos pelos direitos e garantias fundamentais. A propósito, muito feliz a lição de AGUSTÍN GORDILLO, para quem o principal desafio do Direito Público é, precisamente, buscar um equilíbrio dinâmico³⁶ entre autoridade e liberdade.³⁷

O equilíbrio entre autoridade e liberdade, contudo, não pode significar a supremacia do Estado frente ao indivíduo³⁸.

ROXIN aponta a errônea antítese formulada no imaginário jurídico de que o cidadão é inimigo do Estado, o que poderia justificar a violência cometida contra os direitos fundamentais, a pretexto da defesa do interesse público. Não existe a antítese Estado-cidadão.³⁹ Como

³⁶ HAAS DIETHER utiliza a expressão tensão para referir-se às idéias de Estado e indivíduo, ordem e sociedade, afirmando que tal tensão encerrada nessas idéias sintéticas seria insolúvel *in System der öffentlich-rechtlich Entschädigungspflichten*, Karlsruhe: Müller, 1955, p. 7.

³⁷ Agustín GORDILLO. *Princípios gerais de direito público*, trad. Marco Aurélio Greco e revisão de Reilda Meira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pp. 49-50; confira, ainda, Carlos Ari SUNDFELD. *Fundamentos de direito público* 2.^a ed., São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 101/110. Para o autor o equilíbrio ocorre da seguinte maneira: de um lado, o fator *autoridade*, que confere prerrogativas ao Estado e de outro o fator *limites da autoridade*, que seriam a competência e o respeito dos direitos dos particulares (p. 110).

³⁸ Preconizando a supremacia do interesse público sobre o privado v. Celso Antônio Bandeira de MELLO. *Curso de direito administrativo*, 23.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2007, Cap. II, p. 93 e Paulo de Barros CARVALHO. *Curso de direito tributário*, 16.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2004, Cap. V, p. 156; criticando a suposta supremacia do interesse público v. Alexandre Santos de ARAGÃO. *A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo in Daniel Sarmento (coord.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 95; Humberto ÁVILA. *Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular contemporâneo in Daniel Sarmento (coord.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 215.

³⁹ Claus ROXIN. *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 258.

bem afirma NELSON NERY JR: “*Cumpra ao Estado respeitar a Constituição, proteger o interesse público e os direitos fundamentais do cidadão. Esse equilíbrio é tarefa que se nos afigura imprescindível para a efetivação e para o respeito ao Estado Democrático de Direito*”.⁴⁰

FRANCESCO GALGANO⁴¹ afirma que é característica marcante do Estado de Direito o caráter limitado da soberania, que não se exerce senão pelas formas e atos previstos na lei. Assim, o princípio da legalidade, em que se resume o Estado de Direito, não respeita à atividade pública enquanto tal, o interesse protegido é, apenas, o interesse privado. O autor cita, ainda, passagem de GIANNINI para quem o princípio da legalidade respeita às providências já não em si mesmas, mas na medida em que tenham como correlativo uma situação subjetiva privada, na qual incidam com um efeito de extinção ou de limitação.⁴²

Para ANA PRATA a Constituição traduz, por um lado a forma de organização do poder político, definindo os limites à atividade do Estado, e garante, por outro, aos cidadãos um conjunto de direitos contra aquele, isto é, constitui um estatuto da defesa da sua esfera de liberdade perante o Estado. “*O direito administrativo, por seu turno, constituía a forma de concretização do campo constitucionalmente atribuído à actividade do Estado, assegurando as garantias dos cidadãos fixando os limites do exercício dos poderes e consubstanciando o fundamento da reacção contra o expandir daquela*”.⁴³

⁴⁰ Nelson NERY JR. *Publico vs Privado? A natureza constitucional dos direitos e garantias fundamentais* in Ives Gandra Martins e Francisco Rezek (org.), *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, n. 3, p. 246.

⁴¹ Francesco GALGANO. *Il diritto privato fra codice e costituzione*, 2.^a ed., Bologna: N. Zanichelli, 1988, n. 2.1, p. 39.

⁴² Massimo Severo GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* in *Quaderni fiorentini* diretti da P. Grossi, 1973, p.179.

⁴³ Ana PRATA. *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra: Almedina, 1982, p. 33.

Da mesma forma ROSA MARIA DE ANDRADE NERY afirma que é no direito privado que se encontram as regras protetivas do cidadão contra o Estado e contra o arbítrio de grupos. É dele a função de prevenir a ingerência indevida nas esferas particulares dos indivíduos, bem como a intromissão arbitrária da autoridade na liberdade das pessoas:

“Se de um lado o direito público respeita à estrutura mesma do poder, de onde emana a ordem necessária para a construção e manutenção do próprio sistema jurídico, o direito privado se volta para o elemento mais importante desse sistema, que é o homem. Se de um lado a estrutura do poder precisa sempre encontrar motivo e razoabilidade para o seu existir e para o seu regular e eficiente funcionamento, de outro não se pode negar ao ser humano a realização de sua humanidade, no seio da sociedade (estruturada) a que pertence”.⁴⁴

Não há, portanto, sobreposição do interesse público ao interesse privado. A dignidade da pessoa humana (CF 1.º III) é fundamento da República e os direitos e garantias fundamentais (CF 5.º) são pilares do Estado Democrático de Direito. A tutela da vida, da liberdade, da propriedade no Estado Constitucional é exigência legítima tanto do indivíduo como da sociedade civil, perfazendo os campos do direito público e privado. A restrição de garantia constitucional é afronta ao cidadão e à coletividade de uma só vez. Violação ao direito fundamental do particular é transgressão do interesse público.

Observa GEORGES ABOUD:

⁴⁴ Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Instituições de Direito Civil* v. I, t. I – Teoria Geral do Direito Privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 411.

“No Estado Constitucional, não se concebe poder do Estado que não esteja assentado na soberania popular e na dignidade humana, conseqüentemente, o dualismo entre direito público e direito privado mantém sua importância sob o aspecto sistemático. Entretanto, dificilmente pode-se conceber situação jurídica puramente privada ou puramente pública, na medida em que todas as situações estão diretamente normatizadas pelo texto constitucional. Com efeito, o dualismo deve ser utilizado para realçar e fortalecer os direitos fundamentais do cidadão em seu aspecto privado e destacar e pormenorizar as tarefas e os limites do poder público”.⁴⁵

Por essa razão, a tão pisada máxima de supremacia do interesse público jamais pode servir de argumento para a supressão de direitos e garantias fundamentais. Mesmo porque o interesse público *“não é o único critério da ação administrativa, nem tem um valor ou alcance ilimitado. Há que prosseguir, sem dúvida, o interesse público, mas respeitando simultaneamente os direitos subjectivos e os interesses legalmente protegidos dos particulares”*⁴⁶, tampouco para o livre exercício de potencialidades humanas de que a autonomia negocial é uma de suas mais completas expressões.

Os direitos e garantias fundamentais são, essencialmente, limites à atuação dos três Poderes. Se as cláusulas pétreas limitam a atuação inclusive do Poder Constituinte, os direitos e garantias fundamentais devem vincular a atividade estatal no âmbito dos três Poderes, não podendo ser maculados em razão da proclamada supremacia do interesse público.

⁴⁵ Georges ABBOUD. *Processo constitucional brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, n. 4.5, p. 450.

⁴⁶ Diogo Freitas do AMARAL. *Curso de direito administrativo*, v.2, Coimbra: Almedina, 2001, n. 13, p.61.

Qualquer texto normativo restritivo de direito deve ter interpretação restritiva, regra básica de hermenêutica. A regra tem contornos ainda mais marcados quando se fala em hermenêutica constitucional e textos normativos de garantias constitucionais.⁴⁷ Os direitos fundamentais (CF 5.º) e os direitos sociais (CF 6.º e 7.º) se interpretam *ampliamente*, ao passo que as limitações e exceções a tais direitos interpretam-se *restritamente*.

A partir de uma correta dogmática constitucional, a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado não apresenta ferramentas adequadas para o problema da vinculação aos direitos fundamentais. “*Desde a dogmática constitucional, o que importa é o princípio da supremacia da Constituição, a posição dos direitos fundamentais na Constituição – e, por consequência, no ordenamento jurídico como um todo –, a função dos direitos fundamentais e uma definição, oferecida por uma teoria constitucional adequada, acerca dos conceitos e das funções da Constituição no marco do paradigma do constitucionalismo (social e) democrático da contemporaneidade*”.⁴⁸

Usa-se então, a terminologia **lugar** de direito público e **lugar** de direito privado, dando ao dualismo a finalidade do resguardo do espaço necessário para que o homem possa, em sociedade, vivenciar sua intimidade e humanidade. Com a ideia de lugar público e privado, resta ultrapassada a dicotomia estanque entre direito público e direito privado, resignificando sua autonomia disciplinar e reconhecendo a interação e, principalmente, a colaboração que deve haver entre eles para a efetivação dos princípios constitucionais, seja nas relações privadas, seja no contexto de trato das coisas públicas.⁴⁹

⁴⁷ Juliane KOKOTT. *Grundrechtliche Schranken und Schranken* in Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (org.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2004, v. 1 (*Entwicklung und Grundlagen*), § 22, p. 853 et seq.

⁴⁸ Wilson STEINMETZ. *Vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 28.

⁴⁹ Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Instituições de Direito Civil*, v. I, t. I – Teoria Geral do Direito Privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, n. 46.3, pp. 412/418.

Ou seja, diferentemente de separar, cada uma das províncias do Direito, impõe-se sejam elas **ambientadas**.

1.4. Matérias de ordem pública e cláusulas gerais

A intersecção entre direito público – mais especificamente o processo civil – e o direito privado observa-se com maior clareza a partir do estudo dos institutos de “ordem pública” e das chamadas “cláusulas gerais” (CC 2035 pár. ún.).

Acerca do tema, e precisamente de todo esse primeiro capítulo, os institutos aqui estudados – matérias de ordem pública e cláusulas gerais – adquirem contornos obscuros porque talvez sejam os maiores expoentes da ideia de *ordem pública*, no direito privado.

CLÓVIS BEVILAQUA afirma que a noção de *ordem pública* contribui para obscurecer a distinção entre direito público e direito privado “*porque ela abrange o direito público e parte do direito privado, além de ser pouco precisa*”.⁵⁰

Acrescentou-se à noção de ordem pública o termo “norma”, referindo-se a textos normativos *imperativos* ou *proibitivos*,

⁵⁰ Clovis BEVILAQUA. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (comentado)*, v. 1, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916, p. 51.

impondo-os obrigatoriamente a todos os indivíduos “*inderrogáveis que são pela vontade privada*”.⁵¹

Para VICENTE RÁO, está-se diante de normas de ordem pública quando, nas relações de direito privado predomina os efeitos sociais, ou de caráter geral, sobre os individuais. Acrescenta o autor que “*não é possível indicar, a priori, por via de definição ou conceito geral, todas as normas de ordem pública. É a natureza de cada disposição, da natureza das relações contempladas e das razões sociais determinantes de cada norma, que esse caráter resulta*”.⁵²

SERPA LOPES indica que “*as normas revestidas desse caráter visam garantir e assegurar a existência do corpo social, base do ordenamento jurídico. Disciplinam relações com objetos relevantes, tendendo à conservação e melhoria da sociedade*”.⁵³

À primeira vista, as chamadas normas de ordem pública e opõem às de direito privado porque este último é o campo de ação das leis permissivas onde vigora o princípio da autonomia da vontade. O estudo das cláusulas gerais e seu papel para a efetividade dos direitos fundamentais e garantias constitucionais mostra que a autonomia privada não pode ser absoluta, razão pela qual inexistente tensão opositora entre a ideia de ordem pública e o direito privado.

Em verdade, a própria ideia de ordem pública dentro do campo do direito privado só ganhou melhor enquadramento a partir do Estado Constitucional. Sendo o Direito Processual Civil ramo do Direito

⁵¹ CAIO MÁRIO da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*, v. 1, 19.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 65.

⁵² Vicente RÁO. *O direito e a vida dos direitos*, v. 1, 3.^a ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 181.

⁵³ Miguel Maria de SERPA LOPES. *Curso de direito civil*, v. 1, 6.^a ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, p. 48.

Público, a ideia de ordem pública foi trabalhada de maneira mais prática pela doutrina processualista, recebendo maior interação com o direito privado com o advento do Código Civil de 2002.

Desde o advento do Código Civil de 2002, as cláusulas gerais estão estrategicamente inseridas dentro do sistema de direito privado para o fim de imprimir ao sistema de direito privado certa mobilidade. Não é exagerado dizer que desde a edição do Código Civil de 2002 o sistema de direito privado sofreu significativa mudança.

As cláusulas gerais nada mais são do que textos normativos de conteúdo impreciso capazes de fazer valer os princípios constitucionais e as garantias e direitos fundamentais.

Justamente porque as cláusulas gerais são os textos normativos que tratam de matérias diretamente relacionadas com os princípios fundantes das regras jurídicas⁵⁴, a elas o legislador atribuiu caráter de matérias de ordem pública.

O legislador do novo Código Civil cuidou da elaboração de artigo específico quanto aos preceitos do Código que seriam de ordem pública. O parágrafo único do CC 2.035 estabelece como matérias de ordem pública as cláusulas gerais de função social da propriedade e dos contratos.

A função social dos contratos é inspiradora de muitos outros textos normativos de conteúdo impreciso como os que versam de boa-fé, de lealdade, de probidade. Isto quer significar que, sendo a função social dos contratos matéria de ordem pública, ela permite a revisão de qualquer

⁵⁴ A diferença que existe entre princípio e regra se apoia na dinâmica de que há sempre uma regra capaz de resolver o caso concreto, desde que esta regra esteja em conformidade com seu princípio inspirador. Falaremos mais sobre o tema ao longo do desenvolvimento deste trabalho.

cláusula contratual abusiva e a modificação de qualquer negócio cuja base objetiva se tenha quebrado sem que se tenha feito pedido expresso na inicial. Confira-se a opinião de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY:

*“Ordem Pública. As cláusulas gerais, notadamente as da função social do contrato (CC 421), função social da empresa (CF 170 e CC 421), boa-fé objetiva (CC 422), bons costumes (CC 187) e função social da propriedade (CF 5.º XXIII e 170 III; CC 128 § 1.º), são de ordem pública, o que implica em seu conhecimento e aplicação ex officio pelo juiz independentemente de pedido da parte ou do interessado (basta que haja processo em curso), a qualquer tempo e grau ordinário de jurisdição (v.g. CPC 303 III), não estando sujeitas a preclusão. Como prescindem de alegação da parte para serem examinadas, as cláusulas gerais não se submetem à regra da congruência entre pedido e sentença (CPC 128 e 460), de modo que, quando o juiz as aplica sem que tenha havido provocação da parte nesse sentido, não estará decidindo exta ou ultra petita”.*⁵⁵

O tratamento das cláusulas gerais como matérias de ordem pública, retira qualquer dúvida sobre a inserção da principiologia constitucional nas relações de direito privado. Tem-se, então, a investidura de caráter social aos textos normativos de direito privado a partir do Estado Constitucional.

1.5. Caráter social de textos normativos no direito privado

O advento do novo Código Civil não sugere apenas a revisão e correção de eventuais falhas do Código de 1916. A sua

⁵⁵ Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código Civil Comentado*, 11.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, coment. 3 CC 2035, p. 2207.

implementação conferiu nova estrutura ao direito privado, um modelo mais condizente com a atual realidade social e econômica do país. Realidade essa que muito difere daquela essencialmente agrária, em cuja realidade se inspirou o CC de 1916⁵⁶.

Na verdade o Código Civil de 2002 é fruto do amadurecimento da técnica jurídica de tratamento do sujeito de direito desde o fenômeno das codificações. A questão é explicada por ROSA MARIA DE ANDRADE NERY:

“Essa querela, que já era visível nos últimos quartéis do século XIX, tornou-se evidente no século XX e foi um dos pontos de reexame do fenômeno e da técnica jurídica, já à luz do que se logrou denominar crise do direito. Isto porque se vislumbrou que aquele modelo de liberdade privada absoluta, no âmbito das relações privadas, celebrado no Code Napoleón, continha em sua estrutura um sem número de falhas geradas pela maneira exagerada com que tratou os sujeitos de direito diante de sua pretensa (mas não efetiva) igualdade. Melhor explicando. O fenômeno político do fim do século XVIII, as convulsões sociais dessa época e o postulado da liberdade incondicional que inspiram o Code Napoleón desconsideraram fenômenos sócio-jurídico-econômicos que se tornaram muito evidentes no decorrer do século XIX e fizeram medrar outra estrutura de ordenação jurídica, não mais à luz do que se logrou denominar liberdade negocial, mas à luz do que hoje podemos identificar como representativa da expressão função negocial. O aspecto econômico-social desse fenômeno evidencia-se a partir do início da sociedade industrial, das negociações celebradas em massa e na cadência da impessoalidade com que os vínculos negociais, antes firmados sob os auspícios da absoluta igualdade entre sujeitos

⁵⁶ Sobre o tema já tivemos a oportunidade de nos manifestar em Carmen Lígia NERY. *Decisão judicial e discricionariedade: a sentença determinativa no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 70 e ss.

*vinculados, passaram a ser firmados em volume muito maior do que aquele sobre cuja disciplina a função regulatória do Direito tinha condições de incidir. Era como se as pretensões e necessidades da sociedade, com o passar de pequeníssimo lapso de tempo, tivessem adquirido contornos que disputassem solução muito diferente daquela que, pouco tempo antes, tinham gerado estrutura tão bem montada como a do primado da autonomia privada, já agora insuficiente para evitar o colapso do equilíbrio desejado para a harmonia das relações contratuais e de todo o tecido social”.*⁵⁷

Demais disso, afirma NELSON NERY JUNIOR que com o advento da Primeira Guerra Mundial, a situação das sociedades européias se transformou, *“de sorte que a realidade impôs a adoção de regras que atendessem às necessidades oriundas da guerra, bem como conduzissem a sociedade do pós-guerra de volta às tão esperadas estabilidade e paz social”.*⁵⁸

O início do processo de vinculação constitucional dos institutos civis e da intervenção estatal nas relações privadas, bem como a teoria do abuso do direito e a concepção social da propriedade, dão novos contornos a dogmática civil. A Constituição Mexicana (1917) e a Constituição de Weimar (1919) são as expoentes destes fenômenos, pois ambas disciplinam o direito da propriedade, exigindo-lhe função social e, assim, passam a permitir a ingerência, ainda que moderada, do Estado nas situações e relações privadas.

⁵⁷ Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção)*, tese (Livre-docência em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004, VIII.1, pp. 293/294.

⁵⁸ Nelson NERY JÚNIOR. *Capítulo VI – Da proteção contratual in* Ada Pellegrini GRINOVER, Antônio Herman de Vasconcellos e BENJAMIN e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor –comentado pelos autores do anteprojeto*, v. I, 10.^a ed, Rio de Janeiro: Forense, 2011, n 2, pp. 517/518.

Especialmente após a Segunda Guerra Mundial, momento histórico que modificou bastante os aspectos econômicos das sociedades por todo o mundo e todas as nações, com variados graus de rigor, inclinaram-se à questão social, com uma progressiva intervenção do Estado.

O fenômeno da Constitucionalização, recorrente em todas as sociedades do pós-guerra, é que viabiliza o exercício do poder pelo Estado e sua progressiva intervenção nas relações privadas com o intuito de reinstalar o equilíbrio nas relações negociais.

No Brasil, com o advento da Constituição de 1988, a velha estrutura individualista do liberalismo, cerne do nosso antigo direito privado, é profundamente alterada, uma vez que as relações e situações jurídicas devem ser funcionalizadas à luz do Direito Constitucional. É o que constata GUSTAVO TEPEDINO:

*“A dignidade da pessoa humana, a cidadania e a igualdade substancial tornam-se fundamentos da República, ao mesmo tempo em que os valores inerentes à pessoa humana e um expressivo conjunto de direitos sociais são elevados ao vértice do ordenamento. A partir de então, todas as relações de direito civil, antes circunscritas à esfera privada, hão de ser revisitadas, funcionalizadas aos valores definidos pelo texto maior”.*⁵⁹

Fica claro, então, que o movimento de constitucionalização ocorrido em diversas partes do mundo obriga agora o operador do direito privado a primar pelos direitos fundamentais estampados na Carta Magna. Esta constante integração do conteúdo das relações privadas ao texto constitucional é que torna verdadeiramente operante o

⁵⁹ Gustavo TEPEDINO. *Temas de Direito Civil*, 3.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. VIII.

Estado Democrático de Direito. É neste contexto que o postulado da liberdade excessiva cede espaço para as preocupações sociais.

Assim, há a ideia de penetração civil dos direitos fundamentais e a referência a uma eficácia perante terceiros, eficácia reflexa, eficácia privada, ou simplesmente, eficácia civil dos direitos fundamentais ganharia dimensões substantivas renovadas, a propiciar soluções diferentes. A esse fenômeno dá-se o nome de *eficácia civil dos direitos fundamentais*, cuja medida é dada por JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO:

“Se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulação civil, evitando transformar-se em ‘direito de não-liberdade’ do direito privado”.⁶⁰

Nesse sentido, NELSON NERY JR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY:

“Quando se fala em eficácia civil dos direitos fundamentais, portanto, fala-se justamente desse fenômeno de as disciplinas do direito privado respeitarem os direitos fundamentais esculpidos na Constituição e todos os regramentos que ela adota, como maneira de realização do bem comum e de produção de efeitos jurídicos compatíveis com o respeito aos direitos fundamentais, essenciais à preservação da dignidade do ser humano”.⁶¹

⁶⁰ José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? – A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno* in Eros Roberto GRAU, Willis Santiago GUERRA FILHO (orgs.). *Direito constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo: Malheiros, 2001, n. IV, p. 113.

⁶¹ Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Instituições de Direito Civil*, v. I, t. I – Teoria Geral do Direito Privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, n. 66, p. 532.

Tornar verdadeiramente operante a Constituição Federal para fazê-la determinante de comportamentos de sujeitos de direito privado, desafia constantemente o operador do direito. Desta forma, a moderna concepção de um sistema jurídico que preza pela harmonia e correta relação entre os institutos do direito privado e a Constituição, vem encontrando dificuldade de compreensão e aplicação.

Isto ocorre porque o aplicador da norma de direito privado muitas vezes não se dá conta de que os direitos fundamentais têm sido reiteradamente violados no contexto das relações privadas,⁶² e, mais grave, não percebe a constante violação porque ainda não compreendeu quais os novos paradigmas trazidos para o direito privado com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002.⁶³

O Código de 1916 apresenta, segundo RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, três centrais diferenças para com o nosso novo código. Seriam elas, resumidamente: 1) o caráter essencialmente *individualista*, podendo o homem, através de sua vontade e razão, tudo praticar; 2) a quase absoluta ausência de *cláusulas gerais* – consequência lógica da primeira característica –, implantando o sistema do exato cumprimento do contrato e,

⁶² Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código Civil Comentado*, 11.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, coment. 41 Parte Geral, p. 281.

⁶³ A essa falta de compreensão pode-se chamar de *sentido comum teórico* em que os operadores do direito estão inseridos. No interior do *sentido comum teórico* as significações dadas ou construídas contém um conhecimento axiológico que reproduz valores sem a capacidade de explicá-los. O *sentido comum teórico* produz, assim, “standars” a serem utilizados pela comunidade jurídica. Disso resulta uma dogmática absolutamente acrítica com interpretações totalmente alienadas da realidade social. A propósito do *senso comum teórico*, manifestou-se LENIO LUIZ STRECK: “Entretanto, no interior do *senso comum teórico*, o problema não se colocou..., até porque um problema só é (ou se torna) um problema, quando se tem possibilidade de apreendê-lo (nomeá-lo, dizê-lo, simbolizá-lo) como problema (etwas als etwas – algo como algo, por ocasião da abordagem da hermenêutica filosófica)” e acrescenta: “o *sentido comum teórico* somente é *sentido comum teórico* para quem o sabe, para quem está-no-mundo, para quem, a partir de uma situação hermenêutica, faz uma fusão de horizontes e o apreende enquanto tal. A contrario sensu, o *sentido comum teórico* não existe para quem não o compreende (e o interpreta) como *sentido comum teórico*. Enfim, de forma mais simplista, é como a questão que envolve o mito da caverna em Platão: para o filósofo não há mito. O mito só é mito para quem acredita nele” *in* *Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 10.ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, n. 3.1, p. 93 e 10.5.1, p. 288.

na prática, o afastamento da possibilidade de aplicação judicializada dos contratos (de acordo com uma preocupação de se realizar a justiça material); e 3) o tempo de *economia estável* em que fora elaborado. A moeda com valor definido e relações civis centradas na propriedade imobiliária são aspectos do conservadorismo e patrimonialismo presentes no antigo código, sem que houvesse a preocupação do legislador com a possibilidade de alteração da relação obrigacional.^{64 e 65}

Em verdade, aponta MIGUEL REALE que foi necessário incluir a principiologia constitucional na formação estrutural do novo direito privado. Nesse sentido, o Código Civil de 2002 – como sistema jurídico – adotou três valores considerados essenciais para se atingir a atualização normativa compatível com a evolução da sociedade contemporânea: eticidade, socialidade e operabilidade.^{66 e 67}

⁶⁴ O autor alerta serem essas diferenças centradas na problemática das obrigações e dos contratos, tema objeto de sua análise.

⁶⁵ Ruy ROSADO DE AGUIAR JUNIOR. *Projeto do Código Civil – As obrigações e os contratos* in *Revista dos Tribunais* n. 775, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 18/19.

⁶⁶ Miguel REALE. *Visão geral do novo Código Civil* in *Revista dos Tribunais* n. 808, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 11.

⁶⁷ Confira-se o comentário do autor para cada um dos valores inspiradores do Código Civil: a respeito da eticidade: “Procurou-se superar o apego do Código atual ao formalismo jurídico, fruto, a um só tempo, da influência recebida a cavaleiro dos séculos XIX e XX, do Direito tradicional português e da Escola germânica dos Pandectistas, aquele decorrente do trabalho empírico dos glosadores; esta dominada pelo tecnicismo institucional haurido na admirável experiência do Direito Romano. Não obstante os méritos desses valores técnicos, não era possível deixar de reconhecer, em nossos dias, a indeclinável participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem abandono, é claro, das conquistas da técnica jurídica, que com aqueles deve se compatibilizar. Daí a opção, muitas vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais”, sobre a socialidade: “É constante o objetivo do novo Código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da lei vigente, feita para um País ainda eminentemente agrícola, com cerca de 70% da população no campo. Hoje em dia, vive o povo brasileiro nas cidades, na mesma proporção de 70%, o que representa uma alteração de 180 graus na mentalidade reinante, inclusive em razão dos meios de comunicação, como o rádio e a televisão. Daí o predomínio do social sobre o individual” e, por fim, sobre a operabilidade: “Muito importante foi a decisão tomada no sentido de estabelecer soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do Direito. Nessa ordem de idéias, o primeiro cuidado foi eliminar as dúvidas que haviam persistido durante a aplicação do código anterior. Exemplo disso é o relativo à distinção entre prescrição e decadência, tendo sido baldados os esforços no sentido de verificar-se quais eram os casos de uma ou de outra, com graves

Com o objetivo tornar o direito privado compatível com a evolução da sociedade contemporânea, agregando ao novo sistema as conquistas mais significativas e atuais da ciência do direito, a fim de proporcionar relações mais justas e ao mesmo tempo seguras, procurou-se, no novo código, sempre que possível, utilizar normas mais abertas, com enfoque nas *cláusulas gerais*, capazes de serem moldadas a cada uma das diversas situações concretas. São as cláusulas gerais as responsáveis pela realização do binômio *flexibilidade – segurança*, absolutamente inexistente no nosso antigo ordenamento civil. O sistema do Código Civil recebe então um corte ontológico⁶⁸ em relação ao anterior.

Quando falamos, de maior segurança nas relações jurídicas com um sistema mais aberto, essa afirmação pode causar ao leitor certo espanto, já que as normas abertas podem trazer *insegurança* sobre os limites dos fatos e das condutas que nelas se enquadrem até que se consolide a jurisprudência e se pacifique a doutrina. É a difícil tarefa a que se propôs ao legislador: flexibilizar o código sem abrir mão da segurança. De fato, é tênue a linha que divide as duas coisas, mas “*para isso, cuidou <o legislador> de bem utilizar a possibilidade de, com poucas alterações, atualizar a nossa velha codificação (um trabalho intelectual primoroso) e cambiar a orientação filosófica (Alves, 1986)*”.⁶⁹

conseqüências de ordem prática. (...) Por outro lado, pôs-se termo a sinônimas que possam dar lugar a dúvidas, fazendo-se, por exemplo distinção entre associação e sociedade, destinando-se aquela para indicar as entidades de fins não-econômicos, e esta para designar as de objetivos econômicos. Não menos relevante é a resolução de lançar mão, sempre que necessário, de cláusulas gerais, como acontece nos casos em que se exige probidade, boa-fé ou correção (correttezza) por parte do titular do direito, ou quando é impossível determinar com precisão o alcance da regra jurídica” in Miguel REALE. Visão geral do novo Código Civil in Revista dos Tribunais n. 808, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 11 e ss.

⁶⁸ Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código Civil Comentado*, 11.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, coment. 40 Parte Geral, p. 280.

⁶⁹ Ruy ROSADO DE AGUIAR JUNIOR. *Projeto do Código Civil – As obrigações e os contratos* in Revista dos Tribunais n. 775, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 19. Acrescenta: “*Na verdade, existe essa abertura para o indefinido. Porém, ela decorre da própria alteração de concepção filosófica. Convencido o legislador de que, em a sua razão, não pode organizar o mundo de acordo com sua vontade – como aconteceu logo depois da Revolução Francesa; convencido de que as leis rígidas, definidoras de tudo e para todos os casos, são necessariamente insuficientes e levam seguidamente a situações de grave injustiça, o*

É exatamente em razão deste sentimento da possível insegurança jurídica trazida pelo novo sistema (razão essa fetichizada pelo discurso jurídico⁷⁰), que o perfeito manuseio dos mecanismos de mobilidade do sistema de direito privado ainda é muito tímido no Brasil. No entanto, não se pode olvidar que a lógica do novo sistema de direito privado reside na efetivação da dinâmica de que determinado princípio fundamental é inspirador de uma cláusula e que esta cláusula geral, por sua vez, obriga o juiz a decidir de acordo com ela. Assim, fixam-se critérios gerais de conduta dos quais o sujeito (e o aplicador do direito) não podem se afastar.

Como membro da comissão responsável pela elaboração do novo código, MIGUEL REALE não pôde deixar de introduzir no sistema já formado pelo binômio fato – norma o aspecto fundamental de sua teoria tridimensional do direito, o *valor*. Não basta agora que certa situação jurídica (fato) receba a resposta formatada por parte do Estado (norma). Mister se faz a apreciação do aspecto valorativo que levou o cidadão a cometer determinada ação. “A frívola textualidade da lei, aliada às incertezas da análise externa dos fatos, passam, a partir de 2002, a dar maior espaço ao ‘espírito’ que movimentou as partes até a produção do negócio jurídico, a observação de quais

legislador admitiu, como instrumento para a regulação social, a norma legal que permite a solução do caso concreto de acordo com as circunstâncias, ainda que isso possa significar uma multiplicidade de soluções para uma mesma situação basicamente semelhante, mas cada uma com particularidades que impõe solução apropriada, embora diferente da outra” (p. 20).

⁷⁰ A assertiva sobre a fetichização do discurso jurídico é de LENIO LUIZ STRECK: “Pode-se dizer, a partir das lições de Sercovich (Armando Sercovich. *El discurso, el psiquismo y el registro imaginario*, Buenos Aires: Nueva Vision, 1977), que o discurso dogmático torna-se transparente, gerando uma cadeia significativa no interior da qual as seqüências discursivas remetem o usuário/operador jurídico diretamente à realidade, mediante o processo de ocultamento das condições de produção do sentido do discurso. A esse fenômeno podemos denominar de ‘fetichização do discurso’” *in* *Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 10.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, n. 5.1, p. 113.

*foram os valores (aspecto axiológico) que servem de amálgama entre os fatos corriqueiros do dia-a-dia da sociedade e a norma emanada do Poder Público”.*⁷¹

JUDITH MARTINS-COSTA compreendeu a lógica da introdução de mecanismos de mobilidade do sistema de direito privado referindo-se a esse novo sistema como sendo de auto-referência relativa, pois *“embora guardando as propriedades fundamentais da reunião dos elementos que o compõem, da relação ordenada entre estes e unidade entre elementos, permite a contínua absorção dos dados e elementos que estão às suas margens, promovendo, em relação a estes, uma permanente ressystematização”.*⁷²

Destarte, reconhecer a operacionalidade das cláusulas gerais no sistema de direito privado é essencial para compreender sua dinâmica de funcionamento para a regulação das situações e relações jurídicas vivenciadas pelo sujeito de direitos.

1.6. Dicotomia entre Direito Público e Direito Privado que merece revisão no Estado Constitucional

Com esse capítulo inaugural pretendeu-se demonstrar que a tradicional Dicotomia Direito Público X Direito Privado merece revisão no Estado Constitucional. O texto parece o mesmo, mas alterou-se o contexto.

O artigo 1.º da Constituição Federal de 1988 indica que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de

⁷¹ Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código Civil Comentado*, 11.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, coment. 40 Parte Geral, p. 281.

⁷² Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no Direito Privado: Sistemática e Tópica no Processo Obrigacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 275.

Direito. Destarte, o Estado no Brasil é *democrático*, o que significa dizer que todo o poder emana do povo e é por ele exercido diretamente, ou por meio de representantes eleitos democraticamente (a CF 14 determina o modo de exercício da soberania popular). No entanto, para que se evite a tomada de medidas (administrativas, legais e jurisdicionais) apenas pelo clamor popular, o limite do Estado Democrático é o Estado de *Direito*, segundo o qual é garantido ao cidadão e ao residente no Brasil o devido processo legal como garantia constitucional (CF 5.º LIV), sempre que estiverem em jogo sua vida, liberdade, propriedade, igualdade e segurança. No âmbito do Poder Judiciário, o *Estado Democrático de Direito* é caracterizado pela intangibilidade da coisa julgada material (CPC 467). O Estado Democrático de Direito no Brasil é *social* porque favorece a funcionalidade do sistema jurídico para atender à segurança das relações e à justiça social, pelos mecanismos e instrumentos balizados na própria Constituição Federal.⁷³

Existe, portanto, verdadeira simbiose entre o Estado de Democrático e o Estado de Direito. A essa simbiose dá-se o nome de *Estado Constitucional* (*Verfassungsstaat*), onde o poder estatal deve organizar-se em termos democráticos e o poder político deriva do poder dos cidadãos.⁷⁴

Além de estabelecer como premissa antropológico-cultural a dignidade humana, o Estado Constitucional impõe o sentido da dimensão dos direitos fundamentais juntamente com os direitos liberais clássicos. No Estado Constitucional, os *direitos sociais* passam, também, a ser considerados direitos fundamentais, que possibilitam a exigência de prestações positivas pelo Estado em favor dos cidadãos. Surgem, ainda, direitos transindividuais, os chamados de terceira dimensão. Por fim, a separação de poderes no Estado Constitucional é entendida como um

⁷³ Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Constituição Federal Comentada*, 5.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, coment. 4 CF 1.º, p. 185.

⁷⁴ Ernst-Wolfgang BÖCKENFORDE. *Demokratie als Verfassungsprinzip* in Josef ISENSEE e Paul KIRCHHOF (editores). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, v. I – *Grundlagen von Verfassung und Staat*, 2.ª ed., Heidelberg: C.F Müller, 1995, § 22, pp. 887 e ss.

processo de distribuição e integração racionalizada das diversas funções e órgãos do Estado, com o intuito de limitar a possibilidade de exercício arbitrário do poder e garantir condições para maior eficiência da atuação estatal na esfera e promoção dos direitos fundamentais.⁷⁵

Não há dúvidas, portanto, que no Estado Democrático de Direito o direito deve ser visto como instrumento de transformação social. Isso porque o Estado Democrático de Direito altera, sobremaneira, a teoria das fontes, a teoria da norma e a teoria da interpretação. Quanto à teoria das fontes, pode-se dizer que a supremacia das leis cede lugar à onipresença da Constituição. Por seu turno, a normatividade dos princípios pela Constituição Federal de 1988 provoca verdadeira reviravolta na teoria da norma, enquanto que na teoria da interpretação o Estado Democrático de Direito representa uma verdadeira blindagem ao exercício arbitrário do poder.

Essas alterações paradigmáticas direcionam o diversos ramos do direito para a conclusão de que estes só podem operar dentro dos limites impostos pela Constituição.

Assim, ao mesmo tempo em que o Direito se especializa e se compartimentaliza para o estudo didático de cada ramo individualmente, é necessário que se compreenda a ciência do direito como sistema único cuja diretriz é dada pela Carta Magna.

CASSIO SCARPINELLA BUENO destaca a necessidade de observância do modelo constitucional do direito processual civil, sob pena de inconstitucionalidade:

⁷⁵ Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Constituição Federal Comentada*, 5.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, coment. 5 CF 1.º, pp. 185/186.

*“Sendo o direito processual civil um ramo do direito público, porque, em última análise, voltado ao estudo da atividade-fim do Poder Judiciário, o exercício da função jurisdicional, evidencia-se a indispensabilidade de seu estudo dar-se a partir da CF. É ela – e não as leis – que moldam o ‘ser’ (ou melhor, o dever-ser) do estado brasileiro”.*⁷⁶

O Estado Democrático de Direito inaugura a cooriginalidade entre a Moral e o Direito⁷⁷ impossibilitando interpretações completamente antagônicas do Direito para ramos distintos de seu estudo. Assim, não se pode conviver com a ideia de que o direito fundamental à liberdade seja interpretado como absoluta permissividade no direito privado e, ao mesmo tempo, como sobreposição de interesses coletivos aos individuais no direito público.

É necessário que haja convivência harmônica entre as interpretações da mesma garantia fundamental, ainda que se possa dar contornos específicos das distintas áreas dos direitos nas quais tal garantia esteja inserida no caso prático.

⁷⁶ Cassio Scarpinella BUENO. *Manual de direito processual civil*, 2.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2016, n. 2, p. 41.

⁷⁷ Quem propõe o termo “cooriginalidade” entre a Moral e o Direito é de JÜRGEN HABERMAS para quem o direito gerado democraticamente e juridicamente institucionalizado pressupõe a cooriginalidade entre Direito e Moral in *Droit et démocratie: entre faits et normes*, Paris: Galimard, 1997, IV, n. 2, pp. 150/151: “*Il doit immédiatement s’étendre au pouvoir politique, déjà présumé par le biais du médium juridique, auquel l’édiction du droit tout comme sa mise en oeuvre effective doivent leur caractère factuellement obligatoire. La constitution co-originale et l’imbrication conceptuelle du droit et du pouvoir politique donnent naissance à un besoin de légitimation plus large, à savoir à la nécessité de canaliser en termes juridiques le pouvoir qu’a l’État de sanctionner, d’organiser et d’appliquer le lois*”. Tradução livre: “*Deve-se estender imediatamente ao poder político, já pressuposto como meio jurídico, em que a promulgação da lei, bem como sua efetiva implementação são factualmente sua natureza obrigatória. A constituição co-originária e a nidificação conceitual do direito e do poder político dão origem a uma necessidade de legitimação maior, ou seja, a necessidade de canalização em termos jurídicos o poder do Estado de sanção, de organização e de aplicação das leis*”.

Nesse sentido, se no âmbito do direito privado a autonomia privada encontra limites na função social do contrato e da propriedade e na dignidade da pessoa humana, no âmbito do processo civil a possibilidade de autorregulação das partes no processo é forma de controle do exercício do poder pelo Estado, tudo a contribuir com o respeito dos adequados contornos que a Constituição Federal deu à garantia fundamental à liberdade.

É a opinião de FREDIE DIDIER JR.:

“Não há razão para minimizar o papel da liberdade no processo, sobretudo quando se pensa a liberdade como fundamento de um Estado Democrático de Direito e se encara o processo jurisdicional como método de exercício de um poder. Há, na verdade, uma tendência de ampliação dos limites da autonomia privada na regulamentação do processo civil.

*O princípio do devido processo legal deve garantir, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, o exercício do poder de autorregramento ao longo do processo. Um processo que limite injustificadamente o exercício da liberdade não pode ser considerado um processo devido. Um processo jurisdicional hostil ao exercício da liberdade não é um processo devido, nos termos da Constituição brasileira. (...) Discurso que afasta a liberdade no ambiente processual tem ranço autoritário. Processo e liberdade convivem”.*⁷⁸

A partir desse paradigma está estruturado o presente estudo.

⁷⁸ Fredie DIDIER JR. *Princípio de respeito ao autorregramento da vontade no processo civil* in Antonio do Passo CABRAL e Pedro Henrique NOGUEIRA (coords). *Negócios Processuais*, Salvador: JusPodivm, 2015, p.25. No mesmo sentido confira-se Robson Renault GODINHO. *Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz : o processo não cabe no ‘Leito de Procusto’* in Revista de Processo, n. 235, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 87.

O modelo cooperativo do processo ⁷⁹, agora textualmente disposto na letra do NCPC 6.º, pressupõe a participação efetiva das partes para a construção da decisão final de mérito. Não se pode romper ontologicamente a garantia constitucional à liberdade na crença da absoluta publicização do processo civil, como que se para exercício da jurisdição fosse necessária a renúncia da liberdade processual.

O correto encaixe constitucional da autonomia privada em matéria processual distancia o solipsismo jurisdicional e faz do processo exercício de jurisdição coparticipativa. Valendo-se da lição de MICHELE TARUFFO⁸⁰, ROBSON RENAULT GODINHO afirma que “*não se pode considerar constitucionalmente adequada uma realidade em que o processo deixa de ser coisa das partes e praticamente passa a ser uma coisa sem partes, quando, na realidade deveria ser uma coisa com partes*”.⁸¹

O fenômeno da tão pisada máxima do processo “coisa sem partes” deve-se ao trauma – para usar a expressão muito bem posta por REMO CAPONI⁸² – sofrido pelo Processo Civil ao tentar firmar-se como parte autônoma do Direito. Nesse sentido, afirma PETER ARENS que a separação entre direito substancial e processo coloca o direito processual no ramo do direito público justamente porque ao comparecerem em juízo, as partes

⁷⁹ Também chamado pela doutrina estrangeira de ‘contratualização’ do processo, conforme Loïc CADIET. *Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia*, p. 18 disponível em www.civilprocedurereview.com, consultado em 22/10/2016.

⁸⁰ Michele TARUFFO. *La giustizia civile in Italia dal’700 a oggi*, Bologna: Mulino, 1980, pp. 128/129 e 142/144.

⁸¹ Robson Renault GODINHO. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 41

⁸² Remo CAPONI. *Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali* in *Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 11 – Accordi di Parti e Processo, Milano: Giuffrè, 2008, traduzido para o português por Pedro Gomes de Queiroz in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. XIII, n. 14, pp. 745/746, disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11932/9344> acesso em 6.12.2016.

entregam a jurisdição ao juiz que exercita poder estatal, afastando o processo do direito privado⁸³.

Não se há negar o exercício do poder estatal pelo juiz quando da entrega da jurisdição. Mas isso não quer significar que as partes não possam contribuir com o desfecho do processo, que não possam participar da entrega da jurisdição.

O processo civil pode e deve ser um espaço democrático. A jurisdição estatal é instituição indispensável para o exercício do Estado Democrático de Direito. Mas é preciso abandonar a falsa ideia de que o Estado sabe melhor o que deve querer o indivíduo. Efetivo contraditório de verdadeiro processo devido observa a vontade das partes na aspiração de promover processo mais eficaz e mais democrático.

⁸³ Peter ARENS. *Mündlichkeitsprinzip und Prozeßbeschleunigung im Zivilprozeß*, Berlin: J. Schweitzer, 1971.

CAPÍTULO II – NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: FENÔMENO DA EXPERIÊNCIA JURÍDICA

Da leitura do primeiro capítulo já se pode observar a não recepção, neste trabalho, de doutrinas que privilegiam segmentações e capitularizações da ciência jurídica. Entende-se o direito como sistema integrado e coerente de princípios e regras, que, a despeito destas últimas – as regras – poderem exprimir peculiaridades próprias de cada disciplina do Direito (que assim foi dividido para fins didáticos), jamais poderiam contrariar os princípios que as fundam.

Nesse sentido, a Constituição Federal representa a “matriz fundante”⁸⁴ dos demais diplomas legislativos, pois nela estão tipificados os princípios instituidores de todas as regras de direito. Considerando que o estudo aqui desenvolvido versa sobre o negócio jurídico processual, sempre estaremos às voltas com a busca pela correta interpretação da garantia constitucional à liberdade.

A confusão se põe, como afirmado no primeiro capítulo, em razão de antagônicas (e por isso equivocadas) interpretações que se deu à garantia constitucional de liberdade, quando diante de regra de direito privado ou de direito público. Chegou-se ao ponto de interpretá-la como garantidora de total permissibilidade no campo do direito privado e como necessidade de sobreposição de interesses coletivos aos individuais em direito público.

Por certo, o Direito não pode conviver com tamanha disparidade valorativa do mesmo princípio. Modernas teorias interpretativas – agora calcadas nos contornos postos pela Constituição Federal – já foram

⁸⁴ Lenio Luiz STRECK. *Verdade e consenso – constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 4.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2011, n. 10.2, nota 19 pp. 318/319.

capazes de aproximar suas interpretações, no direito público e privado, para a coerência e integridade do sistema, ainda que cada ramo do direito apresente suas particularidades.

De maneira simplista, no âmbito do direito privado, não pode o sujeito de direito exercer sua autonomia privada de maneira ilimitada. Tanto a função social do contrato e da propriedade, bem como a dignidade da pessoa humana funcionam como freios para que a total liberdade do indivíduo não provoque danos às esferas jurídicas de outrem.

Já no âmbito do processo civil, o exercício da jurisdição não pode significar a renúncia ao direito de participação das partes no processo, deixando exclusivamente ao juiz a tarefa de dizer o direito. O novo CPC 6.º, que versa sobre o dever de cooperação da atuação das partes para a solução da lide, assim como a possibilidade de autorregulação das partes no processo são formas de realização da garantia constitucional de liberdade e de controle do exercício do poder pelo Estado. Veja-se que o controle do exercício do poder pelo Estado diz de perto com o direito à liberdade, já que se exercido fora de seus limites pode significar a restrição de liberdades públicas e privadas.

Tendo o direito fundamental à liberdade como chave-de-leitura hermenêutica para toda análise concernente ao negócio jurídico processual, coloca-se neste segundo capítulo o negócio jurídico processual como fenômeno da experiência jurídica.

2.1. Fatos, atos e negócios jurídicos como elementos da fenomenologia jurídica

2.1.1. Fatos atos e negócios jurídicos

O estudo negócio jurídico processual coloca o pesquisador inexoravelmente diante da teoria dos fatos, atos e negócios jurídicos, amplamente estudada pelo direito privado. Apesar da familiaridade do direito privado com o termo “negócio jurídico”, a sua inserção dentro do processo civil deu-se, historicamente, de maneira tímida e confusa.

Chama atenção, desde o primeiro contato com o negócio jurídico processual, a divergência dos estudiosos quanto o acerto da terminologia. A doutrina tradicional alemã convencionou o uso das palavras “acordo” (*Prozeßvergleich*)⁸⁵ ou “contrato” (*Prozeßvertrag*)⁸⁶ para referir-se ao instituto jurídico e aqui no Brasil utiliza-se o termo “convenção”⁸⁷ ou, como quis a maioria da doutrina, “negócio jurídico”.

⁸⁵ Entre tantos: Paul KRETSCHMAR. *Der Vergleich im Prozesse: eine historisch-dogmatische Untersuchung*, Leipzig: Veit & Comp., 1896; Stephan GÖTZE. *Die prozessuale Behandlung von Unwirksamkeitsgründen und Änderungstatbeständen beim Prozeßvergleich*, Aachen: Shaker, Verlag, 2004; Hubert FLEINDL e Christine HAUMER. *Der Prozessvergleich: Ein Handbuch für Rechtsanwälte und Richter*, München: C.H. Beck, 2016; Vera Isabella LANGER. *Die Funktion des Prozessvergleichs im Zivilprozessrecht: im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und Justizwährungsanspruch*, Marburg: Tectum Verlag, 2014; Monika SCHUMANN. *Der Prozessvergleich im deutschen und polnischen Zivilprozess*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2010; Jörg SCHRÖDER. *Der Prozeßvergleich in den verwaltungsgerichtlichen Verfahrensarten*, Berlin: Duncker & Humblot, 1971 e Henry ECKHARDT. *Die Zulässigkeit des Prozeßvergleichs im Verfassungsprozeß*, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien: Peter Lang, 2010.

⁸⁶ Gerhard WAGNER. *Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1998; Kay SOEHRING. *Die Nachfolge in Rechtslagen aus Prozessverträgen*, Köln: Carl Heymanns, 1968; Josef KOHLER. *Über processrechtliche Verträge und Creationen* in *Gesammelte Beiträge zum Civilprozess*, Aalen: Scientia Verlag, 1980, reimpressão inalterada da edição de Berlin: Carl Heymanns, 1894, pp. 127/238; Wolfgang SELLERT. *Der Verzicht auf Einwendungen beim deklaratorischen Schuldanerkenntnis: ein Prozeßvertrag?* in *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 6, 1968 e Otto KNECHT. *Die Bewisverträge im Zivilprozeß*, Freiburg im Breisgau: Rudolf Rosswog, 1937.

⁸⁷ Já em 1982, José Carlos BARBOSA MOREIRA in *Convenções das partes sobre material processual* in *Temas de Direito Processual*, terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 87/98 e mais recentemente, Antonio do Passo CABRAL in *Convenções Processuais*, Salvador: JusPodivm, 2016, *passim*. Também parece ter sido esta a opção do legislador quando dispõe sobre o NCPC 190, mas não nos parece a terminologia mais adequada, como adiante se demonstra.

A terminologia correta do instituto é tema espinhoso para o intérprete, porque diz de perto com a fenomenologia jurídica, ou seja, respeita ao direito como experiência humana. “*Todo fato que interessa para o direito pode ser denominado fato jurídico (em sentido amplo). O fato jurídico é causa de efeitos jurídicos e, com esse sentido, integra com a pessoa e com os bens o tripé fundamental sobre o qual se assenta a teorização lógica do direito, em geral, e do direito privado em especial: sujeito-objeto-causa*”.⁸⁸

Isso quer dizer que é a partir dessas noções (sujeito-objeto-causa) que a ciência jurídica se realiza. Os elementos da fenomenologia jurídica são: *fato*, *ato* e *negócio jurídico*. São, portanto, aqueles acontecimentos que tem potencialidade de dar causa aos efeitos que se submetem à regulação do sistema jurídico.

De maneira muito objetiva, *fato jurídico* em sentido amplo é o acontecimento a que o ordenamento jurídico atribui efeito, seja dependente ou não da vontade humana⁸⁹. Aqueles que independem da vontade do sujeito são denominados fatos jurídicos em sentido estrito⁹⁰, enquanto os que dependem da vontade humana são *atos* e *negócios jurídicos*.

⁸⁸ Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Instituições de Direito Civil*, v. I, t. II – Parte Geral, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, n. 37, p. 145.

⁸⁹ Marcos Bernardes de MELLO afirma que os fatos *em sua pureza existencial* não têm acesso ao mundo jurídico. Para que alcancem a qualidade de *fatos jurídicos* é necessário que seus efeitos pertinem à esfera jurídica de alguém in *Teoria do Fato Jurídico – Plano de existência*, 18.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 99/100.

⁹⁰ “*Fatos jurídicos stricto sensu são os fatos que entram no mundo jurídico, sem que haja, com a composição deles, ato humano, ainda que, antes da entrada deles no mundo jurídico, o tenha havido. Ex.: nascimento, morte, idade, adjunção, mistura, confusão, produção de frutos, aluvião, aparição de ilha*”. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, Parte Geral, t. II, atualizador Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, § 160, p. 257.

Atos jurídicos são espécie do gênero fatos jurídicos, sendo, portanto, fatos jurídicos para cuja manifestação concorre a vontade⁹¹ que produz, a aquisição, modificação ou extinção de direitos se de acordo com a lei, ou atos ilícitos se contra a lei⁹².

Todo *negócio jurídico* é *ato jurídico*, mas nem todo *ato jurídico* é *negócio jurídico*. Assim, *ato jurídico lato sensu* se distancia do *negócio jurídico*. O *negócio jurídico* é *ato jurídico (stricto sensu)* celebrado com declaração e manifestação de vontade dirigida especificamente a um fim determinado que submete a parte(s) declarante(s) a seu conteúdo normativo⁹³. A partir da finalidade para qual se inclina a vontade, tem-se que

⁹¹ “*La distinzione fra atti e semplici fatti giuridico s’imposta sulla rilevanza giuridica riconosciuta, o meno, alla coscienza e volontà umana*”. Emilio BETTI. *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino: UTET, 1960, n.2, p.8. Tradução livre: “*a distinção entre os atos e simples fatos jurídicos, reporta-se à relevância jurídica reconhecida, ou não, à consciência e à vontade humanas*”.

⁹² “*São fatos naturais, ou fatos do mundo exterior, provocados por forças da natureza ou acontecimentos humanos alheios à vontade dos sujeitos cuja esfera jurídica, no entanto, atingem e dentro da qual produzem o nascimento, a aquisição, a modificação, ou a extinção de direitos ou obrigações. São fatos que agem direta e indiretamente sobre as pessoas, ou sobre as coisas, ou, em certos casos, sobre direitos e obrigações preexistentes*”. Vicente RÁO. *Ato jurídico*, 4.^a ed., rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, n. 5, pp.29/30.

⁹³ O BGB alemão não traz em seus artigos qualquer definição sobre *negócio jurídico*. Os autores do primeiro projeto de lei houveram por bem prescindir de tal definição. Na exposição de motivos, no entanto, consta: “*Negócio jurídico no espírito do projeto é uma declaração de vontade privada, dirigida à produção de um resultado jurídico que tem lugar conforme o ordenamento jurídico porque é querida. A essência do negócio jurídico se encontra em quem opera uma vontade dirigida a produção de efeitos jurídicos e no veredito do ordenamento jurídico em reconhecimento a essa vontade realiza no mundo jurídico a configuração jurídica que se tenha querido*” in Wener FLUME. *El negocio jurídico – Parte General del Derecho Civil*, t. II, 4.^a ed., tradução de José María Miquel González e Esther Gómez Calle, Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, § 2.1 p. 48. Tradução livre. No mesmo sentido a lição de ENNECCERUS: “*Ihrnem Inhalt nach muß die Erklärung auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet sein, d. h., auf die Begründung, aufhebung oder Veränderung eines Rechtsverhältnissess. Einen willen dieses Inhalts nennen eir Rechtsflogenwillen oder Geschäftswillen. Willenserklärung ist also dasselbe wie Geschäftswillenerklärung*” in *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Tübingen., J.C.B. Mohr (Paul Giebed), 1960, § 145, pp. 896/897. Em português: “*o conteúdo da declaração deve dirigir-se a provocar um efeito jurídico, ou seja, a constituição, extinção ou modificação de uma relação jurídica. A vontade com esse conteúdo a chamamos de vontade negocial. A declaração de vontade é sinônimo de declaração de vontade negocial*” (Tradução livre). Também em: Ludiwig ENNECCERUS. *Rechtsgeschäft, Bedingung*, Marburg: R.G. Elwert’sche Verlag & Buchhandlung, 1889, pp. 55/56. A grande importância das declarações de vontade reside no fato de que, por elas, o homem forma, extingue ou modifica, ele próprio, seus

no ato ela se dirige à sua realização (apenas), já no negócio se destina a realização do conteúdo do ato.

ALBERTO TRABUCCHI afirma serem diferentes os efeitos jurídicos provocados pelo negócio jurídico e pelo ato jurídico: se nos negócios jurídicos as modificações na situação jurídica são diretamente deixadas à vontade de quem traz à existência o ato; nos atos jurídicos, as consequências jurídicas são predeterminadas pela lei⁹⁴.

Assim, *“enquanto no ato jurídico em geral a vontade é elemento motriz da ocorrência desse fenômeno, no negócio jurídico essa manifestação além de querida, pretende atingir um objetivo predeterminado, de servir como texto normativo privado para a regulação de interesses privados, do emissor da vontade (nos negócios jurídicos unilaterais), ou dos emissores das vontades, que se completam (nos negócios jurídicos bilaterais)”*.⁹⁵

No conceito de negócio jurídico, cabe ressaltar a divisão que a doutrina tradicional faz, entre negócios jurídicos unilaterais e bilaterais. A unilateralidade do negócio jurídico se revela pela autonomia privada de uma única parte declarante, que provoca no mundo jurídico a transformação por ela querida. A renúncia, a denúncia, a desistência são negócios unilaterais.

A bilateralidade do negócio jurídico pressupõe a presença das vontades de mais de um sujeito, que se encontram e se

direitos e obrigações dentro dos limites traçados pelo ordenamento jurídico. Portanto, o conceito de negócio jurídico a partir do efeito qualificado, efeito querido, necessita que a declaração de vontade se dirija a uma consequência jurídica, isto é, que esta se qualifique como consequência querida.

⁹⁴ Alberto TRABUCCHI. *Instituzioni di diritto civile*, 46.^a ed., Padova: Cedam, 2013, n. 35, pp. 84/86.

⁹⁵ Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Instituições de Direito Civil*, v. I, t. II – Parte Geral, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, n. 40, p. 152.

completam, formando regra privada para ambos os celebrantes. Contrato⁹⁶ e convenção são espécies de negócio jurídico bilateral.

Quando o CPC 190 ressalta o poder de “convenção” das partes, outra coisa não faz que aludir a uma das espécies de “negócio jurídico bilateral”. O termo está utilizado em seu sentido corriqueiro, porque o fenômeno que permite que duas partes busquem a criação de regra comum, para pretensões antagônicas que se ajustam para vincular as partes, “*e se harmonizam reciprocamente*”⁹⁷ deve ser denominado “negócio jurídico bilateral”.

A doutrina conhece modalidades negociais autônomas e negócios plurilaterais: “*os actos colectivos (Gesamtakte), as deliberações (Beschlüsse) e os acordos (Vereinbargungen)*”.⁹⁸

A expressão *convenção*, utilizada pelo CPC 190 parágrafo único, estaria mais apta a significar “acordo” e não contrato. Acontece que o legislador, ao fixar o poder das partes no CPC 190 *caput*, traz à baila as expressões “*direitos que admitam autocomposição*”, deixando demonstrar que concedeu às partes um poder muito maior que o de convencionar. Nomeou pela espécie (convenção) o gênero (negócio jurídico), aludindo apenas a uma delas, o acordo, e deixando de lado outras modalidades.

Deixou de contemplar notadamente, o contrato, em que as partes têm direitos passíveis de autocomposição, eis que a marca fundamental do contrato, a par da bilateralidade das declarações de vontade

⁹⁶ Augusto TEIXEIRA DE FREITAS. *Esboço do Código Civil*, Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860, p. 272.

⁹⁷ Manoel A. Domingues de ANDRADE. *Teoria geral da relação jurídica*, v. II., Coimbra: Almedina, 1974, p. 38.

⁹⁸ Manoel A. Domingues de ANDRADE. *Teoria geral da relação jurídica*, v. II., Coimbra: Almedina, 1974, p. 40.

negociais, é a existência de direitos diversos e opostos, que as partes têm uma em face da outra e buscam, pelo contrato, regular. Nos acordos, de que a convenção poderia ser considerada uma espécie ou um sinônimo, as partes não tem interesse conflitante e as vontades não tem conteúdos opostos.

Não se nega ao CPC 190 a abrangência de contemplar, também, outros negócios jurídicos bilaterais, que não o contrato. Porém, não se pode utilizar a expressão convenção para tratar de contratos. Assim, mais acertado seria utilizar o termo negócio jurídico, mais abrangente que convenção e capaz de abarcar os negócios jurídicos unilaterais, bilaterais e plurilaterais.

A propósito, o negócio jurídico bilateral processual mais importante é a transação, que tem natureza jurídica de contrato (CC 840 e ss.).

2.2. O problema da fenomenologia jurídica pela teoria da incidência da norma

Estudar os elementos da fenomenologia do direito – fatos, atos e negócios jurídicos – como os acontecimentos que têm potencialidade de dar **causa** aos efeitos jurídicos⁹⁹ que se submetem à

⁹⁹ “Fatto giuridico è, qualsiasi situazione del mondo dell’essere prevista dal diritto come causa di effetti giuridici”. Salvatore PUGLIATTI. *I fatti giuridici e le loro classificazioni*, Milano: Giuffrè, 1996, p. 3. No mesmo sentido: “El conjunto de requisitos, a que el ordenamiento jurídico (es decir, las posiciones jurídicas abstractas) condiciona un efecto jurídico, o sea el nacimiento, la extinción o la modificación de una relación jurídica, se llama supuesto de hecho de este efecto jurídico. Entre el supuesto de hecho y el efecto jurídico media la relación lógica de fundamento a consecuencia”. Ludwig ENNECCERUS. *Tratado de Derecho Civil*, t. I, Parte General, v. II – primera parte, trad. A. Hernández Moreno e Maria del Carmen Gete-Alonso, 3.^a ed., Barcelona: Bosch, 1981, § 136, a), I, p. 5.

regulação do sistema jurídico parece mais acertado do que estudá-los a partir da potencialidade de **incidência** de normas jurídicas¹⁰⁰.

Aqui reside a grande dificuldade de acolhimento das teorias clássicas acerca dos fatos, atos e negócios jurídicos. Analisa-se o fenômeno jurídico por meio dos conceitos – trazidos pela extensa obra de MARCOS BERNARDES DE MELLO – de fato (real), suporte fático e fato jurídico. Grande parte dos processualistas que analisam o negócio jurídico processual adota esse posicionamento doutrinário.

Com PONTES DE MIRANDA, para quem a entrada no mundo jurídico é controlada pela regra jurídica¹⁰¹, afirma MARCOS BERNARDES DE MELLO que *“Entre o fato (real), o fato em si mesmo, e o suporte fático há o elemento valorativo, que os qualifica diferentemente. Os simples eventos da natureza jamais entram na composição de suporte fático em sua simplicidade de fato puro. Em geral, a norma jurídica toma o fato em certo sentido que poder ser, pelo menos e fundamentalmente, a sua referencia utilitária à vida humana em suas relações sociais”*.¹⁰²

Para aqueles que estudam a fenomenologia do direito a partir da incidência da norma, os fatos naturais seriam aqueles sobre os quais não incidem normas jurídicas, não interessando ao direito. De outra forma, os fatos jurídicos assumiriam esta condição pela incidência normativa.

¹⁰⁰ A teoria da incidência das normas aos fatos é difundida por importantes nomes da doutrina clássica como PONTES DE MIRANDA *in* *Tratado de Direito Privado*, Parte Geral, t. II, atual. Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012; Marcos Bernardes de MELLO *in* *Teoria do Fato Jurídico – Plano de existência*, 18.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2012; Angelo FALZEA *in* *Il Sogetto nel sistema dei fenomeni giuridice*, Milano: Giuffrè, 1939; Miguel Maria de SERPA LOPES. *Curso de direito civil*, v. 1, 6.^a ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988; Torquato CASTRO. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*, São Paulo: Saraiva, 1985;

¹⁰¹ Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, Parte Geral, t. II, atualizador Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, § 159, n. 2, p. 253

¹⁰² Marcos Bernardes de MELLO. *Teoria do Fato Jurídico – Plano de existência*, 18.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2012, § 18, p. 99.

Nesse sentido, se o fato concreto se subsumir à hipótese de incidência da norma, estar-se-ia diante do fato jurídico. É dizer, se o fato mostrar-se relevante ao direito, tornar-se-á objeto da normatividade jurídica. Suporte fático nada mais é, portanto, que o antecedente da estrutura lógica da proposição normativa, ou seja, os elementos fáticos que o compõem é que dão a incidência da norma, juridicizando-o e fazendo surgir o fato jurídico.

Abandonando o critério da *causa* capaz de gerar efeitos jurídicos para adotar a ideia de *suporte fático* (aquilo que realizado faz surgir a incidência da norma jurídica), PONTES DE MIRANDA cria a categoria do “atos-fatos jurídicos” que seriam “*atos humanos, em que não houve vontade, ou dos quais não se leva em conta o conteúdo da vontade, aptos, ou não, a serem suportes fáticos de regras jurídicas*”.¹⁰³ Seriam exemplos de atos-fatos jurídicos: a tradição da posse, a tomada da posse, a ocupação, a especificação, a feitura de livro, quadro, estátua, a descoberta científica, a habitação, a invenção, o abandono da posse, o abandono da propriedade imobiliária, a imposição de nome ou pseudônimo e o pagamento, entre outros.

Como se vê, o estudo da fenomenologia do direito a partir da incidência da norma é bastante confuso¹⁰⁴. Além de trazer conceitos

¹⁰³ Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, Parte Geral, t. I, atual. Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 159, n. 2, p. 253.

¹⁰⁴ Estamos com ANTONIO DO PASSO CABRAL quando critica a categoria dos atos-fatos de PONTES DE MIRANDA: “*Em nosso sentir, trata-se de uma categoria doutrinária estranha, com nomenclatura confusa, e que parte de premissas, com a devida vênia, antiquadas. De um lado, parece esquecer que a vontade é um elemento presente nos atos jurídicos em geral e também nos atos processuais. Como poderíamos desconsiderá-la simplesmente? Além disso, o conceito de ato-fato confunde vontade e intenção. Por exemplo, diz-se que a vontade é irrelevante na perda de um prazo porque não se faz necessário perquirir se a parte tinha a intenção de perder o prazo. Ora, parece ser um desvio de perspectiva. No direito penal, e.g., há muito já se distingue a vontade e a intenção. Nos exemplos normalmente oferecidos por aqueles que defendem a subsistência do ato-fato jurídico, enxergamos uma tendência em pregar contra a ‘intenção’ do sujeito que pratica o ato, acabando por desconsiderar a vontade (alegadamente irrelevante). Pode até ser uma boa metodologia para a interpretação dos atos processuais, mas não significa que a vontade seja mesmo irrelevante na prática*”

complexos, que pouco ajudam na análise da natureza e consequências jurídicas dos fatos, atos e negócios jurídicos, as teorias estão calcadas no paradigma positivista¹⁰⁵ em que se concebe a possibilidade de subsunção do fato à norma jurídica.

*destes atos. No mais, de onde viria esta arbitrária exclusão da vontade para certos atos processuais? Como imaginar que o legislador, em um ou outro caso, teria partido do pressuposto de que a vontade do sujeito que pratica o ato é irrelevante, portanto 'construído' ou elaborado a norma de maneira em que 'em sua estrutura', desconsiderasse a vontade? Será que este é um problema de 'estrutura da norma'? Aliás, poderia o legislador desconsiderar a vontade de um sujeito de direitos? Em nosso entendimento, na atualidade devemos sempre privilegiar o humano, o intersubjetivo. O preconceito tradicional contra a vontade deriva justamente da ideia de que tudo que é subjetivo é psicológico e não pode ser controlado. Mas a filosofia da linguagem e as teorias do discurso já provaram que é possível falar em subjetividade com racionalidade. O caminho contemporâneo é de resgate racional da subjetividade, não varrê-la para debaixo do tapete, fingindo que não existe. Pregar contra a vontade nos atos processuais, ou imaginar que, aqui e ali, arbitrariamente, a vontade possa ser 'desconsiderada' porque 'irrelevante', parece-nos um fragmento teórico não consentâneo com o Direito do séc. XXI e que contraria o sistema do CPC/2015, em que a cooperação, a boa-fé e o respeito ao autorregramento formal exigem a consideração da vontade dos agentes. No mais, não se diga que o ato-fato não admite desfazimento porque nele a vontade seria irrelevante. Tomemos a perda de um prazo, ou a falta de preparo, constantemente referida pelos defensores do ato-fato: as mais contemporâneas teses sobre a preclusão admitem a superação da preclusão se ficar comprovado que a omissão não era imputável à parte. Se o preparo não foi realizado porque o expediente bancário já tinha se encerrado no último dia do prazo, p. Ex., o juiz pode superar a preclusão, desfazendo-lhes os efeitos, em atenção à vontade real do litigante. Por todos esses motivos, não adotamos a categoria do ato-fato jurídico" in *Convenções processuais*, Salvador: JusPodivm, 2015, nota de rodapé n.º 10, pp. 45/46. Apesar da concordância com todas as críticas realizadas pelo autor, não se adota a ideia de que o caminho contemporâneo seria o do resgate racional da subjetividade. A partir da filosofia hermenêutica resgata-se o homem como ser-no-mundo, que em sua finitude e com sua pré-compreensão pretende o desvelamento dos fenômenos, inclusive os jurídicos. Sobre nossa matriz teórica e filosófica confira-se: Carmen Lígia NERY. *Decisão judicial e discricionariedade: a sentença determinativa no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, *passim*.*

¹⁰⁵ "o positivismo é uma postura científica que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O 'positivo' a que se refere o termo positivismo é entendido aqui como sendo os fatos (...) Evidentemente, fatos, aqui, correspondem a determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se posse definir por meio de um experimento". Lenio Luiz STRECK. *Verdade e consenso – constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 4.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, n. 1, p. 31. No mesmo sentido: "As teses fundamentais do positivismo são as seguintes: 1.º - A ciência é o único conhecimento possível e o método da ciência é o único válido: portanto, o recurso a causas ou princípios que não são acessíveis ao método da ciência não dá origem a conhecimentos; e a metafísica que justamente recorre a tal método, não tem nenhum valor; 2.º - O método da ciência é puramente descritivo, no sentido de que descreve os fatos e mostra aquelas relações constantes entre os fatos que são expressas pelas leis e consentem a previsão dos mesmo fatos (Comte); ou no sentido que mostra a gênese evolutiva dos fatos mais complexos a partir dos mais simples (Spencer); 3.º - O método da ciência, enquanto é o único válido, deve ser estendido a todos os campos da indignação e da atividade humana; e a

Com efeito, o positivismo admite concepção autônoma e abstrata da norma jurídica, que prescindida de interpretação para que seja alcançada. Assim, a aplicação do direito no positivismo se dá pelo silogismo, de modo que a norma é *revelada* a partir da “vontade da lei” ou da “vontade do legislador”, à qual o caso concreto deve ser subsumido.

Grosso modo, o silogismo em direito é feito da seguinte forma: premissa maior (texto normativo), premissa menor (caso concreto) e conclusão (subsunção do texto normativo ao caso concreto). Compreender o texto normativo como norma e, assim, premissa maior de um pensamento silogístico, é transformar a lei em razão autônoma, desprezando o mundo concreto em que está inserida.

Este trabalho é todo desenvolvido a partir do paradigma pós-positivista do direito. Ensina-nos GEORGES ABBOUD que no pós-positivismo se analisa o fenômeno jurídico sem dissociá-lo da realidade: *“para uma teoria jurídica desenvolver-se sob as bases de um paradigma pós-positivista, faz-se necessário elaborar-se juntamente uma concepção pós-positivista de norma que a distinga do texto normativo, o que, por sua vez, implica a necessidade de uma estruturação pós-positivista de sentença, não mais vista como processo de subsunção. Ou seja, em qualquer modelo que se pretenda pós-positivista, a forma primordial de aplicação do direito não pode mais ocorrer via silogismo”*¹⁰⁶.

No mesmo sentido é a observação de RAFAEL TOMAZ DE OLIVEIRA:

vida humana inteira, individual ou associada, deve ser guiada por ele”. Nicola ABBAGNANO. *Dicionário de Filosofia*, 2.^a ed., São Paulo: Mestre Jou, 1982, verbete positivismo, p. 746.

¹⁰⁶ Georges ABBOUD. *Processo constitucional brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, n. 1.1.2, pp. 57/59.

*“Vale ressaltar que a definição de pós-positivismo remonta a Friedrich Müller e a sua proposta de redefinição do conceito de norma – ultrapassando, assim, o conceito semântico de norma que caracterizava o positivismo normativista. Todavia, principalmente na doutrina espanhola a partir de autores como Albert Calsamiglia e outros argumentativistas, passou-se a caracterizar o pós-positivismo como uma corrente que se ocupa com questões argumentativistas próprias da indeterminação do direito, o que havia sido relegado pelo positivismo. Se é certo que a problemática da indeterminação do direito e da interpretação é um problema central para as posturas pós-positivistas, entendemos que a tese de Müller é crucial para uma teoria pós-positivista não caia numa armadilha comum: tentar criticar o positivismo com as mesmas ferramentas conceituais de que ele se valia para construir suas epistemologias jurídicas. O conceito central de todo positivismo é, certamente, o conceito (semântico) de norma. Desse modo, afirmar que o pós-positivismo possui uma nova teoria da norma simplesmente por ‘elevar’ os princípios à condição de verdadeira norma jurídica, não transforma, radicalmente, o conceito de norma no positivismo. Apenas a colocação do conceito num âmbito pragmático que supere os dualismos entre direito e realidade, ser e dever-ser”.*¹⁰⁷

Impossível, portanto, emprestar ao texto normativo o caráter de norma, restando ao intérprete sua simples subsunção aos casos concretos. Compreender dessa forma é conceber o direito como sistema sem lacunas como espaço onde a aplicação dos dispositivos legais se dá automaticamente, de maneira a entender possível a separação entre fato e direito.

¹⁰⁷ Rafael Tomaz de OLIVEIRA. *Decisão judicial e o conceito de princípio – a hermenêutica e a (in)determinação do direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, n. 4.2, nota 220, p. 170.

O positivismo não consegue superar o problema da ausência de fundamento¹⁰⁸⁻¹⁰⁹ porque, calcado na metafísica, permanece alheio à finitude. Ambas as formas tomadas pelo positivismo¹¹⁰ apostam na

¹⁰⁸ “A ausência de fundamento na filosofia se inaugura com a subjetividade e se desenvolve com a filosofia transcendental. É através da filosofia transcendental que se mantém a ausência de fundamento para a verdade: ela deixará de ser adequação com o real. Na ciência, na práxis, bem como na filosofia, verdade será construção. É por isso que se introduz, nas três áreas, o niilismo, isto é a perda do fundamento. A verdade (formalização) nas ciências, a verdade (tecnocracia) na práxis e a verdade (transcendentalidade) na filosofia, tornam-se três áreas interligadas, pois sua fonte é a mesma: a subjetividade (...) O niilismo está diante das portas. É preciso, no entanto, abri-las. Estamos diante de um problema filosófico número um que sacode nosso corpo e corpo do mundo. (...) E diante do fantasma do sem-sentido, a metafísica nos joga no abismo da problematicidade absoluta: ‘Por que há, afinal, o ente, e não antes o nada?’ Nesse quadro, a busca da verdade pode ser realizada somente como tarefa. Perdemos a convicção de que ela nos foi dada como um todo. Ou ao menos estamos certos de que, se o foi, perdemo-la para sempre. Entretanto, a filosofia, em caso de renúncia ao compromisso com a verdade, em caso de rejeição da responsabilidade pela verdade como um todo, elimina-se em si mesma. É por isso que ela deve, lembrando a palavra do poeta, assumir a tarefa da verdade: ‘Ali onde está o perigo, cresce também a salvação’. O niilismo, a perda do fundamento, pode constituir-se no momento privilegiado de interrogação da verdade. Perdido o fundamento ontoteológico, a busca da verdade torna-se uma tarefa da finitude e na finitude. Esta finitude se impõe, tanto na ciência quanto na práxis. Na era do niilismo, a filosofia se compreende como ontologia da finitude. Poderá uma ontologia da finitude assumir a tarefa da verdade? Se o fizer, introduzirá, certamente, em lugar da posse absoluta, a dinâmica do provisório, domina a ambivalência, a historicidade. Negativamente, portanto, a filosofia está situada diante do niilismo. Positivamente, a única saída possível é uma filosofia da finitude. Se a filosofia quiser assumir a tarefa da verdade, ela não pode fugir do confronto com o niilismo, isto é, com a ausência de fundamento que se manifesta nas ciências, na práxis, e na filosofia. É preciso que se penetre na situação concreta destas três áreas e que se revele plenamente, em cada uma delas, a presença do niilismo. Somente assim se compreenderá por que, em nossos dias, o único caminho, para a filosofia levar a sério a tarefa da verdade, é uma filosofia da finitude”. Ernildo STEIN. *A ontologia da finitude e a tarefa da verdade na era do niilismo in Melancolia: ensaios sobre a finitude no pensamento ocidental*, Porto Alegre: Movimento, 1976, p. 102/104.

¹⁰⁹ Não esqueçamos que o problema da ausência de fundamento levou HANS Kelsen, o grande jusfilósofo do positivismo normativista, a promover corte epistemológico entre o direito (produto da experiência jurídica) e ciência do direito (produto de uma teoria “pura”, ou seja, totalmente dissociada da realidade).

¹¹⁰ Sobre positivismo exegético e positivismo normativista: “Quando falamos em positivismos, torna-se necessário, já de início, deixar claro o ‘lugar da fala’, isto é, sobre ‘o quê’ estamos falando. Com efeito, de há muito minhas críticas são dirigidas primordialmente ao positivismo normativista pós-kelseniano, isto é, ao positivismo que admite discricionariedades (ou decisionismos e protagonismos judiciais). Isto porque considero, no âmbito destas reflexões, superado o velho positivismo exegético. Ou seja, não é (mais) necessário dizer que ‘o juiz não é boca da lei’ etc.; enfim, podemos ser poupados, nesta quadra da história, dessas ‘descobertas polvulares’. Essa ‘descoberta’ não pode implicar um império de decisões solipsistas, das quais são exemplos as posturas caudatárias da jurisprudência dos valores (que foi ‘importada’ de forma equivocada da Alemanha), os diversos axiologismos, o realismo jurídico (que não passa de um ‘positivismo fático’), a

possibilidade de conhecimento atemporal do direito, fundado na descoberta da vontade da lei ou do legislador. Quer porque entende que o texto legal exprime com clareza e em sua literalidade a totalidade do sentido da norma, bastando que o juiz subsuma o caso concreto à vontade da lei (exegetismo), quer porque na falta de clareza absoluta da lei, deve o juiz, via discricionariedade, descobrir no texto o sentido “oculto” e “originário” da norma para, então, novamente subsumir o caso à vontade “descoberta” da lei ou do legislador (normativismo).

O estudo da fenomenologia do direito a partir da incidência da norma jurídica, além de reduzir a norma ao seu texto normativo, propõe relação dual e estática entre fato e direito, pretendendo dar ao direito tratamento atemporal. Texto e norma, fato e direito, não têm relação dual (no sentido metafísico). Impossível retirar a norma apenas do texto como se nele houvesse um significado que se bastasse em si mesmo. Ao contrário, a relação entre direito e fato, texto e norma é circular e de interdependência, onde um não subsiste sem o outro. O texto não existe em si mesmo. O texto só existe em sua norma.

A **diferença** (ontológica) existente entre direito e fato, texto e norma é aqui operada no sentido heideggeriano¹¹¹, já que *differo*, na sua mais pura tradução do latim, carregar lado a lado, significa dizer que o diferente só tem sentido se comparado ao outro, que não é igual. Assim sendo, texto e norma não são sinônimos e de tal forma não devem ser tratados. No entanto, um não sobrevive sem o outro e ambos só podem fazer sentido se trabalhados harmonicamente.

ponderação de valores (pela qual o juiz literalmente escolhe um dos princípios que ele mesmo elege prima facie), etc”. Lenio Luiz STRECK. *Verdade e consenso – constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 4.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2011, n. 1, p. 31

¹¹¹ Martin HEIDDEGER. *Identität und Differenz*, Stuttgart: Klett-Cotta, 2008, pp. 53/57.

A norma é fruto de um complexo processo de concretização (produto da linguagem) formado pela lei (programa normativo – *Normprogramm*) e o caso concreto (âmbito normativo – *Normbereich*), nos termos da teoria estruturante do direito de FRIEDRICH MÜLLER.¹¹² É o texto no contexto.

Assim sendo, o texto normativo é, assim como o é o caso concreto, dado de entrada (*input*) do processo de concretização da norma.¹¹³ Por essa razão, o texto normativo somente pode ser compreendido se ligado ao âmbito normativo e ao programa normativo:

“Somente o texto normativo é de fato abstrato. Ao lado dele e da norma de decisão concludente, a noção estruturante de norma deve ser tipologicamente elaborada, sendo que seu âmbito normativo possível no real, potencialmente, visto que estruturante engloba os casos que se subordinam à norma. Também na teoria da norma, o tipo se mostra como o ‘meio termo’ entre o geral e o particular. O âmbito normativo designa como figura intermediária tipológica um âmbito estrutural possível no real para os casos reais, potencialmente reunidos e subordinados à disposição legal. A metódica racional, ultrapassando o estágio intermediário da tipologia da concretização articulada de acordo com o programa normativo, une o caso à norma, os quais formam os dois polos não isolados da concretização, sendo integralmente inseridos nela. Visto dessa maneira e expresso de modo

¹¹² Friedrich MÜLLER. *O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturante do direito*, 2.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

¹¹³ Friedrich MÜLLER. *O novo paradigma do direito – Introdução à teoria metódica e estruturante do direito*, 2.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, n. 4.2, p. 120: “O texto da norma não é aqui nenhum elemento conceitual da norma jurídica, mas o dado de entrada/input mais importante do processo de concretização ao lado do caso a ser decidido juridicamente”.

*convencional, não apenas a norma é aplicada ao caso, mas também este é aplicado à norma”.*¹¹⁴

Há, portanto, estreita relação entre o programa da norma e o âmbito da norma. Isso implica reconhecer que não se pode dissociar o direito da realidade. A realidade é elemento integrante (âmbito normativo) do processo de concretização da norma. Para a teoria estruturante, o texto normativo só adquire significado à medida que é oposto¹¹⁵ ao caso concreto em que se dispõe a experiência jurídica.

A diferença (ontológica) existente entre texto e norma representa uma das diversas facetas da imersão da facticidade no mundo jurídico. A questão fica ainda mais evidente quando se analisa a diferença (ontológica) existente entre direito e fato. A partir da constatação de que o homem é ser-no-mundo e ser-com-os-outros¹¹⁶ é possível compreender que

¹¹⁴ Friedrich MÜLLER. *Teoria estruturante do direito I*, 2.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, 2.^a sec., XIII, pp. 254/255.

¹¹⁵ GÜNTHER FIGAL propõe o termo oposicionalidade entre texto e norma *in Oposicionalidade: o elemento hermenêutico e a filosofia*, Petrópolis: Vozes, 2007.

¹¹⁶ Na filosofia Heideggeriana a compreensão é uma estrutura ontológica do *Dasein*. O *Dasein*, *ser-aí*, também foi traduzido para o português como *presença*. O *Dasein* apresenta-se como o “lugar” da manifestação do ser e, por conseguinte, do ente enquanto tal. Ele é o ser-no-mundo, o ente que compreende o ser. Com efeito, o conceito de ser resiste a nossa tentativa de defini-lo. Ele não pode derivar de conceitos *a priori* tampouco é explicável a partir de conceitos *a posteriori*. No entanto, questionar o ser é o modo de ser desse ente que nós somos desde já sempre. Elaborar a questão do ser significa tornar transparente um ente em seu ser. Esse ente que cada um de nós somos e que possui em seu ser a possibilidade de questioná-lo (e de compreendê-lo) é o *Dasein*. (Martin HEIDEGGER. *Ser y tempo*, trad. Jorge Eduardo Rivera, Madrid: Trotta, 2003, § 9, pp. 49/53) Ele representa um corte com a tradição Metafísica, já que substitui a ideia de representação pelo ser-no-mundo. É dizer, o mundo não é dado ao *Dasein* aprioristicamente como um conjunto de objetos aos quais se dariam representações de sentido em segundo momento. Distintamente, o mundo só é por nós apreensível a partir de pré-juízos (que sempre tivemos) que nos guiam na descoberta das coisas. Ou seja, só podemos atribuir significado às coisas a partir de uma totalidade de significados que o *Dasein* sempre possuiu (os chamados elementos existenciais). A essa ideia de conhecimento como sendo a articulação da *pré-compreensão* (*Vorverständnis*) originária é que HEIDEGGER vai chamar de círculo hermenêutico (*hermeneutische Zirkel*). A compreensão do *Dasein* é um existencial. O *Dasein* é, então, pré-ontológico.

não há um significado primordial fundante na lei, já que os sentidos são inexoravelmente temporais¹¹⁷.

A superação da metafísica pela filosofia é também a superação do positivismo pelo direito. Se a relação fato-direito não pode mais ser dual, fundada no esquema sujeito-objeto, mas sim circular (hermenêutica – *hermeneutische Zirkel*) pautada na diferença (que não é distinção) ontológica existente entre eles, não há mais que se falar em positivismo.

A constatação feita pela filosofia de que o sujeito está jogado no mundo e que o seu conhecimento será sempre condicionado por sua historicidade provoca, no direito, a necessidade de inclusão do mundo fático em qualquer investigar jurídico. Só é possível a realização do direito no caso concreto, motivo pelo qual não se deve buscar a “ciência” do direito na investigação “incidental” da norma, como se a lei fosse capaz de prever, *a priori*, as situações que interessam ao direito.

Da mesma forma, não se concebe “científico” o estudo da fenomenologia jurídica a partir de conceitos como “suporte fático”. Imaginar que exista um objeto “*judicante*” do fato seria assumir a

¹¹⁷ Acrescente-se ao *Dasein* o conceito de cuidado, ou cura (*Sorge*). O cuidado é o *ser* do *Dasein* porque tem nele o horizonte de seu sentido: a *temporalidade*. A relação do tempo com o *Dasein* não é como na Metafísica em que os entes são considerados como eternos. O modo como as coisas vêm ao encontro do *Dasein* não é mais a-histórico, uma vez que a relação é feita dentro de uma estrutura temporal de passado, presente e futuro. A transcendentalidade coincide com a existência, o sensível e o inteligível assim como a afecção e a compreensão não se separam mais. O próprio ser é tempo. Conforme Ernildo STEIN. *Bases analítico-existenciais da desestruturação e da desobjetificação in Problemata*, ano 1, n. 1, João Pessoa: PPGF-UFPb, 1998, pp 11/12: “O cuidado se constitui como ser do ser-aí porque nele se estabelece uma relação circular entre afecção e compreensão, na medida em que é eliminada a idéia de representação e substituída por um ser-em, de ser-no-mundo e de relação do ser-aí consigo mesmo como tem-que-ser e ser-para-a-morte (facticidade e existência). O cuidado é o ser do ser-aí porque o ser-aí tem nele o horizonte de seu sentido: a temporalidade. Então o cuidado, com sua tríplice estrutura temporal de futuro, passado e presente, é o caminho pelo qual o ser-aí, numa relação ontológica consigo mesmo, consegue, pela afecção e pela compreensão, ser, de algum modo, todas as coisas”.

possibilidade de conhecimento do direito a partir de método “subsuntivo-dedutivo” de certificação do caráter reprodutivo (*Auslegung*).

Não há (nunca houve) um método capaz de garantir o processo interpretativo pelo simples fato de que não há uma categoria primordial fundante à qual se pudesse contrapor a interpretação para fazer a checagem do acerto dessa interpretação. (relembre-se que KELSEN propôs a *Grundnorm*, para tê-la como significante primordial fundante fictício¹¹⁸):

“em face da inexistência de um ‘método fundamental, metamétodo ou metacritério’, que sirva como ‘fundamento último’ (espécie de represtinação do fundamentum inconcussum absolutum veritas) de todo o processo hermenêutico-interpretativo, o uso de métodos é

¹¹⁸ Hans KELSEN. *Teoria geral das normas*, Porto Alegre: Fabris: 1986. A esse respeito: “Não se pode esquecer, entretanto, que essa ‘questão do fundamento’ foi a principal preocupação de Hans Kelsen, tornando-se a razão principal de sua construção da tese da Norma Fundamental (*Grundnorm*), representada por uma ‘norma pressuposta’, ‘pensada’, ‘não posta’, deduzível de um fundamento hipotético de cariz kantiano. Ou seja, Kelsen sempre teve a perfeita noção da impossibilidade de se buscar o fundamento a partir do raciocínio regressum ad infinitum. Tinha consciência de que deveria existir uma ‘parada’ nessa busca incessante pelo fundamento. Essa ‘parada’, denominada na teoria pura do direito de *Grundnorm*, toma o nome de *als ob* (a filosofia do ‘como se’ baseada em Hans Vahinger) em sua obra póstuma (*Teoria geral das normas*) que significa: ‘é como se existisse uma norma que...’, traduzida por uma ‘ficção necessariamente útil’. Assim, em Kelsen, não se pode confundir o fundamento de validade do sistema jurídico, que é a Constituição, com o fundamento de validade da Constituição (que é a *Grundnorm* ou um *als ob*, como queiram). Por tudo isto, não deveria haver novidade na tese de que o fundamento não é *inconcussum*, mas, sim, abissal, que se dá no modo-de-ser. A diferença é que a solução encontrada por Kelsen é metafísica porque construída sobre uma hipótese ou sobre a ficção do ‘como se’, de que o jurista/intérprete, por intermédio de um raciocínio dedutivo, verificaria a compatibilidade da norma no sistema. Problema semelhante tem perturbado a mente dos juristas, na busca incansável por uma espécie de método ou metacritérios que possam fornecer o fundamento último do processo hermenêutico-interpretativo. Neste ponto, o próprio Kelsen, exatamente por ter se dado conta da circunstância de que não é possível levar ao infinito a cadeia indagativa pelo fundamento, deixou claro, no oitavo capítulo de sua obra maior, que não há qualquer critério ou ‘metacritério’ que possa estabelecer uma interpretação melhor (ou mais acertada) do que a outra”. Lenio Luiz STRECK. *Verdade e consenso – constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 4.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2011, n. 8.1, nota 1, pp. 213/214.

sempre arbitrário, propiciando interpretações ad hoc, discricionárias".¹¹⁹

Se, a partir do paradigma pós-positivista, interpretar é um *existencial*,¹²⁰ a hermenêutica salta da posição tradicional de método "subsuntivo-dedutivo" da interpretação para alcançar a posição de filosofia (filosofia hermenêutica ou hermenêutica filosófica). A hermenêutica toma nova forma, uma vez que não pode mais ser a expressão de uma teoria da subjetividade. Ao contrário ela introduz elemento antropológico, à medida que pretende descobrir no próprio ser humano a compreensão. O homem, ao compreender o ser de um ente, compreende-se a si mesmo, numa espécie de hermenêutica autocompreensiva.

É o que se usou chamar de *dobra da linguagem*. É *pela* linguagem que se compreende e é *na* linguagem que se explicita o compreendido. Significa dizer que o processo hermenêutico de compreensão deve ser justificado por uma argumentação lógica e racional. Pela dobra da linguagem é possível dizer que a interpretação depende desse duplo trabalho: compreender e explicitar¹²¹. Por essa razão GADAMER entende impossível o atingimento da verdade através de um método.

¹¹⁹ Lenio Luiz STRECK. *Verdade e consenso – constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 4.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2011, n. 9.7, p. 284.

¹²⁰ Sobre o termo existencial: "*O que é um existencial? Existencial é uma categoria pela qual o homem se constitui. O homem tem muitos existenciais. A facticidade, a possibilidade, a compreensão são alguns desses existenciais. Trata-se, portanto, de analisar a estrutura desse compreender. Como diz a definição, o compreender não é só um compreender abstrato de si mesmo. Mas é um compreender de suas possibilidades. Nós sempre operamos com o compreender quando somos e quando queremos ser e quando nos projetamos para o futuro. (...) Nesta medida aprendemos a saber o que podemos ser. Temos dentro da ideia do compreender o poder-ser de nós mesmos*". Ernildo STEIN. *Aproximações sobre hermenêutica*, 2.^a ed., Porto Alegre: Edipucrs, 2010, p. 63.

¹²¹ A questão da compreensão na dobra da linguagem pode ser vista também sob o ponto de vista cristão: "*A linguagem humana é de origem inspirada. Ela nasceu de uma tentativa de responder a uma voz provinda 'da outra margem', do outro que nos surpreende e nos desperta do sono ontológico em que sempre tendemos a nos instalar. Confrontados com outrem, anuncia-se, dentro do já conhecido, o desconhecido, tornando nossa linguagem inspirada. A literatura, bem ou mal, fala do desconhecido, balbucia algo que ela não consegue conter e que, no entanto, a incomoda. Isso vale por excelência para a literatura*

“O fato de que, em seu conhecimento, opere também o ser próprio daquele que conhece, designa certamente o limite do ‘método’, mas não o da ciência. O que a ferramenta do ‘método’ não alcança tem que ser conseguido e pode realmente sê-lo através de uma disciplina do perguntar e do investigar, que garante a verdade”.¹²²

Interpretação é forma de atribuição de sentido (*Sinnggebung*) às coisas – em oposição ao que se compreendia no paradigma positivista em que interpretar era ato de reprodução de sentido (*Auslegung*).

Se é necessário compreender para interpretar então se deve admitir a manifestação do *Dasein* antes que se possa elaborar qualquer método lógico-argumentativo para a interpretação. Assim sendo, constata-se que o método não é capaz de controlar a manifestação do *Dasein*. A *Sorge* faz com que o *Dasein* não se esqueça de que o horizonte de seu sentido está na temporalidade, de forma a obrigar que o interpretar ocorra sempre de acordo com um contexto histórico. É a invasão da facticidade no processo interpretativo. O conhecer só é possível por meio da tradição.

Nesse sentido, a norma será sempre o resultado do processo de atribuição de sentido (*Sinnggebung*) ao texto, fazendo impossível o estudo da fenomenologia jurídica a partir da ideia de *incidência da norma*. A experiência jurídica é um existencial e, como tal, a facticidade invade o direito, impedindo que os fatos sejam dissociados do interprete (que interpreta a lei). Já a maneira de “ser-no-mundo” e “ser-com-os-outros”

sagrada, para o Livro dos livros, que para nós é a Bíblia. Em suas palavras infinitas, a Bíblia procura captar ou contatar o Infinito que lhe escapa infinitamente”. René BUCKS. *A Bíblia e a Ética – A relação entre filosofia e a Sagrada Escritura na obra de Emmanuel Levinas*, São Paulo: Loyola, 1997, p. 191.

¹²² Hans-Georg GADAMER. *Verdade e Método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, 4.^a ed., Petrópolis: Vozes, 2002, § 494, p. 709.

condiciona as possibilidades de “normar” o texto, tornando inconcebível a relação dual objetificadora de direito-fato.

2.3. A fenomenologia jurídica pelos conceitos de situação e relação jurídica - fato causado

Exteriorizados os motivos pelos quais não se pode conceber o estudo da fenomenologia do direito a partir das teorias da incidência da norma, segue-se adotando a ideia de *causa* para qualificar os elementos da fenomenologia jurídica – fato, ato e negócio jurídico – agora dentro do contexto das situações e relações jurídicas vivenciadas pelo sujeito.

Nesse sentido, os fenômenos da experiência jurídica são analisados a partir de situações jurídicas, absolutas ou relativas, em cujo panorama se pode identificar diversas posições jurídicas de vantagem (poderes, créditos, faculdades) e de desvantagem (deveres, obrigações, ônus) que são ocupadas pelo sujeito.

Afirmam NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY que “*nem todas as relações intersubjetivas são jurídicas, mas somente aquelas que traduzem a vivência exterior do sujeito na sociedade e carecem de mecanismo de controle social que lhes garanta pacífica viabilidade e estabilidade*” e completam “*os fenômenos que merecem a qualificação (a significação) de jurídicos localizam-se entre aqueles que, no mundo fenomênico, têm a virtude de produzir efeitos que interessam a certo aspecto da vivência histórico-cultural da humanidade, ligados à ideia de segurança/insegurança jurídica*”.¹²³

¹²³ Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Instituições de Direito Civil*, v. I, t. I – Teoria Geral do Direito Privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, n. 35, pp. 328/329.

Assim, se determinado fato se insere na fenomenologia jurídica porque realizado na experiência jurídica, as teorias evoluíram para considerar nela o conceito de relação jurídica.

Já SAVIGNY afirmava que os fatos jurídicos são os acontecimentos em virtude dos quais relações de direito nascem e se extinguem¹²⁴.

Para PONTES DE MIRANDA, “a noção fundamental do direito é a de fato jurídico; depois, a relação jurídica; não a de direito subjetivo, que é já noção do plano dos efeitos; nem a de sujeito de direito, que é apenas o termo da relação jurídica.”¹²⁵

Nada obstante, para que se possa manter a coerência com superação do paradigma positivista calcado na metafísica (clássica e moderna), como muito bem salientado por GEORGES ABOUD, a ontologia das relações não pode ser encarada numa perspectiva substancial de relação: “a relação preconizada neste caso se fundamenta numa ontologia da coisa; ou seja, numa perspectiva ontológica que se mantém presa a um dualismo a partir do qual a relação era pensada fora do homem, como um objeto formal”. Conclui o autor que o direito se manifesta relacionalmente na própria existência humana.¹²⁶

ALESSANDRO LEVI afirma ser sobre o conceito de relação jurídica (*rapporto giuridico*) que se funda a construção sistemática ou científica do direito¹²⁷.

¹²⁴ “J’appelle faits juridiques les événements en vertu dequels les rapports de droit commencent ou finissent”. Friedrich Karl von SAVIGNY. *Traité de Droit Romain*, v. III, 2.^a ed., Paris: Firmin Didot, 1856, § CIV, p. 3.

¹²⁵ Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Civil*, t. XX, atual. por Nelson Nery Jr. e Luciano de Camargo Penteadó, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 19.

¹²⁶ Georges ABOUD. *Processo constitucional brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, n. 1.8.1, pp. 90/91.

¹²⁷ Alessandro LEVI. *Teoria generale del diritto*, 2.^a ed., Padova: Cedam, 1967, p. 29.

No mesmo sentido GIUSEPPE LUMIA entende que a alteridade do direito – a intersubjetividade dele própria – e a bilateralidade – a uma determinada posição jurídica corresponde outra que lhe é correlata – são aspectos estruturais da manifestação do direito.¹²⁸

O autor estuda o direito a partir da exterioridade e reciprocidade do fenômeno relacional¹²⁹. Ou seja, a investigação da experiência jurídica se daria a partir da interação de sujeitos como causa de nascimento dos fenômenos jurídicos.

Todavia, a ideia de reciprocidade não encerra todos os fenômenos considerados jurídicos. O direito reconhece estruturalmente certos fenômenos não relacionais como jurídicos. Se certos comportamentos não relacionais são componentes da fenomenologia jurídica, então o termo “relação jurídica” não encerra todos os fenômenos da experiência jurídica.

Muitos fenômenos ainda não exteriorizados pelo sujeito – e portanto ainda não relacionais – merecem tutela jurídica como o silêncio por exemplo. Além disso, a reciprocidade também não se observa quando diante de posições jurídicas tomadas por entes não dotados de personalidade.

Por essas razões, não é possível estudar o fenômeno jurídico apenas a partir da exterioridade e reciprocidade como quis LUMIA. Mas o autor bem mostrou a diferença entre os termos relação e posição jurídica:

¹²⁸ Giuseppe LUMIA. *Elementos de teoria e ideologia do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 99.

¹²⁹ “*Precisamente, a exterioridade revela a exigência de que os fatos da consciência permaneçam excluídos de qualquer ingerência exercida pelos órgãos públicos; a reciprocidade exprime a exigência de igualdade (formal) entre os sujeitos que figuram na relação*”. Giuseppe LUMIA. *Linamenti di teoria e ideologia del diritto*, 3.^a ed., Milano: Giuffrè, 1981, p. 110. Tradução com adaptações e modificações do professor Alcides Tomasetti Jr, para suas aulas de mestrado e doutorado na USP, versão de abril de 1999.

“A posição jurídica subjetiva é o lugar que cada um dos sujeitos ocupa no contexto da relação jurídica; esta se estabelece normalmente entre dois sujeitos (ou mais corretamente, entre duas PARTES ou POLOS)”.¹³⁰

A síntese da análise fenomenológica do direito a partir do conceito de situação jurídica é dada por NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY:

“A situação jurídica não é um mero fato jurídico: é uma síntese cultural de fato e de valor. Não é um fenômeno pré-jurídico, como são as normas, nem apenas algo que possa ser visto pelo aspecto empírico do acontecimento, como ocorre com um caso concreto. É a combinação desses dois aspectos: ocorrência concreta, vista à luz de normas e princípios, ou seja, direito realizado. A situação jurídica pressupõe o direito realizado e a produção de efeitos. Por isso, pode-se dizer que se dá o nome de situação jurídica a uma maneira de teorização do fenômeno básico da realização do direito”.¹³¹

Nesse mesmo sentido ANTONIO MENEZES DE CORDEIRO afirma que a situação jurídica é uma síntese fato-valor de realização do Direito. É subjetiva porque é atinente ao sujeito, mas não tem essência psicológica, porque, sendo cultural, é objetiva e exterior. Não é o fato porque é direito concretizado.¹³²

¹³⁰ *“Precisamente, a exterioridade revela a exigência de que os fatos da consciência permaneçam excluídos de qualquer ingerência exercida pelos órgãos públicos; a reciprocidade exprime a exigência de igualdade (formal) entre os sujeitos que figuram na relação”*. Giuseppe LUMIA. *Liniamenti di teoria e ideologia del diritto*, 3.^a ed., Milano: Giuffrè, 1981, p. 103. Tradução com adaptações e modificações do professor Alcides Tomasetti Jr, para suas aulas de mestrado e doutorado na USP, versão de abril de 1999.

¹³¹ Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Instituições de Direito Civil*, v. I, t. I – Teoria Geral do Direito Privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, n. 41, p. 351.

¹³² Antonio Menezes de CORDEIRO. *Teoria Geral de Direito Civil*, 2.^a ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1988, p. 161.

Analisar o fenômeno jurídico a partir da ideia de situação jurídica é não abandonar a ideia do **fato causado**, para que, assim, se torne jurídico. É distanciar-se dos conceitos de suporte fático, que entendemos em dissonância com o paradigma pós-positivista do direito.

Na fenomenologia jurídica, bem por isso, a escolha da expressão *situação jurídica* como mais abrangente que a de relação jurídica permite emprestar para a dogmática jurídica os efeitos singulares da teoria da norma elaborada por MÜLLER sobre a qual falamos há pouco.

Isto porque na ideia de situação jurídica com o fato *causado* se prevê a simbiose dos conceitos de caso concreto e texto normativo para que se observe o fenômeno jurídico efetivamente realizado e experimentado.

A esse respeito:

*“Essa divisão do Direito Civil tem como ponto de partida, não o sujeito, nem o objeto, elementos da estrutura do fenômeno jurídico, mas aquele outro elemento dessa mesma estrutura que, na lógica do Direito, deu-se o nome de causa (que podemos designar por situação jurídica). Pode-se afirmar que a sistemática do Direito Privado tem origem na aspiração aristotélica, porque a filosofia do direito demonstra que as instituições romanas de direito seguem a classificação de Cícero, que define o fim do Direito propondo a elaboração de uma linguagem a partir dos principais termos da definição do filósofo grego. Para isso leva em conta três elementos: as pessoas (*cives*), as coisas (*res*) e as ações (*causae*). E é a partir desses elementos que se estruturou a ideia de sistema de Direito Privado: pessoas, bens e atos”.*¹³³

¹³³ Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Instituições de Direito Civil*, v. II – Direito das Obrigações, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, n. 6.4, p. 92.

Assim, a causa assume papel fundamental na análise fenomênica do direito. É ela que atribui aos acontecimentos a potencialidade de dar **causa** aos efeitos que se submetem à regulação do sistema jurídico:

*“Causa sui do direito. A primeira pergunta que o intérprete do direito há de fazer diante de um fenômeno é se ele contém algo de jurídico. Ou seja, se uma determinada situação da vida autoriza tratamento jurídico. Se o fato apresenta os requisitos que o tornam capaz de ingressar no mundo do direito, diz-se que esse fenômeno ‘existe’ no plano jurídico, que ele é jurídico”.*¹³⁴

O fenômeno jurídico pode se apresentar como situação ou como relação jurídica. Os fenômenos seriam, então, de situações absolutas (não relacionais) e relativas (relações jurídicas). As situações jurídicas absolutas pressupõem *poder, faculdade e crédito* quando de vantagem e *ônus, dever e débito* quando de desvantagem¹³⁵:

“O ônus e o dever são situações jurídicas absolutas, de desvantagem, vividas de forma singular pelo titular, que independe da conduta ou da adstrição de outrem. Ao posicionar-se ao contrário da conduta esperada, o sujeito arca com os ônus e suporta os efeitos de não se conduzir conforme o esperado. O ônus não se configura em obrigação, que alguém possa compelir outrem a praticar. Trata-se de conduta posta a seu talante, que ele pode, ou não realizar, mas em virtude de cujos efeitos ele irá experimentar um benefício, ou um malefício, conforme o risco de sua opção. Por isso que se diz que, no processo, a conduta da parte de provar os fatos que alega é ônus seu. Pode a parte não fazer a prova, mas corre o risco dessa omissão, ou da prática

¹³⁴ Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código Civil Comentado*, 11.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, coment. 26 CC 104, p. 468.

¹³⁵ Confira-se Giuseppe LUMIA. *Liniamenti di teoria e ideologia del diritto*, 3.ª ed., Milano: Giuffrè, 1981, pp. 102/123. Tradução com adaptações e modificações do professor Alcides Tomasetti Jr, para suas aulas de mestrado e doutorado na USP, versão de abril de 1999; Paul ROUBIER. *Droits subjectives e situations juridiques*, Paris: Dalloz, 1963, *passim*.

*imperfeita da conduta esperada, poderá reverter-se em seu malefício. O dever também, como o ônus, é uma situação jurídica unissubjetiva de desvantagem, que impõe ao seu titular uma perda, se o dever não é cumprido. O dever é situação jurídica mais desvantajosa do que o ônus, porque, necessariamente, o seu descumprimento acarretará uma perda jurídica para o sujeito. Obrigações, deveres e ônus de um lado; créditos, poderes e faculdades, de outro, conforme já vimos no estudo da teoria geral de direito privado, são temas constantes do sistema de direito, pois, é em torno dessa engrenagem fenomênica que vive a trama da vida jurídica, em geral e é em torno dessa intrincada rede de interesses que surgem os conflitos, as lides e os embates jurídicos”.*¹³⁶

Estudar os conceitos de relação e situação jurídica para a análise do negócio jurídico processual é estar atento às posições de vantagem e desvantagem que os sujeitos podem assumir por vontade declarada dentro do processo.

Afinal, é por meio do negócio jurídico processual que as partes contrairão obrigações cujos reflexos se darão no processo instaurado ou por instaurar, impondo à elas a sujeição de certo ato ou fato (prestação) em razão de obrigação assumida.

2.4. Fatos, atos e negócios jurídicos processuais

Com ANTONIO DO PASSO CABRAL¹³⁷, não se pode admitir diferença (ontológica) entre a fatos, atos e negócio jurídico (em geral), e fatos, atos e negócios jurídicos processuais. Isso porque estes – fatos, atos,

¹³⁶ Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Instituições de Direito Civil*, v. II, – Direito das Obrigações, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, n. 13.1, pp.103/104.

¹³⁷ Antonio do Passo CABRAL. *Convenções processuais*, Salvador: JusPodivm, 2015, 1.1.2., pp. 44/45.

e negócios jurídicos – são, conforme afirmado anteriormente, elementos da fenomenologia jurídica.

Não se pode, por conseguinte, admitir a ideia da convivência de duas fenomenologias jurídicas, uma para o direito em geral e outra para o processo. Ou ainda, *ad absurdum*, diversas fenomenologias jurídicas, uma para o processo, outra para o direito civil, outra para o direito administrativo, etc...

Assim sendo, fatos, atos e negócios jurídicos processuais nada mais são do que acontecimentos que tem potencialidade de dar **causa** aos efeitos que interferem em regras processuais.

Fato jurídico processual é o acontecimento da natureza que *causado* gera efeitos sobre os quais dispõe a regra processual. Ainda que o fato tenha ocorrido fora do processo, a potencialidade de gerar efeitos **para e no** processo, é o que faz do fato acontecido, fato jurídico processual. Nesse sentido, a morte de uma das partes ou de seu procurador, catástrofes naturais como enchentes ou incêndios, o posterior preenchimento do requisito para que a parte seja considerada idosa são fatos que produzem efeitos dentro do processo, quer para suspendê-lo, no primeiro caso, suspender eventual prazo processual iniciado no segundo, ou permitir a tramitação em regime prioritário no terceiro.

Considerando que o processo inicia-se por ato volitivo da parte¹³⁸, muitos processualistas entendem que inexistente fato processual *stricto sensu*¹³⁹. Mas ainda que se admita que os fatos jurídicos processuais

¹³⁸ Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV, 3.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 3/4.

¹³⁹ “No processo, somente atos são possíveis. Ele é uma atividade e atividade de sujeitos que a lei prequalifica. Todos acontecimentos naturais apontados como caracterizadores de fatos jurídicos processuais são exteriores ao processo e, por força da sua exterioridade, não pode ser tidos como fatos integrantes do processo, por conseguinte, fatos processuais”. José

não ocorram dentro do processo, o fato de produzirem efeitos no e para o processo, já faz deles fatos jurídicos processuais.

Atos jurídicos processuais são fatos jurídicos processuais para cuja manifestação concorre a vontade que produz, a aquisição, modificação ou extinção de direitos se de acordo com a lei processual, ou os mesmos efeitos, mas em caráter de atos ilícitos se em desacordo com a lei processual. No ato jurídico processual, a vontade não é capaz de criar o **conteúdo** do ato (como no negócio jurídico), mas apenas dirige-se para vê-lo realizado e, quando realizado, opera os efeitos queridos pela lei. Bons exemplos de atos jurídicos processuais são a citação do réu (CPC 238), a intimação da parte (CPC 269), a penhora de bens.

Advirta-se que não existe consenso sobre o tema entre os processualistas. Muitos utilizam critérios como os de i) sujeitos da relação processual (só seriam atos processuais aqueles praticados pelos sujeitos do processo); ii) do lugar (só seriam processuais os atos praticados dentro do processo)¹⁴⁰, entre outros.

Joaquim CALMON DE PASSOS. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 64/65.

¹⁴⁰ “A relevância da sede processual para a caracterização do ato processual parece a conclusão correta, desde que atendido quanto ao exposto. Não há atos processuais praticados fora do processo. Só a atividade desenvolvida no processo pode consubstanciar-se em atos processuais que se colocam sob disciplina (teoria geral) comum aos atos processuais, o que não significa, entretanto, sejam processuais todos os atos praticados no processo. Somente são atos processuais aqueles que também produzem, no processo, efeitos processuais. Tanto não basta, contudo. Ainda se faz necessário cuidar-se de atos que só no processo, pelos sujeitos da relação processual ou pelos sujeitos do processo, capazes de produzir efeitos processuais e que só no processo podem ser praticados. A razão de ser desta definição assenta em algo que entendemos de relevância decisiva. Há uma teoria geral dos atos processuais, distinta e aplicável aos atos de direito material, ou de atos processuais não se deve cogitar. E se não casarmos as exigências precedentemente apontadas, cairemos na cilada de lidarmos com atos processuais cuja disciplina atenderá quando previsto para os atos de direito material e vice-versa, o que é, ao nosso ver, um modo inaceitável de se teorizar dogmaticamente”. José Joaquim CALMON DE PASSOS. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 53. No mesmo sentido: José Manoel de ARRUDA ALVIM Netto. *Manual de direito processual civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 9.^a ed., 2005, p. 394. Entendendo que além da sede onde é praticado é necessário que produza efeitos para o processo Candido Rangel DINAMARCO. *Instituições de direito processual civil*, v. II, 3.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 469 e ss.

Novamente pontuamos que o critério aqui adotado é o dos acontecimentos da natureza que, *causados*, são capazes de produzir efeitos **no e para o processo**¹⁴¹.

Por fim, o negócio jurídico processual é aquele celebrado no ou para o processo com declaração e manifestação de vontade dirigida especificamente a um fim determinado que submete a parte(s) declarante(s) a seu conteúdo normativo. O conteúdo do negócio jurídico processual faz surgir lei processual entre as partes declarantes e vincula o juiz aos seus termos. São exemplos de negócios jurídico processuais típicos: eleição de foro (CPC 63); saneamento consensual do processo (CPC 357, § 2.º); escolha consensual do perito (CPC 471), entre tantos outros.

Voltaremos ao tema dos negócios jurídicos processuais oportunamente. O que quisemos com essas breves considerações acerca dos fatos, atos e negócios jurídicos foi colocar o tema no seu adequado lugar na teoria do direito.

O tema pertence à origem do direito e, portanto, à fenomenologia jurídica. Não há razão para pretender deliberadamente procurar critérios que diferenciem os elementos do processo daqueles da própria experiência jurídica.

E como originário da experiência jurídica, desde logo já nos deparamos com uma das maiores dificuldades do direito. A separação entre direito e fato¹⁴².

¹⁴¹ “*para constatar o caráter processual de um ato, é preciso considerar seus efeitos. O ato processual é aquele capaz de produzir efeitos sobre uma situação jurídica processual*” Francesco CARNELUTTI. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*. 4.ª ed., Roma: Il Foro Italiano, 1941, p. 59 e ss. (tradução livre)

Tentamos mostrar, ainda que superficialmente, as razões pelas quais não podemos adotar a teoria da incidência da norma, tão utilizada por quem estuda os fatos, atos e negócios jurídicos.

Presumir que a norma jurídica se resume ao seu texto normativo, compreendendo como jurídico o fato, ato, ou negócio jurídico que a ela se subsuma, como se para que jurídico fosse seria necessário amoldá-lo, encaixá-lo perfeitamente ao que diz a regra jurídica é pretender a cisão entre direito e fato, como se um subsistisse sem o outro. Como se o texto normativo fosse suficiente em si próprio, dando a algo que é ôntico, o tratamento ontológico.¹⁴³

Seria insistir no erro em que incorreu o positivismo, ao estudar o direito a partir de um esquema sujeito-objeto, em que o objeto a ser conhecido – o direito, a norma, para trazermos para a presente discussão – estaria diante do sujeito pronto, fosse perfeito e acabado, lá e nunca interagindo com o sujeito, esperando do apenas sujeito a subsunção do fato à norma.

¹⁴² Antonio Castanheira NEVES, em seu *Questão de facto e questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica*, v. 1, Coimbra: Almedina, 1967, *passim*, analisa a juridicidade a partir da dualidade questão de fato e questão de direito, muito utilizada por nós aqui no Brasil, para ao final de mais de novecentas páginas concluir que inexistente distinção entre elas.

¹⁴³ “‘ontológico’ no sentido que é dado à palavra pela vulgarização filosófica (e aqui se adianta a confusão radical) significa aquilo que pelo contrário deveria ser chamado de ‘ôntico’, isto é, uma atitude em direção ao ente tal que seja deixado em si próprio, naquilo que é como é. Mas com tudo isto ainda não foi posto o problema do ser, nem muito menos alcançado aquilo que deve constituir o fundamento para a possibilidade de uma ‘ontologia’”. Martin HEIDEGGER. *Vom Wesen des Grundes*, Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1995, I, § 14, p. 13. No original: “Die Grundbegriffe der heutiger Wissenschaft enthalten weder schon die <eigentlichen> ontologischen Begriffe des Seines des betreffenden Seienden, noch lassen sich diese lediglich durch eine <passende> Erweiterung jener gewinnen. Wielmehr müssen die ursprünglichen ontologischen Begriffe vor aller wissenschaftlichen Grundbegriffsdefinition gewonnen werden, so daß von ihnen aus allererst abschätzbar wird, in welcher einschränkenden und je aus einem bestimmten Blickpunkt umgrenzenden weise die Grundbegriffe der Wissenschaften, das in die rein ontologischen Begriffen faßbare Sein treffen”.

Adotamos por base de toda investigação dogmática aqui exposta, aquilo que foi traduzido no Brasil por LENIO STRECK como crítica hermenêutica do direito, fincada na matriz teórica da ontologia fundamental em busca de uma análise fenomenológica (que pretende o desvelamento – *Unverborgenheit*) a partir da linguagem:

*“A tese de que a linguagem é condição de possibilidade, superadora do esquema sujeito-objeto e que é comandada pela ‘coisa mesma’ (ir às coisas mesmas) torna-se absolutamente relevante para o direito, exatamente pelo fato de que o pensamento dogmático do direito (positivista, sustentado em um discricionarismo no sentido forte), por ser objetificador e pensar o direito metafisicamente, esconde a singularidade dos casos, obnubilando o processo de interpretação jurídica. Essa ‘coisa mesma’ que Heidegger persegue é a questão do ser no horizonte da diferença ontológica (Stein). Por isso, todo o trabalho de desconstrução do pensamento dogmático-objetificador do direito é feito sob o signo desses aportes filosóficos”.*¹⁴⁴

Destarte, a linguagem não pode mais ser tida como uma terceira coisa (um instrumento) que se situa entre o sujeito e o objeto por meio da qual o intérprete deve buscar o “sentido originário da lei”, amoldando o fato à incidência da norma para que, então, se torne fato jurídico.

De forma completamente diversa, a linguagem é a forma como o sujeito acessa o conhecimento. É pela linguagem que ele pode nomear algo enquanto algo e é na linguagem que ele explicita essa compreensão. A dobra da linguagem significa a superação do esquema sujeito-objeto, fazendo impossível estabelecer epistemologicamente regras interpretativas que serviriam de base para a (re)produção de sentido de uma

¹⁴⁴ Lenio Luiz STRECK. *Verdade e consenso – constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 4.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2011, n. 8.1, p. 218.

lei. Nesse sentido é que o esquema sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico.

Teorias que, alheias a essa conquista da filosofia, tentam incessantemente buscar um método epistemológico (lógico-argumentativo) para o sentido do ser dos fenômenos jurídicos promovem, na verdade, o ocultamento do que há de essencial no processo do conhecimento, porque calcados em posturas subjetivistas.

Porque ligados à fenomenologia jurídica, os fatos, atos e negócio jurídico escancaram o paradigma positivista no qual estavam calcadas as tradicionais teorias, dificultando o estudo do tema.

Bem por isso não podemos adotar as teorias da incidência da norma jurídica como bases da fenomenologia jurídica porque já as entendemos superadas pelo paradigma pós-positivista de investigação científica do Direito.

Adotamos a ideia de fenomenologia jurídica *existencial* que, como tal, estuda os elementos da fenomenologia do direito – fatos, atos e negócios jurídicos – como acontecimentos que têm potencialidade de dar **causa** aos efeitos que se submetem à regulação do sistema jurídico.

*“Vem à baila a distinção existente entre aquisição, constituição e transmissão de direitos, e modificação e extinção subjetiva e objetiva de direitos, de interesse processual, que devem ter tratativa idêntica à conferida pelo direito substancial ao mesmo assunto”.*¹⁴⁵

¹⁴⁵ Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Fatos processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócio jurídico processual (unilateral e bilateral). Transação* in Revista de Direito Privado n. 64, São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez, 2015, p. 268.

Justamente porque é única a ontologia da fenomenologia jurídica, os efeitos trazidos pelos seus elementos – fatos, atos e negócio jurídico – na situação ou relação processuais recebe tratamento idêntico àquele dado pelo direito substancial.

2.5. Negócio jurídico processual

Negócio jurídico processual é o ato celebrado no ou para o processo com declaração e manifestação de vontade dirigida especificamente a um fim determinado que submete a parte(s) declarante(s) a seu conteúdo normativo. Podem ser declarações unilaterais ou plurilaterais às quais o ordenamento jurídico deu o poder de constituir, modificar e extinguir direitos nos termos pretendidos pelos declarantes.

No mesmo sentido:

*“os negócios processuais são os negócios jurídicos que produzem diretamente efeitos processuais, isto é, são actos processuais de carácter negocial que constituem, modificam ou extinguem uma situação processual. Como actos de carácter negocial, os negócios processuais requerem não só a vontade de produzir a declaração negocial (vontade de acção) e de através desta exprimir um pensamento (vontade de declaração), como também a vontade de produzir certo efeito (vontade de resultado) num processo pendente ou futuro. (...) É a disponibilidade sobre os efeitos processuais que afere a admissibilidade dos negócios processuais”.*¹⁴⁶

¹⁴⁶ Miguel Teixeira de SOUSA. *Estudos sobre o novo processo civil*, Lisboa: Lex, 1997, pp. 193/194.

Ainda, afirmam NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY que “A celebração do negócio jurídico processual pode dar-se antes de o processo iniciar-se ou no curso do processo. Sua eficácia pode incidir no processo ou fora dele, mas em razão dele”.¹⁴⁷ (grifamos)

Regularmente praticados, passam a produzir efeitos imediatamente, nos termos do CPC 200¹⁴⁸. A constituição, modificação ou extinção de direitos pretendida pelos declarantes é vinculante para aqueles que assim declararam e para o juiz condutor do processo no qual ou para o qual o negócio jurídico processual foi celebrado. Os negócios jurídicos processuais também podem ser preparatórios ou interlocutórios ao processo para o qual se destinam.

Por não adotarmos o conceito de suporte fático para estabelecer a fenomenologia jurídica, não podemos concordar com as definições de negócio jurídico processual que se apropriam de tal conceito como ocorre com frequência na doutrina brasileira.

Nesse sentido, FREDIE DIDIER JR: “*Negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento*”.¹⁴⁹

Também a definição de PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA:

¹⁴⁷ Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código de Processo Civil Comentado*, 16.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, coment. 10 CPC 191, p. 761.

¹⁴⁸ O CPC 220 § ún. excepciona a desistência da ação, que só passa a produzir efeitos após homologação judicial.

¹⁴⁹ Fredie DIDIER JR. *Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015* in *Revista brasileira da advocacia*, v.1, São Paulo : Revista dos Tribunais, arb-jun, 2016, p. 59.

“pode-se, aqui, definir o negócio jurídico processual como 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. No negócio jurídico há escolha da categoria jurídica, do regramento jurídico para uma determinada situação”.¹⁵⁰

Ao contrário daqueles que pretendem teorizar o negócio jurídico processual a partir do conceito de suporte fático, entendemos, com ROBSON GODINHO, que *“o balizamento da autonomia privada molda o conceito de negócio jurídico processual, mas não o desnatura e sim o configura”*.¹⁵¹ Ou seja, o conceito do negócio jurídico processual deve partir daquilo que tem de mais especial: o direito do sujeito de declarar vontade dirigida para um determinado fim no e para o processo.

Nesse sentido, a única coisa que o torna não distinto, mas mais peculiar do que o negócio jurídico de direito material puro é o fato de que a declaração de vontade se destina a produzir efeitos no e para o processo. Por essa razão, além de se estabelecer dentro dos limites previstos pelo ordenamento jurídico de direito material, deve obedecer também as regras de direito processual civil.

Observe-se, contudo, que obedecer as regras de direito processual civil não pode significar fazer apenas aquilo que no ordenamento processual está estabelecido. A grande inovação do Código de Processo Civil de 2015 é a inclusão do CPC 190, que garante a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos.

¹⁵⁰ Pedro Henrique Pedrosa NOGUEIRA. *Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil brasileiro* in Antonio do Passo CABRAL e Pedro Henrique NOGUEIRA (coords). *Negócios Processuais*, Salvador: JusPodivm, 2015, n. 3, p. 84.

¹⁵¹ Robson GODINHO. *Negócios processuais sobre o onus da prova no novo Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 133.

3.5.1. Negócios jurídicos processuais típicos e atípicos

Serão unilaterais quando houver apenas uma declaração de vontade, bilateral quando forem duas as declarações de vontade e plurilateral, se houver mais de duas declarações de vontade na celebração do negócio jurídico processual.

Afirma JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA que “*constituída embora por duas declarações de vontade, a convenção processual é ato uno: emitidas que sejam as declarações fundam-se para formar entidade nova, capaz de produzir efeitos específicos*”.¹⁵²

Exemplos típicos de negócio jurídico unilateral são: a desistência da ação antes da citação do réu (CPC 485 VIII); a renúncia (CPC 998) ou desistência (CPC 999) do recurso por uma das partes; o reconhecimento da procedência do pedido (CPC 487 III a); renúncia à pretensão (CPC 487 III c); escolha do juízo da execução (CPC 516 § ún.); opção do executado pelo pagamento parcelado (CPC 916), entre tantos outros.

São negócios jurídicos processuais típicos bilaterais ou plurilaterais, caso nos polos ativo e/ou passivo figurem mais de uma pessoa física ou jurídica e qualquer delas também concorra na declaração de vontade exarada: a eleição de foro (CPC 63); o compromisso arbitral (LARb 3.º e 4.º); convenção sobre distribuição do ônus da prova (CPC 373 §§ 3.º e

¹⁵² José Carlos BARBOSA MOREIRA in *Convenções das partes sobre material processual in Temas de Direito Processual*, terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984, n.3, p. 89.

4.º); escolha consensual do perito (CPC 471); adiamento negociado da audiência (CPC 362 I); suspensão consensual do processo (CPC 313 II); o saneamento consensual do processo (CPC 357 § 2.º), o calendário processual (CPC 191), etc.

O mais importante e conhecido negócio jurídico processual é a transação, com contorno típico de contrato, onde as vontades opostas das partes se conjugam para por fim à lide ou para evitá-la¹⁵³.

Os negócios jurídicos típicos (tantos os unilaterais como os bilaterais e plurilaterais) produzem efeitos imediatos. É certo que para a desistência da ação existe na lei processual a previsão de homologação pelo juízo para que passe a produzir efeitos no processo (CPC 200 § ún.). A necessidade de homologação judicial diz de perto com o formalismo e o publicismo de que se reveste o processo, travestindo-se de condição para que o negócio jurídico produza efeitos no processo.

A grande novidade trazida pelo novo CPC é a cláusula geral de negociação processual¹⁵⁴, inserida no CPC 190, que permite a celebração de negócios jurídicos processuais *atípicos*, inexistente em nossos antigos sistemas processuais:

“Cláusula geral. O CPC 190 constitui verdadeira cláusula geral de atipicidade dos negócios jurídicos processuais. Ao contrário do negócio constante no CPC 191, este dispositivo autoriza a criação de pactos processuais independentemente de homologação judicial, especialmente se considerada a conjugação do CPC 190 com o CPC

¹⁵³ Sobre o tema: Enrico GABRIELLI e Francesco Paolo LUISO. *I contratti di composizione delle liti*, Torino:UTET, 2005.

¹⁵⁴ Nomenclatura bem apontada por Pedro Henrique Pedrosa NOGUEIRA *in* A cláusula geral do acordo de procedimento no projeto do novo CPC (PL 8.046/2010) *in* Alexandre Reis Siqueira FREIRE e outros (org.). *Novas tendências do processo civil – estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*, Salvador: JusPodivm, 2013, pp.15/26.

200 (Marco Paulo Denucci di Spirito. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual *RDPriv 63/125*)”.¹⁵⁵

Apesar do antigo CPC/1973 158 dispor que “*os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, modificação ou a extinção de direitos processuais*”, foi apenas com o NCPC 190 “*versando o processo sobre direitos que admitem autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-los às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo*” que a possibilidade de prática de negócios jurídicos processuais atípicos ficou mais bem estabelecida.

O CPC 190 confere às partes o poder de regular e modificar o *procedimento*, adequando-o às particularidades do caso ou por simples vontade negocial das partes. Antes do NCPC esta tarefa era exclusiva do legislador, ou quando muito, permitia ao juiz certa mobilidade na adequação procedimental do processo.

As figuras apontadas têm natureza jurídica de negócio jurídico processual. Nada impede, portanto, que no processo se desenvolvam comportamentos que possam levar a vínculos jurídicos por decorrência de conduta socialmente (processualmente) atípicas.

3.5.2. Negócios jurídicos processuais celebrados com a participação do juiz

¹⁵⁵ Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código de Processo Civil Comentado*, 16.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, coment. 5 CPC 190, p. 760.

O NCPC também inova ao permitir a possibilidade de fixação de calendário processual para a prática dos atos processuais pelas partes em comum acordo com o juiz da causa.

A exemplo da bem sucedida experiência arbitral, o CPC 191 permite às partes e ao juiz estabelecerem calendário processual fixando datas para a realização de todos (ou de alguns) atos processuais. Na arbitragem é usual a fixação de calendário processual no momento da assinatura do Termo Arbitral, ocasião em que tanto as partes como os árbitros autorregulam os prazos para todas as manifestações do procedimento arbitral (sejam postulatórios, instrutórios ou as próprias manifestações do Tribunal Arbitral), agendando-os previamente.

Trata-se de poderoso instrumento à disposição das partes e do juiz para que se tenha previsibilidade da duração do processo. Sobre o tema:

*“a calendarização é uma técnica de aceleração processual (1) simples, (2) de baixo custo normativo e (3) de alta eficiência: simples porque se consubstancia num mero ato inaugural fundante, em que esteja previsto todo o cronograma do procedimento; de baixo custo normativo, pois não depende de lei para ser aplicada; de alta eficiência, visto que produz considerável celeridade eliminando os despachos de movimentação processual e as publicações na imprensa oficial. Técnicas como essa devem ser examinadas e aplicadas sem reticências, especialmente às vésperas de um novo CPC, que constrói mega-equipamentos de aceleração de compreensão difícil, manuseio sofisticado e eficiência duvidosa”.*¹⁵⁶

¹⁵⁶ Eduardo José da Fonseca COSTA. *Calendarização processual* in Antonio do Passo CABRAL e Pedro Henrique NOGUEIRA (coords). *Negócios Processuais*, Salvador: JusPodivm, 2015, n. 10, pp. 368/369.

O calendário processual é negócio jurídico processual típico. Requer, portanto, o consenso das partes e do juiz sobre seus termos, razão pela qual não pode ser imposto pelo juiz:

*“O calendário processual é sempre negocial; não pode ser imposto pelo juiz. Trata-se de negócio jurídico processual plurilateral, havendo a necessidade de acordo de, pelo menos, três vontades: a do autor, a do réu e a do juiz. Se houver intervenientes, estes também devem integrar o negócio processual que fixa o calendário. É bem verdade que o juiz deve zelar pela duração razoável do processo (CPC, art. 139, II), mas isso, por si s[ó], não lhe autoriza a impor o calendário processual. É necessário que haja a fixação ‘de comum acordo’ pelo juiz e pelas partes, tal como dispõe o art. 191 do CPC”.*¹⁵⁷

NELSON NERY JR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY afirmam que o ajuste de calendário processual deve atender as especificidades de cada demanda e recomendam que, na ausência de manifestação das partes a esse respeito, o juiz as inquiras sobre seu interesse na negociação de calendário processual:

“Calendário processual e acordo de procedimento. O CPC confere às partes maleabilidade para negociar os momentos nos quais os atos processuais deverão ser praticados e fazer alterações no procedimento. Este parágrafo indica que a negociação deverá, todavia, ocorrer em termos que sejam adequados às especificidades do processo; é justamente por isso que o calendário específico, criado pelas partes, e o acordo de procedimento devem valer apenas para determinada demanda, mesmo que haja outros feitos envolvendo as mesmas partes – a menos que o acordo indique expressamente que o

¹⁵⁷ Leonardo Carneiro da CUNHA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III, Luiz Guilherme MARINONI (dir) e Sérgio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO (coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, coment. 6 CPC 191, p. 65.

*calendário valerá para mais de um feito entre essas mesmas partes. De forma a evitar colusão entre as partes, o juiz também deverá participar do acordo. Muito embora o caput preveja que a negociação possa acontecer antes ou durante o processo, é importante ressaltar que, de modo a assegurar a adequada condução do processo, o ideal seria que, na ausência de manifestação das partes a respeito na fase de estabilização da lide, o juiz inquirisse as partes a respeito do interesse na negociação do calendário e do procedimento. Com isso, o risco de uso inadequado do processo, pelas partes, por meio da negociação dos prazos quando bem lhes convier, fica reduzido ”.*¹⁵⁸

Por fim, o parágrafo primeiro do artigo em comento aponta para a vinculatividade do calendário processual, permitindo, entretanto, a alteração excepcional dos prazos ali previstos, desde que justificada; enquanto o parágrafo segundo estabelece a dispensa de intimação das partes para a prática de atos processuais sobre cujas datas o calendário processual dispôs. A dispensa de intimação é forma eficiente de diminuição de tempo de transcurso do processo.

2.6. Estrutura do negócio jurídico processual

Estruturamos o estudo do negócio jurídico processual a partir de seus elementos: partes, objeto e forma. Ainda que analisados de maneira objetiva e pontual, o trabalho é de extrema importância: a partir destes conceitos se controla a existência, validade e eficácia do negócio jurídico processual.

¹⁵⁸ NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY. *Código de Processo Civil Comentado*, 16.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, coment. 2 CPC 191, p. 702.

O tema em si desafia séculos de evolução científica do direito e, bem por isso, não é nossa pretensão o seu estudo aprofundado. Muitos são os detalhes envolvendo as partes, o objeto e a forma do negócio jurídico. Todos eles de extrema relevância para o controle a existência, validade e eficácia do negócio.

Por certo que seria impossível elencá-los neste trabalho aprioristicamente. Apenas no caso concreto é que tais elementos aparecem em sua inteireza e o controle da existência, validade e eficácia do negócio jurídico se faz.

Nada obstante, ao trazer a estrutura do negócio jurídico processual queremos contribuir com o estabelecimento de parâmetros para fixar os elementos, requisitos e fatores de eficácia do negócio jurídico processual, identificando assim os caracteres de que necessita o negócio jurídico processual para existir, valer e ser eficaz.

2.6.1. Capacidade das partes

Qualquer manifestação de vontade desafia a presença de um princípio que é fundamental em direito, denominado de princípio da “*autonomia da vontade*”.

Isto quer significar que o direito reputa fundamental que entre o volição e a declaração de vontade da pessoa haja perfeita sintonia.

Isto ocorre em todos os ramos do direito: no direito civil, no direito penal. Busca-se examinar se quem quis, declarou o que queria e se a declaração, ou o ato respectivo, correspondem à força motriz que os ensejou.

No direito privado essa qualificação toma também um outro sentido, mais abrangente e próprio, agora tocado pelo princípio da “*autonomia privada*”, que parte da autonomia da vontade e alcança outro grau de teorização, agora para instituir a vontade da parte, ou das partes, a um patamar todo próprio, de *lei privada*.

Quando se alude ao termo “capacidade das partes”, em direito privado, entretanto, alude-se a dois temas distintos:

- i) à existência de personalidade jurídica e à capacidade de direito, que permitem ao ente ser sujeito de direito e, daí, capaz de direito e obrigações;
- ii) à capacidade de exercício, que respeita à possibilidade de o sujeito movimentar-se livremente para os atos da vida civil.

Corriqueiramente, usa-se a expressão *incapaz*, para o sujeito que não tem capacidade de exercício (menor de idade, pessoa acometida de doença que lhe retire a auto determinação etc...).

Quando o direito civil prescreve que o negócio jurídico requer agente capaz (CC 104 I), abrange todos esses três diferentes significados:

- i) Quem realiza o negócio jurídico é pessoa, ente com personalidade, na vivência de sua capacidade de direito;
- ii) Quem realiza o negócio jurídico é pessoa capaz, em exercício pleno de sua capacidade de exercício;
- iii) Quem realiza o negócio jurídico é alguém que não foi vítima de fato que tenha obstado sua livre declaração de vontade (inocorrência de vícios da vontade: erro, dolo e coação).

O ato e o negócio jurídico processual, quer tenham sido praticados pela parte, quer tenha sido praticados pelo Advogado da parte, não escapam dessa necessária análise.

2.6.1. 1. Partes processuais e terceiros

A figura do negócio jurídico demanda a presença e intervenção de ao menos um sujeito. O sujeito é o autor da regulação negocial, enquanto o negócio jurídico é a atuação concreta e determinada de um ou vários sujeitos, que por seu intermédio dispõem sobre seus interesses¹⁵⁹.

Para LUMIA “os termos entre os quais se constitui a relação jurídica são chamados de SUJEITOS DA RELAÇÃO; mais genericamente, denominam-se SUJEITOS DE DIREITOS aquelas entidades entre as quais podem constituir-se relações jurídicas. A subjetividade (ou PERSONALIDADE) jurídica manifesta-se na capacidade jurídica, ou seja, na possibilidade, que tem certos entes, de ser titulares de posições jurídicas subjetivas ativas e de posições jurídicas subjetivas passivas.”¹⁶⁰.

Já o termo parte, apesar de extrajurídico, adquire no direito conotação concreta, que usualmente se contrapõe a terceiro: “os sujeito, titulares de INTERESSES IDÊNTICOS, que concorrem na formação dos POLOS da relação jurídica, chamam-se PARTES, para diferenciar-se dos

¹⁵⁹ Fernando HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones II – De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, v. I, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, n. 225, p. 523.

¹⁶⁰ Giuseppe LUMIA. *Liniamenti di teoria e ideologia del diritto*, 3.^a ed., Milano: Giuffrè, 1981, pp. 102/123. Tradução com adaptações e modificações do professor Alcides Tomasetti Jr., para suas aulas de mestrado e doutorado na USP, versão de abril de 1999.

TERCEIROS, isto é, dos sujeitos que permanecem estranhos aos polo entre os quais se trava a relação, embora dela possam receber, indiretamente, vantagem ou desvantagem. A polarização de cada uma das partes na relação jurídica define o que se denomina (com grandes incertezas terminológicas na teoria) a POSIÇÃO JURÍDICA dessas partes”¹⁶¹.

No processo a distinção entre sujeito e parte é nítida e, bem por isso, CHIOVENDA afirma que a determinação do conceito de parte não tem mera importância teórica, ao contrário, é de suma importância para a solução de grandes problemas práticos¹⁶².

A parte é o sujeito ou grupo de sujeitos que ocupam uma mesma posição numa relação ou ação jurídica, titulares daquela e agentes desta e receptores de seus efeitos. Cada parte pode ser de uma ou de muitas pessoas.¹⁶³

Parte do contrato, ou contratante no sentido substancial é o titular da relação contratual, ou seja, a quem se imputa diretamente os efeitos jurídicos do contrato. Parte do contrato ou contratante no sentido formal é o autor do contrato, ou seja, quem emite as declarações contratuais constitutivas.¹⁶⁴

Tais distinções, de somenos importância quando se trata de direito material, apenas, torna-se muito relevante no negócio jurídico processual, já que a parte processual pode não ser a parte negociante. Tome-se o exemplo do terceiro.

¹⁶¹ Giuseppe LUMIA. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, 3.^a ed., Milano: Giuffrè, 1981, pp. 102/123. Tradução com adaptações e modificações do professor Alcides Tomasetti Jr., para suas aulas de mestrado e doutorado na USP, versão de abril de 1999.

¹⁶² Giuseppe CHIOVENDA. *Istituzioni di diritto processuale civile*, v. II, 2.^a ed., Napoli: Eugenio Jovene, 1936, p. 213.

¹⁶³ Guido ALPA. *Corso di diritto contrattuale*, Padova: Cedam, 2006, p. 5 e ss.

¹⁶⁴ Cesare Massimo BIANCA. *Il contratto*, Milano: Giuffrè, 1987, p. 53.

A qualidade de terceiro no processo não exclui a possibilidade de no negócio jurídico processual o terceiro da lide figurar como parte. Veja-se o caso em que a transação implica em dação de bem imóvel de parte processual casada, para cuja declaração de vontade se exige outorga conjugal, sempre, ou efetiva qualificação de parte contratual, às vezes. Ou, ainda, imaginemos a hipótese de terceiro já admitido no processo e surgir ocasião de as partes celebrarem no curso do processo negócio jurídico que disponha sobre rito procedimental. Nada impede – ao contrário, recomenda-se – que o terceiro figure como parte no referido negócio jurídico.

Demais disso, importantíssimo ressaltar que em apenas uma hipótese o juiz torna-se parte no negócio jurídico processual: quando se estabelece o calendário processual previsto no CPC 191¹⁶⁵. Nos demais negócios jurídicos processuais, são as partes – e somente as partes – que manifestam vontade negocial com o fim específico de criação, modificação e extinção de direitos no e para o processo, salvo se em hipóteses extraordinárias a disposição negocial das partes demandar para sua validade e eficácia a outorga ou a participação de terceiros.

Confira-se, sobre o tema, a opinião de FLAVIO LUIZ YARSHELL:

¹⁶⁵ Merece estudo a participação do juiz em estabelecimento de calendário processual para cumprimento de sentença. Veja-se o exemplo do emblemático caso *Barão de Mauá* em que as rés de Ação Civil Pública de matéria ambiental foram condenadas a demolir edifícios construídos em terreno onde antes se instalava um lixão da prefeitura. Para a execução da sentença as rés, o Ministério Público e o juiz da causa uniram esforços para de realização de robusto cronograma de cumprimento da obrigação imposta na sentença, com clara configuração de negócio jurídico processual (Processo n.º 0008501-35.2001.8.26.034/01 em trâmite perante a 3.ª Vara Cível da Comarca de Mauá – SP). Ainda sobre o tema, o artigo de Eduardo José da Fonseca COSTA. A *'execução negociada' de políticas públicas em juízo* in *Revista de Processo*, v. 212, São Paulo: Revista dos Tribunais, out., 2012, pp. 25-56, em que o autor reconhece a execução negociada como negócio jurídico processual em que participa o juiz.

*“ele pressupõe a existência de sujeitos ou de agentes – cuja ‘capacidade’ é exercida para que o negócio seja válido. Como regra, sujeitos são os protagonistas da relação material, atual ou potencialmente controvertida. Dessa forma, afora a hipótese particular de fixação de calendário (art. 191), o juiz (ou o órgão judicial) não é agente do negócio. Ainda que o respectivo conteúdo possa até ser discutido na presença do magistrado (o que pode eventualmente se afigurar conveniente pelo caráter profilático que isso possa ter), isso não faz do juiz um sujeito do negócio: dele não emana declaração de vontade constitutiva do negócio e, a rigor, nem é caso de o juiz ‘homologar’ o ato das partes. Não há previsão legal para isso; o que é rigorosamente correto porque não há o quê homologar, mas simplesmente observar e efetivar. Aliás, quando se trata de negócio jurídico processual celebrado para regravar atos e posições jurídicas anteriores ao processo, isso fica ainda mais claro porque ainda não se cuida de intervenção judicial”.*¹⁶⁶

Portanto, com a exceção da celebração de negócio jurídico que estabeleça calendário processual, o juiz, o órgão jurisdicional ou o árbitro não figuram como parte no negócio jurídico processual. Esta constatação será importante para quando analisarmos a atuação do juiz face ao negócio jurídico processual no próximo capítulo.

2.6.2. Objeto

O negócio jurídico processual tem um ambiente próprio, onde se movimentam as partes (eventualmente o juiz e terceiros interessados), visando a criação, modificação, ou extinção de direitos no ou para o processo. Não se pode deixar de considerar, por isso, que além da

¹⁶⁶ Flávio Luiz YARSHELL. *Convenção das partes em matéria processual : rumo a uma nova era ?* in Antonio do Passo CABRAL e Pedro Henrique NOGUEIRA (coords). *Negócios Processuais*, Salvador: JusPodivm, 2015, n. 5, p. 67.

licitude e da possibilidade de seu objeto (CC 104 II) também se pode exigir que eles tenham pertinência com o tema da ação, ou do procedimento a que se referem.

Nesse sentido, afirma FLAVIO LUIZ YARSHELL: *“o negócio como processual regula condutas humanas voluntárias, a serem realizadas em processo jurisdicional – estatal ou arbitral – e destinadas a produzir efeitos sobre ele – ainda que pensado de forma potencial. Quando se fala na regulação de condutas, isso é abrangente das posições jurídicas que emergem da relação processual – tal como mencionado pela lei, ao falar em ônus, poderes, faculdades e deveres – dos atos que resultam do exercício de tais posições. Por outras palavras, é essencial ao negócio processual a regulação, ainda que parcial, da relação jurídica processual ou ao menos do procedimento; respectivamente, os componentes substancial e formal do conceito de processo”*.¹⁶⁷

A licitude do objeto pertine à possibilidade de a coisa – o objeto, o elemento de interesse das partes –, poder compor licitamente o patrimônio privado de alguém, mantendo um caráter de objeto possível e determinado, ou determinável.

O negócio jurídico é, afinal, operação que leva à troca de prestações entre dois patrimônios. Nesse sentido, o negócio jurídico tem dupla natureza: relação entre as partes contratantes que gera vínculo obrigacional e troca de prestações realizadas entre dois patrimônios que se destaca do liame pessoal¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Flávio Luiz YARSHELL. *Convenção das partes em matéria processual : rumo a uma nova era ?* in Antonio do Passo CABRAL e Pedro Henrique NOGUEIRA (coords). *Negócios Processuais*, Salvador: JusPodivm, 2015, n. 4, pp.65/66.

¹⁶⁸ *“Le contrat ne peut plus s’expliquer uniquement par la rencontre des volontés. Le droit relativise d’ailleurs cette condition et la doctrine propose une autre analyse. De ce point de vue, le contrat possède une double nature. Il se définit à la fois comme une relation entre des parties contractantes appelé lein contractuel et comme un échange de prestations réalisé entre deux patrimoines, qui se détache du lien personnel”*. Laurence FIN-LANGER. *L’équilibre contractuel*, Paris: L.G.D.J., 2002, p. 119.

Com frequência se vê na doutrina menção ao patrimônio como universalidade de direito (*universitas iuris*). Trata-se de ficção jurídica que permite antever todo o acervo (determinado conjunto de objetos) ligado a um sujeito como algo unitário.¹⁶⁹

A esse respeito:

*“É o patrimônio da pessoa, ambicionado, ou já conquistado, que lhe faculta materialmente pôr em prática seus anseios de liberdade, para empreender e realizar, pelo trabalho, pelos atos e pelas atividades. É o patrimônio do devedor, também, que mede sua capacidade de crédito e que suporta o poder de excussão do credor sobre ele. O patrimônio – continente em que a propriedade privada da pessoa tem alocação tópica – deve ser compreendido como complexo de posições jurídicas ativas e passivas de um mesmo titular, dotadas de valor exclusivamente econômico, ou não, e sua conseqüente expressão pecuniária. É uma universalidade de direito”.*¹⁷⁰

A lei processual quando alude a direitos que admitem autocomposição focaliza dois aspectos diferentes do elemento “objeto lícito, possível e determinável”: a) já considera que o objeto pertence a um patrimônio, titularizado por alguém e; b) colhe no universo do patrimônio privado desse sujeito elementos que podem ser alvo de disposição livre do titular.

¹⁶⁹ Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Aspectos da sucessão legítima in* Domingos Franciulli, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra Martins (coord). *O novo código civil – estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*, São Paulo: LTr, 2003, p. 1378.

¹⁷⁰ Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Instituições de Direito Civil*, v. IV – Direitos Patrimoniais e Reais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, n. 4, p. 8.

Portanto, não é todo acervo (coletividade de posições jurídicas ativas e passivas, dotadas de valor exclusivamente econômico, ou não e sua conseqüente expressão pecuniária) que compõe o patrimônio do indivíduo que está sujeito ao negócio jurídico processual. Nesse contexto, a autonomia privada sofre restrição na celebração de negócio jurídico processual, porque o sujeito está impedido de exercer plenamente os efeitos naturais da incidência da autonomia negocial para os direitos que não admitem autocomposição.

Nesse sentido, afirma ANTONIO JOSÉ DE MATTOS NETO que nem tudo que representa utilidade econômica é disponível.¹⁷¹

Para que se possa delimitar o objeto do negócio jurídico processual é fundamental que se compreenda os contornos da expressão direitos que admitam autocomposição. Acerca da nomenclatura admissão de autocomposição e disponibilidade dos direitos sobre os quais se podem celebrar negócio jurídico processual:

*“Em qualquer caso, contudo, importa que o processo (futuro ou presente) diga respeito a ‘direitos que admitam autocomposição’, conceito mais amplo (e mais preciso) que o mais tradicional, de direitos patrimoniais disponíveis. Sim, porque há aspectos de direitos indisponíveis que admitem alguma forma de composição”.*¹⁷²

ANTONIO DO PASSO CABRAL aponta a dificuldade da doutrina e da jurisprudência para a definição de direitos disponíveis: *“não há qualquer uniformidade conceitual, nem na doutrina especializada, nem na*

¹⁷¹ Antonio José de MATTOS NETO. *Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da Lei de Arbitragem in Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 122, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 151-166.

¹⁷² Cassio Scarpinella BUENO. *Manual de direito processual civil*, 2.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2016, n. 3.5, p. 215.

jurisprudência, acerca do que seria a disponibilidade sobre o processo".¹⁷³

Relembra o autor que para sua conceituação utilizam-se critérios diversos, associando a disponibilidade à direitos patrimoniais¹⁷⁴; à renunciabilidade¹⁷⁵; às situações jurídicas alienáveis¹⁷⁶. De outro lado, a intransmissibilidade¹⁷⁷ ou a impossibilidade de transação¹⁷⁸ seriam marcas da indisponibilidade.

¹⁷³ Antonio do Passo CABRAL. *Convenções processuais*, Salvador: JusPodivum, 2016, n. 5.10.2.1, p. 297.

¹⁷⁴ “*Se não se pode definir com exatidão a livre disponibilidade de direitos, pode-se no entanto fazer uma enumeração dos elementos necessários para delimitá-la. É o caso do art. 1.º da Lei 9.307/96 que dispõe que são arbitráveis todos os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. O caráter patrimonial da relação litigiosa delimita a disponibilidade do direito, assim como a arbitrabilidade do litígio*”. João Bosco LEE. *O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 8., São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun, 2000, p. 351. No mesmo sentido: “*são disponíveis os direitos e bens que as partes podem livremente alienar, ceder, onerar, transacionar, renunciar e que tenham valor econômico ou possam ser avaliados economicamente*”. José Maria ROSSANI GARCEZ. *Técnicas de negociação. Resolução alternativa de conflitos: ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 92.

¹⁷⁵ Patrice LEVEL entende disponível o direito “*sob o total domínio de seu titular, de tal modo que ele poder fazer tudo em relação a este, principalmente alienar, e mesmo renunciar*” *in L’arbitrabilité in Revue de l’arbitrage*, n. 2, Paris: Comité Français de l’arbitrage, 1992, p. 219. No original: “*sous la totale maîtrise de son titulaire, à telle enseigne qu’il peut tout faire à son propos et notamment l’aliéner, voire y renoncer*”.

¹⁷⁶ Pedro Antonio Batista MARTINS. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 3 e ss. e Leonardo de Faria BERALDO. *Curso de arbitragem nos termos da Lei n.º 9.307/96*, São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

¹⁷⁷ “*An entitlement is inalienable to the extent that its transfer is not permitted between a willing buyer and a willing seller. (...) Inalienability rules are thus quite different from property and liability rules. Unlike those rules, rules of inalienability not only ‘protect’ the entitlement; they may also be viewed as limiting or regulating the grant of the entitlement itself*”. Guido CALABRESI e A. Douglas MELAMED. *Property rules, liability, rules, and inalienability: one view of the Cathedral in Harvard Law Review*, v. 85, apr. 1972, n. 6, pp. 1092/1093. Disponível em http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3043&context=fss_papers acesso em 7.12.2016.

¹⁷⁸ Luiz Antônio SCAVONE JR. *Manual de arbitragem*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 25/28 e José Maria Rossani GARCEZ. *Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional – Regras da lei 9. 307/96 e de outras legislações – normas de ordem pública em diversos sistemas – antecedentes jurisprudenciais in Arnaldo WALD (org.). Doutrinas Essenciais – Arbitragem e mediação*, v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 454. No mesmo sentido PONTES DE MIRANDA referia-se à possibilidade da arbitrabilidade apenas de questão que se cinge ao direito passível de transação que “*uma vez que se pode concluir negócio jurídico de compromisso se o objeto pode ser objeto de transação, tinha-se de atender à circunstância de depender do exame da espécie antes de se proferir o laudo arbitral*”, concluindo que se o julgamento arbitral “*depende da existência de tal direito, ou mesmo de não existir, ou de poder ser exigido ou não (pretensão e ação) só o juízo estatal*

Para MIGUEL ANGEL BAÑEGIL ESPINOSA, indisponibilidade se refere à impossibilidade de comercializar, transmitir ou renunciar direitos livremente, mas, em alguns casos, caberia a renúncia ao conteúdo material ou parcial dos mesmos direitos, ou o seu comércio, sempre que não viole a moral, a lei ou a ordem pública.¹⁷⁹

Ainda que não haja na doutrina ou na jurisprudência consenso quanto ao conceito de disponibilidade ou ainda quais seriam os contornos delimitadores daqueles direitos que admitiriam autocomposição, pode-se dizer que o objeto *lícito, possível e determinado (ou determinável)* do negócio jurídico processual movimenta, necessariamente, a vontade negocial das partes sobre estes tais direitos que admitam autocomposição. *Contrario sensu*, negócios jurídicos processuais que versem sobre direitos totalmente indisponíveis têm objeto juridicamente impossível.

A lei processual inovou quanto à possibilidade de celebração de negócio jurídico que verse sobre disposição de rito procedimental e sobre exercício do direito de defesa (estipulando sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo), hipóteses não previstas tão amplamente no sistema processual antigo. Nada obstante, não é novidade a impossibilidade de se exercer autonomia negocial sobre direitos que não admitem autocomposição. Também no direito privado a autonomia negocial está limitada à possibilidade jurídica e física de o objeto do contrato submeter-se à livre disposição de seu titular.

pode proferir sentença a respeito” in Comentários ao Código de Processo Civil, v. 15, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 324.

¹⁷⁹ Miguel Angel BAÑEGIL ESPINOSA. *Los Derechos de la Personalidad*, in Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL (coord.). *Instituciones de Derecho Privado – Personas*, t. I, v. II, Madrid: Thomson Civitas, 2003, n. 4.V.10, p. 334. No mesmo sentido Vincenzo Roppo entende indisponíveis os direitos sobre os quais seu titular não pode, livremente, transferir, autolimitar ou cancelar. Vincenzo ROPPO. *Istituzioni di Diritto Privato*, 5.^a ed., Bologna: Monduzzi Editore, 2005, n. 9.5, p. 87; Vincenzo ROPPO. *Diritto privato*, 4.^a ed., Torino: Giappichelli, 2014, n. 5, p. 77. Sobre arbitrabilidade, confira-se: Ana Luiza NERY. *Arbitragem coletiva*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, capítulo 2, pp. 81/170.

Nesses casos, não se trata de ilicitude do objeto do contrato, mas de sua impossibilidade jurídica, como acontece, por exemplo: i) na hipótese de a pessoa casada pretender dispor de bem de família sem a outorga conjugal; ii) de o titular de direito real de nua propriedade pretender celebrar negócio jurídico de disposição da posse desse bem, enquanto perdurar o usufruto; iii) de menor sob tutela alienar bem de seu patrimônio sem autorização judicial, entre outros.

Em sentido contrário, ANTONIO DO PASSO CABRAL entende que lícito é o objeto disponível.¹⁸⁰ Não concordamos com tal posicionamento porque não se confundem as hipóteses de ilicitude do objeto com sua impossibilidade jurídica, embora ambos os casos redundem na impossibilidade de autocomposição, na letra do CC 104 II e do CPC 190. A autocomposição está vedada no processo tanto se objeto do negócio jurídico processual for ilícito, quanto impossível (material ou juridicamente).

Não é ilícito, por exemplo, o titular do direito de nua-propriedade sobre bem dado em usufruto titularizar a posse de bem de sua propriedade; tanto que pode valer-se de interditos possessórios, excepcionalmente. O que ele não tem é a livre disposição temporária da posse, em virtude do exercício do usufruto por outrem. O bem sobre o qual recai a posse – e ela própria – são objetos e experiências jurídicas lícitas na sua essência e não padecem de vício de ilicitude nem antes de constituído, nem durante o usufruto, nem depois de sua extinção. O que embarga a liberdade negocial do nu-proprietário, no caso, é a impossibilidade jurídica de exercício de situação jurídica de vantagem de fato (exercício da posse direta) sobre bem que, embora, lícito e em seu patrimônio, não pode, por impedimento legal, ser objeto de livre disposição desse específico aspecto do exercício de propriedade atual.

¹⁸⁰ Antonio do Passo CABRAL. *Convenções processuais*, Salvador: JusPodivum, 2016, n. 5.10.2.1, p. 295.

2.6.3. Forma

Entende-se por *forma* o veículo pelo qual a declaração da vontade deva exteriorizar-se para que tenha reconhecimento jurídico. Nesse sentido afirma EMILIO BETTI: “*a verdade é que nenhum negócio subsiste sem forma que o faça socialmente reconhecível, e a forma do ato compromete o agente segundo seu significado social objetivo*”.¹⁸¹

A forma é pertencente à estrutura do negócio jurídico, pois a ele confere adequada segurança jurídica. KARL HELDRICH apontou oito objetivos a que devem servir a forma: clareza de celebração, clareza de conteúdo, segurança probatória, proteção preventiva, oponibilidade contra terceiros, assessoramento profissional, supervisão no sentido do interesse comunitário, entorpecer (reduzir a força da vontade) a contratação no interesse da comunidade¹⁸².

A forma idônea é um elemento fundante do negócio jurídico, que, se não obedecida pode invalidar o negócio jurídico, ou porque ela não é aquela prescrita em lei, ou porque ela está vedada pela lei. A forma

¹⁸¹ “*La verità è che nessun negozio sussiste senza una forma che lo renda socialmente riconoscibile, e la forma, dell’atto impegna, in massima, l’agente secondo il suo oggettivo significato sociale*”. Emilio BETTI. *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino: UTET, 1960, n.11, p.129. Tradução livre.

¹⁸² Karl HELDRICH. *Die Form des Vertrages: Vorschläge zur Neugestaltung des Rechts auf Grund eines Referates* in Archiv für die civilistische Praxis [AcP], v. 147, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1941, pp. 91/93.

pode ascender não somente para constituir prova (*ad probationem*), mas sim constituir solenemente ao ato, compondo sua substancia (*ad substantiam*).¹⁸³

Na teoria clássica do negócio jurídico em direito privado, adotada pelo nosso sistema, diz-se que a forma do negócio jurídico é aquela prescrita ou não defesa em lei. (CC 104 III, 107 e 166 IV e V). Por exemplo, a compra e venda de bens imóveis tem forma prescrita em lei. Só terá validade se feita por meio de escritura pública (CC 108).

O CPC 188 adverte para a desnecessidade de forma determinada para os atos e termos processuais, salvo quando a lei assim o determinar. Tal artigo mostra que vige para o negócio jurídico processual, portanto, a mesma regra conducente do negócio jurídico em direito privado: a grande maioria dos negócios jurídicos têm forma livre.

Não se pode, entretanto, ser categórico ao afirmar que inexistente qualquer exigência de forma para a celebração de negócio jurídico processual como faz LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA:

“É livre a forma do negócio jurídico processual atípico. Não há qualquer exigência de forma específica. O princípio da atipicidade dos negócios processuais afasta qualquer exigência de forma”.¹⁸⁴

¹⁸³ “*La forma idónea es una formalidade, de modo que, aunque no se emplee, sino outra, no por ello es ineficaz el negocio o contrato celebrado. La forma puede ascender, no solamente para constituir no uma formalidade, sino uma solemnidad, o sea una forma ad substantiam o ad constitutionem. No se trata aqui ya de uma forma elegible, ni simplemente idónea, sino, más aún, necesaria*”. José Ignacio Cano Martínez de VELASCO. *La exteriorización de los actos jurídicos; su forma y la protección de su apariencia*, Barcelona: Bosch, 1990, p. 57.

¹⁸⁴ Leonardo Carneiro da CUNHA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III, Luiz Guilherme MARINONI (dir) e Sérgio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO (coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, coment. 12 CPC 190, p. 59.

Não se exclui a possibilidade da vontade negocial dirigida no e para o processo versar sobre matéria sobre a qual a lei determinou forma *ad substantiam*, fato que ensejará às partes a necessidade de conformar o ato nos termos da lei, para que se realize validamente e produza os efeitos queridos pela parte.

Normalmente, os atos que são praticados com o fim de aquisição de direito real, ou para alteração de estado civil, pressupõe-se sejam homologados pelo juiz após sua celebração no processo, para que possam vir a ter ingresso nos álbuns registrários, respectivos, por exemplo.

Imagine-se, portanto, a hipótese de divórcio realizado em juízo. Se as partes chegarem a termo, ou seja, celebrem transação no curso do processo, aceitando os termos de desfazimento do casamento, a partilha dos bens e a guarda e pensão de filhos – estaremos diante de negócio jurídico processual, o chamado divórcio consensual, que se realiza por transação. Nesse negócio jurídico processual há, entre outros comandos, a alteração de estado civil das partes. Para tal comando, a lei exige forma: ou se faz por escritura pública, nos casos de inexistência de nascituro ou filhos incapazes (CPC 733), ou por forma escrita (escritura particular, ou termo nos autos), homologada pelo juiz (CPC 731, LRP 167 I 24 e 221 IV). Sem a obediência destes requisitos formais, o negócio jurídico processual não tem ingresso nos álbuns registrários e não confere aos interessados os efeitos dele recorrentes. Veja-se, por exemplo, a LRP 100 § 1.º.

O mesmo ocorre quando se encerra ação judicial, também por meio de transação em que uma das partes promove dação em pagamento de bem imóvel à outra parte, por exemplo. A efetiva transmissão da propriedade da coisa dada, objeto da dação somente se opera se formalizada por escrito a dação, ela vier a ser homologada pelo juiz (LRP 167 I 31 e 221 IV). A direção do processo pelo juiz, confere à vontade das partes

uma força institucional que a parte só obteria, fora do processo, por meio de escritura pública.

A homologação do juiz como elemento completante da forma do negócio jurídico processual está expressamente prevista na lei de Registros Públicos (LRP 29 § 1.º a, 227 IV) e no Código de Processo Civil (CPC 731, 733), que confere à ordem judicial a mesma força formal que o notário imprime à escritura pública. Nesse sentido, qualquer transação no curso do processo, que envolva bens de raiz e estado civil, desafia homologação judicial e forma especial para o ato.

Isso não quer significar que toda e qualquer transação no curso do processo exija homologação para que tenha validade e produza efeitos. Nos termos do CPC 200, todo negócio jurídico processual – para o qual não haja forma prescrita em lei – dispensa a homologação judicial para que produza efeitos jurídicos.

Fora dos casos específicos em que a forma do negócio jurídico é prescrita em lei, admite-se negócio jurídico processual escrito ou verbal, podendo ser celebrado oralmente a exemplo daqueles atos que se vê, usualmente, em Juizados Especiais. Se escrito podem ser por procedimentos informais e simplificados como cartas, e-mails ou instrumentos autônomos, como anexos que remetam ao contrato principal¹⁸⁵.

No entanto, ainda que celebrado oralmente, aponta FLÁVIO LUIZ YARSHELL a necessidade de reduzi-lo a termo:

“No negócio processual a declaração de vontade que lhe confere existência deve necessariamente ter a forma escrita. Ainda que ela seja

¹⁸⁵ Antonio do Passo CABRAL. *Convenções processuais*, Salvador: JusPodivm, 2015, 5.9.2, p. 288.

eventualmente manifestada oralmente em audiência – ou em alguma outra oportunidade em que isso seja possível – ela deve ser reduzida a termo; ou, quando menos, ela deve ser registrada em suporte que permita sua oportuna reprodução, sempre que isso for necessário. A manifestação da vontade deve ser sempre expressa e não pode resultar apenas do silêncio. O que pode ocorrer é que as partes estabeleçam determinado ônus de manifestação no processo, de sorte a qualificar juridicamente o silêncio. Mas isso já está no campo do conteúdo do negócio e não se confunde com a respectiva forma que, repita-se, deve ser escrita.

*Assim ocorre porque a documentação – aqui entendida como inserção de dados num determinado suporte (ainda que eletrônico) é indissociável da realidade do processo. O brocardo ‘o que não está nos autos não está no mundo’ não se limita a garantir o contraditório e a publicidade, mas a permitir que tudo quanto produzido no processo seja concretamente acessível a todos que se habilitam para tanto; durante e, eventualmente, até mesmo depois de encerrado o processo”.*¹⁸⁶

No mesmo sentido é o Enunciado n.º 39 da ENFAM¹⁸⁷ que dispõe: “*não é válida a convenção pré-processual oral (art. 4.º § 1.º da Lei 9307/1996 e 63 § 1.º do CPC)*”.

O CPC 192 aponta, ainda, a obrigatoriedade do uso da língua portuguesa em todos os atos e termos do processo. Trata-se, em verdade, de peculiaridade do ato processual, que não se configura *forma* do negócio jurídico processual. O próprio parágrafo primeiro do mesmo artigo aponta para a possibilidade de juntada de documento em língua estrangeira,

¹⁸⁶ Flávio Luiz YARSHELL. *Convenção das partes em matéria processual : rumo a uma nova era ?* in Antonio do Passo CABRAL e Pedro Henrique NOGUEIRA (coords). *Negócios Processuais*, Salvador: JusPodivm, 2015, n. 3, p.65.

¹⁸⁷ Os Enunciados da ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) foram aprovados no seminário *O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil*, realizado em Brasília-DF entre os dias 26 e 28.8.2015.

desde que cumpridos os requisitos da lei. Destarte, é possível celebrar negócio jurídico processual também em língua estrangeira, mas que tenham ingresso como documento, no processo, devidamente traduzidos.

Além disso, o CPC 277 estabelece a instrumentalidade das formas no sistema processual civil brasileiro. Assim, “*na contraposição entre a forma do ato e o objetivo a ser alcançado, o direito processual prefere o segundo*”.¹⁸⁸ Se o processo é *instrumento*, deve ser manejado como meio e não como fim em si mesmo e suas regras não podem conter valor absoluto e, assim, sobreporem-se ao direito substancial. Fazê-lo seria distanciar-se do fim a que se destina o processo: a pacificação dos conflitos.

Nesse sentido, a regra da instrumentalidade das formas no Processo Civil também deve ser diretriz para o estudo da forma do negócio jurídico processual. A conclusão pressupõe a interpretação conjunta do CPC 188 e 277, para constatar que, a exceção dos negócios que versem sobre matéria para cuja forma a lei dispôs, os negócios jurídicos processuais tem forma livre.

2.6.3.1. A participação do advogado no negócio jurídico processual

O negócio jurídico processual se destina ao processo. Ou seja, pretende que a vontade declarada tenha efeitos jurídicos no e para o processo, ainda que de maneira potencial como ocorre nos negócios jurídicos celebrados *antes* de instituída a lide.

¹⁸⁸ NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY. *Código de Processo Civil Comentado*, 16.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, coment. 4 CPC 277, p. 893.

Por essa razão torna-se relevante perquirir se a presença do advogado é obrigatória para a realização de negócio jurídico processual. A dúvida se põe diante da já sabida necessidade da presença do advogado para atos postulatorios (EOAB 1.º I)¹⁸⁹. Somente o advogado possui capacidade postulatoria:

“Capacidade postulatoria. A capacidade processual não se confunde com a capacidade postulatoria, que é a aptidão que se tem para procurar em juízo. O profissional regularmente inscrito nos quadros de advogado da OAB tem capacidade postulatoria (CPC 103; EOAB 8.º § 1.º e ss.). Também”.¹⁹⁰

Como consta do trecho transcrito, a capacidade postulatoria nada tem a ver com a capacidade (processual ou não) das partes contratantes. Assim, a necessidade ou desnecessidade de assessoria jurídica para a celebração de negócio jurídico se insere no estudo da *forma* do negócio jurídico e jamais no estudo das *partes* que o realizam.

Existem atos da vida civil para cujas práticas a lei exige a presença do advogado. É o caso, por exemplo, dos atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas (EOAB 1.º § 2.º e D 1800/96 36); do divórcio consensual (CPC 733 § 2.º) e do inventário e partilha (CPC 610 § 2.º).

Contrario sensu, para tudo aquilo que a lei não prevê a participação do advogado pode a parte (ou mais genericamente, o sujeito)

¹⁸⁹ Há exceções à regra da atividade postulatoria privativa do advogado: nas causas não superiores a vinte salários mínimos nos Juizados Especiais (LJE 9.º *caput* e § 4.º e 41 § 2.º); na Justiça do Trabalho (CLT 791 *caput*); na impetração de Habeas Corpus (CPP 654 *caput* e EOAB 1.º § 1.º); o juiz na defesa de incidente processual de suspeição ou de impedimento (CPC 146 § 1.º)...

¹⁹⁰ Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código de Processo Civil Comentado*, 16.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, coment. 9 CPC 70, p. 372.

praticar sem necessidade de assistência jurídica. Essa é a lógica de nosso sistema jurídico.

Quanto aos negócios jurídicos processuais, deve-se ter em conta que a celebração de um negócio jurídico é ato negocial e não, necessariamente, postulatório. A apresentação do instrumento do negócio jurídico processual em juízo – esse sim ato postulatório – só pode ser feita pelo advogado. Todavia, nem o CPC 190 tampouco o CPC 191 exigem a presença do advogado para a realização de negócio jurídico processual.

Considerando que a forma do negócio jurídico processual é aquela prescrita, ou não defesa em lei, se a lei processual silencia quanto a necessidade de assistência jurídica, pode-se concluir que é dispensável a presença do advogado para a realização do negócio jurídico processual.

A conclusão é genericamente boa. Não se pode presumir que todos os negócios jurídicos processuais celebrados sem a presença do advogado sejam inválidos. Não é essa a determinação legal.

Nada obstante, a lógica do sistema para exigir a presença do advogado em determinados atos da vida civil é só uma: que o celebrante – presumidamente leigo em direito – receba assessoria técnico-legal para que haja perfeita sintonia entre sua vontade declarada e a efetivamente por ele querida pelo sujeito.

ABRAM CHAYES fala que, a partir de uma visão contratual do contencioso, é de se presumir que as partes sejam capazes de fazer escolhas voluntárias e informadas sobre o processo¹⁹¹.

¹⁹¹ Abram CHAYES. *The role of the judge in public law litigation* in *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, May 1976, pp. 1281/1288.

Ora, se o negócio jurídico processual versar sobre matéria técnica – veja-se a previsão expressa de mudanças no procedimento, convencionando sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais – escolha informada sobre o processo pressupõe, em nosso sentir, assistência técnico-jurídica, como expressão própria de quem tem capacidade técnico-postulatória.

Não por outro motivo o Enunciado n.º 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) estabelece: *“Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”*. Lembrando que o CPC 190 § ún. indica que o juiz recusará aplicação do negócio jurídico processual celebrado com parte em situação de vulnerabilidade.

Assim sendo, ainda que não haja previsão expressa na lei de assistência jurídica para a celebração de negócio jurídico processual, as matérias técnicas que podem constar do objeto do negócio podem ensejar vícios na declaração de vontade negocial, impedido o declarante de fazer escolhas voluntárias e bem informadas sobre o processo. Nesses casos, a presença do advogado retira, a princípio, a vulnerabilidade da parte, pois presume-se que o advogado a informou das vantagens e desvantagens técnicas de sua escolha.

Entendendo recomendável a presença do advogado na celebração de negócio jurídico processual, ANTONIO DO PASSO CABRAL:

“Embora não seja necessário sempre, o patrocínio por advogado é recomendável, até para que se assegure que o consentimento seja livre e esclarecido, para que exista previsibilidade sobre o vínculo assumido

*e para neutralizar as desigualdades que se possam verificar quando da formação da avença”.*¹⁹²

A presença do advogado na realização do negócio pela parte dispensa procuração, à semelhança dos atos assistidos por advogado na constituição e alteração de contrato social ou de realização de divórcio consensual por escritura pública. Assim também entendem NELSON NERY JR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY:

*“Não há necessidade de o advogado munir-se de procuração, o que é suprida pela própria manifestação de vontade da parte confirmando o mandato apud acta”.*¹⁹³

Nada obstante, se o advogado pratica o negócio jurídico em nome da parte, é necessária procuração com poderes específicos para tanto. Seja em juízo ou fora dele.

Nesse sentido:

“A procuração geral para o foro habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, exceto os que devem constar de cláusula específica (CPC, art. 105), entre os quais há alguns negócios processuais típicos. A exigência há de ser estendida aos negócios processuais atípicos. Assim, o advogado, para celebrar, em nome da parte, um negócio processual atípico, deve estar munido de procuração que contenha cláusula específica, conferindo-lhe poderes para a sua celebração. Se desde o início a procuração que lhe fora

¹⁹² Antonio do Passo CABRAL. *Convenções processuais*, Salvador: JusPodivum, 2016, n. 5.6.2.3., p. 280.

¹⁹³ Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código de Processo Civil Comentado*, 16.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, coment. 15 CPC 610, p. 1433.

*conferida contiver esses poderes específicos, o advogado estará habilitado a celebrar negócio jurídico processual”.*¹⁹⁴

Lembra FLAVIO LUIZ YARSHELL que eventuais disposições no negócio jurídico processual sobre a destinação dos honorários fixados em juízo são ineficazes e inoponíveis perante os causídicos, salvo se eles expressamente tiverem comparecido ao ato e anuído.¹⁹⁵

2.7. Existência, validade e eficácia do negócio jurídico processual

Entre nós, a mais autorizada doutrina sobre o tema da existência, validade e eficácia do negócio jurídico é de ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO. Entende o autor que elementos, requisitos e fatores de eficácia são respectivamente os caracteres de que necessita o negócio jurídico para existir, valer e ser eficaz¹⁹⁶.

Elemento no negócio jurídico é tudo aquilo que compõe sua existência no campo do direito. Elementos gerais são aqueles indispensáveis à existência de todo e qualquer negócio, aquilo que efetivamente *constitui* o negócio. Elementos gerais intrínsecos ou consecutivos são: a *forma* que o negócio toma (tipo de manifestação que veste a declaração); o *objeto* (conteúdo) e as *circunstâncias negociais*, o *quid*

¹⁹⁴ Leonardo Carneiro da CUNHA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III, Luiz Guilherme MARINONI (dir) e Sérgio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO (coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, coment. 11 CPC 190, pp. 58/59.

¹⁹⁵ Flávio Luiz YARSHELL. *Convenção das partes em matéria processual : rumo a uma nova era ?* in Antonio do Passo CABRAL e Pedro Henrique NOGUEIRA (coords). *Negócios Processuais*, Salvador: JusPodivm, 2015, n. 14, p.76.

¹⁹⁶ Antônio Junqueira de AZEVEDO. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2002, *passim*.

irreduzível à expressão e ao conteúdo, que faz com que a manifestação de vontade seja vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos. Elementos gerais extrínsecos são agente, lugar e tempo. A falta de qualquer desses elementos acarreta, pois, a inexistência do negócio jurídico¹⁹⁷.

Segue o autor afirmando que a validade é, pois, a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas, ser regular. A validade indica a *qualidade* de um negócio existente, sendo *válido* o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas. Já os requisitos são os caracteres que a lei exige (requer) nos elementos do negócio jurídico para que seja válido. Destarte, o plano da existência é o plano das substâncias (o negócio existe e os elementos são) enquanto o plano da validade é o plano dos adjetivos (o negócio é válido e os requisitos são as *qualidades que os elementos devem ter*). Portanto, quanto aos elementos intrínsecos é necessário que a vontade declarada seja a efetivamente *querida com plena consciência da realidade, escolhida com liberdade e deliberada sem ma-fé* para que seja válida; enquanto que para os elementos extrínsecos é preciso que o agente seja *capaz e legitimado* para o negócio, o tempo seja *útil* e o lugar *apropriado* para que se observe a validade do negócio jurídico¹⁹⁸.

Por fim, são três os fatores de eficácia: a) fatores de atribuição de eficácia geral, que são aqueles sem os quais o ato praticamente nenhum efeito produz (v.g. ato sob condição suspensiva; recepção de declaração pelo destinatário, nos negócios receptícios; a outorga de poderes pelo representado, nos contratos em que o representante agiu sem poderes e em que ambas as partes se comprometeram a aguardar por ela; a morte do testador, no testamento; o advento do termo inicial nos negócios a ele

¹⁹⁷ Antônio Junqueira de AZEVEDO. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2002, § 2.º, pp. 31/40.

¹⁹⁸ Antônio Junqueira de AZEVEDO. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2002, § 3.º, pp. 41/48.

submetidos; a homologação, pelo juiz da partilha amigável feita entre herdeiros por instrumento particular; a 'emissão' [isto é, a colocação em circulação] dos títulos de crédito), já que durante a ineficácia não se produzem os efeitos diretamente visados nem outros substitutivos deles; b) fatores de atribuição de eficácia diretamente visada, que são aqueles indispensáveis para que um negócio, que já é de algum modo eficaz entre as partes, venha a produzir exatamente os efeitos por ele visados; (v.g. o negócio realizado entre mandatário sem poderes e o terceiro produz, entre eles, seus efeitos, mas não são eles os efeitos diretamente visados; grande parte dos demais casos de legitimidade do agente); c) fatores de atribuição de eficácia mais extensa, que são aqueles indispensáveis para que o negócio, já com plena eficácia, inclusive produzindo exatamente os efeitos visados, dilate seu campo de atuação, tornando-se oponível a terceiros ou, até mesmo, *erga omnes* (v.g. cessão de crédito notificada ao devedor e registrada; as medidas de publicidade em geral). Há de se ter em mente, ainda, que os fatores de eficácia se referem ao *início* da produção de efeitos, são fatores de *atribuição* de eficácia (eficácia em geral, eficácia diretamente visada e eficácia mais extensa). Ocorre que, por vezes, o negócio existindo, valendo e produzindo efeitos, pode *depois*, por causa superveniente, se tornar ineficaz. Trata-se de hipótese de ineficácia superveniente que acarreta a resolução do negócio (v.g. contrato submetido à condição resolutiva que venha a se desfazer pelo advento futuro e incerto; o contrato bilateral que se torna excessivamente oneroso e é desfeito; o contrato de depósito que vem a se extinguir pelo fato de o depositante exigir a coisa, ou o de mandato, que termina por renúncia ou morte etc). Os fatores de ineficácia são dois: a) ligados à formação do negócio (v.g. advento de evento futuro, nos negócios sob condição resolutiva ou nos submetidos a termo final) e b) não ligados à formação do negócio (v.g. distrato; impossibilidade superveniente)¹⁹⁹.

Na consagrada obra de EMILIO BETTI sobre a teoria geral do negócio jurídico, o autor afirma ser a causa a síntese funcional dos

¹⁹⁹ Antônio Junqueira de AZEVEDO. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2002, § 4.º, pp. 49/61.

elementos do negócio, como totalidade e unidade funcional em que se manifesta a autonomia privada. A causa representa a função econômico-social que caracteriza o tipo desse negócio como fato de autonomia privada e lhe determina conteúdo mínimo necessário. Para o autor, examinada a forma e o conteúdo – o como e o quê – do negócio, pode resultar frutuoso estudar-lhe a função – o porquê –, que em terminologia técnica se denomina *causa*²⁰⁰.

Ainda em BETTI, a forma é o modo *como* o negócio é, como ele se apresenta em face dos outros na vida de relação: é a sua figura exterior. Conteúdo é *aquilo que* o negócio é, intrinsecamente considerado. Na vida de relação, um ato só é reconhecível pelos outros através de sua forma²⁰¹⁻²⁰².

BETTI ao conceituar causa como a síntese funcional dos elementos do negócio amplia – mas não desmente – a afirmação feita por PONTES DE MIRANDA de que *causa é função*.²⁰³

Nesse sentido, afirmam NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY que “o negócio jurídico existe quando é causado. Existe quando, potencialmente, tem aptidão para produzir os efeitos decorrentes de sua função jurídica, delineada segundo a sua essência”.²⁰⁴

²⁰⁰ Emilio BETTI. *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino: UTET, 1960, n.20, pp. 172/184.

²⁰¹ Não se deve incorrer no erro de confundir os negócios cuja forma não é vinculada, ou seja, livre, com a crença de que existam negócios nos quais seja possível prescindir de toda e qualquer forma. Qualquer ato como fato socialmente eficaz não existe sem uma forma de comportamento, através da qual se torne reconhecível para outros.

²⁰² Emilio BETTI. *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino: UTET, 1960, n.10, pp. 125/1271.

²⁰³ Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, Parte Geral, t. III, atual. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhart Jr., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 262, p. 138.

²⁰⁴ Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código Civil Comentado*, 11.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, coment. 4 CC 104, p. 464.

Importante ressaltar que a causa está presente mesmo nos contratos abstratos – na classificação que o opõe aos contratos causais. Como explana TORQUATO CASTRO: “*não se deve entender, porém, que tais contratos abstratos ou formais **não tenham causa** – solução que está longe de ser admitida pela doutrina germânica. Todos os contratos têm causa, verdade que decorre do próprio conceito de **causa**, elemento existencial do contrato*”.²⁰⁵

Trouxemos à baila os conceitos e forma, conteúdo e causa de BETTI para, juntamente com a contribuição de JUNQUEIRA DE AZEVEDO – para quem tais elementos se caracterizam como intrínsecos (ou constitutivos) do negócio –, constatar algo importante para o posterior estudo do controle da existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos processuais.

O controle dos elementos extrínsecos do negócio jurídico (agente, tempo e lugar) se faz de maneira objetiva. Os requisitos agente *capaz* e legitimado, tempo *útil* e lugar *adequado* ou estão presentes ou não estão. Estamos, nesses casos, diante da interpretação de tipos legais (CC 104 I; 331 e ss.; 327 e ss.) rasos, claros e precisos, ou como se usou chamar, tipos legais “fechados”.

Nada obstante, o controle dos elementos intrínsecos do negócio, ou seja, o controle do conteúdo e da forma, que com BETTI tem na *causa* sua síntese funcional, é de outra ordem, já que dizem de perto com tipos legais “abertos” (CC 112, 113, 421, 422) e, por isso, mesmo requer do intérprete muito mais atenção e cuidado ao detalhar a explicitação da apropriação de prejuízos²⁰⁶ autênticos²⁰⁷ na concretização do direito.

²⁰⁵ Torquato Castro. *Da causa no contrato*, Recife: Oficinas gráficas do Jornal do Commercio, 1947, n. 29, pp. 68/69.

²⁰⁶ O termo *prejuízo* aqui não deve se referir aos juízos pessoais do sujeito. Prejuízos são, de fato, *a realidade histórica do ser* do sujeito.

Como se pode perceber, a toda hora estamos às voltas com o conceito de causa. Ele é de extrema importância para esse estudo a uma porque é a partir dele que se estrutura a fenomenologia jurídica e a duas porque é fundamental para o controle de validade do negócio jurídico processual pelo juiz, tema do próximo capítulo.

2.7.1. Requisitos de validade – casos fáceis X casos difíceis?

Com a afirmação que fizemos no item anterior a respeito do controle de validade dos elementos intrínsecos e extrínsecos do negócio jurídico processual não queremos incorrer no clássico erro interpretativo de segregar a interpretação em “casos fáceis” e “casos difíceis” dando a um e a outro diferentes tratamentos.

As teorias argumentativas, que tem em ROBERT ALEXY seu maior expoente, apostam na subsunção do caso à regra para a interpretação de “casos fáceis”, reservando a ponderação dos princípios para a interpretação de “casos difíceis”. Grosso modo, para os “casos fáceis” utiliza-se a aplicação de regras jurídicas, enquanto que para os “casos difíceis” a interpretação se faz por ponderação princípios jurídicos.²⁰⁸⁻²⁰⁹

²⁰⁷ Identificar prejuízos autênticos para a concretude do direito é promover a reconstrução principiológica de toda regra jurídica. Confirma-se: Carmen Lígia NERY. *Decisão judicial e discricionariedade: a sentença determinativa no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, *passim*. Afinal, como bem explicitou ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, justiça é uma vontade de verdade in *Introdução à Ciência do Direito e à Teoria Geral do Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 24.

²⁰⁸ Robert ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva São Paulo: Malheiros, 2008, cap. 10, p. 520 e ss.

²⁰⁹ “*Con relación al tema, importante señalar el profundo estado de embarazo teórico en el que se encuentran encauzadas algunas posturas teóricas brasileñas. En efecto, hay varios constitucionalistas proponiendo que, además de la ponderación de principios, debe existir también una ponderación entre reglas (sic). Lo que llama más atención en una propuesta como esta es el hecho de que la ponderación es uno de los factores centrales que marcan la*

O erro ocorre porque é mais fácil reconstruir a integridade do direito²¹⁰ para casos concretos que demandem a interpretação de textos normativos que tratem de matérias cuja clareza do texto a tradição do direito²¹¹ já revelou e segue revelando seu sentido com tranquilidade, os chamados textos normativos “fechados”.

Já os textos normativos que, por tratarem de matérias diretamente relacionadas com os princípios fundantes das regras jurídicas – textos normativos “abertos” – infelizmente autorizaram, e vêm autorizando, a

distinción entre reglas y principios de Robert Alexy (principios se aplican por ponderación y reglas por subsunción). Más aún: si la ponderación es el procedimiento del cual el resultado será una regla posteriormente subsumida al caso concreto, ¿qué tenemos como resultado de la ‘ponderación de reglas’? ¿Una ‘regla’ de la regla? ¿Cómo queda, por lo tanto, em términos prácticos, la distinción entre reglas y principios”. Lenio Luiz STRECK. Una mirada hermenéutica sobre positivismo y neoconstitucionalismo – Los límites de las teorías positivistas, Saarbrücken: Publica, 2016, nota 63, p. 63.

²¹⁰ A integridade do direito é termo usado por RONALD DWORKIN que se aproxima bastante de tradição autêntica de GADAMER. Trata-se de verdadeiro *existencial* do direito, já que interpretação que não atenda à integridade causa angústia e estranhamento no intérprete *in Law’s empire*, Cambridge: Harvard University Press, 1995, *six*, p. 219. Para ele, a integridade do direito é justificada num todo coerente de princípios: “According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness, and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community’s legal practice”. Ronald DWORKIN. *Law’s empire*, Cambridge: Harvard University Press, 1995, *seven*, p. 225. Tradução livre: “De acordo com o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se estiverem pautadas nos ou a partir dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”

²¹¹ A tradição não é o conjunto de valores do intérprete. A tradição representa o legado da historicidade que é entregue ao sujeito, mesmo que disso o sujeito não se dê conta. Não há como renunciar à tradição, pois ela constitui sua estrutura existencial. A tradição tem dimensão linguística (fala por si só) e compreender a tradição requer um horizonte histórico: “Na realidade, não é a história que pertence a nós, mas nós é que a ela pertencemos. Muito antes de que nós compreendamos a nós mesmos na reflexão, já estamos nos compreendendo de uma maneira auto-evidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. A lente da subjetividade é um espelho deformante. A auto-reflexão do indivíduo não é mais que uma centelha na corrente cerrada da vida histórica. Por isso os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica do ser”. Hans-Georg GADAMER. *Verdade e Método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, 4.^a ed., Petrópolis: Vozes, 2002, § 281, pp. 415/416.

possibilidade de repostas múltiplas e desconexas, todas fundadas no sentido comum teórico²¹², formando uma tradição inautêntica do direito²¹³.

Não se pode dar tratamento distinto a “casos fáceis” e “casos difíceis” porque a concretização do direito se dá por meio de uma reconstrução principiológica de todo e qualquer caso concreto. Destarte, toda regra (por mais simples que seja) está pautada em um princípio que a funda. Sempre. Mesmo que o intérprete faça a reconstrução principiológica de maneira automática e, por isso, dela não se dê conta.

A diferença (no sentido heideggeriano de *differe* – carregar lado a lado) que existe entre princípio e regra se apoia na dinâmica de que há sempre uma regra capaz de resolver o caso concreto, desde que esta regra esteja em conformidade com seu princípio inspirador. Ou seja, os princípios dão sentido às regras. Pelos princípios é possível ter acesso à

²¹² No interior do *sentido comum teórico* as significações dadas ou construídas contêm um conhecimento axiológico que reproduz valores sem a capacidade de explicá-los. O *sentido comum teórico* produz, assim, “standards” a serem utilizados pela comunidade jurídica. Disso resulta uma dogmática absolutamente acrítica com interpretações totalmente alienadas da realidade social. A propósito do *senso comum teórico*, manifestou-se LENIO LUIZ STRECK: “Entretanto, no interior do *senso comum teórico*, o problema não se colocou..., até porque um problema só é (ou se torna) um problema, quando se tem possibilidade de apreendê-lo (nomeá-lo, dizê-lo, simbolizá-lo) como problema (etwas als etwas – algo como algo, por ocasião da abordagem da hermenêutica filosófica)” e acrescenta: “o *sentido comum teórico* somente é *sentido comum teórico* para quem o sabe, para quem está-no-mundo, para quem, a partir de uma situação hermenêutica, faz uma fusão de horizontes e o apreende enquanto tal. A contrario sensu, o *sentido comum teórico* não existe para quem não o compreende (e o interpreta) como *sentido comum teórico*. Enfim, de forma mais simplista, é como a questão que envolve o mito da caverna em Platão: para o filósofo não há mito. O mito só é mito para quem acredita nele” in *Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, n. 3.1, p. 77 e 10.2, pp 322/323.

²¹³ “A autenticidade da interpretação exsurta da possibilidade de o jurista/intérprete apropriar-se do que foi compreendido. A apropriação do compreendido passa a ser a sua condição de poder fazer uma interpretação que supere o conteúdo reprodutor/reprodutivo e objetivante representado por esse habitus dogmaticus (o *sentido comum teórico* dos juristas, que, efetivamente, representa aquilo que se pode denominar ‘tradição inautêntica do direito’). O poder apropriar-se é a chave para escancarar as portas do mundo inautêntico do direito”. Lenio Luiz STRECK. *Verdade e consenso – constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 4.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, n. 11.3, p. 348.

história institucional do direito, enquanto que as regras representam apenas a instituição do direito, objetivamente.

Nas palavras de LENIO LUIZ STRECK:

*“Mas afirmar esta força normativa dos princípios também não pode levar à ideia de que os princípios são textos e que seu caráter normativo deriva do fato de ser resultado de interpretação (de um texto). De fato, há uma grafia dos princípios. Eles aparecem, eventualmente, numa escrita Constituição e na própria legislação, mas não é essa escrituração que garante aos princípios a condição de princípio. Por exemplo, o princípio da igualdade não é porque o art. 5.º, caput e inciso I firmaram no texto da constituição, mas ele mesmo transcende o texto constitucional para tomar forma no mundo prático. Também o princípio da legalidade, cuja grafia é encontrada no art. 5.º, II, da CF, não é porque o texto constitucional assim instituiu. Aliás, quando se opta por fundar uma sociedade sob a égide de um Estado de Direito Democrático, a legalidade já está pressuposta. E isso é exatamente um princípio: aquilo que condiciona deontologicamente o todo da experiência jurídica e oferece legitimidade para a normatividade assim instituída. Volto a insistir: uma regra é uma regra porque há um princípio que a institui; não que para cada regra haja um único princípio instituidor, mas um princípio instituidor abarca várias regras”.*²¹⁴

Essa acepção de princípio também é a de JOSEF ESSER.²¹⁵ O resumo do pensamento do alemão é dado por NELSON NERY JUNIOR:

²¹⁴ Lenio Luiz STRECK. *Verdade e consenso – constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 4.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, posfácio, n. 5.2.7, p. 582.

²¹⁵ Josef ESSER. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts (Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen – und Interpretationslehre)*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1956, 1.ª parte, Capítulo IV, n. 1, pp. 51/52.

*“O princípio não é em si mesmo um comando, uma instrução (Weisung), mas sim, fundamento, causa, critério e justificação da instrução, vale dizer, o princípio já se encontra incluído na instrução, determinando a posição desta dentro do conjunto do ordenamento. Em virtude disso e do caso concreto, pode converter-se em uma instrução positiva concreta, desde que exista um sistema suscetível de dedução ou de um método que estabeleça a norma singular, partindo da casuística e em razão da qual se fixe o ‘valor normativo’ ou ‘construtivo’ do princípio. A qualidade jurídica de um princípio não é definível in abstracto, sem que se conheça o método para o descobrimento do direito empregado em uma dada constituição”.*²¹⁶

Se o controle dos requisitos de validade dos elementos extrínsecos do negócio é de mais fácil constatação, já que pautado em textos normativos “fechados” (CC 104 I; 331 e ss.; 327 e ss.), é no controle dos requisitos de validade dos elementos intrínsecos que repousa a verdadeira dificuldade interpretativa, já que relacionados a textos normativos “abertos” (CC 112, 113, 421, 422).

Mas na hermenêutica filosófica inexistente relativismo jurídico. Os princípios constitucionais curam o processo interpretativo, fechando-o. Interpretar com base em princípios, ao contrário do que se poderia imaginar, não “abre” a possibilidade de se dizer qualquer coisa a respeito do que significaria um princípio em determinado caso concreto.

Impedir o intérprete de reprodução (*Auslegung*) de sentido arbitrária ao texto (que explicita regra ou princípio) é a tarefa da

²¹⁶ Nelson NERY JUNIOR. *Princípios do processo na Constituição Federal*, 12.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, introdução, n. IV. 7, pp. 43/47.

consciência histórico-efetual (*wirkungsgechichtliches Bewußtsein*), que promove a fusão controlada dos horizontes histórico e presente²¹⁷.

No mesmo sentido LENIO LUIZ STRECK:

*“Por intermédio do círculo hermenêutico, faz-se a distinção entre pré-juízos verdadeiros e falsos, a partir de um retorno contínuo ao projeto prévio de compreensão e sua condição de possibilidade. O intérprete deve colocar em discussão os seus pré-juízos isto é, os juízos prévios que ele tinha sobre a coisa antes de com ela se confrontar. Os pré-juízos não percebidos como tais nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição. A tradição necessita ser ‘curada’ (no sentido da Sorge) pela wirkungsgechichtliches Bewußtsein. É o duro e necessário tratamento a ser dado à tradição pela temporalidade”.*²¹⁸

Sobre o controle dos requisitos de validade dos elementos existenciais do negócio jurídico processual trataremos no próximo capítulo.

2.8. Negócio jurídico processual como forma de autorregramento das partes no processo

²¹⁷ “Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr à prova constantemente todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Nem mesmo existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem ganhos. Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos. Nós conhecemos a força dessa fusão sobretudo de tempos mais antigos e de sua relação para consigo mesmos e com suas origens. A fusão se dá constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente”. Hans-Georg GADAMER. *Verdade e Método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, 4.^a ed., Petrópolis: Vozes, 2002, § 311, p. 457.

²¹⁸ Lenio Luiz STRECK. *Verdade e consenso – constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 4.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2011, n. 8.2, p. 230.

Compreender o negócio jurídico processual como instrumento capaz de dar às partes condição de participar da condução processual da lide para dela se assenhorem e para que, ao final, a solução jurisdicional encontrada seja mais adequada e não lhe venha como total surpresa é importante passo que o processo dá em direção à efetivação da liberdade das partes e, assim, de sua maior democratização.

Sobre a liberdade das partes no negócio jurídico processual:

*“Negócios jurídicos processuais. Na seara do direito processual civil, por certo, a possibilidade de os efeitos jurídicos dos atos praticados pelas partes serem ditados pela vontade dos autores da declaração da vontade é bem menor, obviamente, do que no direito privado, onde as relações jurídicas têm objeto jurídico, em regra, disponível”.*²¹⁹

A este ponto, gostaríamos de voltar no tema da autonomia privada em processo civil. Como vimos no item dedicado ao negócio jurídico acima, este instituto jurídico é um dos mais poderosos instrumentos para que os sujeitos possam exercer sua autonomia privada.

Os sujeitos dirigem a vontade declarada para moldar o conteúdo do ato praticado, a fim de que produza no mundo jurídico os efeitos por eles queridos. Trata-se de uma das maiores expressões do direito a liberdade na esfera privada.

²¹⁹ Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código de Processo Civil Comentado*, 16.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, coment. 6 CPC 200, p. 779.

Todavia, ainda existe parte da doutrina que entende irrelevante a vontade da parte no processo.²²⁰ É justamente por essa cultura do excesso de publicismo dirigida ao processo civil de que falamos no capítulo primeiro que a autonomia privada no âmbito do direito processual civil recebe intolerância irrefletida:

*“Quando se pretende estudar os acordos processuais, sobretudo aqueles atípicos, parece que a vontade se torna uma intrusa no processo e que a subtração parcial do comando judicial sobre todos os atos praticados após a demanda soa como heresia imperdoável. A autonomia privada – não é exagerado afirmar – vem recebendo no processo civil estatal uma intolerância automática, uma resistência irrefletida ou uma indiferença constante, como se, ao iniciar o processo, as partes renunciassessem à liberdade jurídica.”*²²¹

ROSA MARIA DE ANDRADE NERY entende que o CPC 190 permite às partes se conduzirem de maneira mais livre durante o *iter procedimental* por decorrência de algo que chamou de *autogerência parcial do processo*.

“o novo sistema processual brasileiro permite que as partes ‘negociem’ comandos procedimentais, dentro do processo, que também vinculam o Juiz e lhes abre um espectro maior e melhor de regulação privada de litígios, favorecendo a autocomposição total ou

²²⁰ Confira-se Ana Paula Mota da Costa e SILVA. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra: Coimbra, 2003, *passim*.

²²¹ Robson GODINHO. *Negócios processuais sobre o onus da prova no novo Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 111/112. No mesmo sentido: *“Sulla categoria degli accordi processuali, in sé e per sé considerate, è calato sostanzialmente l’oblio. Sul punto la letteratura italiana conserva attualmente, di regola, un silenzio, rotto, talvolta da qualche breve voce enciclopedica, da qualche nota sentenza, nenché da qualche osservazione a piè di pagina negli studi monografici dedicati ad altri argomenti”*. Remo CAPONI. *Autonomia private e processo civile: gli accordi processuali. Accordi di parte e processo* in *Quaderni di Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*, n. 11, Milano: Giufrè, 2008, p. 105.

*parcial da lide. Há no processo civil moderno como que um comando voltado para valorizar ao máximo o dever de lealdade das partes, não para o curso formal do processo, apenas, mas para a solução efetiva da lide também pelas partes, a quem o legislador confere autogerência parcial do processo. É como se a pretensão resistida que fomenta a lide fosse revisitada pela cláusula geral que inspira o dever de lealdade de posturas equilibradas das partes: não pretender tanto e não resistir com tanto vigor. Cria-se no processo um ambiente propício à proporcionalidade das pretensões deduzidas em juízo, que abre espaço para a compreensão do processo como um sistema semiaberto de normas, com cláusulas gerais, conceitos legais indeterminados e conceitos determinados pela função, com todas as suas implicações estruturais e funcionais”.*²²²

No mesmo sentido, ANTONIO DO PASSO CABRAL afirma que o autorregramento formal limita a regra do impulso oficial, impondo limites ao juiz na condução do processo:

“De fato, os litigantes têm autonomia para invocar suas prerrogativas processuais e exercê-las, mas possuem também possibilidade de abdicar delas, podendo renunciar às garantias processuais mínimas estabelecidas em seu favor, em razão da principiologia do direito processual civil. E podem fazê-lo não apenas por negócios unilaterais, mas por convenções. De outro lado, os litigantes podem também desenhar regras do procedimento, adaptando-o às necessidades que desejam obter em termos de tutela jurisdicional e se submetendo voluntariamente ao regulamento da convenção ao invés do regulamento legal. (...) Esta alternativa se coloca para os litigantes em razão da autonomia que possuem de definir os contornos do próprio procedimento, que contemporaneamente não se justifica em conceitos

²²² Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Fatos processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócio jurídico processual (unilateral e bilateral). Transação* in Revista de Direito Privado n. 64, São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez, 2015, p. 270.

*privatistas, mas nessa nova perspectiva que reposiciona as partes como protagonistas na condução do procedimento e artífices de suas formalidades, inclusive para a celebração de negócios jurídicos processuais”.*²²³

Ainda, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA aponta a possibilidade de autorregramento no processo como reforço ao princípio do devido processo legal:

*“O CPC, fundado na concepção da democracia participativa, estrutura-se de modo a permitir maior valorização da vontade dos sujeitos processuais, a quem se confere a possibilidade de promover o autorregramento de suas situações processuais. As convenções ou negócios processuais despontam como mais uma medida de flexibilização e de adaptação procedimental, adequando o processo à realidade do caso submetido à análise judicial. As negociações processuais constituem meios de se obter maior eficiência processual, reforçando o devido processo legal, na medida em que permitem que haja maior adequação do processo à realidade do caso”.*²²⁴

O negócio jurídico processual é, portanto, instrumentalização da liberdade das partes na formação e condução do processo. Mais precisamente, o negócio processual é o *input* normativo-subjetivo que o ordenamento passa a oferecer para que as partes possam estabelecer etapas de procedimento e, por consequência, a criação de um processo mais democrático e com melhor funcionalidade.

²²³ Antonio do Passo CABRAL. *Convenções processuais*, Salvador: JusPodivum, 2016, n. 3.1.3, p. 143.

²²⁴ Leonardo Carneiro da CUNHA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III, Luiz Guilherme MARINONI (dir) e Sérgio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO (coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, coment. 3 CPC 190, p. 53.

Precisa a conclusão de PETER SCHLOSSER no sentido de que a avaliação da atividade consensual das partes no processo civil deve ser de acordo com o critério *in dubio pro libertate*.²²⁵ Logo, a liberdade é a chave-de-leitura hermenêutica para toda análise concernente ao negócio jurídico processual.

A “avaliação” do negócio jurídico processual cabe ao juiz (ou aos árbitros) condutor do processo para o qual ou no qual ele foi celebrado. É sobre a atuação do juiz frente aos negócios jurídicos processuais que versa o próximo capítulo.

²²⁵ “A presunção de liberdade engloba não somente o Direito Privado, mas todos os ramos do Direito. É certo que a dicotomia liberdade individual versus interesse público adquire intensidades diferentes nos variados ramos do Direito. Em alguns ramos pode haver, portanto, diminuição drástica da esfera de liberdade do indivíduo. Isso não muda o fato, no entanto, de que a base de toda legislação deve necessariamente ser a presunção de liberdade”. Peter SCHLOSSER. *Einverständliches Parteihandeln im Zivilproceß*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1968, § 1.º, II, pp. 9/10. No original: “Die Freiheitsvermutung umfaßt nicht nur das private Recht, sondern alle Rechtsgebiete. Gewiß, die der individuellen Freiheit entgegenstehenden öffentlichen Interessen sind in den verschiedenen Rechtsgebieten verschieden stark ausgeprägt. In manchen Rechtsbereichen kann deshalb die Freiheitssphäre des einzelnen stark zusammenschrumpfen. Das kann aber nichts daran ändern, daß Ausgangspunkt der Gesetzesauslegung immer und überall die Freiheitsvermutung sein muß”.

CAPÍTULO III – ATUAÇÃO DO JUIZ FACE AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

3.1. Autonomia privada e exercício de autoridade

Conforme nos lembra FLUME²²⁶, o conceito de negócio jurídico foi plasmado pela Ciência Jurídica no decorrer dos Séculos XVIII e XIX, com realce para o ambiente (entre particulares livres e capazes) onde operava sua eficácia, diferentemente dos atos públicos, em especial dos atos de Estado, assim qualificados porque marcados pelo exercício da soberania.

Muito embora, muitas vezes, a atuação dos entes públicos não se dê pelo exercício da autoridade, mas, sim, como sujeitos privados, nos negócios jurídicos processuais não se verifica uma, ou outra, situação: nem o Poder Judiciário põe-se diante do negócio jurídico processual pelo exercício da autoridade, tampouco como sujeito de direito privado.

A classificação do negócio jurídico como negócio processual, bem por isso, deve dispensar a presença da vontade do juiz, que dele não participa como parte²²⁷, que não colhe a consequência jurídica da força da vontade criativa das partes interessadas em sua celebração, tampouco se interessa pelo efeito patrimonial decorrente da avença. O juiz põe-se como observador da eficácia do contrato, considerando os efeitos que essa vontade criadora opera no rito procedimental e na solução da questão de mérito agitada no processo.

²²⁶ Werner FLUME. *El negocio jurídico – Parte general del Derecho civil*, 4.^a ed., t. II, trad. José Maria Miquel Gonzáles e Esther Gómez Calle, Madrid: Fundação Cultural del Notariado, 1998, p. 60/61.

²²⁷ Com a exceção do caso de calendarização que preveja data para seus atos, na letra do CPC 191.

Nada obstante a premissas que antecedem essa lógica conclusão, o papel do juiz como observador da eficácia do negócio jurídico processual causa certa estranheza ao operador do direito, acostumado a transitar no processo civil.

A confusão ocorre porque o negócio jurídico processual entrelaça as pretensões processual e material, dificultando a identificação sobre a natureza do direito por ele tutelado – tema do item 3.3 abaixo. A questão entre direito material e processual aparece, pois.

Apesar de o direito material atribuir dimensão privada à relação processual, quando por meio da pretensão se “juridiciza” essa relação, surge a dimensão pública do processo. Ou seja, ainda que o direito subjetivo tenha natureza privada, a pretensão é dirigida ao Estado, por ação processual para que se obtenha um provimento condenatório, constitutivo ou declaratório; publicizando a relação jurídica ainda que nos dois polos constem apenas particulares.²²⁸⁻²²⁹

Diante do monopólio da jurisdição e da proibição de auto tutela instituído pelo Estado Democrático de Direito, ocorreu o fenômeno da “duplicação do direito de ação”, como conta OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA:

“Pode-se afirmar que no estado Democrático de Direito, por conta da proibição de justiça com as próprias mãos e a inserção do monopólio

²²⁸ Leo ROSENBERG. *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires: Ejea, 1955, t. I, § 2.º, pp. 10/11.

²²⁹ Para os conceitos de direito subjetivo, pretensão e ação, confira-se o item 3.3 abaixo. Já se adianta que “o direito subjetivo é conferido pelo ordenamento objetivo e é pré-processual, isso porque o direito subjetivo surge a partir do momento em que se estabelecem as relações de direito material”. Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*, t. I, atual. Nelson Nery Jr. e Georges Abboud, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, § 7. B, nota dos atualizadores, p. 92.

*da jurisdição, ocorreu uma duplicação do direito de ação que pode ser tanto a material (possibilidade de obrigar o sujeito passivo a cumprir/adimplir a pretensão) quanto a processual, que não é dirigida contra o particular obrigado a cumprir a pretensão, mas sim contra o Estado, para que este, por meio do juiz, pratique a ação cuja realização privada, pelo titular do direito, o próprio Estado proibiu”.*²³⁰

O desenvolvimento do processo sob o controle público para legitimação do procedimento²³¹, no entanto, não pode significar a ingerência do juiz na vontade declarada das partes no negócio jurídico processual. Tal somente se admitiria nos casos de controle de validade de que falaremos a seguir (item 3.5.2).

Bem por isso afirmamos acima que o papel do juiz no negócio jurídico processual **válido** é de observador da eficácia do contrato, considerando os efeitos que essa vontade criadora opera no rito procedimental e na solução da questão de mérito agitada no processo.

Por isso, repita-se, o juiz não é parte na celebração e não interfere com sua livre disposição de vontade para a existência, validade e eficácia do negócio jurídico processual, nem mesmo pode – por quaisquer circunstâncias – responder pelo cumprimento exato das prestações pelas partes.

Falaremos do papel do juiz no controle de validade dos negócios processuais no item (3.5), o que agora pretendemos pontuar é: o fato de no Estado Democrático de direito a pretensão (processual) ser

²³⁰ Ovídio Baptista da SILVA. *Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação* in *Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, n. 29, ano X, nov., 1983, p. 106.

²³¹ Reinhold ZIPPELIUS. *Einführung in das Recht*, 4.^a ed., Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2003, n. 12 a), p. 121.

dirigida ao Estado – na figura do juiz da causa – não dá a ele o direito de participar de qualquer forma do negócio jurídico processual, celebrado, ao fim, para a tutela da pretensão (material) das partes.

Ainda que se perceba no negócio jurídico processual o trânsito entre as pretensões material e processual, já que pode ele versar sobre a formação e o desenvolvimento do processo, não por isso o juiz está autorizado a dele participar.

ROSA MARIA DE ANDRADE NERY acrescenta que o papel do juiz no negócio jurídico processual é de conciliador, destinado a recepcionar da vontade das partes no auxílio da atividade concretizante do direito:

“Caberia aqui dizer, a propósito do que ensinou Clóvis do Couto e Silva, de que a obrigação tinha um iter processual, cabe aqui dizer, repita-se, e agora com mais clareza à luz do novo sistema, que o processo tem um iter obrigacional: as partes no processo, no novo sistema, vivem um vínculo de proporção de armas, de ônus, de obrigações, de deveres e de funções que se pode analisar à luz do direito privado.

Ao encaminhar as partes e o Magistrado para a diminuição do espectro do litígio, limitando-o - o quanto possível - ao ponto central da discórdia, o legislador quer ver facilitado o encontro da solução pontual mais eficaz para a lide, com vistas a proporcionar a solução adequada do processo, abreviar ao máximo o desgaste das partes, limitar o custo do processo e possibilitar o desate da resistência das partes em tempo breve.

O juiz passa a ter um novo perfil funcional: não é mais a autoridade que se presta unicamente a dizer o direito: é a autoridade que - com atuação conciliadora - se volta para recepcionar as partes, em seus lídimos anseios, para que elas possam ajudá-lo a dizer o direito,

conformado para a experiência daquele momento jurídico singular da experiência de cada um dos litigantes. Doravante as partes - no processo civil em geral - assumem um papel de interlocução mais próxima do juiz, não como antagonistas que aguardam decisão, mais como protagonistas que constroem a decisão. O juiz, de sua parte, deixa de exercer a autoridade como uma dádiva ao súdito, mas permite que as partes o ajudem na tarefa de escolher a solução e dá-la, na dose devida, aos pacientes.

*Conseqüentemente, por virtude da ampliação quantitativa e qualitativa da função jurisdicional e da alteração dos rumos do processo por causa da vivência mais conturbada das partes em tempo de relações de massa, configura-se para o direito privado nova ordem sistemática do contrato de transação preventiva e extintiva de litígios, algo mais abrangente do que aquela tipificada no arts. 840 a 850 do CC/2002”.*²³²

Voltaremos ao ponto oportunamente.

3.2. O diferencial funcional do negócio jurídico processual

Não se pode negar que a movimentação das partes, no processo, para o fim de celebrar e obter os efeitos de negócio jurídico processual, tem algo de incomum e distinguido que não se verifica, geralmente, nos contratos de direito privado puro.

²³² Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Fatos processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócio jurídico processual (unilateral e bilateral). Transação in* Revista de Direito Privado n. 64, São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez, 2015, p. 270.

Algo da eficácia do negócio jurídico ultrapassa o querer das partes e reclama legitimação judicial: o juiz pode impedir, no curso do processo, a realização de negócio jurídico evidentemente nulo, obstando que ele se realize no processo com o fito de burlar a prestação jurisdicional; pode, também, impedir que, por contrato nulo, as partes queiram imprimir ao processo rito e cadência singular, entre outras hipóteses.

Essas duas afirmações são feitas por duas razões: a) primeiro, porque o contrato que padece de invalidade absoluta demanda mera declaração de sua invalidade; b) segundo, porque – em virtude da declaração de sua invalidade absoluta – a vontade das partes não têm eficácia para a criação, transformação ou extinção de direitos, tampouco opera eficácia para a alteração do rito procedimental a que as partes estão sujeitas.

Com essas afirmações não estamos pretendendo negar vigência ao CPC 200, presumindo que todos os negócios jurídicos processuais sejam homologados para que possam produzir efeitos. Não é isso. Mas se para que o negócio jurídico seja considerado processual é preciso que a vontade das partes tenha sido direcionada para produzir efeitos no e para o processo, a operabilidade de tal negócio só se dá em juízo (estatal ou arbitral). Não há como produzir efeitos fora do processo. E se há processo, há a presença do julgador.

Embora o juiz seja expectador da livre disposição das partes, quanto ao objeto contratual, não se sujeita à eficácia de negócio processual evidente e comprovadamente nulo. É dizer: nos casos de nulidade reconhecida pelo juiz (que faz tal exame na primeira oportunidade que toma contato com o negócio jurídico processual), recusar-lhe-á eficácia.

Não haverá, neste caso, resolução (ineficácia superveniente)²³³ do negócio. A ineficácia será imediata.

Não se pode evitar, evidentemente, que no trato da vida civil, contratos nulos venham a ser celebrados e possam produzir efeitos de fato, cabendo seja examinada sua validade e eficácia *a posteriori*, quando os interessados demandarem em juízo pretensões que dependam da validade de avença que seja nula.

No caso de, por exemplo, a simulação se evidenciar nos autos do processo, as partes encontram-se – antes da efetiva celebração do acordo, ou durante ela – diante de uma julgador *a priori*, e nisso reside a primeira característica da natureza distinguida do negócio processual, que o diferencia de outros que não se realizam para ter eficácia, também, processual.

O negócio jurídico processual, embora na sua essência não desminta a qualificação teórica de “*relação jurídica*”, também se apresenta com os contornos dogmáticos de “*situação jurídica*”, por causa do ambiente processual para onde derivam seus efeitos, alcançando aspectos intrínsecos da experiência processual e “subordinando” as partes ao atento olhar do julgador na operabilidade dos efeitos do negócio.

Bem por isso, é indisputável que o negócio jurídico processual sofra a correção prévia do juiz que cobra a presença de pressupostos legais de sua existência e validade, aspectos que coarcta, de certa maneira, a liberdade das partes.

²³³ Antônio Junqueira de AZEVEDO. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2002, § 5.º, p. 71.

3.3. Natureza do direito sobre que versa o negócio jurídico

A natureza do direito que se coloca como objeto do negócio jurídico processual também contribui para a análise da tensão existente entre autonomia privada das partes e autoridade estatal.

Com efeito, concepção de negócio jurídico processual adotada nesta tese abarca todos os negócios **que produzem efeitos processuais**. Ou seja, para que o negócio jurídico seja *processual* é preciso que a vontade declarada das partes constitua, modifique ou extinga uma situação *processual* (absoluta ou relacional), que produza efeito num processo pendente ou futuro.

Nesse sentido:

“Negócio jurídico processual. Conceito. Negócio jurídico processual é negócio jurídico celebrado, em juízo ou fora dele, com a intenção de produzir efeitos processuais, antes do processo (pré-eficácia do negócio processual), no curso do processo ou depois de encerrado o processo (pós-eficácia do negócio processual)”.²³⁴

Justamente porque a acepção de negócio jurídico processual mira nos efeitos que tal negócio produz (ainda que potencialmente – nos negócios de pré-eficácia) no processo, prevalece na doutrina o entendimento de que ele tem *dupla natureza jurídica*, com características de direito material e de direito processual a um só tempo.²³⁵

²³⁴ Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código de Processo Civil Comentado*, 16.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, coment. 9 CPC 191, p. 761.

²³⁵ Hubert FLENDL e Christine HAUMER. *Der Prozessvergleichs: Ein Handbuch für Rechtsanwälte und Richter*, München: C. H. Beck, 2016, Kap. 4, II, pp. 20/21; Henry

Pela dupla natureza do negócio jurídico processual pode-se dizer, sob o ponto de vista didático, que naquilo que versar sobre o direito material terá suas regras estabelecidas também pelo direito substancial enquanto que as estipulações sobre o processo, em si, serão reguladas pelo direito processual.

A interação entre tais regras é, por óbvio, fundamental. Já dissemos nesse estudo que as divisões dos ramos do direito se faz para fins didáticos. Em verdade o direito subjetivo²³⁶ das partes é um, não se divide entre direito material e direito processual. Fazendo alusão a PONTES DE MIRANDA, podemos chamar os direitos tutelados pelas regras de direito privado de direito material e aqueles tutelados pelas regras de direito processual de direito material processual.

Quando PONTES DE MIRANDA faz a distinção entre direito material de ação e direito processual de ação, em nosso pensar, o autor quer assegurar essa íntima interação que deve haver entre as regras de direito material e processo. Grosso modo, em PONTES, a exigibilidade do direito

ECKHARDT. *Die Zulässigkeit des Prozeßvergleiches im Verfassungsprozeß*, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien: Peter Lang, 2010, 2, I, 2, pp. 31/33; Jörg SCHRÖDER. *Der Prozeßvergleich in den verwaltungsgerichtlichen Verfahrensarten*, Berlin: Duncker & Humblot, 1971, p. 38 e ss; Peter SCHLOSSER. *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1968, § 8, p. 57 e ss. Em sentido contrário, entendendo o negócio jurídico processual como de índole eminentemente processual e não de direito material: Adolf WACH. *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig: Duncker & Humblot, 1885, § 3, I, p. 25 e sobre o desenvolvimento de várias teorias sobre a natureza do negócio jurídico processual: Antonio PALERMO. *Contributo alla teoria degli atti processuali*, Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1938, p. 66 e ss.

²³⁶ “Rigorosamente, o direito subjetivo foi a abstração, a que sutilmente se chegou, após o exame da eficácia dos fatos jurídicos criadores de direitos. (...) O que, para alguém, determinadamente, dessa ocorrência emana, de vantajoso, é direito, já aqui subjetivo, porque se observa do lado dêsse alguém, que é o titular dêle”. Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*, t. I, atual. Nelson Nery Jr. e Georges Abboud, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, § 4, n. 1, p. 65.

subjetivo²³⁷ faz surgir a pretensão e a pretensão resistida dá ensejo à ação²³⁸.

Nesse sentido, “do não atendimento da pretensão nasce o direito de ação material que permite ao titular da pretensão movimentar a máquina judiciária para obter do sujeito passivo o cumprimento da obrigação”²³⁹.

Feita essa importante ressalva para não incorrer em inconsistência teórica, relembremos que é pelos **efeitos** do negócio que se estabelece o negócio jurídico processual. Destarte, o negócio jurídico que versa sobre o direito material é processual à medida que tem reflexos sobre o processo. Isso não ocorre, usualmente, quando o direito material já é litigioso, ou então não estamos diante de negócio jurídico processual, mas de negócio jurídico “puramente material”.

Por isso, com pretensão didática – frise-se – poderíamos estabelecer a seguinte divisão, visando exclusivamente o

²³⁷ Sobre os conceitos de direito subjetivo, pretensão e ação. “O credor tem direito subjetivo ao que se lhe atribui: tem-no, desde que a relação nasceu. A exigibilidade faz-lhe a pretensão. Se o devedor não paga como e quando deve pagar, cabe-lhe, então a ação”. Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*, t. I, atual. Nelson Nery Jr. e Georges Abboud, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, § 4, n. 4, p. 68.

²³⁸ Sobre os conceitos de ação, pretensão e prestação jurisdicional: “De ordinário, a pretensão contém a ação, que é exigência + atividade para satisfação. A ação não é só exigência: se digo ao devedor que desejo que me pague o que me deve, exijo-o; porém, ainda não ajo contra êle: se lhe tomo a coisa que me deve, ajo condenatoriamente, condeno e executo. Os dois atos só são hoje permitidos onde a lei especialmente os permite. A ação, depois que a justiça passou a ser monopólio, ficou separada da declaração, da constituição compulsória, da condenação, do mandato e da execução; essas, tonadas funções exclusivas do Estado, são objeto da prestação (jurisdicional), quando os titulares de ações, não mais podendo tutelar os seus próprios direitos, pretensões e ações, tiveram pretensão à tutela jurídica contra o Estado. (...) A ação é, existe, antes de ser exercida pela dedução em juízo e antes, portanto, de qualquer invocação da pretensão à tutela jurídica. Essa diz respeito ao que se estabelece entre o autor e o Estado; aquela é objeto de exame pelo juiz, como um dos elementos da res in iudicium deducta. A ação não é ‘direito à proteção judicial’”. Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*, t. I, atual. Nelson Nery Jr. e Georges Abboud, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, § 5, n. 5, p. 79.

²³⁹ Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*, t. I, atual. Nelson Nery Jr. e Georges Abboud, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, § 7. B, nota dos atualizadores, p. 93.

expectro tópico do negócio. Ou seja, o momento e o lugar em que é realizado²⁴⁰.

negócio jurídico processual	{	<u>NO</u> processo	{	sobre o direito material de que versa a lide	CPC
				sobre formação e desenvolvimento do processo	
		<u>PARA O</u> processo	→	formação e desenvolvimento do processo	191

Mesmo assim, há negócios jurídicos, como é o caso da renúncia parcial do pedido, que tem repercussão para o processo (altera o espectro da lide) e não se limi

REMO CAPONI dividiu os negócios jurídicos processuais da mesma forma: “o tema pode ser dividido em ao menos duas direções fundamentais. A primeira tem por objeto os acordos direcionados à composição das lides, em seus reflexos sobre o processo civil. A segunda tem por objeto os acordos que, segundo uma primeira e genérica definição, incidem sobre o desenvolvimento do processo civil”.²⁴¹

O verdadeiro debate travado na doutrina processualista com a inovação legislativa que permite a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos não diz de perto com o direito material puro. A resistência da doutrina para dar reconhecimento à celebração ampla de negócio jurídico processual repousa na permissão legal de disposição pelas partes sobre o procedimento, que envolve matéria que poderíamos chamar de direito material processual.

²⁴⁰ Essa esquematização, conquanto didática, desconsidera a possibilidade de se classificar como negócio jurídico processual a transação preventiva do processo.

²⁴¹ Remo CAPONI. *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali* in *Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 11 – Accordi di Parti e Processo, Milano: Giuffrè, 2008, traduzido para o português por Pedro Gomes de Queiroz in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. XIII, n. 2, pp. 734, disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11932/9344> acesso em 6.12.2016.

PETER SCHLOSSER relembra que o problema da disposição de vontade das partes não é diferente no direito privado e no processo civil. A diferença está apenas no seguinte: no direito privado, principalmente no direito de obrigações, as limitações para a liberdade de criação de normas geralmente são dadas pela lei, de forma positivada, mesmo que em forma de cláusulas gerais. No processo civil a regulação da disposição consensual das partes é esporádica e falha. Faltam cláusulas gerais, de maneira que a resposta a perguntas pontuais demanda uma análise de interesses independentemente da lei²⁴².

Justamente por tratar de matérias que envolvam a pretensão processual (aquela dirigida ao Estado), a possibilidade de celebração de negócio jurídico processual que verse sobre a formação e o desenvolvimento do processo prevista no CPC 190 e 191 não é recepcionada por parte da doutrina. A tal “análise de interesses independentemente da lei”, de que falou o autor alemão, tem gerado muita confusão no ambiente processualista. É do que nos ocupamos no próximo item.

3.4. Cogência das regras processuais

Frequente na doutrina processualista a resistência à possibilidade de celebração ampla de negócio jurídico processual ao argumento de que as regras de direito processual seriam cogentes,

²⁴² Peter SCHLOSSER. *Einverständliches Parteihandeln im Zivilproceß*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1968, § 1.º, II, p. 11. No original: “Entgegen einer beliebten Akzentsetzung ist daher das Problem der einverständlichen Parteidisposition im rechtsstaatlichen Denkansatz im Zivilproceßrecht nicht anders gelagert als im materiellem Privatrecht. Der Unterschied besteht nur in folgendem: Im Privatrecht, insbesondere im Schuldrecht, sind die Einschränkungen der individuellen Rechtsgestaltungsfreiheit von Gesetzes wegen meist abschließend normiert, wenn auch zum Teil nur durch Generalklauseln. Im Prozeßrecht ist die Regelung einverständlicher Parteidisposition von vornherein nur sporadisch und lückenhaft. Es fehlt an Generalklauseln, so daß eine Antwort auf Einzelfragen eine weitgehend gesetzesfreie Interessenanalyse verlangt”.

imperativas e iderrogáveis, cabendo às partes diminutos espaços de autorregramento no processo.

Sobre normas cogentes e dispositivas diz PONTES DE MIRANDA:

*“A liberdade de escolha das categorias jurídicas não foi o que aconteceu nos primeiros tempos: a autonomia da vontade não foi a regra; o direito ob singulorum utilitatem, veio depois, quebradas as linhas rígidas do direito material e do direito formal, que incidiam cogentemente, desde o formalismo dos atos necessários ao conteúdo dos tipos precisos de atos jurídicos. Muitos séculos passaram até que se pudesse tornar o direito mais supletivo do que cogente. Então, a lei – principalmente a lei privada – a conteve mais regras dispositivas e interpretativas do que cogentes, ou se satisfez com o mínimo de regras jurídicas cogentes. ”*²⁴³

Acrescenta o autor que *“quando a regra jurídica, em vez de impor ou proibir, sem margem à vontade, supõe aos interessados o construírem, como entendam, a ordem que os reja (=quando lhes deixa o imporem, ou proibirem, ou permitirem uns aos outros), diz-se que é regra dispositiva (supletiva) ou que é interpretativa. A cogência, a dispositividade ou supletividade (lato sensu) e a interpretatividade exaurem a técnica distributiva do direito”*.²⁴⁴⁻²⁴⁵

²⁴³ PONTES DE MIRANDA *in* *Tratado de Direito Privado*, Parte Geral, t. I, atual. Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesar Ferreira da Silva, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 18, p. 56.

²⁴⁴ PONTES DE MIRANDA *in* *Tratado de Direito Privado*, Parte Geral, t. I, atual. Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesar Ferreira da Silva, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 18, pp. 58/59.

²⁴⁵ Ao falar de norma cogente em direito privado, GIANGUIDO SCALFI a define como norma imperativa que limita a autonomia dos contratantes, modificando a disciplina do contrato e que comporta a invalidade sucessiva, total ou parcial, respectivamente do negócio ou de uma parte ou cláusula sua *in* *La sostituzione con norme cogenti della clausole di uno contratto, in corso di esecuzione, regolato inderogabilmente dalla legge. Riflessioni sui contratti imposti e su quelli a contenuto predispositivo* *in* *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, t. I – Diritto Civile, Milano: Giuffrè, 1995, n. 1, pp. 814/815.

Nesse sentido, a cogência da regra estaria ligada a uma imposição da lei a tolher a liberdade do sujeito. A iderrogabilidade decorre do interesse tutelado e garantido pela lei, numa espécie de proteção do Estado ao sujeito contra seus próprios atos, como se o Estado tivesse de proteger o sujeito de si próprio. Bem por isso PIETRO PERLINGIERI entende que as normas são absolutamente iderrogáveis quando garantem valores da pessoa e sua dignidade²⁴⁶.

Nesse sentido, seria cogente, por exemplo, a proibição de uso de drogas. Em nosso sistema vigente, a comercialização de drogas lícitas se faz sob supervisão de profissional da saúde, já que para compra de simples antibiótico é necessária prescrição médica; ao passo que as drogas ilícitas não são comercializadas senão em mercado ilegal.

Mas mesmo a partir deste ponto de vista (de a lei atribuir cogência a regras que garantem valores da pessoa e de sua dignidade) é difícil identificar a rigidez absoluta de tal cogência.

Veja-se o exemplo dos direitos chamados personalíssimos que, justamente por dizerem de perto com a própria humanidade do ser²⁴⁷, são tidos como intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária (CC 11). É o típico caso de tutela estatal para impor proibição ao sujeito (que não pode voluntariamente limitar seus direitos de personalidade) com vistas a garantir sua dignidade humana.

²⁴⁶ Pietro PERLINGIERI. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2.^a ed., Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, pp. 97/98.

²⁴⁷ WALTER MORAIS resume os objetos dos direitos de personalidade. São todos aqueles componentes da natureza humana: a) vida; b) potencia vegetativa (forças naturais, crescimento, nutrição procriação); c) potencia sensitiva (sensação, cognição sensitiva, senso comum, fantasia, autoestima, memória); d) potência locomotiva (ambulação); e) potência apetitiva (apetite sensitivo, concupiscível, irascível); f) potência intelectual (inteligência, vontade, liberdade, dignidade); g) potência realizada (atos) *in* *Concepção tomista de pessoa. Um contributo para a teoria do direito de personalidade in Revista de Direito Privado*, n. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun, 2000, pp. 187-204.

Como compatibilizar, no entanto, a cogência das regras que garantem os direitos de personalidade com a possibilidade de disposição sobre o próprio corpo? Os avanços científicos que tornaram viável, por exemplo, a realização de cirurgias de *transgenitalização por oco vulvoplastia* (capaz de dar ao aparelho genital masculino aparência de feminino) e *transgenitalização por neofaloplastia* (transmuta aparelho genital feminino em masculino) exigem nova leitura sobre a tal cogência. Em nome da dignidade da pessoa humana deve-se proibir aquele que pretende a realização de tal cirurgia ao argumento da cogência da regra que impede a disposição sobre o próprio corpo? Ou é justamente para fazer valer tal princípio constitucional (que se constitui em fundamento da República, nos termos da CF 1.º III) que se permite a adequação da realidade psíquica do ser com a expressão de sua corporalidade? Há que se falar em disposição do próprio corpo, nestes casos?

Como fica a cogência da proibição de limitação voluntária do exercício de direito de personalidade (CC 11) nesses casos? Veja-se que Enunciado 4 da Jornada I de Direito Civil do STJ estabelece: “*O exercício dos direitos de personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral*”; já a indicar a quebra da cogência da proibição de limitação voluntária do direito de personalidade. Mas o referido Enunciado não resolve a questão da cirurgia de alteração de sexo que demos como exemplo, já que tal cirurgia promove alteração permanente da genitália.

Pelo todo exposto, mesmo sob o melhor argumento de cogência de regras – que determina a tutela estatal dos direitos que se relacionam com a humanidade do ser –, não se observa absoluta a inafastabilidade da lei, já que para garantir a efetividade da Constituição Federal, certas regras sofrem mitigação, ou mesmo, afastamento.

Voltando ao tema, pode-se falar em regras substanciais e procedimentais, sendo as primeiras as que definem direitos subjetivos enquanto as últimas devem estabelecer os meios judiciais de se fazerem

valer esses direitos²⁴⁸. Ou, ainda, primárias e secundárias: as primárias disciplinam o comportamento dos indivíduos, as atividades dos grupos e entidades sociais e as secundárias as instrumentais, que preveem a estrutura e funcionamento de órgãos e regulam procedimentos técnicos²⁴⁹⁻²⁵⁰.

A despeito de todas as ressalvas que se possa fazer às classificações indicadas acima, elas são interessantes para explicitar um único fato: o procedimento não é um bem jurídico (valor) a ser defendido *per se*. Ou seja, não se pode, a pretexto de manutenção da estabilidade do procedimento, tolher o direito subjetivo, que licitamente possa imprimir-lhe melhor funcionalidade.

Alheia a essa realidade, parte da doutrina processualista, ainda calcada no dogma da supremacia do interesse público sobre o privado, entende que as regras processuais são, em sua vasta maioria, cogentes:

“Pelo narrado predomínio do interesse público sobre o privado, no processo civil, as normas processuais têm – na sua vasta maioria –

²⁴⁸ Rubens Limongi FRANÇA. *Hermenêutica jurídica*, 9.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 75.

²⁴⁹ Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Instituições de Direito Civil*, v. I, t. I – Teoria Geral do Direito Privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, n. 10.7, p. 111.

²⁵⁰ Em nosso entender, todas essas classificações estão calcadas no paradigma positivista do direito, para nós superado. São distinções feitas já por IHERING que, justificado pela separação kantiana entre o ser e o dever ser, colocava de um lado as normas que tratavam do dever ser e de outro as normas que se destinavam a regular a atividade dos órgãos públicos no controle do cumprimento daquelas. Ou Kelsen, na primeira fase de seu pensamento, que entendia a norma primária como estabelecadora de sanções e a secundária como estabelecadora das condutas devidas. Sobre o tema: Carmen Lígia NERY. *Decisão judicial e discricionariedade: a sentença determinativa no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, introdução. Especialmente: “A cisão entre teoria e prática é ainda mais evidente na obra de Kelsen. Referido autor entendia impossível fazer ciência sobre uma casuística razão prática. Assim, os problemas do direito vivenciados na prática eram relegados para segundo plano, razão pela qual a interpretação judicial é tratada sem muita profundidade no capítulo oitavo da Teoria pura do direito, apenas com o fim de diferenciar a interpretação que o cientista do direito realiza, daquela que os órgãos jurídicos proferem em suas decisões”. Carmen Lígia NERY. *Decisão judicial e discricionariedade: a sentença determinativa no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 20.

*natureza de normas cogentes. Daí porque a doutrina tradicional enquadra a disciplina do direito processual no âmbito de análise do direito público (posição enciclopédica do direito processual). A autonomia privada e a liberdade de estipulação contratual não superam valores (interesses públicos) resguardados majoritariamente pela técnica processual, razão pela qual o sistema não admite que as partes convençam a respeito dos requisitos, dos efeitos e das formas dos atos processuais, tampouco dos aspectos gerais da relação jurídica (poderes, ônus, deveres e faculdades processuais). No direito privado, os negócios jurídicos têm efeitos estipulados pelas próprias partes, que convençam e estipulam regras a regularem suas relações (direitos e deveres), com base no princípio da livre estipulação da vontade e da liberdade de disposição contratual (autorização legal, CC, art. 421). Os atos do processo (direito público), diferentemente, têm eficácia vinculada por normas pré-estabelecidas, que especificam requisitos e prescrevem, desde logo, todos os efeitos a serem produzidos no mundo jurídico. Em muitos casos, a vontade do agente limita-se à realização ou não do ato, de modo que, para avaliarmos a eficácia de um ato processual, basta compararmos a forma de sua realização e o modo formal previsto na lei. Contrastamos (1) a lei que trata de requisitos de validade e eficácia dos atos processuais; (2) à exteriorização dos ato em concreto, é dizer, o invólucro físico de que se reveste determinada manifestação de vontade. A subsunção do ato processual (evento físico) aos requisitos previstos pela norma permitirá seja aferida sua regularidade e, posteriormente, sua propensão a produzir efeitos”.*²⁵¹

Amarrados à ideia de que as regras processuais – porque de natureza publicista – seriam iderrogáveis, afirmam certos

²⁵¹ Marcelo Pacheco MACHADO. *A privatização da técnica processual no projeto do novo Código de Processo Civil* in Alexandre Freire e outros (org.). *Novas tendências do Processo Civil – Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*, v. 3, Salvador: JusPodivm, 2014, n. 3, p. 344/345.

processualistas que o juiz poderia não respeitar os negócios jurídicos processuais.

No entanto, BARBOSA MOREIRA já alertava para o fato de que o critério de normas processuais cogentes ou dispositivas não seria seguro para estabelecer o que pode ser objeto de negócio jurídico processual, já que nem sempre é nítida a linha divisória entre as duas espécies de normas:

*“O mais difundido desses critérios é o que baseia na divisão entre normas processuais cogentes e normas processuais dispositivas. Admitir-se-ia no âmbito destas e repelir-se-ia no daquelas a liberdade de convenção entre as partes. Não é certo, porém, que esse caminho leve a solução satisfatória em que qualquer hipótese, ainda de mais nada pela dificuldade que às vezes se encontra em traçar linha divisória nítida entre as duas espécies de normas”.*²⁵²

O advento do Novo Código de Processo Civil que prevê a atipicidade do negócio jurídico processual, permitindo às partes disporem inclusive quanto ao procedimento da lide, deixa claro que inexistente a tão pisada cogência das regras processuais. Ao menos não se pode tê-la *a priori*, como sistemática. Não se pode presumir cogente toda e qualquer regra de processo civil apenas porque estaria este ramo do direito inserto no Direito Público.

Para NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, seriam cogentes, por exemplo, a proibição de as partes, em negócio jurídico processual, disporem sobre competência absoluta e de aceitarem juiz impedido²⁵³⁻²⁵⁴.

²⁵² José Carlos BARBOSA MOREIRA. *Convenções das partes sobre material processual in Temas de Direito Processual*, terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984, n. 4, p. 91.

²⁵³ Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código de Processo Civil Comentado*, 16.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, coment. 11 CPC 190, p. 761.

Como vimos afirmando ao longo de todo este estudo, o problema da tese da cogência das regras processuais reside nas seguintes equivocadas premissas: (i) o processo tem caráter eminentemente público; (ii) entregue a pretensão ao Estado-juíz, a ele e somente a ele, é dada a tarefa de dizer o direito; (iii) a organização dos atos processuais cabe única e exclusivamente ao Estado-juíz²⁵⁴.

Dessas errôneas premissas desdobram-se muitas outras como, por exemplo, a de que os atos processuais são destinados ao juiz da causa²⁵⁶ e, por isso mesmo, cabe ao juiz a conveniência de alteração (ou não) do rito procedimental.

²⁵⁴ Vendo na cogência das regras processuais o limite para a disposição das partes, CASSIO SCARPINELLA BUENO: “vejo limites no direito de as partes disporem sobre o que não é seu, justamente porque o processo não se confunde com o direito material nele discutido e que reclama – e por vezes, justamente no malogro de outras técnicas para a solução de conflitos, impõe – prestação de tutela jurisdicional. Diálogo entre os dois planos sim; sobreposição, nunca. Modelo cooperativo do processo sim; privatista, não.” *in* Manual de direito processual civil, 2.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2016, n. 3.5, p. 218.

²⁵⁵ GEORGES ABBOUD analisa a mesma problemática a partir da atuação judicial ativista, pautada na instrumentalidade do processo: “A instrumentalidade do processo *cria verdadeiro lastro para o ativismo e para a discricionariedade, mormente em virtude de três pontos: 1) a jurisdição como categoria central da teoria geral do processo concentra na figura do juiz todas as atenções. Essa concentração de atenções, paradoxalmente, ao invés de limitá-lo em sua atividade, amplia demasiadamente seus poderes, caindo num relativismo próprio da filosofia da consciência; 2) Esse tipo de teoria separa radicalmente Estado e indivíduo e reitera uma relação de sujeição deste para com aquele; 3) Como há riscos democráticos para a figuração do processo nos postulados da instrumentalidade, posto que sob o argumento de que a jurisdição deve preocupar-se com o atendimento dos escopos políticos e sociais, legitima-se qualquer tipo de provimento de caráter discricionário-ativista-decisionista” *in* Processo constitucional brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, n. 9.2.1, p. 688. [grifamos]*

²⁵⁶ A respeito do destinatário da prova: “**Destinatário da prova.** É o processo. O juiz deve julgar segundo o alegado no processo, vale dizer, o instrumento que reúne elementos objetivos para que o juiz possa julgar a causa. Portanto, a parte faz a prova para que seja adquirida pelo processo. Feita a prova, compete à parte convencer o juiz da existência do fato e do conteúdo da prova. Ainda que o magistrado esteja convencido da existência de um fato, não pode dispensar a prova se o fato for controvertido, não existir nos autos prova do referido fato e, ainda, a parte insistir na prova. Caso indefira a prova, nessas circunstâncias, haverá cerceamento de defesa”. Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código de Processo Civil Comentado*, 16.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, coment. 12 CPC 369, p. 1070.

Para enfrentarmos essas questões mal colocadas pelo sentido comum teórico, que vêm criando tradição inautêntica do direito processual, é preciso inseri-las dentro da hermenêutica constitucional.

É preciso confrontar essas proposições com o direito constitucional à liberdade, todo bem formado na esfera do direito privado pelo instituto da autonomia privada. É preciso desmistificar esse dogma da separação absoluta do Estado e do indivíduo como se a função do primeiro não fosse justamente garantir os direitos do segundo.

Se ao final e ao cabo o processo deve tutelar a pretensão material da parte, por que não poderia ela participar de sua essência? Para que convencionamos, então, a necessidade de entrega da jurisdição ao Estado? Por que seguir afirmando categoricamente a impossibilidade de disposição sobre o processo pelas partes, já que ele não lhes pertence? Como o juiz pode prestar tutela jurisdicional adequada se as partes, senhoras dos fatos postos na lide, estão de “mãos atadas” para seu auxílio (do juiz) na concretização do direito?

Seguimos vendo perguntas²⁵⁷.

3.4.1. Matérias de ordem pública como balizadoras do controle do negócio jurídico processual

Hermenêutica pautada no Estado Democrático de Direito impõe a leitura constitucional das regras estabelecidas pelos demais

²⁵⁷ Quando estamos diante da resposta correta ela assim nos parece porque nossas perguntas acerca da compreensão da correção dessa resposta desaparecem. A resposta correta é reconfortante porque suspende a compreensão e, assim, nos conformamos com ela. Nesse sentido: “*Quando ao intérprete não mais interessa ver perguntas para compreender o sentido do enunciado é porque já identificou prejuízos autênticos para realizar a fusão de horizontes necessária para o compreender da coisa mesma. A resposta correta corresponde à possibilidade de explicitação da apropriação e da filtragem dos prejuízos autênticos engendrados na tradição*”. Carmen Lígia NERY. *Decisão judicial e discricionariedade: a sentença determinativa no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.149.

diplomas legislativos. Isso quer significar que nenhuma regra pode ser aplicada senão em total consonância com os princípios constitucionais que a fundam.

As leis processuais não formam, por isso, sistema fechado, que permita a persecução do procedimento em si próprio, como se a alijar o direito subjetivo que a parte pretende ver tutelado no processo. Tal raciocínio levaria o processo – coisa das partes – a tornar-se coisa sem partes, já que as afastaria (as partes) da participação na entrega da prestação jurisdicional.

Nesse contexto, REMO CAPONI afirma que o sistema processual é como um pulmão aberto à experiência:

*“Ao invés, se deve reconhecer que o sistema normativo processual não é fechado na própria autorreferência normativa, mas está disposto a aprender com o ambiente circunstante. E caso se trate de um ambiente rico de boas razões potencialmente universalizáveis, como aquele que pode derivar de um exercício equilibrado do poder de autonomia (individual ou coletiva), o enriquecimento do sistema processual não pode deixar de ser notável. Em síntese, o princípio da legalidade da disciplina processual é reafirmado em um contexto cultural profundamente mudado em relação ao oitocentista. Um contexto no qual o intérprete teórico e o operador prático do Direito são definitivamente liberados do papel insuficiente do exegeta, para assumir aquele de coprodutor e intermediador de sentido das normas processuais, dentro de um sistema legal que é ‘como um pulmão aberto à experiência’”.*²⁵⁸

²⁵⁸ Remo CAPONI. *Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali* in *Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 11 – Accordi di Parti e Processo, Milano: Giuffrè, 2008, traduzido para o português por Pedro Gomes de Queiroz in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. XIII, pp. 748/749, disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11932/9344> acesso em 6.12.2016.

Por essa razão, ao invés de falar em cogência de toda e qualquer regra de direito processual, talvez seja mais correto recorrer à ideia de matéria de ordem pública para referir-se àquilo que merece tutela estatal, como critério limitador da vontade das partes, ou mesmo como critério de disposição diferenciada da lei.

No âmbito do processo civil, as matérias de ordem pública versam sobre direito de caráter indisponível não estando sujeitas à regra de preclusão tampouco à congruência e, portanto, nestes casos o juiz decide *ex officio* em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, independentemente do pedido da parte ou interessado.

A ordem pública, em processo, contém matérias que se constituem como *minimalia*²⁵⁹, isto é, o conteúdo mínimo que se deve proteger da convenção das partes – seja de ordem processual ou material – pois insuscetíveis de arbitralidade, para a preservação do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, igualdade das partes, independência e imparcialidade do julgador.

Observe-se que o autor alemão fala em *minimalia*, conteúdo mínimo, a indicar que a regra não pode ser pela generalização da indisponibilidade dos direitos. Não é todo o sistema processual que é cogente. Ao contrário, para o cumprimento da necessária integridade e coerência que deve ter o sistema jurídico como um todo, inserem-se estrategicamente no processo (da mesma forma que se faz nos demais ramos do direito, v.g. as cláusulas gerais em direito privado que falamos no item 1.4) tipos legais “abertos”, com caráter de matérias de ordem pública, a permitir o controle de constitucionalidade das regras processuais.

²⁵⁹ Fritz BAUR. *Einige Bemerkungen zum verfahrensrechtlichen “ordre public”* in KUMMER, Max; WALDER-RICHLI, Hans Ulrich (eds.). *Festschrift für Max Guldener zum 70. Geburtstag*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1973, pp. 1-20.

Da mesma forma como ocorre com as cláusulas gerais (que são, essencialmente, matérias de ordem pública), é impossível elencar de maneira taxativa as matérias de ordem pública inseridas no sistema processual. Justamente porque são elas que permitem a perfeita simbiose entre Constituição e demais diplomas legislativos, jamais poderiam ser *numerus clausus*.

Veja-se que o novo Código de Processo Civil estabelece, já em seu primeiro artigo, a disciplina processual fundada nos valores e normas fundamentais estabelecidas pela Constituição Federal. Todo o Livro I, em verdade, está a nos recordar a necessidade de interpretação processual conforme a Constituição.

Nas palavras de NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY: “sendo a CF a ordem fundamental que dá a direção do ordenamento jurídico, nada mais natural que o processo civil se submeta a todas as determinações dela emanadas, para cumprir o papel que lhe é próprio, de pacificação do espaço privado de vivência dos cidadãos, na República, pelo exercício legítimo do Poder Jurisdicional do Estado”.²⁶⁰

A síntese é de NELSON NERY JR, “examinar a ordem pública é atentar aos aspectos relativos à constitucionalidade do ato, mormente o decisório, que engloba matérias como as garantias constitucionais, a forma federativa do Estado, o Estado Democrático de Direito, a sociedade pluralista, ou seja, aspectos jurídicos cuja violação descaracterizaria o próprio modelo de organização de valores determinados pela Constituição Federal”.²⁶¹

²⁶⁰ Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código de Processo Civil Comentado*, 16.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, coment. 3 CPC 2.º, p. 196.

²⁶¹ Nelson NERY JR. *Julgamento arbitral por equidade e prescrição* in *Revista de Direito Privado*, v. 45, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar 2011, p. 345.

Importante observar que afirmação no sentido de que tal matéria é de ordem pública não é suficiente para garantir a indisponibilidade do direito ou impedir as partes de sobre eles convencionar por meio de negócios jurídicos processuais. A elevação à categoria de “ordem pública” dá a certos tipos legais abertos maior maleabilidade no controle constitucional dos atos praticados sob sua égide. Não quer dizer, entretanto, que a respeito deles o ordenamento jurídico não admita autocomposição.

Com efeito, são matérias de ordem pública no processo todas aquelas que dizem de perto com a preservação do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, igualdade das partes, independência e imparcialidade do julgador. Ao autorizar mudanças no procedimento, permitindo às partes convencionar sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, o CPC 190 está autorizando a disposição sobre temas que se relacionam com devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Ou seja, apesar de serem matérias de ordem pública, tais direitos podem ser objeto de convenção entre as partes. Dizer que as partes podem convencionar a respeito da ampla defesa e do devido processo legal não quer dizer que as partes possam violar tais garantias constitucionais. Ao contrário, justamente por serem matérias de ordem pública, o controle de constitucionalidade das convenções é tema a que o juiz da causa deve estar atento.

O que não se pode conceber é a ideia de que por se tratarem de matérias de ordem pública, que dizem de perto com garantias fundamentais, tais matérias não possam ser objeto de disposição (que não é sinônimo de violação) pelas partes no curso do processo (ou antes dele).

A alteração do paradigma interpretativo que propomos nesta tese é no sentido de que pode ser justamente por intermédio da

disposição livre e querida das partes acerca de tais garantias fundamentais que a tutela jurisdicional será adequada.

A estipulação de mudanças no procedimento, convencionando sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes é direito estabelecido pelo CPC 190 e deve ser respeitado pelo julgador. Não pode a doutrina processualista pretender ignorar a letra da lei (que permite dispor sobre procedimento) ao argumento de que a pretensão processual é dirigida ao Estado-juiz e, por essa razão, torna o direito material processual (sobre procedimento) público e inderrogável.

Como disse ANTONIO DO PASSO CABRAL, *“trata-se de uma concepção que se tornou uma profissão de fé mas que, com a devida vênia, hoje em dia não pode mais ser sustentada porque nem todas as regras e princípios processuais são imperativos e inderrogáveis. De fato, apesar dos interesses públicos, muitas normas processuais não são cogentes, mas sim estabelecidas no interesse dos litigantes e, portanto dentro de sua esfera de disponibilidade. Hoje em dia, é tão absurdo pensar que no direito público não haveria flexibilidade, quanto que no direito privado não haveria regras interpretativas. É possível haver direito privado cogente e direito público dispositivo”*.²⁶²

Como conviver com a ideia de Estado-juiz detentor único do poder condução dos atos processuais, porque públicos, com o texto do CPC 6.º, que pressupõe a participação efetiva das partes para a construção da decisão final de mérito? A esse respeito:

“Cooperação das partes. O disposto no CPC 6.º se assemelha ao que consta do art. 266.º do ex-CPC port., segundo o qual existe um dever de cooperação judiciária entre todos os intervenientes processuais. O

²⁶² Antonio do Passo CABRAL. *Convenções processuais*, Salvador: JusPodivum, 2016, n. 3.1.9, p. 163.

*dispositivo lusitano direciona os atos das partes à justa composição do litígio, destacando a importância que os atos das partes têm na solução final dada à causa pelo juiz, ou mesmo pelas próprias partes, caso decidam pela composição amigável”.*²⁶³

Para compreender o alcance da participação das partes na tarefa concretizante do direito, talvez seja interessante recorrer ao direito norte-americano, onde a máxima da cogência geral a das regras processuais não encontra eco.

Afirma WILLIAM B. RUBENSTEIN que do direito processual civil americano concebe decisões contenciosas como direitos individuais a serem protegidos do controle governamental. Acrescenta o autor que não está a parte vinculada aos resultados de caso em que não teve controle. Ter controle sobre o caso requer que a parte tenha efetiva escolha sobre as teorias legais e provas a serem apresentadas em seu nome, bem como a oportunidade de obter revisão.²⁶⁴

Ter o controle do processo significa, também, poder dispor sobre procedimento. Veja que o autor não fala em obrigatoriedade de apresentação de provas ou de recurso. Ele cautelosamente utiliza-se de palavras como *escolha e oportunidade*.

²⁶³ Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código de Processo Civil Comentado*, 16.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, coment. 4 CPC 6.º, p. 218.

²⁶⁴ “Civil procedure’s private law orientation conceptualizes litigation decisions as individual ‘rights’ to be protected from governmental or centralized community control. (...) Because an individual enjoys litigative liberty, it would deprive her of due process to bind her to the results of a case in which she was not heard, or over which she did not have control”. William B. RUBENSTEIN. *Divided we litigate: addressing disputes among group members and lawyers in civil rights campaigns* in *The Yale Law Journal*, v. 106, n. 6, p. 1644, disponível em <http://www.billrubenstein.com/Downloads/DividedWeLitigate.pdf>, acesso em 15.12.2016.

Nesse sentido, se as partes convencionarem (com vontade declarada e efetivamente querida, bem informadas sobre os prejuízos e benefícios de sua escolha) sobre restringir as provas que deverão ser admitidas em determinada demanda, estão elas violando a ampla defesa? Ou estariam exercendo a garantia constitucional e, ciente de suas consequências, **escolhendo** a forma mais adequada de desenvolvimento do processo para determinada lide?

Conclui o mesmo autor norte-americano que as regras procedimentais garantem ao indivíduo o controle das decisões que governam sua vida. A parte pode exercer esse controle da maneira como entender adequado. É uma forma de auto definição: os indivíduos podem expressar-se pelos conflitos que formalizam em juízo e pela maneira como travam esses conflitos. Ao propiciar essa auto definição, promove-se engajamento e evita-se a alienação que pode resultar de decisões lançadas por especialistas²⁶⁵.

Na mesma linha, MICHAEL L. MOFFITT afirma que municiar os litigantes do controle do processo aumenta sua percepção de justiça. Processo customizado é uma forma de controle processual, sugerindo a probabilidade de aumentar a justiça procedimental.²⁶⁶ Customizar o procedimento aumenta a justiça procedimental uma vez que dá voz aos litigantes na concepção dos mecanismos de disputa.

²⁶⁵ “the procedural rules guarantee that each individual can control the legal decisions that govern her life. She can exercise this control as she sees fit (...). Litigation therefore represents a valuable means of self-definition: Individuals can express themselves through the conflicts that they formalize into litigation and through the manner they wage these conflicts. By fostering this self-definition, individualism promotes engagement and avoids the alienation that can result when decisions are yielded to experts”. William B. RUBENSTEIN. *Divided we litigate: addressing disputes among group members and lawyers in civil rights campaigns* in *The Yale Law Journal*, v. 106, n. 6, p. 1644, disponível em <http://www.billrubenstein.com/Downloads/DividedWeLitigate.pdf>, acesso em 15.12.2016.

²⁶⁶ “Providing disputants with process control increases the disputant’s perception of justice. Customized process is a form of process control, suggesting the prospect of increasing procedural justice”. Michael L. MOFFITT. *Customized litigation: the case of making Civil Procedure negotiable* in *George Washington Law Review*, v. 75, 2007, p. 479, disponível em <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=4871&context=expresso>, acesso em 15.12.2016.

Nesses termos, indivíduos são livres para abrir mão de proteções legais, desde que suas decisões sejam voluntárias e informadas. O modelo privado de autonomia contenciosa está conceitualmente alinhado com uma visão instrumental do processo: leis processuais estão a serviço do direito material.²⁶⁷

É a partir dessa lógica, muito bem explicitada pelos autores americanos, que se pretende analisar a atuação do julgador frente os negócios jurídicos processuais.

3.5. Limite para a atuação do juiz

Tudo o que tratamos neste terceiro capítulo até agora o fizemos no intuito de estabelecer parâmetros adequados para tratar do papel do juiz na análise do negócio jurídico processual.

Ab initio afirmamos que os negócios jurídicos processuais vinculam o juiz, que deve permitir que produzam os efeitos desejados no processo²⁶⁸.

²⁶⁷ “*Within this framework individuals are free to waive legal protection, assuming their decisions are voluntary and informed. As Judge Easterbrook has explained ‘one aspect of personal liberty is the entitlement to exchange statutory rights for something valued more highly’. The private model of litigant autonomy is conceptually allied with an instrumental view of procedure: adjective law is the mere hand-maid of substance and assumed to be value neutral and without substantive effect*”. Kevin E. DAVIS e Helen HERSHKOFF. *Contracting for procedure in* Antonio do Passo CABRAL e Pedro Henrique NOGUEIRA (coords). *Negócios Processuais*, Salvador: JusPodivm, 2015, C, pp.150/151.

²⁶⁸ Entendendo obrigatoria para o juiz as regras dispositivas das partes: “*Norme processual dispositive vere e proprie sono quelle soltanto che – anche prima dela loro applocazione – ammettono um contratio accordo delle parti, obbligatorio pel giudice*”. Giuseppe CHIOVENDA. *Principii di Diritto Processuale*, Napoli: Jovene, 1965, p. 103. No mesmo

Afirma ANTONIO DO PASSO CABRAL:

“Enquanto as partes vinculam-se por sua autonomia e liberdade, voluntariamente assumindo obrigações ou dispendo sobre as formalidades processuais (autovinculação), o vínculo jurídico, para o juiz, não decorre de uma declaração de vontade estatal que se agregaria àquelas faz partes. Trata-se de heterolimitação da atuação judicial, incidente sobre os atos e formalidades do processo, operada pelo atuar legítimo das partes no espaço de autonomia que o ordenamento processual lhes assegura. O juiz se vincula porque tem o dever de aplicar a norma convencional, seja quando a regra do acordo conformar o procedimento, seja para dar cumprimento à avença nos casos em que outros sujeitos tiverem que adimplir. Afinal, no Estado de Direito (rule of law) não é só a norma legislada que deve ser aplicada pelo juiz, mas também a norma convencional definida no limite da autonomia privada”.²⁶⁹

No mesmo sentido, NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY:

“Deveres e responsabilidade do juiz no negócio jurídico processual. O juiz tem o dever de analisar o negócio jurídico processual e lhe conceder validade e eficácia no processo, se presentes os requisitos formais e materiais para tanto”.²⁷⁰

sentido, Johann Julius Wilhelm von PLANCK. *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, v. 1, München: C.H. Beck, 1896, p. 81.

²⁶⁹ Antonio do Passo CABRAL. *Convenções processuais*, Salvador: JusPodivum, 2016, n. 4.3.2, p. 226.

²⁷⁰ Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código de Processo Civil Comentado*, 16.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, coment. 16 CPC 190, p. 763. Ainda neste sentido: “A homologação, pelo juiz, da transação, de acordo com o § 278 abs. 6 s. 2 do ZPO, somente pode ser rejeitada caso o conteúdo da transação seja contrário aos bons costumes ou a alguma lei”. Lennart Friedemann SCHRAMM. *Richterliche Pflichten und Haftung beim*

Superada, em nosso ponto de vista, a ideia de que a tutela jurisdicional é entregue ao Estado-juiz, tornando todos os direitos que dizem de perto com a pretensão processual públicos e inderrogáveis, restam-nos apenas uma conclusão: ao juiz da causa não é dada discricionariedade para interferir em negócio jurídico processual que verse sobre formação e desenvolvimento do processo. Critérios como conveniência, oportunidade, celeridade e facilidade não podem ser considerados padrões normativos a embasar o controle do negócio jurídico processual.

Ora, se abandonamos a ideia de que entregue a jurisdição ao Estado cabe exclusivamente ao juiz a tarefa de dizer o direito, retiramos dele o monopólio sobre a condução do plano processual. Os atos processuais não são feitos para ele, mas sim para o processo.

Nesse sentido, a letra do CPC190 e 191, permitindo às partes dispor sobre o procedimento – até então proibido pelo ordenamento processual –, coloca às claras o problema ainda pouco enfrentado pela doutrina processualista: a quem pertence o processo?

Com o novo CPC não se pode mais afirmar que ao Estado-juiz é dado o monopólio da condução processual. Fazê-lo significa negar vigência ao CPC 6.º, 190, 191 e 200, ao menos.

Permitir ao juiz decidir sobre se dá ou não eficácia a determinado negócio jurídico processual que verse sobre formação e desenvolvimento do processo a partir de critério como o da conveniência ou da facilidade/dificuldade que terá na condução de processo com rito

Prozessvergleich der ZPO. Berlin: Duncker & Humblot, 2015, p. 48. No original: “Die gerichtliche Feststellung des Zustandekommens des Vergleichs nach § 278 Abs. 6 S. 2 ZPO sei also nur dann abzulehnen, wenn der Inhalt des Prozeßvergleichs gegen die guten Sitten oder gegen ein gesetzliches Verbot verstoße”.

procedimental customizado, seria abandonar a conquista do direito de promoção de reaproximação do Estado e do cidadão para fomento da democracia.

Embora ao juiz não se confira discricionariedade alguma para aferir a conveniência ou não da customização do procedimento querida pelas partes naquela lide específica, o fato incontestável é que o negócio jurídico realizado no processo, e com efeitos para o processo, desperta no julgador a necessidade de conhecer seus limites, seus deveres e poderes na condução do processo e isso, queiramos ou não, introduz um componente novo, antes desconhecido, na teoria do negócio jurídico e na tarefa judicante.

Voltamos, nesse ponto, ao trecho citado no item 3.1 de ROSA MAIRA DE ANDRADE NERY, que identificou nova função ao magistrado frente ao negócio jurídico processual. O exercício da autoridade deixa de ser a partir da ideia de dádiva ao súdito, como ocorre no Estado-juiz detentor do processo. Ao contrário, o juiz aproxima-se das partes, fazendo com elas necessária interlocução para que – como disseram os americanos – aumentem sua percepção de justiça, já que seriam elas protagonistas que também constroem a decisão e não antagonistas (ao Estado-juiz) que aguardam a decisão.²⁷¹

É precisamente este o novo paradigma interpretativo do negócio jurídico processual que propomos nesta tese.

3.5.1. Recusa da aplicação do negócio jurídico processual em caso de nulidade

²⁷¹ Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Fatos processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócio jurídico processual (unilateral e bilateral). Transação in* Revista de Direito Privado n. 64, São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez, 2015, p. 270.

A forma de controle do negócio jurídico processual depende, obviamente, da natureza do eventual vício. Nesse passo, para vícios que impliquem nulidade absoluta do negócio jurídico a consequência do controle será diversa daqueles vícios que permitam convalidação ou modificação capaz de devolver-lhes validade para que produzam efeitos plenos e lícitos.

Nos termos do CPC 190 § ún., o juiz recusará aplicação nos casos de nulidade do negócio jurídico processual. Em nosso interpretar, a nulidade de que trata o referido texto legal é aquela **absoluta**. Para os casos de nulidade relativa (casos de anulabilidade), o controle deve ser de outra ordem – que analisaremos no próximo item (3.5.2).

Dizemos que a recusa só pode se dar nos casos de nulidade absoluta também porque o CPC 190 § ún. segue afirmando que deverá ser negada a aplicação nos casos de inserção de abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

É o CDC quem diz que a inserção de cláusula abusiva em contrato de adesão é absolutamente nula. O *caput* do CDC 51 aponta serem **nulas de pleno direito** os contratos que estabeleçam obrigações abusivas que coloquem o consumidor em situação de desvantagem exagerada. (CDC 51 III)

A nulidade absoluta do negócio jurídico processual pode ser declarada incidentalmente no processo pelo juiz que, por conseguinte, negar-lhe-á aplicação. A declaração de nulidade pode ser feita de ofício ou a requerimento da parte.

Nesse sentido:

*“Tratando-se de vício caracterizador de nulidade (como tal se deve considerar também a ‘inserção abusiva em contrato de adesão ou no qual alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade’), o CPC 2015 reafirmou o que já consta do sistema do Código Civil (art. 168): o tema pode e deve ser conhecido de ofício pelo juiz (ou a requerimento da parte, incluindo-se aí o Ministério Público). Isso deverá ocorrer incidentalmente no processo em que o conteúdo no negócio for apresentado ao magistrado, isto é, do processo que deveria ser redigido pelo ato das partes. Dentro do processo, não há dever de o juiz eliminar a integralidade do negócio, de sorte a já adiantar eventuais invalidades que pudessem dizer respeito a atos ou posições jurídicas futuras e, portanto, ainda eventuais. O controle há que ser feito em correspondência com a fase processual, justamente porque não há preclusão sobre o tema e porque, no momento de aplicar a regra, o juiz deixará de o fazer se entender que ela, por qualquer razão, é inválida. Nos tribunais, suposto haja margem para convenção que abranja essa fase, mesmo à míngua de regra expressa, parece lícito aceitar que o controle será feito pelo relator, cuja decisão ficará sujeita à revisão pelo colegiado. Nesse particular, ao menos como regra, não haverá interesse processual para demanda cujo objeto seja exclusivamente a declaração de nulidade – total ou parcial – do negócio. Compete à parte – seja autora ou ré – alegar a nulidade de forma incidental, submetendo ao juiz da causa, que funcionalmente competente – com a exclusão de qualquer outro – para determinar se e quais as regras processuais a reger a respectiva atividade. Não há utilidade para a invalidação autônoma, inclusive sob a ótica estatal. De demanda autônoma só se poderá excepcionalmente considerar se a cognição necessária para a apuração do vício – por exemplo simulação – exigir processo cujo objeto seja exclusivamente a apuração da nulidade ”.*²⁷²

²⁷² Flávio Luiz YARSHELL. *Convenção das partes em matéria processual : rumo a uma nova era ?* in Antonio do Passo CABRAL e Pedro Henrique NOGUEIRA (coords). *Negócios Processuais*, Salvador: JusPodivm, 2015, n. 15, p. 77.

O Enunciado 42 da ENFAM afirma que *“não será declarada a nulidade sem que tenha sido demonstrado o efetivo prejuízo por ausência de análise de argumento deduzido pela parte”*.

Acreditamos que o referido enunciado está em total consonância com a afirmação de PETER SCHLOSSER no sentido de que se deve preservar ao máximo a vontade das partes (*in dubio pro libertate*). Também por essa razão, entendemos que os casos de anulabilidade merecem tratamento distinto da recusa (ao menos imediata) de aplicação dada aos casos de nulidade absoluta.

3.5.2. Controle da validade do negócio jurídico processual em caso de anulabilidade

No ambiente em que se realiza o negócio jurídico anulável, o sistema jurídico deixa, ao talante das partes interessadas, o direito de postular, por ação própria, a invalidade relativa do ato, para desconstituí-lo. Enquanto não anulado por sentença judicial transitada em julgado (CC 177) o ato ou negócio anulável produz efeitos desde que é perpetrado.

É necessário, portanto, que a anulabilidade seja deduzida mediante pedido e só pode ser reconhecida se houver pretensão anulatória (desconstitutiva) ajuizada:

“Seu exame depende de alegação do interessado e não pode ser proclamada de ofício. Como só produz efeito depois de declarada pro sentença (CC 177), não pode ser alegada como exceção substancial (defesa), pois tem de ser objeto de ação (pedido principal). Proclamada a anulabilidade por sentença transitada em julgado, essa anulação produz efeitos a partir do trânsito em julgado (ex nunc),

*conservando-se válidos e eficazes os atos praticados anteriormente à anulação. Anulado o ato por sentença, as partes voltam ao seu estado anterior, mas os atos praticados desde o ato anulável até sua proclamação judicial permanecem válidos e eficazes, resguardando-se direitos de terceiros”.*²⁷³

No mesmo sentido:

*“a iniciativa do interessado, neste caso, é indispensável (...) Ademais, a via autônoma é necessária porque o objeto do processo enseja cognição própria, que dificilmente se coordenaria com a cognição do objeto de outra demanda (essa última fundada na controvérsia do direito material)”.*²⁷⁴

A impossibilidade de reconhecimento de ofício da anulabilidade pelo juiz e a necessidade de ajuizamento ação própria, constitutiva negativa, dão conta da força que o ordenamento jurídico empresta ao direito dos sujeitos de se autorregularem. A presunção é óbvia, mas merece ser expressa. Os negócios jurídicos foram feitos para serem cumpridos.

Dessarte, se os vícios forem de menor gravidade (que tornam o negócio anulável) e comportem convalidação (se essa for a vontade das partes), o negócio se convalida e não pode ser desfeito.

Se, ao contrário, a parte prejudicada insistir no desfazimento do negócio, a lei determina a necessidade de ajuizamento de ação própria para sua desconstituição, dando efeitos *ex nunc* para a

²⁷³ Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código Civil Comentado*, 11.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, coment. 2 CC 177, p. 547.

²⁷⁴ Flávio Luiz YARSHELL. *Convenção das partes em matéria processual : rumo a uma nova era ?* in Antonio do Passo CABRAL e Pedro Henrique NOGUEIRA (coords). *Negócios Processuais*, Salvador: JusPodivm, 2015, n. 16, p. 77.

sentença transitada em julgado nesse sentido e, portanto, os atos praticados até o trânsito em julgado da anulação são válidos e eficazes, resguardando-se, ainda, direitos de terceiros.

A mesma lógica deve ser aplicada aos negócios jurídicos processuais.

Ter em mente a ideia de que se deve preservar, o quanto possível, a vontade declarada das partes para a criação de regras processuais para si é não distanciar o controle da validade dos negócios jurídicos processuais dos negócios jurídicos de direito material puro.

Com isso queremos dizer que nada há de diferente no controle do negócio jurídico processual. Estão ao alcance do juiz neste negócio, os mesmo mecanismos que sempre utilizou para verificar a constitucionalidade, validade de qualquer outro negócio. Utiliza-se de parâmetros constitucionais e das cláusulas gerais que lhe são consectárias, seja no direito civil em geral, seja na análise de suas particularidades no ambiente processual.

É o que PETER SCHLOSSER já falava sobre a limitação da liberdade de criação de regras em um (direito civil) ou em outro (direito processual civil) sistema. A única diferença é a maior familiaridade dos operadores do direito com as limitações, principalmente no direito de obrigações, serem impostas por cláusulas gerais, abertas. No processo civil faltam cláusulas gerais (ou ao menos falta maior atenção do operador do direito para com elas) que regulem a disposição consensual das partes²⁷⁵.

Se, conforme afirmamos neste estudo, o negócio jurídico processual tem natureza dúplice, porque tutela direito material puro e direito material processual a um só tempo (item 3.3, nota 235), de rigor

²⁷⁵ Peter SCHLOSSER. *Einverständliches Parteihandeln im Zivilproceß*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1968, § 1.º, II, p. 11.

imaginar que no controle do negócio jurídico processual o juiz tenha de estar atento ao regime de validade de um (civil) e de outro (processo civil) sistema.

Nesse sentido, ANTONIO DO PASSO CABRAL:

*“em se tratando de controle judicial das convenções processuais, e portanto já tendo sido ajuizada a ação e formada a relação processual, o negócio jurídico vê seus efeitos serem processualizados. Neste sentido, parece-nos adequado que se aplique, ao juízo da invalidação realizado pelo juiz, o sistema de formas e invalidades processuais, e não apenas as regras de direito material. Uma das repercussões mais relevantes deste vetor aplicativo é a possibilidade de convalidação ou aproveitamento das convenções processuais se suprido o vício, se sanada a manifestação da vontade, se complementada a inobservância da forma ou se atingido o escopo pretendido pela parte com a prática do ato (instrumentalidade das formas). A pedra de toque deve ser a regra de que não se deve pronunciar nulidade sem prejuízo (art. 282 § 2º e 283, parágrafo único, ambos do CPC/2015)”.*²⁷⁶

Ainda, FLAVIO LUIZ YARSHELL:

“Os vícios geradores de anulabilidade do negócio processual são arrolados pela lei civil, cujo regime jurídico deve ser observado. (...) O caráter híbrido da situação – que envolve direito material e o processual – fica consideravelmente evidente. De um lado, há vício em negócio jurídico sob a ótica dos requisitos exigidos pelo direito material. Contudo, invalidade o negócio significa invalidar atos processuais e, para tanto, é preciso considerar o regime do CPC: a) a invalidade de um ato não prejudica outros que eventualmente sejam

²⁷⁶ Antonio do Passo CABRAL. *Convenções processuais*, Salvador: JusPodivum, 2016, n. 5.3.3, pp. 254/255.

independentes; b) não se reconhece invalidade quando se puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveita a decretação daquela; c) aproveitam-se os atos, ainda que desconformes ao modelo legal, desde que não haja prejuízo à defesa de qualquer das partes (CPC, artigos 279 e 280)”.²⁷⁷

Sendo o negócio jurídico processual celebrado no ou para o processo, os vícios que o tornam anulável (vícios materiais) terão efeitos processuais, exigindo daquele que promove o controle do negócio jurídico processual atenção redobrada.

Portanto, o negócio anulável pode ser confirmado (CC 172)²⁷⁸ e o ato processual anulável pode ser repetido ou retificado (CPC 282); a invalidade parcial de um negócio não prejudicará a parte válida, se esta for separável (CC 184) e a invalidade de uma parte do ato processual não contaminará as outras que delas sejam independentes (CPC 281), etc.

Não se trata, apenas, de dar efetividade à instrumentalidade das formas no processo (CPC 277). Tal será, eventualmente, a consequência processual do reconhecimento do vício que torna o negócio jurídico processual anulável (vício material).

²⁷⁷ Flávio Luiz YARSHELL. *Convenção das partes em matéria processual : rumo a uma nova era ?* in Antonio do Passo CABRAL e Pedro Henrique NOGUEIRA (coords). *Negócios Processuais*, Salvador: JusPodivm, 2015, n. 16, pp. 77/78.

²⁷⁸ “Não há motivo para entender que o novo Código não quis abarcar a ratificação uma vez que preferiu referir-se à confirmação, pois, se o negócio é anulável por incapacidade relativa, tanto poderá ser confirmado pelo então relativamente incapaz, quando atingir a maioria, como ratificado, por seu assistente antes disso. Quando se tratar de nulidade relativa por vício da vontade, o ato de confirmação deverá ocorrer depois de se achar o agente isento para consentir, porque, do contrário, a eiva perdurará”. Nestor DUARTE in Ministro Cezar Peluzo (coord.) *Código Civil Comentado*, 10.^a ed., Barueri: Manole, 2016, omentário ao CC 172, p. 113.

Isso porque o que a instrumentalidade das formas pretende combater é o *formalismo* – ligado ao processo²⁷⁹ – mas ela não regula a validade do direito material que se veicula no processo.

O trabalho de controle da validade do núcleo do negócio jurídico processual demanda, em verdade, correto manejo das técnicas de confirmação, ratificação, convalidação ou modificação do negócio jurídico para devolver-lhe validade e para que passe a produzir, lícitamente, os efeitos queridos pelas partes.

A superação do vício do negócio jurídico pode se dar de duas maneiras: ou por vontade expressa das partes (CC 173) ou por pronunciamento judicial – ou arbitral –, hermenêutico-integrativo.

Para a tentativa de convalidar o vício da invalidade relativa, as partes podem se interessar pela manutenção do que foi pactuado, superando, de forma expressa ou tácita, a invalidade que maculava a avença. A forma tácita de convalidação, em regra, se manifesta pela livre execução do negócio por quem efetivamente tinha o direito de invocar-lhe a anulabilidade.

O negócio jurídico perpetrado por pessoa relativamente incapaz, por exemplo, se vier a ser executado regularmente por ela, quando já investida de plena capacidade de exercício, imediatamente evidencia a convalidação tácita e a disposição do contratante de não postular por ação desconstitutiva o seu desfazimento. Trata-se, pois, de convalidação por *comportamento* das partes, ou seja, por manifestação tácita de vontade das partes.

²⁷⁹ “**Formalidade e formalismo.** O juiz deve desapegar-se do formalismo, procurando agir de modo a propiciar às partes o atingimento da finalidade do processo. Mas deve, obedecer às formalidades do processo, garantia do Estado de Direito”. Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código de Processo Civil Comentado*, 16.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, coment. 3 CPC 277, p. 893.

Nesse sentido, poder-se-ia imaginar que o juiz da causa, percebendo a existência de vício sanável do negócio jurídico, poderia concitar as partes a convalidá-lo, providencia que impediria a superveniência de ação anulatória durante o curso do processo. Se essa vier a ser a vontade das partes (a convalidação), não é dado ao juiz discordar, ou recusar a aplicação do negócio jurídico, antes anulável e, então, convalidado.

Em outro cenário, imagine-se que uma das partes postule no processo a eficácia de negócio jurídico processual viciado e a outra pretenda sua não aplicação, ante a anulabilidade do negócio. A primeira solução que vem à mente é a rejeição do pedido de não aplicação do negócio jurídico viciado já que o sistema prevê a produção de efeitos para negócios jurídicos anuláveis e a necessidade de pedido de anulabilidade deduzido em ação própria, não bastando sua alegação como matéria de defesa.

É, sem dúvida, uma solução juridicamente correta. Na hipótese de ajuizamento de ação autônoma em que seja pleiteada a anulação de tal negócio jurídico o juiz deverá suspender a demanda onde ele seria aplicado, em razão de prejudicialidade externa.

Mas imaginemos, neste mesmo exemplo, que a parte não ajuíze ação de anulabilidade do negócio jurídico processual, mas alegue que pretende a aplicação parcial do negócio jurídico viciado, ou ainda, sua aplicação em distintos termos daqueles constantes do negócio.

Imaginemos, ainda, que a parte a quem prejudique o vício não ajuíze ação de anulabilidade do negócio jurídico processual, apenas alegue que tal negócio é viciado. Que a parte não tenha, como na hipótese do parágrafo anterior, pretendido nada com tal alegação, mas o juiz observe a possibilidade de *confirmação* do negócio.

Aqui vale lembrar a distinção entre ratificação e confirmação. A confirmação, nos termos do CC 172, situa-se no plano da

validade do negócio jurídico, enquanto a ratificação situa-se no plano da eficácia.

Ensina RUI DE ALARCÃO que a ratificação “*é o ato pelo qual, na representação sem poderes ou com abuso no seu exercício, a pessoa em nome de quem o negócio é concluído declara aprovar tal negócio, que doutro modo seria ineficaz com relação a ela*”.²⁸⁰ Ou seja, o negócio ratificado é válido, mas apenas ineficaz quanto ao dono do negócio que, ao ratificar referido negócio, o torna eficaz relativamente a ele próprio.

Já o conceito de confirmação é dado por NELSON NERY JR. E ROSA MARIA DE ANDRADE NERY: “*o instituto da confirmação do negócio jurídico anulável tem por objetivo aproveitar o negócio jurídico inválido (anulável), conservando o que quiseram as partes quando o celebraram. Pela confirmação integra-se o negócio jurídico, dando-se validade àquilo que as partes teriam contratado, se pudessem prever a anulabilidade. Dá-se a substituição de um negócio (anulável) por outro (confirmado ou sucedâneo)*”.²⁸¹

Acrescenta MANOEL AUGUSTO VIEIRA NETO: “*o ato viciado transita para a classe dos atos válidos*”.²⁸²

O negócio jurídico inválido (anulável) pode ser confirmado, pois, pelas próprias partes (CC 172) ou por pronunciamento judicial – ou arbitral – hermenêutico-integrativo. Demos acima ambos os exemplos: o pedido da parte de recepção do negócio inválido em termos distintos (a sugerir o pedido de confirmação, ou seja, de dar validade àquilo que gostaria de ter contratado se pudesse prever a anulabilidade), ou a situação em que a parte simplesmente alega vício anulável e o juiz antevê

²⁸⁰ Rui Nogueira Lobo de ALARCÃO E SILVA. *A confirmação dos negócios anuláveis*, Coimbra: Atlântida, 1971, v I, 1971, § 2.º, n. 19, p. 118.

²⁸¹ Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código Civil Comentado*, 11.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, coment. 3 CC 172, p. 544.

²⁸² Manoel Augusto VIEIRA NETO. *Ineficácia e convalidação do ato jurídico*, São Paulo: Max Limonad, 1964, n. 28, p. 133.

possibilidade de aproveitamento do negócio jurídico inválido, integrando-o, para devolver-lhe validade.

Na segunda hipótese, o juiz integra a relação jurídica das partes, autorizado pela possibilidade que o ordenamento jurídico lhe dá de aplicação de textos normativos abertos, que necessitem de construção elaborada da norma (*tarefa concretizante do direito*) no caso concreto. Textos normativos como o CC 421, 422, 479 (que admite modificação *ex officio* das condições do contrato para evitar sua resolução), 112, entre tantos outros postos à disposição do juiz para o controle de validade do negócio jurídico poderão socorrer o juiz nessa tarefa.

Tal pronunciamento chamamos de *determinativo*.²⁸³ Na decisão determinativa o juiz ***integra*** a relação jurídica. Assim sendo, por determinação judicial e por um comando exterior à vontade das partes (o texto legal de conteúdo impreciso), projete-se no mundo fenomênico do direito uma ***causa nova*** que enseja (e, assim, obriga) a formação de relações jurídicas intersubjetivas.

Novamente o conceito de causa a ajudar na superação de vício anulável. Afinal, “*a causa é que individualiza o contrato e que delimita sua essência. É a causa que delinea a juridicidade ou injuridicidade, a licitude ou a ilicitude do contrato*”.²⁸⁴

A respeito, TORQUATO CASTRO: “*A causa como elemento de individualização dos contratos, abre campo para verdadeira construção científica dêsses atos, já agora vistos em si mesmos, em sua unidade existencial. Todo o problema técnico e prático dos contratos inominados, tôda dogmática da nomação dos contratos, todo o tema da **unidade e pluralidade** dos contratos – o concurso, e a*

²⁸³ Sobre a sentença determinativa: Carmen Lígia NERY. *Decisão judicial e discricionariedade: a sentença determinativa no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, *passim*.

²⁸⁴ Nelson NERY JR. e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código Civil Comentado*, 11.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, coment. 36 CC 104, pp. 470/471.

*conexão objetiva ou funcional dos contratos – são dominados por essa noção jurídica, tão útil quanto fundamental”.*²⁸⁵

O papel do juiz é *integrativo* pelo fato de que modifica a relação jurídica anteriormente estabelecida, não para sujeitar as partes **às consequências jurídicas impostas na sentença** – (atividade substitutiva típica da sentença constitutiva), mas sim para “participar” do **momento da criação** do direito e/ou da obrigação. Nos casos de pronunciamento determinativo o juiz é convidado a integrar a relação ou situação jurídica no momento de seu surgimento e nela interferir para determinar o conteúdo ou a extensão da obrigação assumida ou do direito (ou, ainda, da expectativa do direito) adquirido.²⁸⁶ Aqui, a atividade jurisdicional tem nítido condão de

²⁸⁵ Torquato Castro. *Da causa no contrato*, Recife: Oficinas gráficas do Jornal do Commercio, 1947, p 74.

²⁸⁶ Quem melhor disserta sobre a diferença existente entre a sentença constitutiva e a sentença determinativa, ainda que com a mentalidade de quem escreve em 1903, é Wilhelm KISCH. Explica o autor que quando profere sentença constitutiva, o juiz dá efetividade ao tipo legal, enquanto que a prolação da sentença determinativa é um fato dependente da relação jurídica criada fora do processo. Assim, é necessário sair do ambiente “extraprocessual” para chamar à vida determinada eficácia jurídica. Nesses termos, na sentença constitutiva apenas um momento é marcante: o momento da prolação da sentença. De outra forma, na sentença determinativa, dois são os momentos marcantes: a) o extraprocessual (a criação da obrigação) e b) a sentença que delimita a dimensão da obrigação anteriormente criada. Ademais, a sentença constitutiva admite significado negativo (sentença desconstitutiva), enquanto a sentença determinativa está sempre direcionada a uma atitude positiva, de determinação. Seria ilógico pensar em sentença “indeterminativa”! Dar a dimensão, precisar o alcance do conteúdo ou de um elemento da relação jurídica controvertida só será possível se o juiz estiver autorizado a “interferir” no caso concreto. Por fim, a sentença constitutiva normalmente tem eficácia *ex nunc*, enquanto a sentença determinativa tem, sempre, eficácia *ex tunc in* Wilhelm KISCH. *Beiträge zur Urteilslehre*, Leipzig: Hirschfeld, 1903, § 5.º, II, pp. 112/115. Confirma-se alguns trechos do original: “*Das konstitutive Erkenntnis ist, vom Standpunkte des materiellen Rechts aus betrachtet, der entscheidende, für sich allein wirksame Thatbestand. Das festsetzende Urteil dagegen ist eine bestimmte Rechtswirkung hervorzurufen. Jenes stellt sich in Gegensatz zu der bisher gegebenen Rechtslage, indem es dieselbe, sei es ganz sei es doch in einzelnen Beziehungen, verändert. Dieses dagegen vervollständigt den bereits gegebenen Rechtszustand, indem es ihn rücksichtlich seines Umfangs ergänzt*” (Wilhelm KISCH. *Beiträge zur Urteilslehre*, Leipzig: Hirschfeld, 1903, § 5.º, II, p. 112) “*Das konstitutive Urteil hat regelmässig negative Bedeutung. Es beseitigt eine bisher gegebene rechtliche Beziehung. Ein positiver Inhalt ist zwar begrifflich nicht ausgeschlossen, aber aus Gründen praktischer Gestzende Urteil dagegen ist mit Begriffsnotwendigkeit auf etwas Positives gerichtet, nämlich Bestimmung des masses einer geschuldeten Leistung*” (Wilhelm KISCH. *Beiträge zur Urteilslehre*, Leipzig: Hirschfeld, 1903, § 5.º, II, n. 1, p. 114) e “*Das konstitutive Urteil wirkt, weil es eine Änderung der bestehenden Rechtslage selbst erst herbeiführt, regelmässig ex nunc. Das Festsetzungsurteil dagegen, elches die schon ausserhalb des Prozesses begründete Leistungspflicht lediglich mit*

interferência na liberdade do sujeito de **gerar** regras particulares no ordenamento jurídico, em razão de determinadas peculiaridades que o negócio jurídico apresenta.

Veja-se a diferença que se vislumbra entre decisão desconstitutiva (de ação autônoma que pleiteia a anulação de negócio jurídico viciado) e a decisão determinativa:

Nos casos de pretensão anulatória do negócio jurídico (v.g. negócio viciado por erro) está-se diante de possibilidade de prolação de sentença constitutiva (que pode ser positiva ou negativa). Nesses casos, a incidência do *jus dicere* apresenta-se como consequência da CAUSA da obrigação. Não mais para apenas declarar a inexistência (ou existência) invalidade (ou validade) absoluta do negócio jurídico, mas para corrigir a ocorrência de uma invalidade relativa, ou para resolver, resilir ou redibir um negócio que houvera se aperfeiçoado com mácula intrínseca à vontade contemporânea de sua formação (para o exemplo dado, ação de anulabilidade por erro) ou perceptível na fase de sua execução (v.g. ação rescisória por vício redibitório). Nessas hipóteses, típicas de correção por meio de sentença constitutiva, o comando jurisdicional enfrenta, ainda, a consequência da CAUSA de uma obrigação e sua eficácia virá a ser modificada por consequência da desconstituição da base subjétiua do negócio.

A sentença determinativa, entretanto, contém peculiaridade que todas essas outras não tem. O *jus dicere* é mais amplo porque atinge de forma integrativa a vontade do agente quanto à própria existência e/ou validade do negócio jurídico para, ao complementar o negócio, integrando a vontade das partes, alterar-lhe a eficácia, como

Bezug auf ehren Umfang ergänzen soll, muss mit logischer Notwendigkeit rückwirkende Kraft besitzen” (Wilhelm KISCH. Beiträge zur Urteilslehre, Leipzig: Hirschfeld, 1903, § 5.º, II, n. 3, p. 114).

consequência da alteração da causa. Não qualquer alteração por consequência de reconsideração do conteúdo volitivo das partes, mas de efetiva integração pelo juiz no suporte subjetivo do texto normativo privado (o contrato), causando por decorrência disso a modificação de sua eficácia. É para esse fim específico: o da MODULAÇÃO da CAUSA do negócio jurídico, que se presta a sentença determinativa.

Em suma: as sentenças declaratória, constitutiva ou condenatória não dão ao magistrado o poder de tornar o negócio CAUSADO por algo diverso da vontade privada. Quando se vê que o *jus dicere* atinge esse espectro de abrangência (e essa hipótese se mostra pela aplicação de textos normativos abertos que permitem o controle de validade do negócio jurídico), se está possivelmente diante da hipótese de prolação de decisão determinativa, porque da vontade das partes, integrada pelo comando jurisdicional *determinativo*, nascerá um novo texto normativo privado (negócio jurídico) e integrado, existente e válido, tão jurígeno quanto a vontade gerada à luz da autonomia privada, capaz de produzir normas privadas com eficácia diversa – mais ampla, menos ampla – diferente da CAUSADA pela vontade jurígena das partes. Isto se dá como forma de correção de anomalias do negócio jurídico, nos termos da lei (CC 2035 par. ún.), exclusivamente por virtude da aplicação de cláusulas gerais.

Veja-se que tal distinção (entre as decisões declaratórias, constitutivas, condenatórias e determinativas) é de suma importância para o negócio jurídico processual. Se apenas a decisão determinativa é capaz de interferir diretamente na causa do negócio jurídico (e não apenas nas consequências da causa, como são as demais) o seu pronunciamento incidental no processo pode confirmar negócio jurídico inválido e permitir que, agora integrado e inteiramente válido, produza efeitos na lide principal.

O negócio jurídico processual não pode fugir, portanto, da mesma lógica interpretativa a que se submetem todos os demais negócios jurídicos. A diferença, em alguns casos, é que essa integração pode se dar

imediatamente, no curso do processo onde se pretende a eficácia do negócio jurídico.

3.6. Execução e inexecução do contrato e sua repercussão no processo

Outro aspecto que também demanda consideração respeita à execução efetiva do contrato que as partes celebraram no processo, sobre como, eventualmente, se deva dar a execução forçada de seus termos. Evidentemente, o contrato celebrado no curso do processo confere às partes maior segurança quanto a sua existência, validade e eficácia e, também por isso, confere maior confiança para as partes que o celebram.

Cumprido ressaltar que a inexecução negócio jurídico processual terá diferentes contornos, conforme seja celebrado apenas pelas partes ou se dele participa o juiz como parte, também se comprometendo a um fazer, próprio de sua função, como o prevê o CPC 191. Por óbvio que a inexecução de contrato celebrado apenas entre as partes será noticiado ao juiz da causa que deverá deliberar sobre esse fato, conforme as partes tenham previsto na avença, ou, na falta dela, de acordo com a legislação vigente.

Se, de outra forma, o descumprimento da obrigação for perpetrado pelo juiz (parte do negócio), a quem devem as partes noticiar o inadimplemento? Podem as partes de tal negócio jurídico processual (autor, réu e juiz) convencionar sanções para tal descumprimento? Se não houver convenção nesse sentido, podem as partes (autor e réu) pretender tal sanção?

Ainda, o descumprimento de obrigação pela(s) parte(s) pode provocar imediata execução forçada do negócio, não tendo a parte o direito de submeter suas razões de inconformismo a outro juiz, a tempo de evitar o cumprimento *incontinenti* da avença que veio a merecer resistência.

Tal ocorrerá em duas hipóteses: se a sanção para o inadimplemento estiver prevista no negócio jurídico processual e o juiz mandar executar a sanção imediatamente, para impor ao faltoso as consequências de seu inadimplemento, ou se não houver previsão sancionatória e, mesmo assim o juiz impuser, imediatamente, sanção a quem descumpriu obrigação prevista em negócio jurídico processual

Isso dá sinal da existência de outro fator relevante, quanto aos aspectos do poder do juiz do processo e quanto à análise e execução forçada dos termos da avença, impondo-se compreender que nesses casos a liberdade de contratar sofre um constrangimento que não se verifica em outras ocasiões de teorização do negócio jurídico: é como se o negócio jurídico merecesse sempre uma tutela, muito próxima e vigilante de sua funcionalidade e conteúdo.

O tema ainda não foi objeto de debate nem na doutrina, tampouco na jurisprudência. O execução ou inexecução de negócio jurídico processual é matéria tão rica de hipóteses e desdobramentos que mereceria uma tese de doutorado dedicada exclusivamente a ela.

CONCLUSÃO

Esta tese não foi estruturada para que pudesse, ao final, apresentar as conclusões do estudo realizado. À medida que os raciocínios se desenvolviam, também as conclusões sobre eles eram apresentadas ao longo do trabalho.

Nossa proposta de leitura constitucional adequada para a autonomia privada no processo civil pretendeu despertar no leitor perguntas a respeito de máximas em torno do tema, repetidas sem maiores reflexões sobre por que se tornaram máximas.

Tentamos apresentar parâmetros constitucionais e filosóficos seguros para que se pudesse confortar tais máximas. Desenvolvemos ao longo do trabalho encaixe, a nosso ver mais adequado, para temas como interesse público X interesse privado, cogência das regras processuais, tensão entre autonomia privada e autoridade.

Não pretendemos, contudo, elencar exaustivamente – até porque impossível – todas as hipóteses em que se pode celebrar negócio jurídico processual, todos os limites para tal celebração ou mesmo todas as formas de controle postas à disposição do juiz para o manejo do negócio jurídico processual no processo.

De forma distinta, pretendemos apresentar elementos mínimos para contribuir com o a análise constitucional adequada para o instituto do negócio jurídico processual. Apesar de a doutrina estrangeira trabalhar o tema de há muito – há registros de monografias alemãs do final do século XIX –, aqui no Brasil a celebração de negócio jurídico processual merece maior debate tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, 2.^a ed., São Paulo: Mestre Jou, 1982.

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

AGUIAR JUNIOR Ruy Rosado de. *Projeto do Código Civil – As obrigações e os contratos* in *Revista dos Tribunais* n. 775, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ALARCÃO E SILVA, Rui Nogueira Lobo de. *A confirmação dos negócios anuláveis*, Coimbra: Atlântida, 1971, v I, 1971.

ALPA, Guido. *Corso di diritto contrattuale*, Padova: CEDAM, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Diogo de Freitas do. *Curso de direito administrativo*, v.2., Coimbra: Almedina, 2001.

ANDRADE, Manoel A. Domingues. *Teoria geral da relação jurídica*, v.II, Coimbra: Almedina, 1974.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo* in Daniel Sarmiento (coord.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARENS, Peter. *Mündlichkeitsprinzip und Prozeßbeschleunigung im Zivilprozeß*,

Berlin: J. Schweitzer, 1971.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 9.^a ed., 2005.

_____. *Da jurisdição – Estado de Direito e função jurisdicional* in Luiz Rodrigues WAMBIER e Teresa Arruda Alvim WAMBIER (coord.). *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ATTESLANDER-DÜRRENMATT, Agnes H.. *Der Prozessvergleich im internationalen Verhältnis*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

AVELINO, Murilo Teixeira. *A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais* (RP 246/238)

ÁVILA, Humberto. *Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular contemporâneo* in Daniel Sarmiento (coord.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*, 4.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual* in *Temas de direito processual – 3.^a série*, São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças* in *Temas de direito processual – oitava série*, São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*, 2.^a ed., Coimbra:

Almedina, 2013.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar e DIDIER JR., Fredie (coords.). *O projeto do Novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos*, 2.^a série, Salvador: JusPodivm, 2012.

BAUR, Fritz. *Einige Bemerkungen zum verfahrensrechtlichen "ordre public"* in KUMMER, Max; WALDER-RICHLI, Hans Ulrich (eds.). *Festschrift für Max Guldener zum 70. Geburtstag*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1973.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem nos termos da Lei n.º 9.307/96*, São Paulo: Atlas, 2014.

BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino: UTET, 1960.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (comentado)*, v. 1, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916.

BIANCA, Cesare Massimo. *Il contratto*, Milano: Giuffrè, 1987.

BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. *Demokratie als Verfassungsprinzip* in Josef ISENSEE e Paul KIRCHHOF (editores). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, v. I – *Grundlagen von Verfassung und Staat*, 2.^a ed., Heidelberg: C.F Müller, 1995.

BRAGA, Paula Sarno. *Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência* (RP 148/293)

BRITO, Miguel Nogueira de. *Sobre a distinção entre direito público e direito privado* in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, Lisboa: Faculdade da Universidade de Lisboa, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*, 2.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

BUCKS, René. *A Bíblia e a Ética – A relação entre filosofia e a Sagrada Escritura na obra de Emmanuel Levinas*, São Paulo: Loyola, 1997.

BUNSEN, Friedrich. *Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts*, Berlin: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1900 0(ZZP 35 [1906], p. 257 et seq.)

BÜLLOW, Oskar Von. *La teoría delas excepciones procesales y los presupostos procesales*, trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein, Lima: Ara Editores, 2008.

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

CADIET, Loïc. *Los acuerdos procesales en derechp francés : situación actual de la contractualización del processo y de la justicia en Francia*, p. 18 disponível em www.civilprocedurereview.com

CALABRESI, Guido e MELAMED, A. Douglas. *Property rules, liability, rules, and inalienability: one view of the Cathedral in Harvard Law Review*, v. 85, apr. 1972, n. 6, pp. 1089-1128. Disponível em http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3043&context=fss_papers acesso em 7.12.2016

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? – A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno in* Eros Roberto GRAU, Willis Santiago GUERRA FILHO (orgs.). *Direito constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo: Malheiros, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías, sociedad*, trad. Santiago Sentís

Melendo e Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1974.

CAPONI, Remo. *Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais* in *Revista de Processo*, vol. 228, fev/2014, São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. *Autonomia private e processo civile: gli accordi processuali. Accordi di parte e processo* in *Quaderni di Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*, n. 11, Milano: Giuffrè, 2008, traduzido para o português por Pedro Gomes de Queiroz in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. XIII, pp. 733-749, disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11932/9344> acesso em 6.12.2016

CARNELUTTI, Francesco. *Profilo dei rapporti tra diritto e processo* in *Revista di Diritto Processuale*, v. 35, n. 4, 1960.

_____. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*. 4.^a ed., Roma: Il Foro Italiano, 1941.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, 16.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Questão de facto e questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica*, v. 1, Coimbra: Almedina, 1967.

CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*, São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. *Da causa no contrato*, Recife: Oficinas gráficas do Jornal do Commercio, 1947.

CHEVRIER, Georges. *Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la*

distinction du «jus privatum» et du «jus publicum» dans les œuvres des anciens jurists français in *Archives de philosophie du droit – nouvelle série*, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952

CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civil*, v. II, 2.^a ed., Napoli: Eugenio Jovene, 1936.

_____. *Principii di Diritto Processuale*, Napoli: Jovene, 1965.

COUTURE, Eduardo. *The nature of judicial process* in *Tulane Law Review*, n. 25, dec.1950.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*, I – Parte Geral, t. I, Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Teoria Geral de Direito Civil*, 2.^a ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 1988.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *A ‘execução negociada’ de políticas públicas em juízo* in *Revista de Processo*, v. 212, São Paulo: Revista dos Tribunais, out., 2012, pp. 25-56.

_____. *Calendarização processual* in Antonio do Passo CABRAL e Pedro Henrique NOGUEIRA (coords). *Negócios Processuais*, Salvador: JusPodivm, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III, Luiz Guilherme MARINONI (dir) e Sérgio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO (coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DAVIS, Kevin E. e HERSHKOFF, Helen. *Contracting for procedure* in Antonio do Passo CABRAL e Pedro Henrique NOGUEIRA (coords). *Negócios*

Processuais, Salvador: JusPodivm, 2015.

DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão substancial do Negócio Jurídico*, Rio de Janeiro: renovar, 2001.

DIDIER JR., Fredie. *Princípio de respeito ao autorregramento da vontade no processo civil* in Antonio do Passo CABRAL e Pedro Henrique NOGUEIRA (coords). *Negócios Processuais*, Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. *Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015* in *Revista brasileira da advocacia*, v.1, São Paulo : Revista dos Tribunais, abr-jun, 2016, pp. 59/84.

DIETHER, Haas. *System der öffentlich-rechtlich Entschädigungspflichten*, Karlsruhe: Müller, 1955.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 3.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

DUARTE, Antonio Aurélio Abi Rama. *Negócios processuais e seus novos desafios* (RT 955/211)

DUARTE, Nestor in Ministro Cezar Peluzo (coord.). *Código Civil Comentado*, 10.^a ed., Barueri: Manole, 2016.

DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionel*, v. I, Paris: Fontemoing, 1927.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*, Cambridge: Harvard University Press, 1995, six.

ECKHARDT, Henry. *Die Zulässigkeit des Prozeßvergleichs im Verfassungsprozeß*, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien: Peter Lang, 2010.

ENGELMANN, Arthur. *The Roman Procedure* in Arthur ENGELMANN e outros. *A History of Continental Civil Procedure*, trad. Robert Wyness Millar, 2.^a ed., Buffalo: Willian S. Hein, 1999.

ENNECCERUS, Ludiwig. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Tübingen:, J.C.B. Mohr (Paul Giebed), 1960.

_____. *Rechtsgeschäft, Bedingung*, Marburg: R.G. Elwert'sche Verlag & Buchhandlung, 1889.

_____. *Tratado de Derecho Civil*, t. I, Parte General, v. II – primera parte, trad. A. Hernández Moreno e Maria del Carmen Gete-Alonso, 3.^a ed., Barcelona: Bosch, 1981.

ESPINOSA, Miguel Angel Bañegil. *Los Derechos de la Personalidad*, in Juan Francisco Delgado de Miguel (coord.). *Instituciones de Derecho Privado – Personas*, t. I, v. II, Madrid: Thomson Civitas, 2003.

ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts (Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen – und Interpretationslehre)*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1956.

FALZEA, Angelo. *Il Sogetto nel sistema dei fenomeni giuridice*, Milano: Giuffrè, 1939.

FIGAL, Günther. *Oposicionalidade: o elemento hermenêutico e a filosofia*, Petrópolis: Vozes, 2007.

FIN-LANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel*, Paris: L.G.D.J., 2002.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución de la antigüedad a nuestros días*, Madrid: Editorial Trotta, 2007.

FLEINDL, Hubert e HAUMER, Christine. *Der Prozessvergleich: Ein Handbuch für Rechtsanwälte und Richter*, München: Beck, 2016.

FLUME, Wener. *El negocio jurídico – Parte General del Derecho Civil*, t. II, 4.^a ed., tradução de José María Miquel González e Esther Gómez Calle, Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*, 9.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo e MILARÉ, Édis. *Manual de direito público e privado*, 20.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GABRIELLI, Enrico e LUISO, Francesco Paolo. *I contratti di composizione delle liti*, Torino:UTET, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, 4.^a ed., Petrópolis: Vozes, 2002.

GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e costituzione*, 2.^a ed., Bologna: N. Zanichelli, 1988.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional – Regras da lei 9. 307/96 e de outras legislações – normas de ordem pública em diversos sistemas – antecedentes jurisprudenciais in* Arnoldo WALD (org.). *Doutrinas Essenciais – Arbitragem e mediação*, v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Técnicas de negociação. Resolução alternativa de conflitos: ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

GIANNINI, Massimo Severo. *Profili storici della scienza del diritto*

amministrativo in *Quaderni fiorentini* diretti da P. Grossi, 1973.

GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz : o processo não cabe no 'Leito de Procusto' in* Revista de Processo, n. 235, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GÖTZE, Stephan. *Die prozessuale Behandlung von Unwirksamkeitsgründen und Änderungstatbeständen beim Prozeßvergleich*, Aachen: Shaker, Verlag, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor –comentado pelos autores do anteprojeto*, v. I, 10.^a ed, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie: entre faits et normes*, Paris: Galimard, 1997.

HÄRBERLE, Peter. *El Estado constitucional*, Buenos Aires: Editorial Ástra de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007.

_____. *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 2.^a ed., Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006.

_____. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2003.

_____. *Verfassung als öffentlicher Prozeß: Schriften zum Öffentlichen Recht*, Berlin, Duncker & Humblot,, 1978.

HEIDDEGER, Martin. *Ser y tempo*, trad. Jorge Eduardo Rivera, Madrid:

Trotta, 2003.

_____. *Identität und Differenz*, Stuttgart: Klett-Cotta, 2008.

_____. *Vom Wesen des Grundes*, Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1995.

HELDRIICH, Karl. *Die Form des Vertrages: Vorschläge zur Neugestaltung des Rechts auf Grund eines Referates* in Archiv für die civilistische Praxis [AcP], v. 147, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1941, pp. 89-129.

HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones II – De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, v. I, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

JOLOWICZ, J.A. *Active role of the court in civil litigation* in Mauro CAPPELLETTI e J.A. JOLOWICZ. *Public interest parties and the active role of the judge in civil litigation: Studies in comparative law*, Milano: Giuffrè, 1975.

JÖRS, Paul e WOLFGANG, Kunkel. *Derecho Privado Romano*, Barcelona: Editorial Labor, 1937

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 8.^a ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Teoria geral das normas*, Porto Alegre: Fabris: 1986.

KISCH, Wilhelm. *Beiträge zur Urteilslehre*, Leipzig: Hirschfeld, 1903.

KNECHT, Otto. *Die Bewisverträge im Zivilprozeß*, Freiburg im Breisgau: Rudolf Rosswog, 1937.

KOHLER, Josef. *Ueber prozessrechtliche Verträge und Creationen* in

Gesammelte Beiträge zum Civilprozess, Aalen: Scientia Verlag, 1980, reimpressão inalterada da edição de Berlin: Carl Heymanns, 1894.

KOKOTT, Juliane. *Grundrechtliche Schranken und Schranken in* Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (org.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2004, v. 1 (*Entwicklung und Grundlagen*)

KRETSCHMAR, Paul. *Der Vergleich im Prozesse: eine historisch-dogmatische Untersuchung*, Leipzig: Veit & Comp., 1896.

LANGER, Vera Isabella. *Die Funktion des Prozessvergleichs im Zivilprozessrecht: im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und Justizwährungsanspruch*, Marburg: Tectum Verlag, 2014.

LEISNER, Walther. *“Privatisierung” des Öffentlichen Rechts, Von der “Hoheitsgewalt” zum gleichordnenden Privatrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 2007.

LEVEL, Patrice. *L’arbitrabilité in Revue de l’arbitrage*, n. 2, Paris: Comité Français de l’arbitrage, 1992.

LEVI, Alessandro. *Teoria generale del diritto*, 2.^a ed., Padova: Cedam, 1967.

LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Liniamanti di teoria e ideologia del diritto*, 3.^a ed., Milano: Giuffrè, 1981, p.p 102/123. Tradução com adaptações e modificações do professor Alcides Tomasetti Jr., para suas aulas de mestrado e doutorado na USP, versão de abril de 1999.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *A privatização da técnica processual no*

projeto do novo Código de Processo Civil in Alexandre Freire e outros (org.). *Novas tendências do Processo Civil – Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*, v. 3, Salvador: JusPodivm, 2014.

MANCUSO, Sandra Regina. *O processo como relação jurídica* in *Revista dos Tribunais*, vol. 682, ago/1992, São Paulo: Revista dos Tribunais

MARTINS, Pedro Antonio Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: Sistemática e Tópica no Processo Obrigacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MATA-MACHADO, Edgar de Godói da. *Elementos da teoria geral do direito: introdução ao direito*, Belo Horizonte: Líder, 2005.

MATTOS NETO, Antonio José de. *Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da Lei de Arbitragem* in *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 122, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*, v. 1, reimpressão da 3.^a ed. de 1924, Berlin: Duncker & Humblot, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 23.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano de existência*, 18.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDONÇA, Andrea Lasmar de. *Princípios gerais do direito público* in *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 59, São Paulo: Revista dos Tribunais, nov-deez 2004.

MORAES, Walter. *Concepção tomista de pessoa. Um contributo para a teoria*

do direito de personalidade in *Revista de Direito Privado*, n. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun, 2000, pp. 187-204.

MOFFITT, Michael L.. *Customized litigation: the case of making Civil Procedure negotiable* in *George Washington Law Review*, v. 75, 2007, p. 478, disponível em <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=4871&context=expresso>, acesso em 15.12.2016.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturante o direito*, 2.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY, Ana Luiza. *Arbitragem coletiva*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY, Carmen Lígia. *Decisão judicial e discricionariedade: a sentença determinativa no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*, 11.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____ e _____. *Código de Processo Civil Comentado*, 16.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____ e _____. *Constituição Federal Comentada*, 5.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____ e _____. *Instituições de Direito Civil*, v. I, t. I – Teoria Geral do Direito Privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____ e _____. *Instituições de*

Direito Civil, v. I, t. II – Parte Geral, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. *Julgamento arbitral por equidade e prescrição* in Revista de Direito Privado, v. 45, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar 2011, pp. 323/373.

_____. *Princípios no Processo na Constituição Federal – processo civil, penal e administrativo*, 12.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Publico vs Privado? A natureza constitucional dos direitos e garantias fundamentais* in Ives Gandra Martins e Francisco Rezek (org.), *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Fatos processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócio jurídico processual (unilateral e bilateral). Transação* in Revista de Direito Privado n. 64, São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez, 2015, pp. 261/174.

_____. *Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção)*, tese (Livre-docência em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.

_____. *Aspectos da sucessão legítima* in Domingos Franciulli, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra Martins (coord). *O novo código civil – estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*, São Paulo: LTr, 2003.

_____. *Introdução à Ciência do Direito e à Teoria Geral do Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil brasileiro* in Antonio do Passo CABRAL e Pedro Henrique

NOGUEIRA (coords). *Negócios Processuais*, Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. *A cláusula geral de acordo de procedimento no projeto do novo CPC (PL 8.046/2010)* in Alexandre Reis Siqueira FREIRE e outros (org.). *Novas tendências do processo civil – estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*, Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. *Anotações sobre os negócios jurídicos processuais no Projeto de Novo Código de Processo Civil (Est. Calmon de Passos 2, pp. 580-581)*

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, 3.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio – a hermenêutica e a (in)determinação do direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PALERMO, Antonio. *Contributo alla teoria degli atti processuali*, Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1938.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 1, 19.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2.^a ed., Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

PLANCK, Johann Julius Wilhelm von. *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, v. 1, München: C.H. Beck, 1896.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte geral*, t. I, atual. Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesar Ferreira da Silva, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tratado de Direito Privado, Parte Geral*, t. II, atual. Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tratado de Direito Privado, Parte Geral*, t. III, atual. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhart Jr., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tratado de Direito Privado: Parte geral*, t. IV, atual. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhart Jr., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tratado de Direito Privado*, t. XX, atual. Nelson Nery Jr. e Luciano de Camargo Penteado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tratado das ações*, t. I, atual. Nelson Nery Jr. e Georges Abboud, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PIZZOL, Patricia Miranda. *Os princípios processuais previstos na Constituição Federal e a defesa do consumidor* in Andrea Caraciola e outras (org.). *Código de Defesa do Consumidor – 20 anos*, São Paulo: LTr, 2010

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra: Almedina, 1982.

PUGLIATTI, Salvatore. *I fatti giuridici e le loro classificazioni*, Milano: Giuffrè, 1996.

RAMSEYER, J. Mark e RASMUSEN, Eric B.. *Comparative litigation rates* in

The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series, paper n. 681, 11/2010, Disponível em http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Ramseyer_681.pdf Acesso em 11.8.2016.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*, 4.^a ed., rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *O direito e a vida dos direitos*, v. 1, 3.^a ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

REALE, Miguel. *Visão geral do novo Código Civil* in *Revista dos Tribunais* n. 808, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REDONDO, Bruno Garcia e MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais relativos a honorários advocatícios* (Coelho-Camargo. *Honorários advocatícios*, p. 120)

RIEZLER, Erwin. *Oblitération des frontières entre le droit privé et droit public* in *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert – Introduction a l'étude du droit comparé*, v. III, V^e partie – Le droit comme science sociale, Paris: Recueil Sirey/LGDJ, 1938.

ROCHA, Marcelo Hugo da. *Negócio jurídico processual e sua aplicação nas provas* (Jobim-Ferreira. *Direito probatório*, p. 531)

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires: Ejea, 1955.

ROUBIER, Paul. *Droits subjectives e situations juridiques*, Paris: Dalloz, 1963.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto,

2000.

RUBENSTEIN, William B.. *Divided we litigate: addressing disputes among group members and lawyers in civil rights campaigns* in *The Yale Law Journal*, v. 106, n. 6, pp. 1623-1681, disponível em <http://www.billrubenstein.com/Downloads/DividedWeLitigate.pdf>, acesso em 15.12.2016.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Traité de Droit Romain*, v. III, 2.^a ed., Paris: Firmin Didot, 1856.

SCALFI, Gianguido. *La sostituzione con norme cogenti della clausole di uno contratto, in corso di esecuzione, regolato inderogabilmente dalla legge. Riflessioni sui contratti imposti e su quelli a contenuto predispositosto* in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, t. I – Diritto Civile, Milano: Giuffrè, 1995.

SCAVONE JR., Luiz Antônio. *Manual de arbitragem*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHLOSSER. Peter. *Einverständliches Parteihandeln im Zivilproceß*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1968.

SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitution*, Madrid: Alianza Editorial, 2006.

SCHRAMM, Lennart Friedemann. *Richterliche Pflichten und Haftung beim Prozessvergleich der ZPO*, Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

SCHRÖDER, Jörg. *Der Prozeßvergleich in den verwaltungsgerichtlichen Verfahrensarten*, Berlin: Duncker & Humblot, 1971.

SCHUMANN, Monika. *Der Prozessvergleich im deutschen und polnischen Zivilprozess*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2010.

SELLERT, Wolfgang. *Der Verzicht auf Einwendungen beim deklaratorischen Schuldanerkenntnis: ein Prozeßvertrag?* in *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 6, 1968.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*, v. I, 6.ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.

SILVA, Ana Paula Mota da Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra: Coimbra, 2003.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação* in *Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, n. 29, ano X, nov., 1983.

SOEHRING, Kay. *Die Nachfolge in Rechtslagen aus Prozessverträgen*, Köln: Carl Heymanns, 1968.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Apontamentos sobre a ciência processual civil* in *Revista de Processo*, vol. 235, set/2014, São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. *Estudos sobre o novo processo civil*, Lisboa: Lex, 1997.

SPIRITO, Marco Paulo Denucci di. *Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual* (RDPriv 63/125)

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*, 2.ª ed., Porto Alegre: Edipucrs, 2010.

_____. *A ontologia da finitude e a tarefa da verdade na era do niilismo* in *Melancolia: ensaios sobre a finitude no pensamento ocidental*, Porto Alegre: Movimento, 1976.

_____. *Bases analítico-existenciais da desestruturação e da desobjetificação* in *Problemata*, ano 1, n. 1, João Pessoa: PPGF-UFPb, 1998.

STEINMERTZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 10.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Verdade e consenso – constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 4.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Una mirada hermenéutica sobre positivismo y neoconstitucionalismo – Los limites de las teorías positivistas*, Saarbrücken: Publica, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público* 4.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*, Bologna: Mulino, 1980.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Esboço do Código Civil*, Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America and two Essays on America*, London: Penguin Book, 2003.

TRABUCCHI, Alberto. *Instituzioni di diritto civile*, 46.^a ed., Padova: Cedam, 2013.

TRUTTER. *Prozessualische Rechtsgeschäfte*.

TUCCI, Rogério Lauria. *Do julgamento conforme o estado do processo*, 3.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

VELASCO, José Ignacio Cano Martínez de VELASCO. *La exteriorización de los actos jurídicos; su forma y la protección de su apariencia*, Barcelona: Bosch, 1990.

VERKUIL, Paul R. . *Outsourcing sovereignty: why privatization of government functions threatens democracy and what we can do about it*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

VIEIRA NETO, Manoel Augusto. *Ineficácia e convalidação do ato jurídico*, São Paulo: Max Limonad, 1964.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* in Cabral-Nogueira. *Negócios processuais*, pp. 63-64.

WACH, Adolf. *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig: Duncker & Humbolt, 1885.

WAGNER, Gehard. *Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Einführung in das Recht*, 4.^a ed., Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2003.