

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil

Marcos Vichiesi

A transformação de provas lícitas em ilícitas por meio de negócios jurídicos  
processuais no Novo Código de Processo Civil

São Paulo  
2016

Marcos Vichiesi

A transformação de provas lícitas em ilícitas por meio de negócios jurídicos  
processuais no Novo Código de Processo Civil

Monografia apresentada como pré-requisito para  
obtenção de título de Especialista em Direito  
Processual Civil, com capacitação para ensino no  
magistério superior, sob orientação da Prof. Cristiane  
Druve Tavares Fagundes.

São Paulo

2016

Marcos Vichiesi

A transformação de provas lícitas em ilícitas por meio de negócios jurídicos  
processuais no Novo Código de Processo Civil

Monografia apresentada como pré-requisito para  
obtenção de título de Especialista em Direito  
Processual Civil, com capacitação para ensino no  
magistério superior, sob orientação da Prof. Cristiane  
Druve Tavares Fagundes.

---

---

---

São Paulo

2016

A Deus por me acompanhar e abençoar por toda vida, sendo de dia a minha coluna de nuvem para me guiar pelos caminhos corretos e de noite a minha coluna de fogo para me iluminar, fazendo com que eu possa caminhar dia e noite e me livrando de todo o mal.

Aos meus pais, com carinho, por todo o apoio prestado durante essa jornada, pois é salutar reconhecer o esforço de duas pessoas simples que com muito esforço, empenho e honestidade conseguiram construir três seres humanos de bem e formar três doutores.

À brilhante doutora, professora e orientadora, Cristiane Druve Tavares Fagundes, por todo o vasto conhecimento transmitido, demonstrando que, apesar do amplo conhecimento que possui e dos títulos conquistados, acima do conhecimento tem sabedoria, porquanto é humilde e a sua forma de ensinar é ímpar, já que respeita as opiniões e incentiva o aluno ao progresso, sendo uma grande fonte de admiração. Perco uma professora, mas ganho uma amiga; perco uma professora, mas o conhecimento transmitido me acompanha por toda vida.

À quem que me incentivou durante mais de noventa por cento desse percurso, mas, que por circunstâncias alheias e obstáculos intransponíveis da vida, não tenho mais convívio, porém desejo toda a felicidade do mundo.

“Bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça,  
porque eles serão fartos”.

Mateus 5.6

## Resumo

O presente estudo tem por finalidade a análise dos negócios jurídicos processuais no campo das provas, com a transformação de provas lícitas em ilícitas utilizando o novo Código de Processo Civil. Trata-se de tema, até o momento, praticamente não abordado pela doutrina pátria, porém de bastante importância, porquanto dos quase seiscentos enunciados aprovados pelo Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis até o final do ano de 2015, mais de sete por cento tratam de negócios jurídicos processuais. O trabalho passa pela análise constitucional e principiológica do tema, levando-se em consideração a aplicação do princípio da autonomia da vontade, pela definição do ramo no qual o Direito Processual Civil pertence e a aplicabilidade dos elementos desse ramo nos negócios jurídicos processuais, pelo detalhamento desses negócios no campo material e processual, seus impedimentos e permissões, pela análise da possibilidade de aplicação desses negócios no Direito do Trabalho e nas relações que envolvem a Fazenda Pública, por uma análise das provas e da ilegalidade delas. Para a realização do estudo foram utilizados autores nacionais e estrangeiros.

Palavras-chave: negócio jurídico processual; convenção processual; prova ilícita; Novo Código de Processo Civil; Direito Processual Civil.

## Lista de abreviaturas e siglas

AGU – Advocacia-Geral da União	nº - número
AIRR – Agravo de Instrumento em Recurso de Revista	ob. cit. - obra citada
ampl. - ampliado	OEA – Organização dos Estados Americanos
art. - artigo	OIT – Organização Internacional do Trabalho
arts. - artigos	ONU – Organização das Nações Unidas
atual. - atualizado	p. - página
CC – Código Civil	PIB – Produto Interno Bruto
CF – Constituição Federal	Rel. - Relator
CLT - Consolidação das Leis do Trabalho	REsp – Recurso Especial
CNJ – Conselho Nacional de Justiça	rev. - revisado
coord. - coordenador	RR – Recurso de Revista
coords. - coordenadores	SP – São Paulo
CPC – Código de Processo Civil	STF – Supremo Tribunal Federal
DJe – Diário da Justiça Eletrônico	STJ – Superior Tribunal de Justiça
ed. - edição	T – Turma
FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Cíveis	TST – Tribunal Superior do Trabalho
j. - julgamento	UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais
LICC – Lei de Introdução ao Código Civil	USP – Universidade de São Paulo
LINDB – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro	vol. - volume
Min. - Ministro	v.g. - <i>verbi gratia</i>

## Sumário

INTRODUÇÃO	11
1. A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA DA CONSTITUIÇÃO	12
1.1. Considerações iniciais	12
1.2. Direitos, garantias e princípios constitucionais	13
1.3. A interpretação das normas e os conflitos entre normas e princípios	14
1.4. Direitos fundamentais	16
1.5. Igualdade e liberdade	18
1.6. Dignidade da pessoa humana	20
2. TAXINOMIA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL	23
3. O ESTÍMULO À AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	29
3.1. Considerações iniciais	29
3.2. A autocomposição no Novo Código de Processo Civil	30
4. FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS	32
5. NEGÓCIOS JURÍDICOS	33
5.1. Considerações iniciais e os fatos jurídicos	33
5.2. Breves elementos históricos dos negócios jurídicos processuais	36
5.3. Definição de negócios jurídicos	38
5.4. Elementos essenciais dos negócios jurídicos	40
5.4.1. Considerações iniciais	40
5.4.2. Existência	40
5.4.2.1. Definição e elementos complementares	40
5.4.2.2. Comparações entre existência e nulidade	41
5.4.2.3. Nulidade	43
5.4.3. Validade	47
5.4.3.1. Considerações iniciais	47
5.4.3.2. Capacidade do agente	47
5.4.3.3. Objeto	48

5.4.3.4. Forma	49
5.4.4. Eficácia	51
5.4.4.1. Definição	51
5.4.4.2. Elementos acidentais dos negócios: condição, termo e encargo	52
5.5. Autonomia da vontade	55
5.5.1. Breve histórico sobre a autonomia da vontade	55
5.5.2. A diferença entre a autonomia da vontade, a autonomia privada e o autorregramento da vontade	57
5.5.3. Considerações sobre a autonomia da vontade	58
5.6. Limitações aos negócios jurídicos e à autonomia da vontade	62
5.6.1. Considerações iniciais	62
5.6.2. Defeitos e vícios de consentimento e de vontade nos negócios jurídicos	62
5.6.3. A ordem pública, o interesse público e as disposições	67
5.6.3.1. Classificação das normas de direito privado	67
5.6.3.2. Ordem pública	68
5.6.3.3. Interesse público	70
5.6.3.4. Disponibilidade de direitos	72
5.6.4. Contrato de adesão e vulnerabilidade	74
5.6.4.1. Considerações iniciais	74
5.6.4.2. Definição e características do contrato de adesão	75
5.6.4.3. Contrato de adesão e vulnerabilidade nas relações de civis	76
5.6.4.4. Contrato de adesão e vulnerabilidade nas relações de consumo	78
5.6.4.4.1. Considerações iniciais sobre o Direito do Consumidor	78
5.6.4.4.2. Características especiais do contrato de adesão e da vulnerabilidade nas relações consumeristas	80
5.7. Negócios jurídicos processuais típicos e atípicos	85
6. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS EM RELAÇÕES ESPECIAIS	90
6.1. Considerações iniciais	90
6.2. Negócios jurídicos processuais nas relações de trabalho	90
6.2.1. Considerações iniciais e elementos históricos do Direito do Trabalho no mundo	90

6.2.2. Elementos históricos do Direito do Trabalho no Brasil	93
6.2.3. Panorama atual do Direito do Trabalho	94
6.2.4. Classificação dos sistemas jurídicos trabalhistas	96
6.2.5. Interpretação no Direito do Trabalho	98
6.2.6. A aplicação dos princípios e das normas trabalhistas nos negócios jurídicos	101
6.2.6.1. O rol de princípios trabalhistas	101
6.2.6.2. Princípio protetor	101
6.2.6.3. Princípio da irrenunciabilidade dos direitos	103
6.2.6.4. Princípio da primazia da realidade	109
6.2.6.5. Arbitragem e convenções sobre o ônus da prova	110
6.2.7. Contrato de adesão trabalhista	111
6.2.8. Considerações finais	112
6.3. Negócios jurídicos processuais envolvendo a Fazenda Pública	113
6.3.1. Considerações iniciais	113
6.3.2. Supraprincípios do Direito Administrativo	114
6.3.3. Interesse público primário e secundário	116
6.3.4. Organização da Administração Pública	117
6.3.5. Princípio da legalidade, seus corolários e a aplicação nos negócios jurídicos	119
6.3.6. Interpretação das normas e contratos	121
6.3.7. Autonomia da vontade	123
6.3.8. Contratos administrativos	123
6.3.9. Licitação pública	126
6.3.10. Agentes públicos	127
6.3.11. Advocacia-Geral da União	130
6.3.12. Considerações finais	131
7. PROVAS	133
7.1. Considerações iniciais	133
7.2. Definição de provas	133
7.3. Meios de prova	134

7.4. Princípios do processo e a aplicabilidade no campo probatório negocial	135
7.4.1. Considerações iniciais	135
7.4.2. Devido processo legal	135
7.4.3. Contraditório, ampla defesa e direito à prova	137
7.4.4. Duração razoável do processo	141
7.5. Destinatário da prova	143
7.6. Objeto da prova	144
7.7. A verdade e a sua busca	147
8. A TRANSFORMAÇÃO DE PROVAS LÍCITAS EM ILÍCITAS	150
8.1. Ilicitude das provas	151
8.2. Ilicitude das provas por meio de negócios jurídicos processuais	153
CONCLUSÃO	156
REFERÊNCIAS	159

## INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil, seguindo os princípios constitucionais, inaugura uma fase no direito brasileiro de maior participação processual das partes, de amplo contraditório, do uso de meios alternativos de solução de conflitos, de cooperação mais intensa e baseado na boa-fé.

Nesse contexto, a norma supracitada traz em seu artigo 190 a cláusula geral de negociação processual que permite a pactuação de negócios atípicos e parte da doutrina tem defendido o uso irrestrito dessa nova ferramenta, em um clima de oba-oba.

No entanto, esses negócios não podem ser usadas de forma absoluta e de maneira que possibilite o domínio do mais forte sobre o fraco, o atropelamento de princípios, direitos e garantias constitucionais, assim como de normas de ordem pública, de interesse público e que protejam indisponibilidades e irrenunciabilidades de direitos.

A relevância dos negócios jurídicos processuais é tão grande que dos quase 600 enunciados que o Fórum Permanente dos Processualistas Civis publicou até o final de 2015 mais de 7% deles tratam do tema.

No campo das provas está a diferença entre a procedência e a improcedência de um pedido, não podendo um negócio jurídico processual ser usado para atacar esse campo, de maneira que impossibilite ou dificulte grandemente o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a igualdade, já que tais práticas podem afetar a busca pela verdade no processo, podem ferir a finalidade da nova norma, atacando, direta ou indiretamente a dignidade da pessoa humana.

Tema praticamente não abordado até o momento pela doutrina está na possibilidade do uso desse tipo de negócio com o intuito de transformar provas lícitas em ilícitas.

Nos próximos capítulos, todos esses temas serão abordados, incluindo a análise do uso de negócios jurídicos processuais no campo trabalhista e nas relações que envolvem a Fazenda Pública.

# 1. A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA DA CONSTITUIÇÃO

## 1.1. Considerações iniciais

Primeiramente, é de bom tom e bastante didático iniciar qualquer trabalho, tese ou obra pela análise constitucional e principiológica, começando do topo da pirâmide para as minúcias necessárias, fazendo com que o leitor entenda de cima para baixo, pois todo negócio jurídico, toda norma ou decisão judicial que não respeitar a Constituição e os seus princípios serão considerados inconstitucionais.

Durante a Segunda Guerra Mundial e a era Hitler, a Alemanha era regida pela Constituição de Weimar que é considerada até hoje uma carta de vanguarda no campo dos direitos sociais, mas que não concretizou os direitos nela produzidos e permitiu a positivação de atrocidades.

Parte do insucesso pode ser creditado ao fato dela não oferecer “estruturas estabilizadoras que pudessem ser úteis nas crises”, já que o país era marcado pela “pobreza das massas” e, principalmente, que havia direitos fundamentais, mas “estes não podiam ser cobrados na justiça”<sup>1</sup>.

A Carta de Weimar demonstrou bem as ideias de Ferdinand Lassale quanto à visão sociológica de uma Constituição, pois ele defende que convivem em um país, ao mesmo tempo, duas Constituições, sendo uma real, “que corresponde à soma dos fatores reais de poder que regem esse país”, e outra escrita que é chamada por ele de “folha de papel”. A folha de papel só é válida se guarda correspondência com os fatores reais de poder, pois, caso contrário, havendo conflito entre essas “Constituições”, a folha de papel será derrotada.<sup>2</sup>

Lassale exemplifica a teoria exarando que se alguém plantar uma macieira e colar um papel nela dizendo que ela é uma figueira, esse papel não a transformará em figueira e, mesmo que ele convença todos a dizerem que é uma figueira, os frutos produzidos serão maçãs e não figos.<sup>3</sup>

---

1 Carneiro, José Mário Brasiliense; Ferreira, Ivette Senise. *50 anos da Lei Fundamental*, p. 13.

2 Alexandrino, Marcelo; Paulo, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*, p. 6.

3 *Ibid.*, p. 6-7.

O artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 traz a possibilidade de convenções processuais ou negócios jurídicos processuais e o estudo dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais é muito importante, pois, como veremos, esses negócios, se não respeitarem a estrutura constitucional, os princípios basilares, direitos e garantias constitucionais, trarão profunda desigualdade e poderão deixar de lado normas de ordem pública e direitos indisponíveis em nome de uma autonomia da vontade descontrolada e desmedida, trazendo em nosso país o que ocorreu com a Constituição de Weimar ou ainda chamaremos uma macieira de figueira.

Rizzatto Nunes ressalta que “qualquer exame de norma jurídica infraconstitucional deve ser iniciada, portanto, da norma máxima, daquela que irá iluminar todo o sistema normativo”, de forma que “a partir disso o intérprete poderá ir verificando a adequação e constitucionalidade das normas infraconstitucionais que pretende estudar”, sendo “um grave erro interpretativo, como ainda se faz, iniciar a análise dos textos a partir da norma infraconstitucional, subindo até o topo normativo e principiológico magno”.<sup>4</sup>

## 1.2. Direitos, garantias e princípios constitucionais

Os princípios estão presentes em todo o conhecimento filosófico e científico, servindo como “condição ou base de validade das demais asserções que compõem todo o campo do saber”, podendo ser definidos como “verdades fundantes de um sistema de conhecimento”.<sup>5</sup>

Luiz Otávio de Oliveira Amaral classifica os princípios em três grupos:

“a, *princípios omnivalentes*: quando são válidos para todas as formas de saber, como é o caso dos princípios de identidade e de razão suficiente;  
b, *princípios plurivalentes*: quando aplicáveis a vários campos de conhecimento, como se dá com o princípio de causalidade, essencial às ciências naturais, mas não extensivo a todos os campos do conhecimento;  
c, *princípios monovalentes*: quando só valem no âmbito de determinada ciência, como é o caso dos princípios gerais do direito”.<sup>6</sup>

A definição de princípio jurídico para Rizzatto Nunes é:

4 Nunes, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*, 9ª ed., p. 50-51.

5 Amaral, Luiz Otavio de Oliveira. *Teoria geral do direito do consumidor*, p. 50.

6 *Ibid.*, p. 50.

(...) “um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos horizontes do sistema jurídico e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”.<sup>7</sup>

Para o doutrinador, os princípios constitucionais “são verdadeiras vigas mestras, alicerces sobre os quais se constrói o sistema jurídico”, e “dão estrutura e coesão ao edifício jurídico”, devendo ser “estritamente obedecidos, sob pena de todo o ordenamento jurídico se corromper”.<sup>8</sup>

Os ordenamentos jurídicos são compostos de normas e elas se dividem em dois tipos, havendo as normas-princípios, que visam otimizar os sistemas jurídicos, e as normas-regras, que são meramente regradoras de condutas.<sup>9</sup>

Jorge Miranda, acerca da diferenciação entre direitos e garantias, exara que:

(...) “os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos; na aceção jus racionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se”.<sup>10</sup>

### 1.3. A interpretação das normas e os conflitos entre normas e princípios

A Lei Fundamental alemã, surgida no pós Segunda Guerra Mundial, que foi modelo para a atual Constituição brasileira, reforçou a dimensão objetiva dos direitos fundamentais demonstrando que esses “funcionam como critério para a interpretação e configuração do direito constitucional”, isto é, as leis devem respeitar os direitos fundamentais que a Constituição traz e eles serão levados em consideração na hora de interpretar uma norma, trazendo os “efeitos horizontal e de irradiação dos direitos fundamentais”, bem como se estabelecendo cláusulas gerais e culminando em uma atuação estatal que mais se aproxime com esses direitos, quando várias atuações forem possíveis.<sup>11</sup>

Na seara da proteção desses direitos frente as possíveis ameaças, Leonardo

7 Nunes, Rizzatto. *Ob. cit.*, p. 47.

8 *Ibid.*, p. 47.

9 Amaral, Luiz Otavio de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 50.

10 Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 4ª ed., p. 88-89 *apud* Martins, Sérgio Pinto. *Direitos fundamentais trabalhistas*, p. 47.

11 Martins, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*, p. 60.

Martins demonstrou que ocorrem muitas aparentes colisões entre eles e que não é fácil resolvê-las no caso concreto, mas que a Lei Fundamental da Alemanha trouxe limites normativos a esses direitos, visando equilibrá-los, porém nunca de forma arbitrária.<sup>12</sup>

Alexandre Moraes também traz solução quando houver aparentes conflitos entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais:

(...) “o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional de âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua”.<sup>13</sup>

Carsten Bäcker, baseado na teoria da derrotabilidade, aduz acerca da distinção entre regras e princípios e a forma de resolução de conflitos e de aparentes conflitos:

“Derrotabilidade deve ser entendida como a capacidade de acomodar exceções. Regras, em geral, têm exceções. Essas exceções não podem ser enumeradas de forma conclusiva, pelo fato de que as circunstâncias que emergem dos casos futuros são desconhecidas. Logo, as regras de direito sempre exibem a capacidade de acomodar exceções, ou seja, elas são derrotáveis. Por outro lado, os princípios, por serem mandamentos de otimização, não acomodam, nesse sentido, exceções”.<sup>14</sup>

O autor acrescenta que “otimizar significa realizar um fim na maior medida possível, considerando todas as circunstâncias relevantes”.<sup>15</sup>

Para Fredie Didier Júnior, “não se admite uma interpretação de um texto normativo que dificulte ou impeça a realização do fim almejado pelo princípio”, porquanto “os princípios exercem uma função bloqueadora”, já que “servem para justificar a não-aplicação de textos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado de coisa que se busca promover”.<sup>16</sup>

Américo Plá Rodriguez defende que “só as regras podem ser observadas e aplicadas mecânica e passivamente”, porém que “essa aplicação é absolutamente

12 Martins, Leonardo. *Ob. cit.*, p. 64-66.

13 Moraes, Alexandre. *Direito Constitucional*, 7ª ed., p. 59 *apud* Martins, Sérgio Pinto. *Ob. cit.*, p. 117.

14 Bäcker, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 102ª ed., p. 55.

15 *Ibid.*, p. 71.

16 Didier Júnior, Fredie. *Curso de direito processual civil*, 17ª ed., vol. 1, p. 50.

inconcebível quanto aos princípios”.<sup>17</sup>

Para Eros Grau, “a regra é geral porque foi baixada para um indeterminado número de atos e fatos”, sendo “especial, na medida em que só regula tais atos ou tais fatos e foi baixada para ser aplicada numa situação jurídica”, todavia o princípio “é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações”.<sup>18</sup>

Celso Bandeira de Mello afirma que a violação de um princípio é muito mais grave que a transgressão de uma norma, pois o princípio é o “mandamento nuclear de um sistema”, sendo alicerce e “disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas”, bem como é o espírito das normas e dá o sentido harmônico do sistema normativo.<sup>19</sup>

Uma futura lei não pode ser contrária a uma cláusula constitucional, pois, se se agir desse modo, “expor-se-á a uma vida efêmera”.<sup>20</sup>

Como será visto mais adiante, encontraremos, na análise dos negócios jurídicos processuais, situações nas quais poderão ocorrer conflitos entre normas, inclusive entre normas de direito material e processual, assim como aparentes conflitos entre princípios, servindo o exposto nesse subcapítulo como base para solucionar esses casos.

#### **1.4. Direitos fundamentais**

É inegável que os direitos fundamentais estão diretamente relacionados com os princípios e, nesse sentido, Américo Plá Rodriguez analisando a palavra princípio e a “Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais do trabalho e seu seguimento”, que foi aprovada em junho de 1998, em Genebra, aduz que “nela algumas vezes se utilizam ambas as expressões (princípios e direitos fundamentais) como sinônimas; outras vezes como princípios relativos aos direitos fundamentais”.<sup>21</sup>

Mauro Mascaro Nascimento também relacionou os princípios com os direitos

17 Plá Rodriguez, Américo. *Princípios de direito do trabalho*, 3ª ed., p. 40.

18 Grau, Eros Roberto. *Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 92 *apud* Plá Rodriguez, Américo. *Ob. cit.*, p. 41-42.

19 Mello, Celso Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, p. 230 *apud* Sússekind, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*, 4ª ed., p. 69.

20 Plá Rodriguez, Américo. *Ob. cit.*, p. 43.

21 *Ibid.*, p. 25.

fundamentais, todavia o autor entende que os dois institutos possuem características diferentes, mas que cumprem o mesmo fim, sendo “mais amplo nos princípios, uma vez que se destinam a presidir o ordenamento jurídico como um todo, esclarecendo as principais diretrizes que o devem regular”, por sua vez os “direitos fundamentais são direcionados para a pessoa e sua esfera subjetiva de proteção da qual a ordem jurídica não pode se afastar”.<sup>22</sup>

O doutrinador complementa que “pode um princípio ser invocado por alguém que o quer ver aplicado no caso concreto, perspectiva sob a qual os princípios seriam a fonte da qual o direito fundamental é a faculdade nela fundamentada”.<sup>23</sup>

Canotilho defende a existência de um “núcleo irreduzível da autonomia pessoal” no qual “os direitos fundamentais não podem aspirar a uma força conformadora de relações privadas, sob pena de se confiscar referida autonomia”.<sup>24</sup>

Robson Godinho complementa que esse tema é “necessário para a reflexão da noção de indisponibilidade do direito que, entre outras consequências, limita a amplitude das convenções sobre ônus da prova”<sup>25</sup>.

Leonardo Greco, aduz que “a observância dos princípios e garantias fundamentais do processo” é um dos limites à autonomia privada em atos de disposição processual.<sup>26</sup>

Fredie Didier Júnior destaca que umas das características do Direito contemporâneo é a constitucionalização do Direito Processual e que esse fenômeno se dá por duas dimensões, sendo a primeira “a incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, inclusive como direitos fundamentais”, de forma que “praticamente todas as constituições ocidentais posteriores à Segunda Guerra consagraram expressamente direitos fundamentais processuais” e a

---

22 Nascimento, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*, 24ª ed., p. 382.

23 *Ibid.*, p. 382.

24 Canotilho, J.J.Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 6ª ed., 1250 *apud* Godinho, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*, p. 121.

25 Godinho, Robson Renault. *Ob. cit.*, p. 122.

26 Greco, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. *Os Poderes do Juiz e Controle das Decisões Judiciais*, p. 290-292 *apud* Nogueira, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*, p. 35.

segunda dimensão é observada na doutrina que passa a realizar o exame das normas processuais infraconstitucionais como “caracterizadoras das disposições constitucionais, valendo-se, para tanto, do repertório teórico desenvolvido pelos constitucionalistas”.<sup>27</sup>

O doutrinador ressalta que “não é por acaso que o art. 1º, do CPC, com forte caráter simbólico, está assim redigido”<sup>28</sup>: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Didier, baseado em obra de Marcelo Lima Guerra<sup>29</sup>, prevê que as seguintes consequências devem ocorrer na aplicação das normas processuais para garantir os direitos fundamentais processuais:

“a, o magistrado deve compreender esses direitos como se compreendem os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhes o máximo de eficácia; b, o magistrado afastará, aplicada a máxima da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de um direito fundamental; c, o magistrado deve levar em consideração, na realização de um direito fundamental, eventuais restrições a este impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais”.<sup>30</sup>

### 1.5. Igualdade e liberdade

Os negócios jurídicos processuais não podem ser usados para retirar a igualdade entre as partes, principalmente em matéria probatória, e se tornarem objetos de dominação do mais forte sobre o mais o fraco, de forma que apliquem uma falsa liberdade.

Comparando o que ocorreu na França, durante o Código de Napoleão, que se pregava a igualdade, porém uma igualdade injusta e não principiológica, é possível demonstrar interessante escrito que ilustra o resultado da aplicabilidade de princípios de maneira não pós positivista e da coerção de forma suprema de um princípio sem levar em consideração os outros, em desarmonia:

27 Didier Júnior, Fredie. *Ob. cit.*, p. 46-47.

28 *Ibid.*, p. 47.

29 Guerra, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 98-99 *apud ibid.*, p. 55.

30 *Ibid.*, p. 55.

“No Século XIX, o mundo se encantou com o Código de Napoleão. Na França, por todos os lugares, exaltava-se a conquista da igualdade perante a lei. Essa conquista foi magistralmente ironizada por Anatole France, que colocou na fala do poeta Choulette, umas das personagens de *O Lírio Vermelho (Le Lys Rouge)* estas palavras: “*majestuese égalité des lois qui interdit, au riche comme ou pauvre, de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain*” (“majestosa igualdade das leis que proíbe ao rico como ao pobre dormir sob as pontes, mendigar pelas ruas e roubar o pão”).<sup>31</sup>

Arnaldo Süssekind, em explicações acerca da Revolução Francesa, traz a realidade da época que, dependendo de como os negócios jurídicos processuais forem usados, pode se assemelhar:

“Se a Revolução Francesa (1789) foi, sob o prisma político, um marco notável na história da civilização, certo é que, ao estear todo o sistema jurídico em conceitos abstratos de igualdade e liberdade, permitiu a opressão dos mais fracos, falhando, portanto, no campo social. É que a **relação contratual estipulada entre o detentor de um poder e aquele que, por suas necessidades de subsistência, fica obrigado a aceitar as regras impostas por esse poder, não constitui, senão formalmente, uma relação jurídica; na sua essência, representa um fato de dominação**”.<sup>32</sup> (grifo nosso)

Rodolfo de Camargo Mancuso tratando das relações de consumo e da vulnerabilidade do consumidor exara que:

“A *liberdade*, no seu sentido substancial (e não meramente abstrato ou retórico), pressupõe *paridade de armas* entre os contraditores ou entre os sujeitos concernentes, donde a exatidão do alerta de André de Laubadère: “entre o forte e o fraco é a lei que liberta e a liberdade que escraviza”. Daí o caráter francamente protetivo do consumidor, na Lei n. 8.078/90, justificado pela premissa de sua *vulnerabilidade* nas relações de consumo (art. 4, I)”.<sup>33</sup>

Rafael Sirangelo de Abreu, em artigo denominado “A igualdade e os negócios processuais” defende que a igualdade:

(...) “constitui para o processo uma norma fundamental cuja repercussão transborda os limites do conhecido direito à paridade de armas (hoje compreendido como igualdade *no processo*), abarcando também situações externas ao processo (igualdade *ao processo*) e a exigência de que o resultado fornecido pelo processo ao caso concreto também seja compreendido a partir de uma função institucional e geral do processo civil de conferir unidade ao direito e tratamento igualitário diante das decisões judiciais (igualdade *pelo processo*)”.<sup>34</sup>

31 Wieacker, Franz. *Storia del diritto privato moderno*, vol. II, 1ª ed., p. 159-161 *apud* Afonso, Elza Maria Miranda. *Elos de Solidareidade*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, 103ª ed., p. 313.

32 Süssekind, Arnaldo. *Ob. cit.*, p. 7-8.

33 Mancuso, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*, 5ª ed., p. 158.

34 Cabral, Antonio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique (coords.). A igualdade e os negócios processuais. *Negócios processuais*, p. 195.

Nos últimos parágrafos vimos exemplos de situações que tratam dos direitos de primeira e segunda dimensões, respectivamente, liberdade e igualdade, todavia em algumas situações os negócios jurídicos não serão realizados de maneira igual entre as partes e a vontade não será manifestada de forma livre e sem vícios.

O conceito de liberdade é que ela é o oposto da necessidade, mas, aplicado isso à realidade social, “o que se tem é o fato de que o objetivo constitucional da construção de uma sociedade livre significa que, sendo a situação real de necessidade, o Estado pode e deve intervir para a garantir a dignidade humana”.<sup>35</sup>

### 1.6. Dignidade da pessoa humana

É impossível falar em princípios e direitos constitucionais e não falar da dignidade da pessoa humana que, para Rizzatto Nunes, é “um superprincípio”<sup>36</sup> ou o princípio fundamental da constituição, sendo “o último arcabouço de guarda dos direitos individuais e o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional”<sup>37</sup>, assim como “é um valor já preenchido *a priori*, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato de ser pessoa”<sup>38</sup> e esse princípio possui uma “especial luz a imantar todos os demais princípios e normas constitucionais, apresentando-se a estes como limite intransponível”.<sup>39</sup>

Fredie Didier Júnior considera a dignidade da pessoa humana como um “sobreprincípio constitucional, do qual todos os princípios e regras relativas aos direitos fundamentais seriam derivação, ainda que com intensidade variável”.<sup>40</sup>

Celso Ribeiro Bastos enumera a dignidade da pessoa humana como um dos quatro princípios gerais de Direito<sup>41</sup> e a classifica como uma metanorma.<sup>42</sup>

O valor da dignidade da pessoa humana também pode ser vista como uma “norma-objetivo ou norma-narrativa que foi positivada no sentido de indicar os fins

35 Nunes, Rizzatto. *Ob. cit.*, p. 65.

36 *Ibid.*, p. 112.

37 *Ibid.*, p. 62.

38 *Ibid.*, p. 63.

39 *Ibid.*, p. 112.

40 Didier Júnior, Fredie. *Ob. cit.*, p. 75.

41 Para o autor os quatro princípios gerais de Direito são os da justiça, da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

42 Bastos, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, p. 144 *apud* Barros, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*, 6ª ed., p. 173.

pretendidos pelo legislador, auxiliar na interpretação teleológica, guiando o operador do direito para alcançar o efeito útil das normas”.<sup>43</sup>

Analisando a interpretação teleológica dos institutos jurídicos, Orlando Gomes aduz que “todo instituto jurídico destina-se a cumprir uma função social”<sup>44</sup> e podemos acrescentar que a dignidade da pessoa humana é a maior das funções sociais.

Rizzatto Nunes lembra que a Lei Fundamental Alemã, surgida no pós Segunda Guerra Mundial, traz em seu artigo 1º “que a dignidade da pessoa humana é um bem intangível” e que a Constituição Brasileira de 1988, seguindo o modelo alemão, repetiu esse preceito no artigo 1º, inciso III, de maneira que a interpretação de que a livre iniciativa prevista no artigo 1º, inciso IV, da norma supracitada, é “ampla, total e irrestrita” está errada, pois ela está limitada pela dignidade da pessoa humana, pela cidadania e pelos valores sociais do trabalho, previstos, respectivamente, no incisos II e IV, do artigo 1º da norma em comento, o que gera “responsabilidade social” na livre iniciativa.<sup>45</sup>

Nesse diapasão, Leonardo Roscoe Bessa afirma que “a dignidade da pessoa humana associa-se à autonomia e à liberdade da pessoa, à possibilidade de escolhas, ao respeito da personalidade” e que essa possibilidade de escolhas do indivíduo é “em busca da felicidade”, todavia entende que é associada “igualmente à existência de condições materiais mínimas para viver, o que abrange alimentação, habitação, vestuário, meios de transporte, entre outros bens e serviços”.<sup>46</sup>

Às condições materiais mínimas da dignidade humana está ligada a ideia, defendida por Pacheco Fiorillo, de mínimo vital na qual “para se começar a respeitar a dignidade da pessoa humana tem-se de assegurar concretamente os direitos básicos, notadamente os sociais e os econômicos”.<sup>47</sup>

A dignidade da pessoa humana provocou, durante o século XX, uma

---

43 Santana, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor apud* Amaral, Luiz Otavio de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 55.

44 Gomes, Orlando. *Introdução ao direito civil*, 2ª ed., p 15.

45 Nunes, Rizzatto. *Ob. cit.*, p. 44-45.

46 Bessa, Leonardo Roscoe. *Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, de 9 de junho de 2011*, p. 48-49.

47 Nunes, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito de consumidor com exercício*, p. 25. *apud* Amaral, Luiz Otavio de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 55.

substancial mudança no direito privado, porquanto antes esse era “voltado para o contrato e a propriedade”, todavia passou a ser “direcionado ao ser humano”.<sup>48</sup>

O Novo Código de Processo Civil traz no bojo do artigo 8º que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Esse dispositivo não deixa mais dúvida quanto ao alcance desse superprincípio no campo processual e coloca limites aos negócios jurídicos processuais, não sendo só os expressos no *caput* e no parágrafo único, do artigo 190, do Novo CPC, mas também haverá limites sempre que houver situação que atinja à dignidade da pessoa humana.

Fredie Didier Júnior afirma que “a argumentação jurídica em torno da dignidade da pessoa humana pode, com o perdão do truísmo, ajudar na humanização do processo civil”, já que pode atuar “na construção de um processo civil atento a problemas reais que afetem a dignidade do indivíduo”, servindo para “iluminar o devido processo legal”.<sup>49</sup>

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a dignidade da pessoa humana está presente nos artigos 1º e 22, de modo que, respectivamente “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”, assim como “todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”.

---

48 Bessa, Leonardo Roscoe. *Ob. cit.*, p. 50.

49 Didier Júnior, Fredie. *Curso de direito processual civil*, 17ª ed., vol. 1, p. 77.

## 2. TAXINOMIA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

“Taxinomia é a natureza jurídica de determinado instituto de direito”, de modo que apontar a natureza jurídica significa demonstrar a qual grande categoria de direito o instituto pertence, podendo ser ramo do direito público ou do direito privado.<sup>50</sup>

Parte da discussão que envolve os negócios jurídicos processuais estão no fato da classificação do Direito Processual Civil quanto ao ramo de atividade que está inserido.

Alguns autores questionam, hodiernamente, se há interesse na classificação dos ramos do Direito em público ou privado, todavia Maurício Godinho Delgado o considera importante, porquanto para o autor “é indubitável a validade da referida tipologia, que tem ainda expressivo interesse prático para se compreender a essência e posicionamento comparativo dos diversos ramos jurídicos”.<sup>51</sup>

Para Amauri Mascaro Nascimento, o início da divisão entre direito público e direito privado surgiu em Roma por razões ideológicas de “fortalecimento do Estado romano” que “separou a coisa privada (dos grupos sociais) da coisa pública (do Estado Romano)”, e de centralização política após uma fase anterior de direito positivo marcadamente privatístico e tribal”, no qual o chefe da tribo, o ancião ou *pater*, era responsável pela positivação da norma jurídica, pelo poder religioso, econômico, jurídico e político.<sup>52</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que “o regime de direito público resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua individuada singularidade”.<sup>53</sup>

Alexandre Mazza entende que “os ramos do Direito Público estudam a disciplina normativa do Estado” e que os ramos do Direito Privado são “voltados à compreensão do regramento jurídico dos particulares”.<sup>54</sup>

50 Mazza, Alexandre. *Manual de direito administrativo*, 2ª ed., p. 32.

51 Delgado, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*, 14ª ed., p. 75.

52 Nascimento, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*, 24ª ed., p. 248.

53 Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 28ª ed., p. 55.

54 Mazza, Alexandre. *Ob. cit.*, p. 32.

O doutrinador classifica os seguintes ramos do Direito pertencentes ao Direito Público: “Administrativo; Tributário; Constitucional; Eleitoral; Penal; Urbanístico; Ambiental; Econômico; Financeiro; Internacional Público; Internacional Privado; Processo Civil; Processo Penal e Processo do Trabalho”.<sup>55</sup>

Pertencentes ao Direito Privado o doutrinador classifica estes ramos: “Direito Civil, Empresarial e do Trabalho”.<sup>56</sup>

Como é possível observar, Alexandre Mazza classifica todos os ramos processuais como de Direito Público.

Para o autor, a evolução temporal provoca a subdivisão de um único ramo jurídico que vai originando novas ramificações e vão surgindo novas disciplinas, porém que o “ramo-mãe” permanece como “referência externa para a solução de questões que não possam ser resolvidas pela técnica própria do ramo especializado” e a “integração é o processo técnico jurídico utilizado para preencher lacunas em determinado ramo”, sendo o direito comum “a fonte à qual se deve recorrer para suprir lacunas em ramo especializado”, todavia “se um ramo é de Direito Público, não se faz sentido às normas análogas presentes no Direito Civil”.<sup>57</sup>

Vicente Greco Filho, no mesmo sentido, tem a visão que o Direito Processual Civil é um ramo do Direito Público, porquanto defende que “o processo civil recebeu uma nova visão publicística que o auxilia a superar a tentadora subordinação de seus princípios ao direito privado que ordinariamente aplica”<sup>58</sup> e, acrescenta, que “a atividade processual é de direito público e, portanto, regrada, devendo as partes obedecer à forma legal, entendida esta não só como a exteriorização do ato, mas também como os requisitos ou elementos que ele deve conter”, bem como que “não existe a decantada liberdade das formas”, já que “os códigos de processo são códigos de modelos típicos, aos quais as partes, o juiz e os auxiliares da justiça devem submeter-se”.<sup>59</sup>

Moacyr Amaral Santos compactua que o direito processual civil é pertencente

---

55 *Ibid.*, p. 32.

56 *Ibid.*, p. 32.

57 *Ibid.*, p. 41.

58 Greco Filho, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª ed., p. 4.

59 *Ibid.*, p. 286.

ao direito público e traz relevante posição quanto à tutela do direito privado pelo processo:

“Não importa que o direito processual civil também regule as atividades das partes do processo. Estas, realmente, são, de ordinário, sujeitos privados e visam à tutela de interesses privados, regulados pelo direito privado. Todavia, o direito àquelas atividades se subordina ao direito público, porquanto tendente ao exercício da função jurisdicional do Estado. O direito subjetivo das partes ao exercício das atividades do processo – direito de agir – é de direito público, pois se dirige ao Estado, na pessoa do seu órgão jurisdicional, dando lugar a uma relação jurídica da qual este é um dos termos.”<sup>60</sup>

Leonardo Carneiro da Cunha traz importante contribuição histórica sobre as codificações processuais e a visão publicista do processo:

“Embora as codificações sejam fruto das ideias liberais, a legislação processual, em vários países, passou a receber a influência de Franz Klein e do código austríaco de processo civil, em cujas regras predominava a prevalência do interesse público, o publicismo do processo, os poderes instrutórios do juiz, a busca da verdade real e a promoção da efetiva igualdade das partes no processo. Propugnava-se a neutralização da liberdade das partes.”<sup>61</sup>

Durante o contratualismo social do século XVIII, os doutrinadores franceses defendiam que “as partes se submeteriam contratualmente ao Estado e, por via indireta, ao processo”, reconhecendo “que a vinculação das partes não é voluntária, mas cogente, e a natureza do vínculo é pública, e não privada”.<sup>62</sup>

Jorge Augusto Pais de Amaral, em obra sobre o Direito Processual Civil português, classifica esse ramo do direito como público, pois “regula o exercício de uma função do Estado, representado pelos tribunais que são órgãos de soberania”, bem como que “ao exercer a função jurisdicional, o Estado não se encontra no mesmo plano em que se colocam as partes”, já que isso “explica a força vinculativa de que gozam as decisões judiciais”.<sup>63</sup>

Por outro lado, Robson Renault Godinho defende que a discussão sobre qual ramo o Direito Processual Civil pertence não afetará os negócios jurídicos processuais, pois observa que historicamente no processo civil pátrio existe evidente “influência do publicismo europeu” na nossa “produção legislativa e doutrinária,

60 Santos, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 27ª ed., vol. 1, p. 18.

61 Cabral, Antonio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique (coords.). *Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. Negócios processuais*, p. 36.

62 Greco Filho, Vicente. *Ob. cit.*, p. 30.

63 Amaral, Jorge Augusto Pais de. *Direito Processual Civil*, 12ª ed., posição 424-432 de 9974.

chegando ao ponto de se tornar normal pensar o processo como coisa do juiz e assustador cogitar a ampliação do campo da liberdade das partes”, de modo que surge um “fantasma retórico de que o processo não pode ser coisa das partes”, havendo hodiernamente “não só maturidade cultural suficiente para voltar os olhos para a autonomia da vontade, mas sobretudo existe um suporte legislativo que não só prevê, mas também estimula a liberdade de atuação das partes”, de maneira que não provoque o rompimento “com as fundamentais conquistas advindas do publicismo processual”.<sup>64</sup>

Discordamos do autor quando ele defende que não há utilidade na discussão sobre o ramo em que o Direito Processual Civil faz parte, pois, dependendo do ramo pertencente, a natureza das normas trará mais ou menos liberdade de atuação das partes e do juiz.

Defendemos que o Direito Processual Civil é parte do Direito Público, que as regras daquele ramo são cogentes e que as partes ao utilizarem o Poder Judiciário aceitam as normas estatais, mas entendemos que só isso não resolve o problema de interpretação dos negócios jurídicos processuais.

Em artigo, a juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Trícia Navarro Xavier Cabral, sustenta que o processo pertence ao Direito Público e realiza comparações entre os negócios jurídicos processuais e o ativismo processual:

“Assim, do mesmo modo que as partes têm de se adaptar ao ativismo judicial, os juízes também devem ser mais tolerantes e receptivos aos mecanismos processuais que autorizam maior disponibilidade procedimental pelas partes.

Não obstante, essas técnicas modernas quebram alguns dogmas processuais, como o que não seria admissível a disponibilidade procedimental pelas partes em razão do processo pertencer ao direito público, bem como o que teme pela redução da previsibilidade e segurança jurídica em detrimento do devido processo legal. Porém, não há dúvidas de que embora o processo pertença ao direito público, as partes podem dispor sobre certos atos processuais e sobre procedimento”.<sup>65</sup>

Amauri Mascaro Nascimento aduz que alguns autores como, Evaristo de Moraes Filho, Égon Gottschalk e Arnaldo Süssekind, defendem que existe um direito unitário que não é nem público nem privado, mas misto, pois contém elementos dos

64 Godinho, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*, p. 19.

65 Cabral, Antonio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique (coords.). Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. *Ob. cit.*, p. 216-217.

dois, sendo “a expressão do monismo jurídico de fundo kelseniano”, já que para Kelsen “assim como o liberalismo pode representar a dissolução do direito público no direito privado, o socialismo também poderá ter o efeito de diluição do direito privado no direito público”.<sup>66</sup>

Paula Costa e Silva admite que o instituto dos negócios jurídicos processuais “entreabre uma porta ao direito material”<sup>67</sup> e, Pedro Henrique Nogueira acrescenta que há, em certa medida, “a extensão da aplicação de regras de direito material, ainda que parcialmente, àqueles atos, mas isso não importa sacrificar a autonomia do direito processual”.<sup>68</sup>

O doutrinador acrescenta que é possível cogitar, no direito nacional, a “sujeição dos negócios jurídicos processuais a um duplo regime (substancial e processual), especialmente em matéria de invalidade”, assim como que essa conjugação de regimes jurídicos pode trazer importantes consequências, como, a “exclusão da decretação de invalidade do ato, sempre quando for possível julgar o mérito a favor de quem aproveite a pronúncia da invalidação, de acordo com o art. 282, §2º do CPC-2015”.<sup>69</sup>

Quanto ao regime jurídico a ser aplicado nos negócios jurídicos processuais, Trícia Navarro Xavier Cabral defende que há negócios firmados extrajudicialmente e judicialmente e sustenta que “no âmbito extrajudicial adotam-se as normas de direito material para a sua constituição”, todavia que “no campo processual, devem ser respeitadas as regras de direito material e também as de direito processual, em uma espécie de regime jurídico misto”.<sup>70</sup>

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, classificam os negócios jurídicos processuais previstos no artigo 190 do Novo CPC como “negócios jurídicos de direito privado (CC 104) que terão repercussão no processo civil”.<sup>71</sup>

---

66 Nascimento, Amauri Mascaro. *Ob. cit.*, p. 247-249.

67 Silva, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, p. 183 *apud* Nogueira, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*, p. 154.

68 Nogueira, Pedro Henrique. *Ob. cit.*, p. 154.

69 *Ibid.*, p. 170.

70 Cabral, Antonio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique (coords.). *Ob. cit.*, p. 228.

71 Nery Júnior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de direito civil: contratos*, vol. III, p. 499.

A nossa posição quanto ao tema segue os entendimentos que o Direito Processual Civil é ramo do Direito Público, mas que os negócios jurídicos processuais se encontram situados em um regime misto, devendo ser aplicados a esses negócios tanto as regras de direito material como as de processual, de forma que quando houver duplicidade de tratamento sobre determinado tema entre o direito material e o processual, as normas de direito processual devem prevalecer.

Exemplo prático dessa prevalência é possível observar no regime de aproveitamento dos atos do direito processual que, hodiernamente, é mais abrangente que no direito material, evitando-se, assim, a aplicação de nulidade processual em inúmeras situações.

### 3. O ESTÍMULO À AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

#### 3.1. Considerações iniciais

Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello definem a autocomposição como:

(...) “o conjunto de técnicas por intermédio das quais as partes podem atingir a solução da controvérsia entre si estabelecida sem que exista a prolação de uma decisão judicial de accertamento de direitos”.<sup>72</sup>

A Resolução CNJ nº 125/10 instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses que trouxe aos órgãos judiciários a obrigação de oferecerem mecanismos de soluções consensuais de controvérsias, estimulando à autocomposição de conflitos por meio de duas espécies: a mediação e a conciliação.

Após essa norma, o Novo CPC visou estimular a autocomposição de conflitos e outras formas que, apesar de não serem espécies de autocomposição e estarem dentro da heterocomposição, trazem mais liberdades para as partes em litígio encontrarem suas próprias soluções, sendo que um dos maiores exemplos está na realização de negócios jurídicos processuais.

Dinamarco, Grinover e Cintra defendem que a autocomposição ocorre quando “umas das partes em conflito, ou ambas, abrem mão do interesse ou de parte dele”, podendo se dar de três formas: “a, desistência (renúncia à pretensão); b, submissão (renúncia à resistência oferecida à pretensão); c, transação (concessões recíprocas)”.<sup>73</sup>

Os juristas conceituam que a conciliação “visa induzir as próprias pessoas em conflito a ditar a solução para a sua pendência”, podendo ocorrer de maneira extraprocessual ou endoprocessual.<sup>74</sup>

---

72 Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*, p. 353.

73 Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 27ª ed., p. 27.

74 *Ibid.*, p. 34.

Para os doutrinadores, nessa espécie de autocomposição, “o conciliador procura obter uma transação, ou a submissão de um a pretensão do outro, ou a desistência da pretensão”.<sup>75</sup>

Os juristas sustentam que “a mediação assemelha-se à conciliação”, sendo que naquela espécie “os interessados utilizam a intermediação de um terceiro, particular, para chegarem à pacificação de seu conflito”, sendo que a grande diferença está que a conciliação “busca sobretudo o acordo entre as partes”, todavia “a mediação objetiva trabalhar o conflito, surgindo o acordo como mera consequência”.<sup>76</sup>

Para Fredie Didier Júnior, a diferença entre as duas espécies de autocomposição está no fato de que na conciliação, “o conciliador tem uma participação mais ativa no processo de negociação, podendo, inclusive, sugerir soluções para o litígio”, enquanto que na mediação, o mediador deve “servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador do diálogo entre eles, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito”, não podendo o mediador propor soluções aos interessados.<sup>77</sup>

A Lei 13.140/15, que trata de mediação, define em seu artigo 1º, parágrafo único, que “considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

### **3.2. A autocomposição no Novo Código de Processo Civil**

O Novo CPC trouxe uma série de normas que visam estimular as partes a solucionarem seus conflitos através da autocomposição, sendo que algumas são realmente estímulos, já que são dispositivas, e outras que são cogentes e obrigam as partes a participarem de determinados procedimentos, de maneira que a participação é um pré-requisito para a continuidade tradicional do processo.

No artigo 3º, parágrafos 2º e 3º, da norma em tela, encontramos que “o

---

75 Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. *Ob. cit.*, p. 34.

76 *Ibid.*, p. 34.

77 Didier Júnior, Fredie. *Curso de direito processual civil*, 17ª ed., vol. 1, p. 276.

Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

O artigo 334 da norma em comento exara que as partes deverão participar de uma audiência de conciliação ou de mediação, não participando somente se ambas manifestarem expressamente o desinteresse na composição consensual, e há uma seção inteira tratando dos mediadores e conciliadores, entre os artigos 165 e 175 da norma supracitada.

Do mesmo modo, o artigo 695 do Novo CPC prevê que nas ações de família o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação e o artigo 697 dispõe que, se nessa audiência não for realizado o acordo, as normas do procedimento comum serão utilizadas, podendo ser visto que nesse caso a utilização da forma de autocomposição de conflitos é, em regra, obrigatória.

O artigo 515, *caput* e inciso III, do novo código dá a natureza de título executivo judicial à decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza e o artigo 725, *caput* e inciso VIII, permite, como procedimento de jurisdição voluntária, a homologação de composição extrajudicial, de qualquer natureza ou valor.

O parágrafo 2º, do artigo 515, possibilita que a autocomposição judicial envolva sujeito estranho ao processo e que verse sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo.

O artigo 190, que traz a possibilidade das partes realizarem negócios jurídicos processuais, é mais uma oportunidade que elas possuem de se autorregrem, todavia, como veremos, há limites propostos no ordenamento jurídico e nos princípios constitucionais, gerais do direito e específicos de cada ramo envolvido, não sendo esse direito absoluto e irregrado.

#### **4. FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS**

Antes de entrar nos negócios jurídicos processuais, cabe tecer alguns breves comentários sobre o Fórum Permanente de Processualistas Civis, já que, entre seus enunciados, há uma quantidade significativa que tratam especificamente de negócios jurídicos processuais e esses enunciados serão abordados dentro dos capítulos seguintes.

O fórum reúne centenas de profissionais da área do Brasil inteiro e aprova, revisa ou cancela enunciados sobre matéria processual somente quando há unanimidade da premissa pelo grupo temático e após aprovado também por unanimidade do plenário, de forma que qualquer divergência justificada de algum participante causa a rejeição do enunciado, todavia os enunciados não são de caráter vinculante.

Demonstrando a relevância dos negócios jurídicos processuais, até o final de 2015 (6º encontro realizado em Curitiba), 572 enunciados foram aprovados e, desse total, 42 tratavam do artigo 190 do Novo CPC, ou seja, mais de 7% da totalidade dos enunciados.

Dos 42 enunciados, 37 deles foram elaborados pelo Grupo de Negócios Jurídicos do fórum.

É importante ressaltar que o coordenador do fórum é o jurista Fredie Didier Júnior que é um grande defensor de que os negócios jurídicos processuais sejam aplicados de maneira ampla.

## 5. NEGÓCIOS JURÍDICOS

### 5.1. Considerações iniciais e os fatos jurídicos

Pedro Henrique Nogueira, defende que a teoria do fato jurídico está situada na Teoria Geral do Direito e que, a partir disso, é possível a sua aplicabilidade no Direito Processual, pois “o conceito de fato jurídico constitui uma noção lógico-jurídica (ou também chamado de conceito jurídico fundamental)”.<sup>78</sup>

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, por sua vez, entendem que a teoria dos fatos, atos e negócios processuais “sofre influência direta da teoria geral do direito privado, que distingue cada uma dessas categorias, técnica e sistematicamente”, assim como que, “em sentido amplo, os fatos que interessam ao direito processual são os mesmos que a teoria geral do direito privado considera fatos jurídico, com o diferencial de eles encontrarem *locus* próprio no processo”.<sup>79</sup>

Como já abordado no capítulo de trata da taxinomia do Direito Processual Civil, entendemos que os fatos jurídicos foram construídos a partir do Direito Privado, mas que não há nenhum óbice em sua aplicação no Direito Processual Civil, apesar desse ramo pertencer ao Direito Público.

Pontes de Miranda explica que os fatos do mundo podem ou não interessar ao direito. “Se interessam, entram no subconjunto do mundo a que se chama mundo jurídico e se tornam fatos jurídicos, pela incidência das regras jurídicas que assim os assinalam”.<sup>80</sup>

“Para Savigny os fatos jurídicos são os acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e se extinguem”.<sup>81</sup>

Maria Helena Diniz amplia o conceito de Savigny, pois defende que nem sempre o fato faz nascer ou perecer o direito, já que algumas vezes atua sobre relação jurídica já existente com o intuito de modificá-la e para protegê-la, desse

78 Nogueira, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*, p. 35.

79 Nery Júnior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de direito civil: contratos*, vol. III, p. 499.

80 Miranda, Pontes de. *Tratado de direito privado*, Parte Geral, Tomo I, p. 65.

81 Savigny. *Traité de droit romain. v. 2 e 3 apud* Diniz, Maria Helena. *Curso direito civil brasileiro*, 25<sup>a</sup> ed., vol. 1, p. 372.

modo, conceitua que “fatos jurídicos seriam os acontecimentos, previstos em norma de direito, em razão dos quais nascem, se modificam, subsistem e se extinguem as relações jurídicas”.<sup>82</sup>

Nesse sentido, Orlando Gomes elenca cinco efeitos que resultam da conexão entre o fato e a lei: “a, aquisição de direitos; b, conservação; c, transferência; d, modificação; e, extinção”.<sup>83</sup>

O doutrinador aduz que, no sentido lato, a função que o fato jurídico exerce “é a de ser seu elemento de propulsão”, que “por seu intermédio as normas jurídicas movimentam-se” e “é, portanto, o elemento dinâmico do jurídico”.<sup>84</sup>

O autor acrescenta que:

“Sem o fato a relação jurídica não se forma concretamente. Por isto, diz-se que converte, em relação concreta, a relação abstrata. É, em suma, o vínculo jurídico que liga os sujeitos de direito ou o sujeito ao objeto do direito subjetivo submetendo uma coisa ao seu poder”.<sup>85</sup>

Robson Godinho, analisando a obra conjunta de Fredie Didier Júnior e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira e tratando especificamente de fatos jurídicos processuais *lato sensu*, conceitua esse instituto como “os eventos, abrangendo manifestações de vontade, condutas e fenômenos da natureza, contemporâneos a um procedimento a que se refiram, descritos em normas jurídicas processuais”.<sup>86</sup>

Silvio Rodrigues classifica os fatos jurídicos desta forma:

(...) “de início devem ser separados os *fatos jurídicos em sentido estrito*, isto é, os fatos que não envolvem qualquer ato humano por advirem de forças alheias ao homem, dos atos humanos, a que se poderia dar o nome de *atos jurídicos*, ou *atos jurígenos*, como fazem alguns escritores, para lembrar que se trata de atos capazes de criar relações na órbita do direito. Estes podem ser ilícitos, se desconformes com a lei, ou lícitos, se com ela se afinarem. Dentre os atos lícitos dever-se-iam separar os inspirados num propósito negocial, ou seja, na deliberação de alcançar um efeito jurídico – e teríamos então o *negócio jurídico*, dos *atos meramente lícitos*, em que o efeito jurídico alcançado não é perseguido pelo agente”.<sup>87</sup>

82 Diniz, Maria Helena. *Ob. cit.*, p. 372.

83 Gomes, Orlando. *Introdução ao direito civil*, 2ª ed., p 216-217.

84 Gomes, Orlando. *Ob. cit.*, p 215.

85 *Ibid.*, p 215.

86 Didier Jr., Fredie; Nogueira, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*, 2ª ed., p. 33 *apud* Godinho, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*, p. 122.

87 Rodrigues, Silvio. *Direito Civil*, 34ª ed., vol. 1, p. 158.

Especificamente sobre atos processuais, o *caput*, do artigo 200, do Novo Código de Processo Civil aduz que “os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”.

Pedro Henrique Nogueira demonstra que há cinco correntes divergentes sobre quais atos podem ser considerados processuais:

“i, há os que condicionam a “processualidade” do ato à circunstância de sua prática gerar constituição, modificação ou extinção na relação jurídica processual, agregando a exigência de serem praticados pelos sujeitos da relação apenas (partes e juiz); ii, há os que põem relevo, sem ignorar a pertinência subjetiva a eficácia sobre a relação jurídica processual, a sede do ato (somente seriam “processuais” os atos praticados pelos sujeitos da relação, no processo, e que gerassem criação, modificação ou extinção da relação processual); iii, há quem defenda a “processualidade” em função da circunstância de onde o ato possa ser praticado (somente seriam “processuais” aqueles praticados no processo e que somente no processo poderiam ser praticados); iv, há os que vinculam a “processualidade” apenas à integração do ato na cadeia procedimental; v, há os que admitem a “processualidade” de certos atos ou fatos ainda quando não integrem o procedimento, desde que previstos em normas processuais e produzam algum efeito processual”.<sup>88</sup>

O jurista sustenta que não se pode restringir a processualidade do ato ou fato aos sujeitos da relação processual (parte e juiz), pois os terceiros são “verdadeiros atores do processo”, já que eles compõem a cadeia processual.<sup>89</sup>

A teoria que liga a atribuição de ato ou fato processual à sede do ato comete equívoco, porquanto deixa de lado fatos não interligados ao procedimento, porém que produzem efeitos processuais, como: a procuração, a convenção de arbitragem e o pacto de jurisdição ou competência.<sup>90-91</sup>

O doutrinador conclui aderindo à quinta corrente e complementa:

(...) “podemos agrupar os fatos processuais, segundo o critério do local de sua ocorrência, da seguinte forma: a, fatos jurídicos processuais procedimentais – aqueles que geram situações jurídicas processuais e integram o procedimento (cadeia de fatos interligados a que também se chama “processo”), tal como se dá, v.g., com a propositura da demanda, a prolação de uma decisão pelo juiz etc.); b, fatos jurídicos processuais extraprocedimentais – aqueles geradores de situações jurídicas

<sup>88</sup> Nogueira, Pedro Henrique. *Ob. cit.*, p. 49-50.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 51-53.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 53-54.

<sup>91</sup> Freitas, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios Gerais*, 2ª ed., p. 14-15 *apud ibid.*, p. 53-54.

processuais, mas situados fora do procedimento (v.g. transação, morte das partes ou dos procuradores etc.).<sup>92</sup>

Sobre os fatos extraprocedimentais e os seus reflexos no procedimento, Carnelutti exara que “a processualidade do ato não se deve ao seu cumprimento no processo, mas a seu valor para o processo”.<sup>93</sup>

Nogueira exemplifica que “um negócio jurídico de alienação do direito litigioso, v.g., produz o efeito (tipicamente processual) de conferir ao adquirente o poder jurídico de ingressar no processo civil na condição de assistente”.<sup>94</sup>

## 5.2. Breves elementos históricos dos negócios jurídicos processuais

Pedro Henrique Nogueira sustenta que no Direito Romano já havia algum caráter negocial processual, demonstrando algumas proximidades com a atual arbitragem, pois as partes de comum acordo decidiam ter a controvérsia decidida pelo magistrado e sob égide do *iudex* privado:

“Já na fase da *legis actiones*, durante a primeira etapa do procedimento (*in iure*), as partes contrapostas compareciam perante o magistrado (normalmente o pretor) e acordavam a solução da controvérsia ao *iudex* privado, formando a *litis contestatio*, com o compromisso de participar do juízo *apud iudiciem* e aceitar o respectivo julgamento a ser feito na fase seguinte.

Parte considerável da doutrina, por isso, tem acentuado o caráter contratual ou negocial da litiscontestação em Roma, que manteve seus caracteres básico na segunda fase do processo civil romano (período *per formulas*), com a introdução do processo da *cognitio extra ordinem* (terceira fase), quando a *litis contestatio* passou a ser a fase em que o juiz ouvia as partes e se informava do litígio, eliminando qualquer resquício de contratualidade”.<sup>95</sup>

No Brasil, durante a vigência do Regulamento nº 737, de 1850, é possível observar a existência de alguns negócios processuais, como, por exemplo:

“a conciliação prévia nos processos judiciais (art. 23), a convenção para estipulação do foro (art. 62), a estipulação de escolha do procedimento sumário (art. 245), o juízo arbitral voluntário, instituído por acordo das partes antes ou na pendência da demanda (art. 411).”<sup>96</sup>

92 Nogueira, Pedro Henrique Pedrosa. Situações Jurídicas Processuais. *Teoria do processo – panorama doutrinário mundial*, 2ª ed., p. 759 *apud ibid.*, p. 55.

93 Carnelutti, Francesco. *Instituições do Processo Civil*, p. 477 *apud* Nogueira, Pedro Henrique. *Ob. cit.*, p. 58.

94 *Ibid.*, p. 58.

95 *Ibid.*, p. 138.

96 *Ibid.*, p. 139.

No CPC de 1939, outras hipóteses de negociação foram contempladas, como: “a transação (art. 206), a desistência da demanda (art. 206), a revogação do recurso por substituição (art. 809), a suspensão da instância por convenção das partes (art. 197, II)”.<sup>97</sup>

No CPC de 1973 “introduziu-se um regime geral dos atos processuais”.<sup>98</sup>

Pontes de Miranda já reconhecia a possibilidade de negócios jurídicos processuais na década de 70 do século anterior, pois afirmou que “há negócios jurídicos de direito das gentes, de direito constitucional, de direito administrativo, de direito social, de direito processual, de direito privado”.<sup>99</sup>

No entanto, muitos doutrinadores respeitáveis, em obras jurídicas anteriores ao Novo CPC, defendiam a impossibilidade de negócios jurídicos processuais, o que hoje, com a nova norma contendo dispositivo expresse sobre o tema, fica difícil sustentar.

Para Alexandre Freitas Câmara, os negócios jurídicos processuais não existem “porque os atos de vontade praticados pelas partes produziram no processo apenas os efeitos ditados pela lei”<sup>100</sup>, ou seja, não haveria autonomia da vontade.

Cândido Rangel Dinamarco compartilha do mesmo entendimento.<sup>101</sup>

Luiz Fux, por sua vez, admite a existência excepcional de negócios jurídicos processuais, pois só haveria a possibilidade nos casos de disposição das partes quanto às regras processuais, já que “as normas processuais são cogentes”, ocorrendo exceção “nas hipóteses de suspensão do processo por convenção das partes, bem como no foro de eleição e na convenção sobre o ônus da prova”.<sup>102</sup>

O Código de Processo Civil da Alemanha, em 2002, foi reformado de maneira

---

97 *Ibid.*, p. 140.

98 *Ibid.*, p. 140.

99 Miranda, Pontes de. *Tratado de direito privado*, Parte Geral, Tomo III, p. 62.

100 Câmara, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, 25ª ed., 276 *apud* Cabral, Antonio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique (coords.). *Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. Negócios processuais*, p. 34.

101 Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., 484 *apud* Cabral, Antonio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique (coords.). *Ob. cit.*, p. 34

102 Fux, Luiz. *Curso de direito processual civil*, 2ª ed., p. 433 *apud* Cabral, Antonio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique (coords.). *Ob. cit.*, p. 40.

relevante e passou a autorizar a “estipulação de contratos processuais pelas partes” e na Itália a Lei nº 69 do ano de 2009 alterou o código processual do país e instituiu a possibilidade do “acordo de procedimento”.<sup>103</sup>

### 5.3. Definição de negócios jurídicos

Para o Silvio Rodrigues, negócio jurídico é “ato lícito da vontade humana, capaz de gerar efeitos na órbita do direito”.<sup>104</sup>

Orlando Gomes exara que há duas correntes diferentes que conceituam o negócio jurídico: “a voluntarista e a objetiva”.<sup>105</sup>

Para os voluntaristas, negócio jurídico “é a declaração de vontade destinada a provocar determinados efeitos jurídicos ou dirigida à realização de um fim prático tutelado pela ordem jurídica”<sup>106</sup> e para os objetivistas é “a expressão da autonomia privada”, predominando a primeira corrente, todavia “negócio jurídico e declaração de vontade não são expressões equivalentes”.<sup>107</sup>

Benedito Mário Vitiritto, conceitua negócio jurídico processual como “o resultante de declaração dispositiva de vontade da parte, ou das partes, com o fim de constituir, modificar ou extinguir a relação processual”.<sup>108</sup>

Miguel Teixeira de Sousa, em estudo sobre o Código de Processo Civil português, conceitua negócios jurídicos processuais como:

“Os negócios processuais são os negócios jurídicos que produzem directamente efeitos processuais, isto é, são os 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 um certo efeito (vontade de resultado) num processo pendente ou futuro.

(...)

É a disponibilidade sobre os efeitos processuais que afere a admissibilidade

103 Cabral, Antonio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique (coords.). Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. *Ob. cit.* p. 221-223.

104 Rodrigues, Silvio. *Ob. cit.*, p. 169.

105 Gomes, Orlando. *Ob. cit.*, p. 239.

106 Scognamiglio. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, p.35 *apud ibid.*, p. 239.

107 Gomes, Orlando. *Ob. cit.*, p. 239.

108 Vitiritto, Benedito Mário. Reflexões sobre o Negócio Jurídico Processual. *O Julgamento Antecipado da Lide e Outros Estudos*, p.112 *apud* Nogueira, Pedro Henrique. *Ob. cit.*, p. 151.

dos negócios processuais”.<sup>109</sup>

Na doutrina italiana, Costa e Segni definem que “negócios processuais seriam os atos processuais cujos efeitos seriam ligados diretamente à vontade da parte, sem a intermediação de qualquer ato do juiz”.<sup>110</sup>

Robson Godinho defende que a realização de negócios processuais é a manifestação de um processo democrático e que visa a efetiva realização de direitos.<sup>111</sup>

A nossa definição para o instituto é: negócios jurídicos processuais são os atos de autonomia da vontade, de direito material ou processual, praticados pelas partes, podendo incluir terceiros, que tragam efeitos ao processo de maneira que constituam, mantenham, transformem ou extingam direitos, podendo ser firmados antes ou durante o processo, sendo limitados à indisponibilidade e à irrenunciabilidade de certos direitos materiais ou processuais, às questões de ordem pública, às de interesse público e a outros impedimentos cogentes previstos no ordenamento ou nos princípios jurídicos, não permitindo que os negócios sejam utilizados para impossibilitar, direta ou indiretamente, o amplo acesso à justiça, a produção de provas, a paridade de armas, o contraditório, a celeridade processual e a segurança jurídica de vulneráveis, hipossuficientes e partes ou terceiros que se encontrem em notório desequilíbrio, não podendo tais negócios ferirem à dignidade da pessoa humana.

Nosso conceito leva em consideração as definições clássicas e perenes de negócios jurídicos, a Constituição Federal e está presente no Novo CPC, já que no artigo 8º é previsto que o juiz na aplicação do ordenamento jurídico deverá “atender aos fins sociais da norma e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana, observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”, assim como que o artigo 190, *caput* e parágrafo único, prevê a possibilidade de negócios jurídicos processuais somente sobre os direitos que admitam autocomposição, levando assim

---

109 Sousa, Miguel Teixeira de. *Introdução ao direito*, p. 193-194 *apud* Godinho, Robson Renault. *Ob. cit.*, p. 130.

110 Costa, Segio; Segni, Antonio. *Procedimento Civile. Novissimo Digesto Italiano XIII*, p. 1046 *apud* Nogueira, Pedro Henrique. *Ob. cit.* p. 140.

111 Godinho, Robson Renault. *Ob. cit.*, p. 41.

em consideração que há direitos indisponíveis, irrenunciáveis, ligados à ordem pública e ao interesse público, bem como admitindo que há situações nas quais a parte se encontra em situação de vulnerabilidade.

Ademais, apesar do artigo 190 usar somente o termo partes para a participação nesse tipo de negócio, entendemos que, respeitada as condições limitadoras descritas no nosso conceito, terceiros também poderão se utilizar desse tipo de instrumento, sendo o dispositivo supracitado o típico caso de norma na qual o legislador falou menos do que queria falar.

## **5.4. Elementos essenciais dos negócios jurídicos**

### **5.4.1. Considerações iniciais**

Os negócios jurídicos têm que passar por três diferentes planos: existência, validade e eficácia.

Pontes de Miranda sustenta que “o fato jurídico pode ser, valer e não ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz”, todavia “o que não se pode dar é valer e ser eficaz, ou valer, ou ser eficaz, sem ser; porque não há validade, ou eficácia do que não é”.<sup>112</sup>

### **5.4.2. Existência**

#### **5.4.2.1. Definição e elementos complementares**

Pontes de Miranda aduz sobre a existência de manifestações de vontade em atos humanos que:

“Grande mal na ciência jurídica tem sido, até pouco tempo, deixar-se de tratar das manifestações da vontade, em si mesmas, e dos atos-fatos, em si mesmos, em seu existirem ou não existirem. De ordinário, passava-se à consideração das nulidades e anulabilidades, ou da eficácia dos negócios jurídicos, antes de se apurar, no plano da existência, se seria ou não seria caso de se falar de declaração de vontade, ou de ato em suma, de exteriorização de vontade, ou de ato-fato”.<sup>113</sup>

Orlando Gomes, em obra da década de 60 do século passado, exara que Zachariae elaborou a teoria da inexistência “para justificar a ineficácia total de atos

<sup>112</sup> Miranda, Pontes de. *Tratado de direito privado*, Parte Geral, Tomo IV, p. 77.

<sup>113</sup> Miranda, Pontes de. *Tratado de direito privado*, Parte Geral, Tomo I, p. 181.

praticados no campo do direito de família”, que posteriormente “criou corpo até ser preconizada sua inserção na teoria geral da invalidade dos negócios jurídicos”.<sup>114</sup>

Para os adeptos dessa teoria, no ato inexistente faltaria pressuposto de formação ou elemento constitutivo, pois o ato “não se formou para o Direito”.<sup>115</sup>

Orlando Gomes, apesar de contrário à teoria, exemplifica, em sua obra anterior a Constituição Federal de 1988, que é inexistente “o casamento de pessoas do mesmo sexo ou o que não foi celebrado, não passando de farsa” e que não poderiam sequer ser declarados nulos, porquanto “seria absurdo admiti-los como atos jurídicos”.<sup>116</sup>

Capitant define que “o ato inexistente é puro fato sem existência legal”.<sup>117</sup>

O parágrafo único, do artigo 190, do Novo CPC prevê que o juiz somente recusará as previsões do *caput* do artigo, que traz a norma geral sobre negociação processual, nos casos de “nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

Se o magistrado recusa a aplicação do negócio jurídico processual nos casos de nulidade, também o fará nos casos de inexistência, já que somente pode ser nulo o que existe.

É possível observar que o artigo 124 do Código Civil aduz que são inexistentes as condições impossíveis e o artigo 137 considera não escrito o encargo ilícito ou impossível, não havendo razão para argumentar que o plano de existência não existe ou que não foi previsto na norma civilista.

#### **5.4.2.2. Comparações entre existência e nulidade**

Silvio Rodrigues explica que “o ato inexistente independe de ação judicial para perder qualquer efeito, pois se ele nem sequer existe, não se faz necessário, naturalmente destruí-lo” e não convalesce nunca, mas que ato nulo depende de declaração judicial de sua ineficácia e que o ato eivado de nulidade absoluta, aos

<sup>114</sup> Gomes, Orlando. *Ob. cit.*, p 400.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p 400.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p 400.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p 401.

que sustentam a prescritibilidade da ação, poderia se convalescer pelo decurso do tempo, posicionando-se o doutrinador de maneira contrária à teoria da inexistência, pois ele a considera inútil, inconveniente e defende que a noção de nulidade absoluta a substitui vantajosamente, porquanto, se for verdade que é possível prescindir de ação judicial para declarar a inexistência, “estar-se-á privando as partes, interessadas no ato, das garantias de defesa que o processo oferece e dos eventuais efeitos por vezes atribuídos pela lei”, bem como pode, “segundo sustentam os modernos adeptos da teoria, a declaração de inexistência advir de simples despacho do juiz ou de mera ação declaratória”.<sup>118</sup>

Em sentido oposto, Maria Helena Diniz, citando Washington de Barros Monteiro e Mário Guimarães, exara que “para que se declare que um ato negocial inválido é preciso que ele valha, o que pressupõe a sua existência”, de maneira que “o ato inexistente não tem qualquer significado na seara jurídica, é fato inidôneo para produzir consequências jurídicas, de forma que a lei não o regula, porque não há necessidade de se disciplinar o nada”, sendo “inexistente o ato se faltar elemento essencial à sua existência (consentimento, objeto e causa)”.<sup>119 120</sup>

Pontes de Miranda aduz que:

“Assim, quando MARIO DE SIMONE (*La Sanatoria del Negozio giuridico nullo*, 95) tentou pôr a inexistência, a nulidade (e a anulabilidade) como graus de validade, não atendeu o que o suporte fático insuficiente, que é o do inexistente, não entra no mundo jurídico. Nulo e anulável entram; o que não entra é o que não existe e, por isso mesmo, se diz inexistente. Inexistente porque ficou *fora* do mundo jurídico; dele pode-se falar, de dentro do direito, como, de dentro de casa, se pode falar do que se passa ou se passou na rua”.<sup>121</sup>

Como exemplo de inexistência, o doutrinador escreve que “se A estava morto quando se diz que testou, não houve testamento: o negócio jurídico inexistente”.<sup>122</sup>

Para Vicente Greco Filho, “ato inexistente é o que tem somente a aparência do ato, mas, na verdade, não foi praticado, como, por exemplo, a citação de um homônimo ou a sentença proferida por pessoa que não seja juiz”, devendo ser

118 Rodrigues, Silvio. *Ob. cit.*, p. 291-292.

119 Barros Monteiro, Washington. *Curso de direito civil*, vol. 1, p. 276 *apud* Diniz, Maria Helena. *Ob. cit.*, p. 481.

120 Guimarães, Mário. *Estudos de direito civil*, p. 71 *apud* Diniz, Maria Helena. *Ob. cit.*, p. 481.

121 Miranda, Pontes de. *Tratado de direito privado*, Parte Geral, Tomo IV, p. 81.

122 Miranda, Pontes de. *Ob. cit.*, p. 82.

“simplesmente desconsiderado” e “praticado o ato que não o foi”, não dependo de “instrumento específico para o seu desfazimento”.<sup>123</sup>

Leonardo Carneiro da Cunha observa que:

“Todos os fatos jurídicos em sentido *lato* (aí incluídos os fatos jurídicos *stricto sensu*, os atos jurídicos, os negócios jurídicos, os atos ilícitos e os atos-fatos) devem passar pelo plano da existência: basta a composição do suporte fático, a partir da incidência da norma, para que o fato passe a existir juridicamente, ingressando no mundo do direito. Os fatos jurídicos *stricto sensu* não passam pelo plano da validade. De igual modo, os atos-fatos não passam pelo plano da validade. Por ele apenas passam os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos, nos quais é relevante a vontade humana. É aí que opera o sistema de invalidades, exatamente porque se anulam os atos dos quais decorram vícios de vontade. Por sua vez, o plano da eficácia diz respeito à produção de efeitos pelos fatos jurídicos”.<sup>124</sup>

Sobre as confusões que há entre nulidade e inexistência, Vicente Greco Filho aduz que:

“Às vezes a doutrina tem a tendência de considerar inexistentes atos que, na verdade, são apenas nulos. Entre outras hipóteses podem ser referidas a sentença de juiz militar quando a competência era do juiz penal comum e a sentença do juiz impedido. Em ambas as situações o juiz é dotado de jurisdição, portanto a sentença existiu como tal, ainda que com nulidade absoluta. Diferente é a situação de “sentença” sem dispositivo. Nesse caso o ato não é sentença porque nada decidiu, logo, deve ser praticada outra no lugar, ou melhor, deve ser praticado o ato que não o foi”.<sup>125</sup>

#### 5.4.2.3. Nulidade

Apesar de a nulidade não fazer parte do campo da existência, pois algo só pode ser nulo se existe, como no item anterior foram tratadas as diferenças entre a existência e a nulidade, didaticamente é melhor apresentar a nulidade exatamente nessa sequência.

Para Maria Helena Diniz, nulidade é uma “sanção, imposta pela norma jurídica, que determina a privação dos efeitos jurídicos do negócio praticado em desobediência ao que prescreve”.<sup>126</sup>

Orlando Gomes sustenta que “ato nulo é o que se pratica com infração de

<sup>123</sup> Greco Filho, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª ed., p. 288.

<sup>124</sup> Cabral, Antonio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique (coords.). *Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro*. *Ob. cit.*, p. 28-29.

<sup>125</sup> Greco Filho, Vicente. *Ob. cit.*, p. 288.

<sup>126</sup> Diniz, Maria Helena. *Ob. cit.*, p. 536.

preceito legal de ordem pública, ou de certas normas imperativas”.<sup>127</sup>

Nesse sentido, o artigo 966, *caput* e inciso V, prevê que é hipótese de ação rescisória a decisão de mérito, transitada em julgado, que violar manifestamente norma jurídica.

Para Orlando Gomes, “vezes há em que a nulidade do ato não está prevista no texto da lei, mas, simplesmente subentendida”<sup>128</sup>, sendo essa a nulidade virtual, existindo também a textual, como explica o autor:

“Textual quando consignada expressamente na lei; virtual, quando implícita, depreendendo-se da função da norma na falta de sanção explícita. A determinação das nulidades virtuais não é fácil, porque inexiste critério de ordem geral que permita reconhecer todos os casos nos quais houve a intenção de sancionar a transgressão com essa pena. No direito de família, consoante tradição, só se admitem nulidades textuais. Os atos que se praticam nos outros domínios do direito civil podem ser virtualmente nulos”.<sup>129</sup>

A nulidade só ocorre por manifestação do Judiciário ou de arbitragem e se divide em absoluta (*jures et de jure*) e relativa ou anulabilidade (*jures tantum*), sendo que a primeira “não produz qualquer efeito por ofender, gravemente, princípios de ordem pública”, “de maneira que um ato negocial que resulta em nulidade é como se nunca tivesse existido, desde a sua formação”, o efeito da invalidação é *ex tunc*, “retroagindo à data da sua celebração”, e a eficácia é *erga omnes*, todavia na nulidade relativa o vício, que pode determinar a ineficácia, poderá ser convalidado, restabelecendo-se a sua normalidade, de forma que a desconformidade é menos grave, pois o direito violado é relacionado a “preceito concernente a interesses meramente individuais”, gerando efeito *ex nunc*, isto é, gera efeitos até o momento da declaração (artigos 177 e 183, CC), com eficácia entre as partes.<sup>130</sup>

Em ambas espécies de nulidade, até que haja a decretação judicial, surtirá os efeitos aparentemente desejados pelas partes.<sup>131-132</sup>

Silvio Rodrigues defende que há nulidade se existe um vício que impede um

<sup>127</sup> Gomes, Orlando. *Ob. cit.*, p 404.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p 404.

<sup>129</sup> Gomes, Orlando. *Ob. cit.*, p 404.

<sup>130</sup> Diniz, Maria Helena. *Ob. cit.*, p. 536-537.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 539.

<sup>132</sup> Didier Júnior, Fredie. *Curso de direito processual civil*, 17ª ed., vol. 1, p. 401.

ato de ter existência legal ou de produzir efeito<sup>133</sup>, assim como que a nulidade absoluta causa a decretação de ineficácia.<sup>134</sup>

Como já tratado no item anterior, discordamos do autor quanto à falta de existência legal ser considerada nula, pois entendemos ser ela inexistente.

O autor diferencia ato nulo de ato anulável afirmando que o primeiro possui um vício que fere a sociedade, que ela não pode transigir com a sua sobrevivência, que jamais se cura, não podendo ser suprida ainda que a requerimento das partes (artigo 168, parágrafo único, CC), que, assim, todo efeito é negado e que este é automático, já que emana da vontade do legislador, possuindo a sentença que proclama a nulidade absoluta natureza declaratória, mas que o ato anulável só interessa ao particular, operando o negócio normalmente até a data da sentença, que o ato pode continuar operando indefinidamente, caso o interessado não provoque a declaração de ineficácia que depende de sentença e que emana da vontade do juiz, tendo essa decisão que reconhece a nulidade relativa a natureza constitutiva, bem como se as partes quiserem o ato pode convalidar.<sup>135</sup>

Para os autores clássicos, como Orlando Gomes<sup>136</sup> e Silvio Rodrigues<sup>137</sup>, os atos nulos são irratificáveis e imprescritíveis.

Quanto à imprescritibilidade somos completamente contra qualquer tipo de instrumento ou teoria que torne algo fora da prescrição, salvo direitos pessoais e a cidadania, como, o direito ao nome e o direito à nacionalidade, porquanto entendemos que a imprescritibilidade fere o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo esse princípio “o último arcabouço da guarida dos direitos individuais e o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional”<sup>138</sup>, de maneira que, havendo imprescritibilidade, o indivíduo perderá a paz de espírito, já que aguardará uma condenação, mesmo que pecuniária, por toda vida, bem como a segurança jurídica será frontalmente abalada, pois a imprescritibilidade poderá atingir outras gerações de pessoas que herdaram um patrimônio e as transmissões ocorridas,

---

133 Rodrigues, Silvio. *Ob. cit.*, p. 284.

134 *Ibid.*, p. 292-293.

135 *Ibid.*, p. 286-287.

136 Gomes, Orlando. *Ob. cit.*, p. 405-406.

137 Rodrigues, Silvio. *Ob. cit.*, p. 290.

138 Nunes, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*, 9ª ed., p. 62.

onerosas ou gratuitas, mesmo entre pessoas que não são da família e adquiriram um bem de boa-fé, podendo criar um eterno estado de insegurança, abalando, inclusive, a parte psíquica do indivíduo, já que o artigo 5º, inciso XLV, da CF, prevê que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

A situação é tão grave que podemos afirmar que a imprescritibilidade é a condenação da alma.

Para Vicente Greco Filho, pelo “princípio da permanência da eficácia dos atos processuais”, “o ato processual, desde que existente, ainda que defeituoso, produz os efeitos que a lei prevê para aquele tipo de ato, e os produzirá até que haja outro ato que declare aquele defeito e a ineficácia dos efeitos”, servindo a classificação entre nulidade absoluta ou relativa apenas para qualificar os defeitos como mais ou menos graves e como será o regime jurídico da decretação da invalidade, não tendo relação com os efeitos do ato.<sup>139</sup>

Robson Godinho tratando da validade dos negócios jurídicos aduz que:

(...) “o negócio processual pode padecer de vício congênito e as soluções decorrentes desse problema variam de acordo com o direito positivo. Em se tratando de negócios jurídicos processuais, em princípio aplica-se-lhes o sistema de invalidades próprio do processo civil, cujo escopo é o de evitar a decretação de nulidade. Entretanto, não é impossível que se aplique aos negócios processuais o sistema de invalidades próprio do direito material, o que resta claro na regulação da ação anulatória, em que se evidencia relevância da manifestação da vontade das partes”.<sup>140</sup>

Sobre a utilização do sistema de invalidades próprio do processo civil, o FPPC aderiu essa teoria, pois em seu enunciado nº 16 prevê que “o controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo.”

---

139 Greco Filho, Vicente. *Ob. cit.*, p. 286.

140 Godinho, Robson Renault. *Ob. cit.*, p. 138.

### 5.4.3. Validade

#### 5.4.3.1. Considerações iniciais

Da leitura do artigo 104 do Código Civil, Antônio Junqueira de Azevedo afirma que os requisitos de validade dos negócios jurídicos são: “objeto lícito, possível e determinável; agente capaz e legitimado para praticar ato e a declaração de vontade; e forma livre ou prescrita em lei”.<sup>141</sup>

Maria Helena Diniz aduz que há três elementos essenciais gerais ou comuns a qualquer negócio jurídico: a, capacidade do agente; b, objeto lícito, possível, determinado e determinável; c, consentimento.<sup>142</sup>

No mesmo sentido, o enunciado 403 do FPPC prevê que “a validade do negócio jurídico processual, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei”.

Passaremos a detalhar cada um desses requisitos e elementos, todavia o consentimento será tratado no subcapítulo que dispõe sobre a autonomia da vontade.

#### 5.4.3.2. Capacidade do agente

A capacidade do agente é um requisito de validade, está prevista no artigo 104, I, do Código Civil e é considerado absolutamente incapaz o rol previsto no artigo 3º da norma em estudo e relativamente incapaz o rol do artigo 4º, sendo considerado nulo os atos praticados pelo primeiro grupo sem a representação que a lei exige (art. 166, I, CC) e anulável os praticados pelo segundo grupo sem assistência prevista em lei (art. 171, I, CC), mas a “incapacidade relativa de uma das partes não pode ser invocada pela outra em benefício próprio, nem aproveita aos cointeressados capazes, salvo se, neste caso, for indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum” (art. 105, CC).

Trícia Navarro Xavier Cabral, em análise ao artigo 190 do Novo CPC, elenca

---

<sup>141</sup> Azevedo, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, p. 57 *apud* Cabral, Antonio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique (coords.). *Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo*. *Ob. cit.*, p. 487.

<sup>142</sup> Diniz, Maria Helena. *Ob. cit.*, p. 440-445.

três requisitos<sup>143</sup> para que os negócios jurídicos processuais sejam válidos e um deles é a “capacidade plena das partes”. Sobre o tema a autora traz importante contribuição da qual concordamos:

“O segundo requisito exige a capacidade plena das partes. Mas de qual capacidade a lei estaria se referindo, a prevista na lei civil ou a na processual? Considerando-se tratar-se de ato de natureza material, até o seu ingresso no processo, não seria exigível nem a capacidade de estar em juízo e nem a postulatória, podendo a convenção ser instituída apenas pela capacidade de ser parte. Assim, ainda que o objeto da convenção verse acerca de algum direito processual ou sobre procedimento, ela pode ser firmada por pessoas que não possuem o devido conhecimento técnico para tanto, só se exigindo a presença de advogado quando do ingresso do ato em sede processual”.<sup>144</sup>

#### 5.4.3.3. Objeto

É requisito de validade, conforme o artigo 104, II, do Código Civil, o objeto ser lícito, possível, determinado ou determinável e a falta de qualquer um desses elementos causa a nulidade do ato (art. 166, II, CC), pois não pode o objeto de um contrato ser contrário ao ordenamento jurídico, ou impossível, física ou juridicamente, bem ainda deve ser determinado ou, quando não for possível, determinável em gênero e quantidade (art. 243, CC), já que, nos termos do artigo 106 da legislação em estudo, “a impossibilidade inicial do objeto não invalida o negócio jurídico se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado”.

Quanto à ilicitude do objeto no processo, Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante lembram que, conforme o artigo 139, III, do Novo CPC, “o juiz tem a obrigação de prevenir ou reprimir ato contrário à dignidade da justiça”, e, em consequência, nos termos do artigo 142 da norma supracitada, “convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé”.<sup>145</sup>

143 Para a doutrinadora, os três requisitos dos negócios jurídicos processuais, segundo o *caput* do artigo 190, são: a, que versem sobre direitos que admitam autocomposição; b, a capacidade plena das partes; c, convenção sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes.

Cabral, Antonio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique (coords.). Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. *Ob. cit.*, p. 226.

144 Cabral, Antonio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique (coords.). *Ob. cit.*, p. 227.

145 Jorge Neto, Francisco Ferreira; Cavalcante, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito processual do*

Do mesmo modo, o enunciado nº 410 do FPPC exara que “aplica-se o art. 142 do CPC ao controle de validade dos negócios jurídicos processuais”.

Acerca do objeto dentro de negócios jurídicos processuais, Fredie Didier Júnior exara que:

“Sempre que regular expressamente um negócio processual, a lei delimitará os contornos de seu objeto.

Acordo sobre competência, por exemplo, é expressamente regulado (art. 63 do CPC) e o seu objeto, claramente definido: somente a competência relativa pode ser negociada. Assim, acordo sobre competência em razão da matéria, da função e da pessoa não pode ser objeto de negócio processual. Acordo de supressão de primeira instância é exemplo de acordo sobre competência funcional: acorda-se para que a causa não tramite perante o juiz e vá direto ao tribunal, que passaria a ter competência funcional originária, e não derivada; esse acordo é proibido”.<sup>146</sup>

Quanto às matérias de reserva legal e aos recursos, Fredie Didier Júnior defende que:

“Sempre que a matéria for de reserva legal, a negociação processual em torno dela é ilícita.

Os recursos, por exemplo, observam a regra da taxatividade: somente há os recursos previstos em lei, em rol taxativo (art. 994, CPC). Assim, não se pode criar recurso por negócio processual (um recurso ordinário para o STF diretamente contra decisão de primeira instância, por exemplo) nem se pode alterar regra de cabimento de recurso (agravo de instrumento em hipótese não prevista em lei, por exemplo). Em ambos os casos, no final das contas, se estaria negociando sobre competência funcional, que é absoluta; art. 63 do CPC somente permite acordo de competência relativa”.<sup>147</sup>

#### 5.4.3.4. Forma

Requisito de validade previsto nos artigos 104, III, e 107 do Código Civil é a forma, que Maria Helena Diniz classifica como um elemento essencial particular dos negócios jurídicos<sup>148</sup>, podendo o ordenamento jurídico em alguns negócios prescrever forma específica ou proibir que algumas formas sejam utilizadas, considerando-se nulo o negócio que não respeitar essa regra (art. 166, IV e V, do CC), porém, se não houver nenhuma dessas hipóteses, ela será livre.

No entanto, em matéria processual nem sempre foi assim, porquanto a parte final do artigo 118 do CPC de 1939 previa que “quando a lei considerar determinada

*trabalho*, 7ª ed., p. 575-576.

146 Didier Júnior, Fredie. *Ob. cit.*, p. 388.

147 *Ibid.*, p. 388.

148 Diniz, Maria Helena. *Ob. cit.*, p. 501.

forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio”.

O artigo 244 do CPC de 1973, por sua vez, aduz que “quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

O artigo 184 do Código Civil traz a previsão que “respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável”, advindo essa regra do princípio “*utile per inutile non vitiatur*”<sup>149</sup>, porém a parte final do artigo acrescenta que “a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal”.

O enunciado 16 do FPPC prevê que “o controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo” e o enunciado nº 134 exara que o “negócio jurídico processual pode ser invalidado parcialmente”.

Trícia Navarro Xavier Cabral sustenta que o negócio jurídico processual extrajudicial “deve ser formulado por escrito, não se admitindo a estipulação na forma verbal”, já que “seus termos têm a eficácia condicionada à sua inserção no processo e ainda sofrem controle por parte do juiz no tocante à sua validade”.<sup>150</sup>

A autora admite que “já dentro do processo a convenção pode ser trazida pelas partes em suas peças individuais ou então por meio de um ato processual conjunto”.<sup>151</sup>

Silvio Rodrigues exalta que, com a evolução do direito, as solenidades vêm diminuindo, os atos se tornando mais simples, porquanto o formalismo não incentiva o desenvolvimento das relações humanas, torna burocrática e lenta a formação dos atos jurídicos, porém que nas sociedades primitivas o formalismo tinha uma grande função e o ritual uma importância quase sagrada, citando como exemplo a *mancipatio* e a *in jure* que eram negócios procedidos dentro de um rigoroso ritual e que a mera omissão de uma palavra na fórmula tornava ineficaz o ato, todavia o

<sup>149</sup> Rodrigues, Silvio. *Ob. cit.*, p. 304.

<sup>150</sup> Cabral, Antonio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique (coords.). *Ob. cit.*, p. 229.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 229.

doutrinador observa que ao mesmo tempo que o formalismo apresenta aspectos negativos também apresenta alguns poucos positivos, como a garantia à segurança dos negócios, porquanto estabelece de maneira indiscutível a vontade das partes e conserva a memória de sua manifestação.<sup>152</sup>

Para Silvio Rodrigues, quando a legislação exige forma especial dos atos jurídicos tem uma destas finalidades: “a, garantir a autenticidade do ato; b, assegurar a livre manifestação de vontade das partes; c, chamar a atenção das partes para a seriedade do ato que estão praticando; d, facilitar a prova do negócio jurídico”.<sup>153</sup>

Sobre a seriedade do ato, o doutrinador exara que “à medida que os atos decrescem de importância, menores, me parecem, as solenidades exigidas para a sua feitura”.<sup>154</sup>

Vicente Greco Filho, em sentido contrário, defende a posição de que o “sistema de invalidades nada mais é que um mecanismo para compelir os sujeitos do processo ao cumprimento do modelo típico legal, ou seja, ou se cumpre o modelo legal ou o ato será ou poderá ser declarado inválido”, mas prevê que existe um abrandamento da regra previsto no princípio da instrumentalidade das formas, porém “que isso não quer dizer que qualquer ato possa ser substituído ou praticado de maneira diferente, por que a amplitude da instrumentalidade depende da natureza da norma sobre a forma”.<sup>155</sup>

#### **5.4.4. Eficácia**

##### **5.4.4.1. Definição**

Pontes de Miranda define que “a eficácia jurídica é a irradiação do fato jurídico; portanto, depois da incidência da regra jurídica no suporte fático, que assim, e só assim, passa a pertencer ao mundo jurídico”.<sup>156</sup>

O jurista diferencia a invalidade da ineficácia da seguinte forma: “o primeiro

---

<sup>152</sup> Rodrigues, Silvio. *Ob. cit.*, p. 262-263.

<sup>153</sup> *Ibid.*, p. 264.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 264.

<sup>155</sup> Greco Filho, Vicente. *Ob. cit.*, p. 286.

<sup>156</sup> Miranda, Pontes de. *Tratado de direito privado*, Parte Geral, Tomo V, p. 59.

diz respeito à validade do negócio jurídico; o segundo só à projeção dos seus efeitos”.<sup>157</sup>

O enunciado nº 260 do FPPC exara que “a homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio”.

O enunciado nº 402 do fórum supracitado aduz que “a eficácia dos negócios processuais para quem deles não fez parte depende de sua anuência, quando lhe puder causar prejuízo”.

#### **5.4.4.2. Elementos acidentais dos negócios: condição, termo e encargo**

É possível que os negócios jurídicos tenham elementos acidentais, que são cláusulas que são acrescentadas “com o objetivo de modificar uma ou algumas de suas consequências naturais”, sendo dispensáveis para a existência do negócio jurídico, “uma vez que são declarações acessórias da vontade, incorporadas a outra, que é principal”, sendo nulas se o negócio também o for.<sup>158</sup>

Os elementos acidentais, quando existentes, possuem conexão direta com a eficácia dos negócios jurídicos.

Os institutos da condição, do termo e do encargo são espécies de elementos acidentais.

O artigo 121 do Código Civil conceitua condição como “a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto” e assim, Maria Helena Diniz, considera que são três os requisitos essenciais da condição: a, aceitação voluntária; b, futuridade do evento; c, incerteza do acontecimento.<sup>159</sup>

Para Silvio Rodrigues, a condição, que “é uma declaração acessória de vontade”<sup>160</sup>, atinge a eficácia do negócio jurídico de duas formas diferentes, ou seja, “quer impedindo que a avença se aperfeiçoe até o advento da condição, e então se

<sup>157</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>158</sup> Diniz, Maria Helena. *Ob. cit.*, p. 521.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 522.

<sup>160</sup> Rodrigues, Silvio. *Ob. cit.*, p. 241.

diz ser ela *suspensiva*; quer tornando sem efeito o ajuste, em virtude de seu advento, e então tem o nome de *resolutiva*<sup>161</sup>.

Desse modo, na condição suspensiva, ocorrendo o evento futuro e incerto, a cláusula passa a ter eficácia, porém na condição resolutiva, ocorrendo o evento futuro e incerto, a cláusula que era eficaz para a ser ineficaz.

Há negócios que não admitem condição, normalmente os ligados ao Direito de Família ou ao Direito das Sucessões e que exigem uma definitividade, como, por exemplo: a, o casamento, pois interessa à ordem pública, tem aspecto institucional e formas previstas em lei; b, a emancipação de filho, porquanto há importantes efeitos na ordem social; c, a aceitação ou renúncia à herança, já que geraria inconvenientes para a sociedade e as relações sucessórias devem se estabelecer de maneira definitiva (art. 1.808, CC)<sup>162</sup>; d, o reconhecimento de filho, pois é modificado o estado do indivíduo na família e isso não pode ser transitório (art. 1.613, CC)<sup>163</sup>.

O artigo 122 do Código Civil aduz que “são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”, incluindo o artigo 123 que causam invalidação dos negócios jurídicos, as condições física ou juridicamente impossíveis, quando suspensivas, assim como as condições ilícitas, ou de fazer coisa ilícita, bem ainda as condições incompreensíveis ou contraditórias.

Silvio Rodrigues, baseado nos artigos 1.169, 1.170 e 1.171 do Código Civil francês<sup>164</sup>, divide as condições em casual, potestativa e mista, sendo a primeira a que “proveio do acaso”, a segunda a que “emanou da vontade exclusiva de uma das partes” e a terceira a que “deflui da vontade de uma ou de ambas as partes e

---

161 *Ibid.*, p. 241.

162 Rodrigues, Silvio. *Ob. cit.*, p. 243.

163 Diniz, Maria Helena. *Ob. cit.*, p. 521.

164 Tradução dos dispositivos por Silvio Rodrigues:

“Art. 1.169. A condição casual é aquela que depende do acaso, não estando de qualquer modo dentro do poder do credor ou do devedor.

Art. 1.170. A condição potestativa é a que faz depender a execução da convenção de um acontecimento que está no poder de uma parte ou de outras das partes contratantes provocar ou impedir.

Art. 1.171. A condição mista é a que depende simultaneamente da vontade de uma das partes e da vontade de um terceiro”.

Rodrigues, Silvio. *Ob. cit.*, vol. 1, p. 244.

também da vontade de terceiro”.<sup>165</sup>

A condição casual depende de acontecimento alheio à vontade das partes, normalmente caso fortuito, ou “acontecimento que depende da vontade exclusiva de um terceiro”.<sup>166</sup>

A condição potestativa nem sempre é lícita e se divide em duas, sendo a puramente potestativa a que “a eficácia do negócio fica ao inteiro arbítrio de uma das partes sem a interferência de qualquer fator externo” (cláusula *si voluero*) e a simplesmente potestativa que “embora sujeita à manifestação de vontade de uma das partes, dependem, por igual de algum acontecimento que escapa à sua alçada”, como, por exemplo, “dar-te-ei minha casa se fordes ao Japão”, já que “ir ao Japão depende da vontade do declarante, mas depende também de se conseguir tempo e dinheiro para uma viagem tão longa e tão custosa”<sup>167</sup>.

Da leitura dos artigos 123 e 124 do Código Civil, é possível observar que a norma divide a impossibilidade de uma condição em fisicamente impossível e juridicamente impossível. No primeiro caso, a condição é tida como inexistente e no último caso como inválida.

O termo “é o dia em que começa ou extingue a eficácia do negócio jurídico”, podendo ser: a, convencional que “é a cláusula que, por vontade das partes, subordina os efeitos do ato negocial a um acontecimento futuro e certo”; b, de direito “que decorre de lei”; c, de graça “que provém de decisão judicial”<sup>168</sup>.

É importante diferenciar termo de prazo, pois esse “é o lapso de tempo compreendido entre a declaração de vontade e a superveniência do termo em que começa o exercício do direito ou extingue o direito até então vigente”<sup>169</sup>.

O encargo é a cláusula “que impõem um ônus ou uma obrigação à pessoa natural ou jurídica contemplada pelos referidos atos”, sendo normalmente colocada em atos de liberalidade *inter vivos* (doação) ou *mortis causa* (testamento ou legado),

---

<sup>165</sup> *Ibid.*, p. 244.

<sup>166</sup> *Ibid.*, p. 245.

<sup>167</sup> *Ibid.*, p. 245.

<sup>168</sup> Diniz, Maria Helena. *Ob. cit.*, p. 528-529.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 530.

podendo ser encontrado em algumas promessas de recompensa ou em outras declarações unilaterais de vontade.<sup>170</sup>

Quanto à utilização de encargo e termo em negócios jurídicos processuais, Leonardo Greco, apesar de reconhecer “que a sequência dos atos do processo não possa sofrer quebra da continuidade, aceita a possibilidade de se estipular condições e termos”, exemplificando que o acordo de suspensão do processo “seria um negócio sujeito a termo” e que condição seria o “ajuste para dispensa de prova testemunhal, caso a perícia já deferida esclareça determinado fato”.<sup>171</sup>

Pedro Henrique Nogueira entende que na esfera processual “a regra é que os atos processuais não se subordinem a condições ou termos porque o processo, enquanto procedimento é um caminhar para frente” e que esses institutos poderiam “interferir no seu desenrolar”, porém “onde há o autorregramento da vontade, pode haver a autolimitação da vontade” e que “as regras processuais, expressa ou implicitamente, em algumas situações, admitem que o negócio jurídico praticado no processo venha acompanhado de uma condição ou termo”, citando, como exemplo, também a suspensão convencional do processo prevista no artigo 313, II, §4º do Novo CPC.<sup>172</sup>

## **5.5. Autonomia da vontade**

### **5.5.1. Breve histórico sobre a autonomia da vontade**

A clássica definição voluntarista do princípio da autonomia da vontade “vislumbrava o indivíduo como ser livre, por natureza, que somente é capaz de se obrigar a partir de sua própria vontade” e que “cumpre à vontade determinar o conteúdo dos contratos”, pois “o indivíduo não pode agir contra os seus interesses, e todo o contrato livremente acordado torna-se um contrato justo”.<sup>173</sup>

Até os primeiros anos do século XX, o direito das obrigações era de grande liberdade contratual e o princípio da autonomia atingiu o ápice, sendo indiscutível e

---

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 532.

<sup>171</sup> Greco, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. *Os Poderes do Juiz e Controle das Decisões Judiciais*, p. 294 *apud* Nogueira, Pedro Henrique. *Ob. cit.*, p. 182.

<sup>172</sup> Nogueira, Pedro Henrique. *Ob. cit.*, p. 183-184.

<sup>173</sup> Schmitt, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*, 4ª ed., p. 45.

dominante, sendo que com a derrocada do absolutismo que trazia abusos praticados pelo Poder Público, o liberalismo surgiu trazendo a liberdade plena dos indivíduos, mas também proporcionando abusos dos poderes privados sem interferência estatal.<sup>174</sup>

É possível observar que com a “intensa liberdade contratual” e a “ausência quase absoluta de intervenção estatal na vida dos particulares”, os contratantes eram considerados equivalentes e era presumida a igualdade, todavia essa igualdade era formal e a vontade humana era “absolutizada”.<sup>175</sup>

Nessa época, a ideia era de que vontade é a “expressão suprema e inderrogável do indivíduo e de sua liberdade”, surgindo desse pensamento a norma positivada do artigo 1.134 do Código Napoleônico que prevê que “o contrato faz lei entre as partes”.<sup>176</sup>

O período é marcado por abusos contratuais que favoreciam pequenos grupos de industriais e comerciantes que possuíam o controle econômico e social daquela sociedade.<sup>177</sup>

Leonardo Carneiro da Cunha exara que o dogma da vontade formado na época trazia a ideia que a declaração e os efeitos produzidos decorriam da vontade do sujeito de direito e que “a vontade humana produziria, por si, efeitos jurídicos”, de forma que essa noção “atingiu seu auge no modelo liberal, que se orientava segundo os binômios *vontade-liberal e igualdade-justiça*”.<sup>178</sup>

O passar do tempo trouxe uma mitigação do liberalismo e uma volta da “interferência do Estado nas relações privadas, organizando a forma como devem ser realizados determinados tipos de negócios, proibindo outros, fixando preços”, o que causou modificação das estruturas do contrato tradicional, pois, durante o período do “liberalismo econômico do século XIX até o início do século XX, não recebia correções judiciais com base em ausência de comutatividade,

---

174 *Ibid.*, p. 39.

175 *Ibid.*, p. 50.

176 *Ibid.*, p. 52-53.

177 *Ibid.*, p. 56.

178 Cabral, Antonio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique (coords.). Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. *Ob. cit.*, p. 30.

permanecendo restritas a aspectos formais de instrumento”.<sup>179</sup>

Essa nova era, com maior intervencionismo estatal, possibilitou que a autonomia da vontade passasse a “garantir a justiça contratual” e que o juiz realizasse o “controle do conteúdo do negócio jurídico”, permitindo que o magistrado revisasse contratos por motivos de desequilíbrio negocial e não “somente a respeito de aspectos formais do instrumento”, de maneira que, nas palavras de Cristiano Heineck Schmitt, “buscou-se restringir a vontade do maior para que a vontade do menor pudesse ser manifestada de forma paritária”.<sup>180</sup>

Com o reconhecimento de elementos sociais na teoria contratual moderna, é possível afirmar que houve uma publicização ou socialização no direito privado.<sup>181</sup>

### **5.5.2. A diferença entre a autonomia da vontade, a autonomia privada e o autorregramento da vontade**

Orlando Gomes defende que as expressões autonomia da vontade e autonomia privada não são sinônimas.

O autor defende que na autonomia da vontade, “a vontade, real ou psicológica, é a raiz ou a causa dos efeitos jurídicos”<sup>182</sup>, porém que na autonomia privada “a força da vontade deriva do direito objetivo e não da própria vontade”<sup>183</sup>, ou seja, o fim almejado é reconhecido dentro de limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Pedro Henrique Nogueira sustenta que a expressão autonomia privada é usada “por aqueles que intentam se afastar do dogma da vontade” e que essa expressão é de âmbito do Direito Civil, mas que a expressão autorregramento da vontade é mais ligada à Teoria Geral do Direito e que “se faz presente em outros setores do direito, inclusive, portanto, no direito processual”.<sup>184</sup>

---

179 Schmitt, Cristiano Heineck. *Ob. cit.*, p. 41.

180 *Ibid.*, p. 61.

181 *Ibid.*, p. 66.

182 Ferri. *L'autonomia privata*, p. 3 *apud* Gomes, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*, p. 30.

183 Enneccerus, *Rechtsgeschäft*. *apud* Rieg, A. *Les contrats dans les doctrines allemandes du XIX.e siècle* *apud* Gomes, Orlando. *Ob. cit.*, p. 30.

184 Nogueira, Pedro Henrique. *Ob. cit.*, p. 137.

Fredie Didier Júnior define autorregramento da vontade “como um complexo de poderes que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada, de acordo com o ordenamento jurídico”.<sup>185</sup>

Nesse trabalho utilizaremos as três expressões como sinônimas, pois entendemos que cada uma significa uma fase de evolução da outra e que muitos juristas a utilizam com o mesmo significado.

Vale ressaltar que o Novo CPC traz no *caput* do artigo 166 expressamente o termo “autonomia da vontade” quando trata dos princípios da conciliação e da mediação.

### 5.5.3. Considerações sobre a autonomia da vontade

Maria Helena Diniz aduz que onde não há nenhuma autonomia privada que exerça influência, “ter-se-á ato jurídico em sentido estrito, cujo efeito, com fundamento numa situação fática, caracterizada e regulada legalmente, se produz *ex lege*, sem consideração à vontade do agente”.<sup>186</sup>

A doutrinadora acrescenta que no ato jurídico em sentido estrito, “o interesse objetivado não pode ser regulado pelo particular e sua satisfação se concretiza no modo determinado pela lei”, porém “no negócio, o fim procurado pelas partes baseia-se no reconhecimento da autonomia privada a que o ordenamento confere efeitos jurídicos”, mas que “em atenção à convivência social, esse princípio da autonomia da vontade subordina-se às imposições da ordem pública”.<sup>187</sup>

Historicamente no campo da Filosofia, Kant defende que “quem afirma que não se deve mentir, porque receia envergonhar-se caso venha a ser revelada a verdade, não expressa uma vontade autônoma”.<sup>188</sup>

Para Roberta Densa:

“O princípio da autonomia da vontade garante aos contratantes a possibilidade de livre manifestação de vontade, a fim de que possam criar, extinguir ou modificar direitos e obrigações. No entanto, vimos que esta

<sup>185</sup> Cabral, Antonio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique (coords.). *Ob. cit.*, p. 20.

<sup>186</sup> Diniz, Maria Helena. *Ob. cit.*, p. 427.

<sup>187</sup> *Ibid.*, p. 428.

<sup>188</sup> Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*, 8ª ed., vol. 3, p. 23.

autonomia da vontade sofre limitações impostas pelo Estado Social. Posto isto, devem as partes respeitar as normas de ordem pública que mitigam a autonomia da vontade sob pena de nulidade do contrato ou da cláusula contratual. Não obstante isso, este princípio continua sendo sustentáculo do direito contratual, podendo as partes decidir quanto à conveniência da contratação e seu conteúdo”.<sup>189</sup>

A doutrinadora acrescenta que “outro princípio que norteia o direito contratual é o da supremacia da ordem pública, que reflete exatamente o dever das partes em respeitar as limitações à autonomia da vontade imposta pela lei”.<sup>190</sup>

Luiz Otávio de Oliveira Amaral, nesse sentido, aduz que “o princípio da autonomia privada de algum tempo para cá vem sendo, cada vez mais, excepcionalizado pelo princípio da ordem pública”, porquanto em alguns setores há intervenção estatal para assegurar a igualdade dos contratantes e a crescente industrialização foi a causa de desequilíbrios e da exploração do economicamente mais fraco.<sup>191</sup>

Acerca da autonomia em matéria processual, Robson Godinho aduz que “há uma cultura processual paternalista, que aniquila a autonomia das partes para lhes oferecer a salvação por meio de um poder revelado e revelador”, mas que se deve evitar “uma espécie de patrimonialismo processual”<sup>192</sup>, pois esse é um “sistema autocrático, que, em lugar de se desenvolver segundo uma ordem em que a sociedade é autônoma, afirma a dependência ao poder da autoridade”.<sup>193</sup>

No entanto, o doutrinador reconhece que há limitações à autonomia da vontade no campo processual, pois “se a autonomia da vontade não possui o mesmo caráter que possuía na doutrina oitocentista, não seria na seara processual que sua limitação se faria presente ilimitadamente”.<sup>194</sup>

O autor, analisando a história da autonomia da vontade e dos negócios jurídicos na legislação processual pátria, exarou que:

“Acrescente-se, ainda, que o protagonismo judicial que impera em nosso sistema processual, ao menos desde o Código de 1939, e toda a construção

189 Densa, Roberta. *Direito do consumidor*, 8ª ed., p. 146.

190 *Ibid.*, p. 147.

191 Amaral, Luiz Otavio de Oliveira. *Teoria geral do direito do consumidor*, p. 215.

192 Godinho, Robson Renault. *Ob. cit.*, p. 28.

193 Faoro, Raymundo. A aventura liberal numa ordem patrimonialista. *Revista da USP*, 17ª ed., p. 16 *apud* Godinho, Robson Renault. *Ob. cit.*, p. 28.

194 Godinho, Robson Renault. *Ob. cit.*, p. 132-133.

da doutrina processual brasileira formada em meado do século passado, que, por sua vez, formou todas as gerações seguintes dedicadas ao apuro conceitual e ao estabelecimento de bases publicistas do processo, a autonomia privada foi praticamente excluída da prática forense – houve uma espécie de extromissão da autonomia – e a possibilidade de convenções processuais caiu em uma espécie de esquecimento normativo, como se não constasse da legislação”.<sup>195</sup>

Pedro Henrique Nogueira sustenta que “os negócios processuais esbarram nas regras cogentes processuais” e que, em consequência, “o espaço de autonomia para o autorregramento da vontade nesse setor do ordenamento jurídico acaba sendo significativamente reduzido, embora, ao menos do direito brasileiro, exista”.<sup>196</sup>

Fredie Didier Júnior define autorregramento da vontade “como um complexo de poderes que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada, de acordo com o ordenamento jurídico” e aduz que desse instituto é possível verificar “quatro zonas de liberdade”.<sup>197</sup>

“a, liberdade de negociação (zona das negociações preliminares, antes da consumação do negócio); b, liberdade de criação (possibilidade de criar novos modelos negociais atípicos que mais bem sirvam aos interesses dos indivíduos); c, liberdade de estipulação (faculdade de estabelecer o conteúdo do negócio); d, liberdade de vinculação (faculdade de celebrar ou não o negócio)”.<sup>198</sup>

O doutrinador defende que o autorregramento da vontade advém do princípio da liberdade e que no processo ele produz um novo subprincípio: “o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo”<sup>199</sup> que é definido pelo autor como “a obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas”.<sup>200</sup>

Didier também conecta o modelo cooperativo de processo, previsto no artigo 6º do Novo CPC, com os negócios jurídicos processuais e o autorregramento da vontade, de forma que o intuito desses negócios é de “harmonizar a eterna tensão entre a liberdade individual e o exercício do poder pelo Estado”, definindo que “o processo cooperativo nem é processo que ignora a vontade das partes, nem é

---

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 221.

<sup>196</sup> Nogueira, Pedro Henrique. *Ob. cit.*, p. 160.

<sup>197</sup> Cabral, Antonio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique (coords.). *Ob. cit.*, p. 20.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>199</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 22.

processo em que o juiz é um mero espectador de pedra”.<sup>201</sup>

Leonardo Greco, em artigo do ano de 2008 e preferindo a locução “atos de disposição processual” em vez de negócios jurídicos processuais, sustentou nessa seara que a autonomia privada encontra três limites: “na disponibilidade do próprio direito material posto em juízo, no respeito ao equilíbrio das partes e na paridade de armas e na observância dos princípios e garantias fundamentais do processo”.<sup>202</sup>

Quanto à autonomia da vontade, Silvio Rodrigues aduz que se houver dúvida “deve o juiz perscrutar a vontade das partes, ou seja, o que os contratantes efetivamente queriam, pois, sendo o ato jurídico um ato de vontade, é o conteúdo volitivo que deve ser procurado”, porém ele entende que o legislador “não esclarece a maneira de se descobrir o intento das partes” e que, com efeito, “deve-se tomar o sentido normal das expressões, aquilo que o homem normal habitualmente entende pela locução usada”, todavia o artigo 112 do Código Civil “não autoriza que se prefira a vontade à declaração, embora esta não corresponda àquela, quando referida declaração for clara e insuscetível de dúvida”.<sup>203</sup>

Em sentido contrário, Maria Helena Diniz, analisando o artigo em comento, aduz que “o intérprete do sentido negocial não deve ater-se, unicamente, ao teor linguístico do ato negocial”, pois “o que importa é a vontade real e não a declarada; daí a importância de se desvendar a intenção consubstancia na declaração”, acrescentando que “os negócios devem ser interpretados conforme a boa-fé objetiva” (artigos 113 e 422, do CC) e que, por essa, “o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida da declaração de vontade das partes, mas também ao interesse social da segurança das relações jurídicas”, bem como que “as partes devem agir com lealdade, retidão e probidade durante as negociações preliminares, a formação, execução e extinção do ato negocial”, todavia a autora reconhece que o código prevê situações nas quais o negócio jurídico é interpretado de maneira restritiva e não ampliativa, como, por exemplo, na transação (artigo 843, 1ª parte), na fiança (artigo 819), nos contratos benéficos (doações puras – artigo 114) e na renúncia (artigos 114 e entre 376 e 379), bem

---

201 *Ibid.*, p. 22.

202 Greco, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. *Os Poderes do Juiz e Controle das Decisões Judiciais*, p. 290-292 *apud* Nogueira, Pedro Henrique. *Ob. cit.*, p. 35.

203 Rodrigues, Silvio. *Ob. cit.*, p. 177-178.

como nas cláusulas testamentárias que possam gerar diferentes interpretações, prevalecendo a que melhor atenda a vontade do testador (artigo 1.899).<sup>204</sup>

Nesse sentido, o enunciado nº 6 do FPPC prevê que “o negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”, o enunciado nº 405 exara que “os negócios jurídicos processuais devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” e o enunciado nº 404 aduz que “nos negócios processuais, atender-se-á mais à intenção consubstanciada na manifestação de vontade do que ao sentido literal da linguagem”.

Fredie Didier Júnior sustenta que a interpretação dos negócios jurídicos processuais, típicos e atípicos, deve ser realizada “de acordo com as normas gerais de interpretação dos negócios jurídicos previstas no Código Civil – que, em verdade, são normas gerais para interpretação de qualquer negócio jurídico” e exemplifica a interpretação com o disposto nos artigos 112, 113, 114 e 423 desse diploma legal.<sup>205</sup>

## **5.6. Limitações aos negócios jurídicos e à autonomia da vontade**

### **5.6.1. Considerações iniciais**

Rafael Sirangelo de Abreu aduz que “se até mesmo no direito privado a autonomia da vontade encontra limites, não poderia ser diferente no processo civil, sistema de direito público cuja finalidade precípua é a tutela dos direitos”.<sup>206</sup>

No mesmo sentido, Fredie Didier Júnior exara que “se não existe autonomia da vontade ilimitada nos demais ramos do Direito, não faria sentido que logo no Direito Processual Civil ela aparecesse”.<sup>207</sup>

### **5.6.2. Defeitos e vícios de consentimento e de vontade nos negócios jurídicos**

O consentimento é a manifestação de vontade do agente e nos Capítulos IV e V, do Título I, do Livro III, do Código Civil de 2002, são enumerados,

<sup>204</sup> Diniz, Maria Helena. *Ob. cit.*, p. 435.

<sup>205</sup> Didier Júnior, Fredie. *Ob. cit.*, p. 392.

<sup>206</sup> Cabral, Antonio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique (coords.). A igualdade e os negócios processuais. *Ob. cit.*, p. 194.

<sup>207</sup> Didier Júnior, Fredie. *Ob. cit.*, p. 133.

respectivamente os defeitos e as causas de invalidade dos negócios jurídicos nos quais o consentimento possui vícios.

Entre os defeitos do negócio jurídico que o código prevê a anulabilidade são enumerados o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores, sendo que a doutrina tradicional<sup>208</sup> classifica os primeiros como vícios da vontade ou do consentimento e o último, bem como a simulação que passou a ser tratada na atual legislação civilista como causa de nulidade dos negócios jurídicos, como vício social.

O enunciado nº 132 do FPPC exara que “além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 190”.

O artigo 966 do Novo Código de Processo Civil prevê que a decisão de mérito, transitada em julgado, poderá ser objeto de ação rescisória se “resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei” (inciso III), assim como se “for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos” (inciso VII), sendo considerado “erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado” (paragrafo 1º).

Do mesmo modo, o artigo 657 do Novo CPC exara que “a partilha amigável, lavrada em instrumento público, reduzida a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pode ser anulada por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz, observado o disposto no § 4º do art. 966”.

Silvio Rodrigues diferencia os vícios da vontade e os vícios do consentimento da seguinte forma:

“Enquanto os primeiros incidem sobre a vontade impedindo de se externar conforme o íntimo desejo do agente, nos dois últimos defeitos o consentimento se revela desembaraçado de peias. Na simulação, a vontade

---

208 Rodrigues, Silvio. *Ob. cit.*, p. 182.

exposta se conforma com a intenção dos declarantes que se avençam no sentido de manifestá-la de maneira determinada, e na fraude contra credores o ato de alienação do patrimônio do devedor é deliberado e consciente.

(...)

Em todas as hipóteses, pode vir o negócio a ser infirmado; contudo, enquanto nos vícios do consentimento a lei, através da anulação, visa proteger o autor da declaração, na simulação e na fraude, a ação anulatória é conferida em benefício dos terceiros lesados”.<sup>209</sup>

O doutrinador conceitua que “ocorre o erro quando o autor da declaração a emitiu inspirado num engano, ou na ignorância da realidade”, sendo espontâneo, pois se for “provocado pelo comportamento malicioso do outro contratante, ou de terceiro com ciência daquele”, será dolo, assim como será coação “se a anuência for provocada por ameaça”.<sup>210</sup>

Para o autor, estado de perigo “configura-se quando alguém, ameaçado por perigo eminente, anui em pagar preço desproporcional para obter socorro”<sup>211</sup> e a lesão, definida por Demontès em 1924, “é o prejuízo que um contratante experimenta quando, em contrato comutativo, não recebe, da outra parte, valor igual ao da prestação que forneceu”<sup>212</sup>.

Rodrigues compara as quatro teorias que tratam do confronto entre a vontade real e a declaração, sendo que a Teoria da Vontade Real, de Savigny, considera que “se, no ato jurídico, o direito empresta consequências ao querer individual, é evidente que, se ocorre disparidade entre a vontade e declaração, é a primeira que deve prevalecer”, porém a Teoria da Declaração “desconsidera a vontade, para ater-se ao reflexo externado (representado pela declaração), almejando, desse modo, assegurar a estabilidade das relações negociais”, todavia a Teoria da Responsabilidade “reconhece que, mesmo desacompanhada da vontade, pode a declaração ter efeito obrigatório quando a disparidade entre ela e a vontade real decorrer de culpa ou dolo do declarante”, pois “não se pode aproveitar de sua própria torpeza (se houver dolo), ou de sua própria incúria (se houver culpa)”, por sua vez a Teoria da Confiança defende que a declaração deve prevalecer, mas se “esse contratante conhecia a divergência entre o querido e declarado, ou se podia descobrir atuando com mediana diligência, então não sofre prejuízo com o

---

<sup>209</sup> *Ibid.*, p. 182-184.

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 183.

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 218.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 223-224.

prevalhecimento da vontade real”, assim como “nem merece que se lhe conceda proteção, pois entrou consciente no negócio, conhecendo os riscos que ameaçavam sua anulação”.<sup>213</sup>

Nesse diapasão, o doutrinador exara que a legislação italiana adotou a última teoria (CC italiano, arts. 1.428 e 1.431), porquanto “o erro só constitui causa de anulação do contrato quando, além de essencial, for reconhecível pelo outro contratante”<sup>214</sup>, bem como o atual Código Civil brasileiro adotou essa posição, pois em seu artigo 138 prevê que “são anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”.

Nas lições de Rodrigues, a fraude contra credores é determinada “quando o devedor insolvente, ou na iminência de tornar-se tal, pratica atos suscetíveis de diminuir seu patrimônio, reduzindo, desse modo, a garantia que este representa, para resgate de suas dívidas”.<sup>215</sup>

A simulação em um negócio jurídico ocorre quando “há uma aparência diversa do efetivo querer das partes”, de forma que elas “fingem um negócio que na realidade não desejam”, podendo ser relativa (ou dissimulação<sup>216</sup>), se o ato aparente pretende enganar terceiros escondendo um outro negócio que se pretende dissimular e que se destruído subsiste o negócio dissimulado, se lícito, ou absoluta, se o ato de enganar terceiros pretende fingir uma relação que nada encobre e anulado o negócio, conforme o artigo 182 do Código Civil, as partes são transportas para o estado em que antes se encontravam<sup>217</sup>.

Como o intuito da simulação é enganar terceiros, Silvio Rodrigues subdivide o instituto em simulação inocente que ocorre quando não visa prejudicar terceiros, ou burlar o Fisco, ou violar disposição de lei, sendo baseada na noção de liberdade do contrato, podendo ser usada como um meio indireto para alcançar um fim, como, no caso de doação ou dação em pagamento feita sob a forma de compra e venda, porém, se visar de forma ampla prejudicar terceiro ou visar fim que a lei veda, a

---

213 Rodrigues, Silvio. *Ob. cit.*, p. 184-186.

214 *Ibid.*, p. 187.

215 *Ibid.*, p. 228.

216 Diniz, Maria Helena. *Ob. cit.*, p. 478.

217 Rodrigues, Silvio. *Ob. cit.*, p. 294-300.

simulação será considerada maliciosa, culpada ou fraudulenta<sup>218</sup>.

Sobre processo simulado, Araken de Assis aduz que:

“Pode haver lide aparente ou o objetivo das partes consiste em obter, através do pronunciamento judicial, bem da vida impossível de obter nos domínios da autonomia privada”.<sup>219</sup>

O artigo 142, do Novo CPC prevê que “convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé”.

O exposto no artigo é corroborado pelo enunciado nº 410 do FPPC, pois esse prevê que “aplica-se o art. 142 do CPC ao controle de validade dos negócios jurídicos processuais”.

Desse modo, existindo simulação ou fraude à lei em um negócio jurídico processual, ele será nulo, cabendo esclarecer que não há simulação apenas na “propositura de um processo simulado (lide simulada, no jargão forense)”, mas “há simulação processual também quando se celebra negócio processual simulado”.<sup>220</sup>

Acerca da interpretação do artigo 142 do Novo CPC, Fredie Didier Júnior exara que:

“O art. 142 do CPC, embora existente desde a época do CPC-1973 (art. 129), deve ter a sua importância redimensionada pela doutrina e pela jurisprudência, em razão da introdução da cláusula geral de negociação sobre o processo do art. 190”.<sup>221</sup>

A simulação não deve ser confundida com a reserva mental ou restrição mental (art. 110, CC), pois, apesar de ambas declararem coisa que não se pretende com a intenção de enganar, nessa “o agente quer algo e declara, conscientemente, coisa diferente para, eventualmente, poder alegar o erro em seu proveito, enganando o outro contratante, sendo ineficaz, por não atingir a validade”, havendo nulidade apenas se conhecida da outra parte, porquanto “dá-se prevalência à

218 *Ibid.*, p. 298-299.

219 Assis, Araken de. *Processo civil brasileiro*, vol. 2, tomo 1, p. 910.

220 Didier Júnior, Fredie. *Ob. cit.*, p. 388.

221 *Ibid.*, p. 388.

vontade interna quando não prejudicar a boa-fé de terceiros”.<sup>222</sup>

Sobre a boa-fé, o enunciado nº 6 do FPPC aduz que: “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”.

A reserva mental se divide em inocente, se o intuito for de apenas enganar, e fraudulenta, se, além de enganar, há a intenção de prejudicar.<sup>223</sup>

Parte da doutrina diferencia a simulação da fraude à lei, pois, enquanto aquela é caracterizada como a intencional desconformidade entre a vontade real e a declarada com a intenção de enganar terceiros<sup>224</sup>, essa é “uma violação indireta da lei, não no seu conteúdo literal, mas em seu espírito, conseguindo-se o fim proibido pela norma por um caminho indireto”<sup>225</sup>, sendo que há quem acrescente que a violação deve ser a norma de ordem pública.<sup>226</sup>

### **5.6.3. A ordem pública, o interesse público e as disposições**

#### **5.6.3.1. Classificação das normas de direito privado**

Antes de entrarmos nas normas de ordem pública, de interesse público e nas disposições de direitos, é importante classificarmos as normas, lembrando que já defendemos mais acima que aos negócios jurídicos processuais se aplicam normas de direito processual e de direito material.

Orlando Gomes divide as normas de direito privado em dois grupos: as imperativas e as supletivas ou dispositivas.<sup>227</sup>

Para o autor, as normas supletivas ou dispositivas “são as que se aplicam se os particulares não houverem disciplinado seus interesses por modo diferente”, sendo “próprias do direito privado”.<sup>228</sup>

---

222 Diniz, Maria Helena. *Ob. cit.* p. 478-479.

223 *Ibid.*, p. 479.

224 Belleza dos Santos, José. *A simulação em direito civil*, p.101 *apud* Diniz, Maria Helena. *Ob. cit.*, p. 481.

225 Ferrara. *Della simulazione dei negozi giuridici*, 5ª ed., p.93 *apud* Diniz, Maria Helena. *Ob. cit.*, p. 481.

226 Serpa Lopes. *Curso direito civil*, 2ª ed., vol. 1, p. 451-452 *apud* Diniz, Maria Helena. *Ob. cit.*, p. 482.

227 Gomes, Orlando. *Introdução ao direito civil*, 2ª ed., p 24.

228 *Ibid.*, p 24.

Quanto às imperativas, o autor aduz que são:

“As que se destinam à tutela de interesse sociais considerados básicos na organização jurídica da sociedade. Tais normas são insuscetíveis de modificação pelos que se encontram em sua área de aplicação. Dizem-se, por isso, inderrogáveis. Consubstanciam **princípios de ordem pública**, inalteráveis por declaração da vontade dos particulares: *jus publicum privatorum pactis mutari non potest*”.<sup>229</sup> (grigo nosso)

Sobre as normas dispositivas, Pontes de Miranda aduz que “o fundamento, para a edição de regras jurídicas dispositivas, é a necessidade de se ajustar o princípio do autorregramento da vontade ao princípio da segurança jurídica”.<sup>230</sup>

Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello sustentam que não é possível “ser objeto de negócio jurídico processual condutas que são impostas às partes de maneira imperativa pelo CPC”, pois elas são “como verdadeiras balizas de comportamento processual e, sobretudo, de postura processual lícita, leal, digna e de respeito ao escopo maior da atividade jurisdicional”.<sup>231</sup>

Os autores acrescentam que não vigora um “vale tudo processual” no âmbito dos negócios jurídicos processuais e que, ao contrário dos negócios jurídicos materiais, “a relação processual é de direito público” e “esta característica lhe é inata, o que exige sua compatibilização com normas processuais de caráter cogente, imperativo”.<sup>232</sup>

### 5.6.3.2. Ordem pública

Mauro Mascaro Nascimento traz que a ideia de que ordem contrapõem-se à desordem, “e que aquela deve ser a regra nas ciências do comportamento humano, porquanto até mesmo nas leis físicas procura-se uma determinada ordem”.<sup>233</sup>

Para Silvio Rodrigues, preceitos de ordem pública são os que interessam diretamente à sociedade, porquanto suas regras são “ligadas à organização política,

---

<sup>229</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>230</sup> Miranda, Pontes de. *Tratado de direito privado*, Parte Geral, Tomo I, p. 125.

<sup>231</sup> Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*, p. 356.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 357.

<sup>233</sup> Nascimento, Mauro Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*, 24ª ed., p. 293.

social e econômica do Estado” e a infringência a um preceito dessa natureza ofende diretamente a estabilidade, machucando a ideia de moral social ou de bons costumes e provocando nulidade absoluta.<sup>234</sup>

Para Roberta Densa, “as normas de ordem pública são aquelas que interessam mais diretamente à sociedade que aos particulares”.<sup>235</sup>

Luiz Otávio de Oliveira Amaral defende que as “normas jurídicas de ordem pública traduzem um mínimo de exigência considerado essencial para uma vida ética e conveniente”, porém que as normas jurídicas de interesse social são as “regras cuja incidência atinge a todos os membros da sociedade, do grupo social, de modo direito/pessoal (ainda que não isoladamente, porque difuso) e positivo/efetivo (afeta a todos ainda que só no aspecto íntimo)”.<sup>236</sup>

Para Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior, o conceito de ordem pública é indeterminado, mas se pode conectá-lo à preservação de valores essenciais da ordem jurídica em uma época, sendo a indeterminação preenchida pelo juiz com “valores éticos, morais, sociais, econômicos e jurídicos”, podendo-se incluir, hodiernamente, “aspectos relativos à constitucionalidade do ato”, englobando “matérias como as garantias constitucionais, a forma federativa do Estado, o Estado Democrático de Direito, a sociedade pluralista”.<sup>237</sup>

Pelas definições apresentadas até aqui e pela transcrição dos Nery acima, é possível observar que não há um consenso sobre o que é ordem pública, todavia é possível visualizar o caráter cogente em todas elas, bem como afirmar que há a intenção de proteger a sociedade, porquanto essa ordem tem guarida em valores maiores, de maneira que os negócios jurídicos processuais não podem eliminá-la por meio da autonomia da vontade.

Não é comum encontrarmos no ordenamento jurídico normas que trazem expressamente que determinado enunciado é de ordem pública, sendo possível observar esse caráter pelo seu conteúdo.

---

234 Rodrigues, Silvio. *Ob. cit.*, p. 285-287.

235 Densa, Roberta. *Ob. cit.*, p. 6.

236 Amaral, Luiz Otavio de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 64.

237 Nery Júnior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de direito civil: contratos*, vol. III, p. 492.

No entanto, encontramos dispositivos que explicitamente preveem o respeito aos preceitos de ordem pública, como, por exemplo, o parágrafo único, do artigo 2.035, do Código Civil, o artigo 17 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e o artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor.

Tratando sobre a validade dos negócios e demais atos jurídicos constituídos antes da entrada em vigor do Código Civil de 2.002, o parágrafo único, do artigo 2.035, da norma em estudo, prevê que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

A norma do artigo 17, do Decreto-Lei nº 4.657/42 (LINDB) exara que “as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

O artigo 1º, do Código de Defesa do Consumidor, traz a disposição que o código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social.

Leonardo Greco defende a existência de ordem pública processual que limita à autonomia da vontade em negócios jurídicos processuais aos princípios e garantias fundamentais do processo, abrangendo não só o devido processo legal, mas diversos subprincípios.<sup>238</sup>

Cássio Scarpinella Bueno, em comentários ao artigo 190 do Novo Código de Processo Civil, afirma que “o dispositivo admite, nos casos que especifica, que as partes realizem verdadeiros acordos de procedimento para otimizar e racionalizar a atividade jurisdicional” e acrescenta a palavra nulidade prevista na norma “deve ser entendida amplamente para compreender qualquer violação de ordem pública”.<sup>239</sup>

### **5.6.3.3. Interesse público**

Para Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior, “a noção de

---

<sup>238</sup> Greco, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. *Os Poderes do Juiz e Controle das Decisões Judiciais*, p. 293 *apud* Nogueira, Pedro Henrique. *Ob. cit.*, p. 161.

<sup>239</sup> Bueno, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*, p. 162-163.

interesse público é identificada pela existência de uma relação típica entre o Estado, a coletividade e o indivíduo”.<sup>240</sup>

Vicente Greco Filho define que o interesse público ocorre “quando transcende, inclusive, a soma dos interesse individuais e afeta a sociedade como um todo, em seus objetivos básicos” e que há “pretensão de valores superiores à vontade individual, sobre os quais as pessoas não têm disponibilidade”.<sup>241</sup>

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, interesse público é o “resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”, concluindo que “o interesse público é uma faceta dos interesses individuais, sua faceta coletiva, e, pois, que é, também, indiscutivelmente, um interesse dos vários membros do corpo social e não apenas o interesse de um todo abstrato”, todavia que é um equívoco supor que todo interesse do Estado é um interesse público e que há “um falso antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo”, não havendo uma “separação absoluta entre ambos”.<sup>242</sup>

Para o doutrinador, “pode haver um interesse público contraposto a um dado interesse individual”, porém “não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade”, sendo exemplo o “interesse em não ser desapropriado, mas não pode, individualmente, ter interesse em que não haja o instituto da desapropriação”.<sup>243</sup>

Do mesmo modo do que foi retratado no instituto da ordem pública, é possível observar que no interesse público não há consenso conceitual e que, dependendo da definição adotada, há muita similaridade com a ordem pública, sendo possível observar no interesse público a presença de valores que visam preservar a sociedade e as prescrições estatais que tem como intuito resguardar valores superiores.

Como na ordem pública, o interesse público é limitador da autonomia da vontade em negócios jurídicos, especialmente os processuais.

---

240 Nery Júnior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Ob. cit.*, p 492.

241 Greco Filho, Vicente. *Ob. cit.*, p. 9.

242 Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 28ª ed., p. 59-62.

243 *Ibid.*, p. 60.

#### 5.6.3.4. Disponibilidade de direitos

Leonardo Greco, em artigo do ano de 2008 e preferindo a denominação de “atos de disposição processual” sustentou que a autonomia privada encontra três limites e um deles é a disponibilidade do próprio direito material posto em juízo.<sup>244</sup>

Leonardo Carneiro da Cunha, baseando-se em obra de Marcos Bernardes Mello<sup>245</sup>, aduz que o sistema jurídico ao estabelecer o conteúdo das relações jurídicas, pode:

“(a) regulá-lo exaustivamente, em caráter cogente, não deixando à vontade qualquer margem, ou (b) permitir que a vontade negocial escolha, dentre as espécies, variações quanto à sua irradiação e a intensidade de cada uma. Na hipótese *a*, deixa-se livre à vontade somente a escolha da categoria negocial, sem autorização quanto à estruturação do conteúdo eficaz da relação jurídica respectiva. Em *b*, admite-se a escolha da categoria negocial e concede-se o poder de estruturação do conteúdo eficaz da relação jurídica, cuja amplitude é variável. Não se permite, em nenhuma hipótese, a criação voluntária de efeitos que não estejam previstos ou, ao menos, admitidos pelo sistema”.<sup>246</sup>

Cunha complementa que “há negócios jurídicos que, em virtude da imposição legal ou da cogência da norma aplicável, não permitem aos figurantes outra escolha”, devendo “optar pelas categorias preestabelecidas nas normas jurídicas”, sendo exemplo o casamento no qual “há pouca margem para escolha: agregar ou não o nome da família do cônjuge, definir o regime de bens, inexistindo liberdade para os demais efeitos decorrentes do negócio celebrado”.<sup>247</sup>

O doutrinador ressalva que “não é possível negócio processual que se destine a afastar regra de proteção a direito indisponível” e que “não parece possível haver negócio processual sobre tema que é reservado à lei”, não podendo, assim, “admitir, por exemplo, negócio processual que crie um recurso novo, já que só a lei pode criar recursos”.<sup>248</sup>

Fredie Didier Júnior também defende que não é possível admitir negócio

244 Greco, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. *Os Poderes do Juiz e Controle das Decisões Judiciais*, p. 290-292 *apud* Nogueira, Pedro Henrique. *Ob. cit.* p. 35.

245 Mello, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, 19ª ed., p. 225 *apud* Cabral, Antonio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique (coords.). *Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. Ob. cit.*, p. 31.

246 Cabral, Antonio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique (coords.). *Ob. cit.*, p. 31.

247 *Ibid.*, p. 31.

248 *Ibid.*, p. 59.

jurídico processual que tenha o intuito de afastar regra processual que proteja direitos indisponíveis, porquanto o objeto é ilícito e se afastaria alguma regra processual cogente cujo objetivo é proteger alguma finalidade pública, sendo exemplos: a, negócio que vise afastar a intimação obrigatória do Ministério Público (art. 178, CPC); b, acordo sobre segredo de justiça, pois o juízo é estatal, “o processo é público” e a Constituição trouxe exceções à publicidade nas quais não se incluem os negócios processuais.<sup>249</sup>

Do mesmo modo, o enunciado nº 254 do FPPC exara que “é inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica”.

Entendemos, ainda, que o enunciado nº 392 do FPPC, se desrespeitado, afastará norma processual cogente, porquanto o enunciado aduz que “as partes não podem estabelecer, em convenção processual, a vedação da participação do *amicus curiae*”.

Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello, quanto aos deveres processuais, defendem que neles há “preponderância do caráter público” e que, portanto, não passíveis de disposição, citando como exemplo, em nome da “higidez da relação processual”, as condutas previstas nos artigos 77 e 78 do Novo CPC.<sup>250</sup>

Dinamarco, Grinover e Cintra sustentam a existência do “princípio da disponibilidade processual”, que o poder dispositivo consiste “na liberdade que as pessoas têm de exercer ou não seus direitos”, que no direito processual esse poder “é configurado pela possibilidade de apresentar ou não sua pretensão em juízo, bem como apresentá-la da maneira que melhor lhes aprouver e renunciar a ela (desistir da ação) ou a certas situações processuais”, mas que no processo civil o princípio supracitado “sofre limitações quando o próprio direito material é de natureza indisponível, por prevalecer o interesse público sobre privado”.<sup>251</sup>

Sobre a disponibilidade do direito material posto em juízo, Pedro Henrique

249 Didier Júnior, Fredie. *Ob. cit.*, p. 388-389.

250 Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Ob. cit.*, p. 356.

251 Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 27ª ed., p. 66.

Nogueira defende que é possível, em tese, realizar negócios jurídicos processuais em litígios que versem sobre direitos materiais indisponíveis, pois “a disposição de um poder processual não resulta automaticamente a disposição da situação jurídica substancial posta em litígio”.<sup>252</sup>

No mesmo sentido, o enunciado nº 135 do FPPC, por sua vez, prevê que “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”.

Não podemos concordar com esse posicionamento quando ele culminar na disposição de algo indisponível, já que a disposição processual de direito material indisponível atingiria a finalidade da norma e seria uma forma de fraudar o cumprimento normativo, assim como, apesar da autonomia entre o direito processual e o material, um dos objetivos do direito processual é concretizar o cumprimento das normas, em especial as cogentes, de direito material em litígio, dando a cada um o que lhe é de direito.

#### **5.6.4. Contrato de adesão e vulnerabilidade**

##### **5.6.4.1. Considerações iniciais**

No período pós-Revolução Industrial, houve o crescimento da população nas metrópoles “que gerava aumento de demanda e, portanto, uma possibilidade de aumento da oferta, a indústria em geral passou a querer produzir mais, para vender para mais pessoas”, criando “a chamada produção em série”, ou “standartização da produção” ou, ainda, “a homogeneização da produção”.<sup>253</sup>

Esse fenômeno instituiu a sociedade de massa na qual o planejamento de produção é realizado “unilateralmente pelo fabricante no seu gabinete, isto é, o produtor pensa e decide fazer uma larga oferta de produtos e serviços para serem adquiridos pelo maior número de pessoas”, tendo como ideia central “ter um custo inicial para fabricar um único produto, e depois reproduzi-lo em série”.<sup>254</sup>

Quando surgiu o conceito de autonomia da vontade, “as partes podiam

---

<sup>252</sup> Nogueira, Pedro Henrique. *Ob. cit.*, p. 160.

<sup>253</sup> Nunes, Rizzato. *Ob. cit.*, p. 41.

<sup>254</sup> *Ibid.*, p. 42.

discutir todos os elementos componentes do contrato”, todavia, “com a economia de larga escala, os contratos passam também a ser massificados, com o objetivo de agilizar a contratação e atender à demanda da economia”, surgem os contratos de adesão nos quais “as partes deixam de negociar as cláusulas contratuais”, passando a vir com cláusulas preestabelecidas por uma das partes, tendo a outra parte “pouca, ou nenhuma chance, de discutir o conteúdo do contrato”.<sup>255</sup>

Como será possível observar, em muitas situações, os contratos de adesão ou “de massa”<sup>256</sup> trazem inúmeras cláusulas abusivas que colocam uma das partes em posição de extrema desvantagem.

O artigo 190, do Novo CPC, que traz a possibilidade de negócios jurídicos processuais, tem em seu parágrafo único a previsão que “de ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

#### **5.6.4.2. Definição e características do contrato de adesão**

Orlando Gomes define o contrato de adesão da seguinte forma:

“Contrato de adesão é o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas”.<sup>257</sup>

O contrato de adesão, para Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior, “não é categoria contratual autônoma nem tipo contratual, mas somente técnica de formação do contrato, que pode ser aplicada a qualquer tipo de contrato”.<sup>258</sup>

Características marcantes das cláusulas desse tipo de contrato são: a

<sup>255</sup> Densa, Roberta. *Ob. cit.*, p. 179.

<sup>256</sup> Rizzato Nunes denomina os contratos de adesão de contratos de massa. Nunes, Rizzato. *Ob. cit.*, p. 42.

<sup>257</sup> Gomes, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*, p 3.

<sup>258</sup> Nery Júnior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Ob. cit.*, p 177.

generalidade, a uniformidade, a abstratividade<sup>259</sup>, a predeterminação e a rigidez<sup>260</sup>.

A rigidez advém da uniformidade, já que “não seria possível, a quem as predetermina, admitir alterações atribuindo-lhes uma flexibilidade que anularia seu intento e desfiguraria a *facti specie*”.<sup>261</sup>

Sobre a uniformidade, Fábio Ulhoa Coelho alerta que há a necessidade de preservar a parte “de eventuais obscuridades, propositadamente introduzidas no texto do instrumento”.<sup>262</sup>

Na generalidade está a abstratividade que “possui dupla significação, a de inesgotabilidade e a de abstração propriamente dita no sentido de indeterminação e desconhecimento dos destinatários”.<sup>263</sup>

A inesgotabilidade pode ser explicada como a capacidade de não esgotamento da aplicação do contrato de adesão, podendo ser usado infinitamente.

Como é possível observar, as características desse tipo de contrato se correlacionam.

Orlando Gomes aduz que há três traços que diferenciam o contrato de adesão dos outros tipos de contrato:

“O primeiro traço distintivo do contrato de adesão será, pois nessa ordem de ideia, a sua contratualidade meramente formal. O segundo, a determinação uniforme do conteúdo das relações constituídas com a parte que preestabelece as cláusulas. O terceiro, a inesgotabilidade do esquema contratual, a ser invariavelmente aplicada a uma série infinita de contratos”.<sup>264</sup>

#### **5.6.4.3. Contrato de adesão e vulnerabilidade nas relações de civis**

Leonardo Carneiro da Cunha defende que o negócio jurídico processual contido em contrato de adesão não é, prévia e genericamente, vedado.

O doutrinador argumenta que:

<sup>259</sup> Gomes, Orlando. *Ob. cit.*, p 3.

<sup>260</sup> *Ibid.*, p 10.

<sup>261</sup> *Ibid.*, p 10.

<sup>262</sup> Coelho, Fábio Ulhoa. *Ob. cit.*, p, 85.

<sup>263</sup> Gomes, Orlando. *Ob. cit.*, p 11.

<sup>264</sup> *Ibid.*, p 12.

“Em tese, é possível, cabendo apenas ao juiz controlar a validade da respectiva cláusula, recusando-lhe aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção *abusiva* em contrato de adesão ou no qual alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. A simples circunstância de o contrato ser de adesão não é suficiente para se ter como nula ou ineficaz a cláusula que disponha sobre procedimento ou sobre regras processuais. É preciso, para que o juiz recuse-lhe aplicação, a evidência de uma abusividade, de uma nulidade ou de uma manifesta situação de vulnerabilidade”.<sup>265</sup>

No mesmo sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello sustentam que:

“Pensamos que o simples fato de constar contrato de adesão não conduz à conclusão de que deva ser rejeitada a aplicação do negócio jurídico processual: é necessário que se afira seu real poder de causar prejuízo ao comportamento processual de uma das partes, gerando-lhe iniquidade ou inferioridade de posição processual. Para que seja declarada nula, a cláusula continente de negócio jurídico processual constante de contrato de adesão tem que ser abusiva”.<sup>266</sup>

Nas relações civis, o contrato de adesão está previsto nos artigos 423 e 424 do Código Civil.

O artigo 424 desse diploma normativo prevê que “nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.”

O artigo 423 da norma em comento, aduz que “quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”, sendo possível observar o princípio do *in dubio pro aderente* no qual interpreta-se o negócio jurídico em desfavor do seu estipulante.<sup>267</sup>

Do mesmo modo, o enunciado nº 408 do FPPC prevê que “quando houver no contrato de adesão negócio jurídico processual com previsões ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

Quanto à vulnerabilidade, Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello

<sup>265</sup> Cabral, Antonio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique (coords.). *Ob. cit.*, p. 59.

<sup>266</sup> Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Ob. cit.*, p. 355.

<sup>267</sup> Tartuce, Flávio; Neves, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*, 2ª ed., p. 258.

entendem que a não aplicação de um negócio jurídico processual por vulnerabilidade pode ser avaliada sob dois enfoques:

(...) “será inaplicável o negócio jurídico processual que tenha sido celebrado em cenário de antecedente de hipossuficiência de uma parte relativamente à outra (vulnerabilidade prévia ao negócio jurídico processual), ou que torne uma das partes vulnerável relativamente à outra em virtude do negócio jurídico processual (vulnerabilidade derivada do negócio jurídico processual)”.<sup>268</sup>

Fábio Ulhoa Coelho demonstra a ideia de vulnerabilidade nos contratos da seguinte forma:

“Quando o direito dos contratos consagra princípios como o da tutela do contratante débil, revela traços de uma cultura superior, apta a organizar a convivência humana além das leis da seleção natural, isto é, do domínio do mais forte”.<sup>269</sup>

O enunciado nº 18 do FPPC prevê que “há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”.

#### **5.6.4.4. Contrato de adesão e vulnerabilidade nas relações de consumo**

##### **5.6.4.4.1. Considerações iniciais sobre o Direito do Consumidor**

Nos Estados Unidos, a proteção consumerista se iniciou em 1890 com a Lei Sherman, que trata do antitruste, e com o surgimento de associações de consumidor, a partir de 1960, ganhou mais fôlego.<sup>270</sup>

Em 15 de março de 1962, o Presidente estadunidense, John F. Kennedy, proclamou importante mensagem ao Congresso daquele país sobre os consumidores que demonstra a desigualdade entre esse grupo e os fornecedores:

“Consumidores, por definição, somos todos nós. Eles são o maior grupo econômico, e influenciam e são influenciados por quase toda decisão econômica pública ou privada. Apesar disso, eles são o único grupo importante, cujos pontos de vista, muitas vezes não são considerados”.<sup>271</sup>

Outro acontecimento norte-americano impactante para a conscientização de uma maior proteção dos consumidores na década de 60 foi o “escândalo da talidomida, medicamento utilizado por gestantes e causador de graves deformações

<sup>268</sup> Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Ob. cit.*, p. 356.

<sup>269</sup> Coelho, Fábio Ulhoa. *Ob. cit.*, p. 22.

<sup>270</sup> Nunes, Rizzato. *Ob. cit.*, p. 40.

<sup>271</sup> Amaral, Luiz Otavio de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 19.

nos recém-nascidos”.<sup>272</sup>

Em 1973, a Comissão de Direitos Humanos da ONU reconheceu os direitos fundamentais do consumidor.<sup>273</sup>

Antes dos Brasil, a Venezuela em 1974, o México em 1976, a Costa Rica, Portugal e a Espanha já possuíam leis protetivas dos consumidores, sendo que os dois últimos já tinham normas constitucionais sobre o assunto.<sup>274</sup>

No Brasil, antes da Constituição de 1988, as normas existentes sobre a proteção do consumidor se resumiam a área penal.

Com o advento da constituição atual, a defesa do consumidor passou a ter guarida constitucional e está inserida na Lei Maior de 1988 de três formas diferentes, já que no artigo 5º, XXXII, figura como um direito fundamental, no artigo 170, V, como um princípio da ordem econômica e no artigo 48 do ADCT como uma norma que obriga o Congresso Nacional a elaborar um código de defesa do consumidor.

Flávio Tartuce defende que “não há como afastar, como principal justificativa para o surgimento do Código de Defesa do Consumidor a proteção da dignidade da pessoa humana, que entre nós está consagrada no art. 1º, III, da Constituição”.<sup>275</sup>

O marco infraconstitucional brasileiro na defesa do consumidor é a publicação do Código de Defesa do Consumidor em 1990 que trouxe “aquilo que existia e existe de mais moderno na proteção do consumidor” e, como resultado, “inspirou a lei de proteção ao consumidor na Argentina, reformas no Paraguai e no Uruguai e projetos em países da Europa”.<sup>276</sup>

Na clássica divisão entre as três dimensões ou gerações de direitos que guardam relação com os princípios da Revolução Francesa, o Direito do Consumidor, para Flávio Tartuce, tem relação com as três, porém guarda mais laços com os de terceira dimensão, pois essa dimensão está ligada ao princípio da fraternidade e a “Lei Consumerista visa a pacificação social”, porém a primeira

---

<sup>272</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>273</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>274</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>275</sup> Tartuce, Flávio; Neves, Daniel Amorim Assumpção. *Ob. cit.*, p. 32.

<sup>276</sup> Nunes, Rizzato. *Ob. cit.*, p. 41.

dimensão está relacionada ao princípio da liberdade e a segunda ao princípio da igualdade.<sup>277</sup>

Roberta Densa aduz que os chamados “direitos de terceira geração ou transindividuais surgiram com o desenvolvimento da indústria e a massificação dos contratos”, sendo transindividual o direito que “também é individual, mas não se limita somente ao indivíduo, afetando uma coletividade determinada ou indeterminada de pessoas”, possuindo nessa categoria, além dos direitos do consumidor, também “o direito da infância e juventude, os direitos dos idosos, o direito ambiental e o direito das pessoas portadoras de necessidades especiais”.<sup>278</sup>

#### **5.6.4.4.2. Características especiais do contrato de adesão e da vulnerabilidade nas relações consumeristas**

A ONU, através de resolução que trata dos Direitos dos Consumidores (nº 39/248, de 9/4/1985), reconheceu a vulnerabilidade desse grupo, inclusive quanto ao poder de negociação, destacou à categoria de princípio a possibilidade de efetiva reparação dos consumidores, assim como exarou que eles devem ser protegidos contra os contratos de adesão que favorecem somente uma das partes e excluem direitos essenciais da outra e que os governos devem controlar as práticas e as cláusulas comerciais abusivas.<sup>279</sup>

---

277 Tartuce, Flávio; Neves, Daniel Amorim Assumpção. *Ob. cit.*, p. 9.

278 Densa, Roberta. *Ob. cit.*, p. 3.

279 Trechos da Resolução da ONU nº 29/348 de 9/4/1985

“1. Teniendo en cuenta los intereses y las necesidades de los consumidores de todos los países y particularmente de los países en desarrollo; reconociendo que los consumidores afrontan a menudo desequilibrios en cuanto a capacidad económica, nivel de educación y poder de negociación; y teniendo en cuenta que los consumidores deben tener el derecho de acceso a productos que no sean peligrosos, así como el de promover un desarrollo económico y social justo, equitativo y sostenido, las presentes directrices para la protección del consumidor persiguen los siguientes objetivos:

(...)

d. Ayudar a los países a poner freno a las prácticas comerciales abusivas de todas las empresas, a nivel nacional e internacional, que perjudiquen a los consumidores;

(...)

3. Las necesidades legítimas que las directrices procurar atender son las siguientes:

(...)

e. La posibilidad de compensación efectiva al consumidor;

(...)

13. Las políticas de los gobiernos deben tratar de hacer posible que los consumidores obtengan el máximo beneficio de sus recursos económicos. También deben tratar de alcanzar las metas en materia de producción satisfactoria y normas de funcionamiento, Procedimientos adecuados de distribución, prácticas comerciales leales, comercialización informativa y protección efectiva contra las prácticas que puedan perjudicar los intereses económicos de los consumidores y la posibilidad de elegir en el mercado.

Em 2012, no 75º Congresso de Direito Internacional promovido pela *International Law Association* e realizado em Sófia (Bulgária) foi elaborada a Declaração de Sófia sobre o Desenvolvimento de Princípios Internacionais de Proteção do Consumidor e entre eles foram reconhecidos o princípio da vulnerabilidade no qual “os consumidores são vulneráveis frente aos contratos de massa e padronizados, em especial no que concerne à informação e ao poder de negociação” e o princípio da justiça contratual no qual “as regras e o regulamento dos contratos de consumo devem ser efetivos e assegurar transparência e justiça contratual”.<sup>280</sup>

No campo infraconstitucional pátrio, o artigo 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor reconhece a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo e o artigo 6º, VIII, da norma supracitada, elenca como direito do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos quando for ele hipossuficiente.

A vulnerabilidade é o reconhecimento de que “o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo”.<sup>281</sup>

O enunciado nº 18 do FPPC prevê que “há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”.

A hipossuficiência e a vulnerabilidade não têm o mesmo significado, porquanto “todo consumidor é vulnerável”, essa característica é “intrínseca à própria condição de destinatário final do produto ou serviço” e essa presunção é absoluta, porém “a hipossuficiência é um conceito fático” e tem como fundamento “uma disparidade ou discrepância notada no caso concreto”, sendo dividida em técnica,

---

(...)

15. Los gobiernos deben elaborar. Reforzar o mantener, según proceda, medidas relativas al control de las prácticas comerciales restrictivas y otras de tipo abusivo que puedan perjudicar a los consumidores, así como medios para hacer efectivas esas medidas. Al respecto, los gobiernos deben guiarse por su adhesión al conjunto de principios y normas equitativos, convenios multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, aprobado por la Asamblea General en su resolución 35/63 de 5 de diciembre de 1980.

(...)

19. Los consumidores deben gozar de protección contra abusos contractuales como el uso de contratos uniformes que favorecen a una de las partes, la no inclusión de derechos fundamentales en los contratos uniformes que favorecen a una de las partes, la no inclusión de derechos fundamentales en los contratos y la imposición de condiciones excesivamente estrictas para la concesión de créditos por parte de los vendedores.”

<sup>280</sup> Tartuce, Flávio; Neves, Daniel Amorim Assumpção. *Ob. cit.*, p. 29.

<sup>281</sup> Nunes, Rizzato. *Ob. cit.*, p. 176.

quando há o “desconhecimento em relação ao produto ou serviço adquirido”, e jurídica, quando, por exemplo, o consumidor é impedido de realizar uma prova indispensável para a responsabilização do fornecedor.<sup>282</sup>

Rodolfo de Camargo Mancuso destaca que há várias legislações no país que partem de um pressuposto de hipossuficiência e que visam atender ao princípio da igualdade, contido no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, de forma que sejam tratados desigualmente os que estão em situação desigual, citando, como exemplo, além da legislação consumerista, a CLT, os Estatutos da Criança e do Adolescente, do Idoso, do Torcedor e da Igualdade Racial.<sup>283</sup>

Do artigo 6º, II, do Código de Defesa do Consumidor, é possível observar a existência do princípio da equivalência negocial no qual “é garantida a igualdade de condições no momento da contratação ou de aperfeiçoamento da relação jurídica patrimonial” e, nesse contexto, a norma em comento “veda que os destinatários finais sejam expostos a práticas desproporcionais”, bem como os artigos 39 e 51 “afastam, respectivamente, determinadas cláusulas e práticas abusivas, geradoras de nulidade absoluta e de responsabilidade civil, dependendo do caso concreto”.<sup>284</sup>

Abuso de direito é “o resultado do excesso de exercício de um direito, capaz de causar dano a outrem” ou, em outras palavras, “o abuso de direito se caracteriza pelo uso irregular e desviante de um direito em seu exercício, por parte do titular”.<sup>285</sup>

No ordenamento jurídico estrangeiro é possível observar regras contra as cláusulas abusivas há muito tempo, como, por exemplo, nos Estados Unidos o *Uniform Commercial Code* de 1962, no Reino Unido desde 1973, na Dinamarca desde 1974, na Alemanha desde 1976, na França desde 1978.<sup>286</sup>

Luiz Otávio de Oliveira Amaral lembra que “as cláusulas abusivas não se confundem com as cláusulas meramente limitativas, essas podem ser legítimas, as abusivas são sempre ilegítimas e inválidas”.<sup>287</sup>

---

282 Tartuce, Flávio; Neves, Daniel Amorim Assumpção. *Ob. cit.*, p. 32-34.

283 Mancuso, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*, 5ª ed., p. 21.

284 Tartuce, Flávio; Neves, Daniel Amorim Assumpção. *Ob. cit.*, p. 52-53.

285 Nunes, Rizzatto. *Ob. cit.*, p. 595.

286 Amaral, Luiz Otavio de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 222.

287 *Ibid.*, p. 223.

Cláudia Lima Marques, em análise do artigo 6º, IV, do Código de Defesa do Consumidor que prevê a proteção contra práticas e cláusulas abusivas, aduz que o verbo proteção “exige sanção dura”, que o “dever de proteção é absoluto, pois não há proteção se houver qualquer efeito” e que, “assim, o controle das cláusulas abusivas é total”.<sup>288</sup>

O artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor define que as normas de proteção e defesa do consumidor contidas no código são de ordem pública e interesse social e desse artigo é possível retirar o princípio do protecionismo do consumidor.

Grande parte das consequências retiradas desse princípio tem ligação direta com os contratos de adesão e as cláusulas abusivas, não podendo as normas do código consumerista serem afastadas por convenção entre as partes, tendo como exemplo a norma do inciso XV, do artigo 51, que aplica a sanção de nulidade às cláusulas que estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor.<sup>289</sup>

No mesmo diapasão, os incisos VI e VII, do artigo 51, da norma em comento consideram nulas as cláusulas contratuais que, respectivamente, estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor e determinem a utilização compulsória de arbitragem.

A Portaria nº 3 do Ministério da Justiça, de 15 de março de 2001, considera cláusula abusiva em relação de consumo a que “estabeleça restrições ao direito do consumidor de questionar nas esferas administrativa e judicial possíveis lesões decorrentes de contrato por ele assinado”.

O artigo 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor, prevê, entre os direitos básicos do consumidor, a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais.

A respeito desse dispositivo, Cláudia Lima Marques expõe que o modificar contido na norma significa “realmente sanar, salvar e edificar novamente, reconstruir o que pode ser sanado”, porquanto defende que não há desproporção

---

<sup>288</sup> Schmitt, Cristiano Heineck. *Ob. cit.*, p. 17.

<sup>289</sup> Tartuce, Flávio; Neves, Daniel Amorim Assumpção. *Ob. cit.*, p. 30.

presumidamente abusiva no contrato de consumo, já que “é apenas presumidamente controlável pelo magistrado, que a pedido do consumidor, e a critério do magistrado, se houver exagero ou onerosidade excessiva”.<sup>290</sup>

A função social do contrato, prevista no artigo 421 do Código Civil, é aplicável aos contratos de consumo e guarda relação direta com a dignidade da pessoa humana, mitigando o princípio da autonomia da vontade.

Nesse sentido, o Enunciado nº 23 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal aduz que “a função social do contrato, prevista no art. 421 do Novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

Álvaro Villaça Azevedo, em palestra, defendeu que “o contrato não pode gerar uma situação de massacre de uma parte sobre a outra, sendo essa uma boa concepção a respeito da função social”.<sup>291</sup>

Roberta Densa defende que, “nas relações de consumo, a autonomia da vontade das partes é mitigada, devendo as partes integrantes da relação de consumo obedecer às regras e aos princípios estabelecidos pela lei”, ressaltando que as normas do código consumerista são “de caráter cogente”.<sup>292</sup>

O artigo 54, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, traz a definição de contrato de adesão, sendo “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

Como se pode observar, esse tipo de contrato não permite que o consumidor discuta as cláusulas contratuais de maneira significativa, cabendo a ele somente aceitar ou não o negócio como um todo, situação que é conhecida como *take-it-or-*

---

290 Schmitt, Cristiano Heineck. *Ob. cit.*, p. 17.

291 Palestra realizada no I Encontro Regional da Associação dos Advogados de São Paulo, em Campinas, no dia 12 de março de 2010 *apud* Tartuce, Flávio; Neves, Daniel Amorim Assumpção. *Ob. cit.*, p. 248.

292 Densa, Roberta. *Ob. cit.* p. 6.

*leave-it.*<sup>293</sup>

Com base em todo o exposto e considerando que a vulnerabilidade é absoluta nas relações de consumo, que os incisos VI e VII, do artigo 51, do CDC, consideram nulas as cláusulas contratuais que, respectivamente, estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor e determinem a utilização compulsória de arbitragem, assim como que a legislação consumerista é toda construída para defender o consumidor, consideramos que é possível a utilização dos negócios jurídicos processuais nas relações consumeristas, mas que é muito maior a chance de nulidade da cláusula que a prevê, já que a proteção existente é muito maior do que nas relações civis.

### 5.7. Negócios jurídicos processuais típicos e atípicos

Leonardo Carneiro da Cunha elenca que o CPC de 1973 possui os seguintes negócios jurídicos processuais típicos:

“a, modificação do réu na nomeação à autoria (arts. 65 e 66); b, sucessão do alienante ou cedente pelo adquirente ou cessionário da coisa litigiosa (art. 42, §1º); c, acordo de eleição de foro (art. 111); d, prorrogação de competência territorial por inércia do réu (art. 114); e, desistência do recurso (art. 158; art. 500, III); f, convenções sobre prazos dilatatórios (art. 181); g, convenção para suspensão do processo (arts. 265, II, e 792); h, desistência da ação (art. 267, §4º; art. 158, parágrafo único); i, convenção de arbitragem (art. 267, VII; art. 301, IX); j, revogação da convenção de arbitragem (art. 301, IX, e §4º); k, reconhecimento da procedência do pedido (art. 269, II); l, transação judicial (arts. 269, III, 475-N, III e V, e 794, II); m, renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação (art. 269, V); n, convenção sobre distribuição do ônus da prova (art. 333, parágrafo único); o, acordo para retirar dos autos o documento cuja falsidade foi arguida (art. 392, parágrafo único); p, conciliação em audiência (arts. 447 a 449); q, adiamento da audiência por convenção das partes (art. 453, I); r, convenção sobre alegações finais orais de litisconsortes (art. 454, §1º); s, liquidação por arbitramento em razão de convenção das partes (art. 475-C, I); t, escolha do juízo da execução (art. 475-P, parágrafo único); u, renúncia ao direito de recorrer (art. 502); v, requerimento conjunto de preferência no julgamento perante os tribunais (art. 565, parágrafo único); w, desistência da execução ou de medidas executivas (art. 569); x, escolha do foro competente pela Fazenda Pública na execução fiscal (art. 578, parágrafo único); y, opção do exequente pelas perdas e danos na execução de obrigação de fazer (art. 663); z, desistência da penhora pelo exequente (art. 667, III); aa, administração de estabelecimento penhora (art. 677, §2º); bb, dispensa da avaliação se o exequente aceitar a estimativa do executado (art. 684, I); cc, opção do exequente por substituir a arrematação pela alienação via *internet* (art. 689-A); dd, opção do executado pelo pagamento parcelado (art. 745-A); ee, acordo de pagamento amigável pelo insolvente (art. 783); ff, escolha de depositário de bens sequestrados (art. 824, I); gg, acordo de partilha (art.

293 Tartuce, Flávio; Neves, Daniel Amorim Assumpção. *Ob. cit.*, p. 318.

1.031).<sup>294</sup>

O doutrinador ressalva que as hipóteses “d” e “j” são negócios omissivos e que as hipóteses restantes são negócios comissivos, sendo classificados como negócios unilaterais “a desistência do recurso, o reconhecimento da procedência do pedido, a renúncia ao recurso, a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, a escolha do juízo da execução, a desistência da penhora pela exequente”, como negócios plurilaterais “a modificação do réu na nomeação à autoria (arts. 65 e 66) e a sucessão do alienante ou cedente pelo adquirente ou cessionário da coisa litigiosa (art. 42, §1º)”, de maneira que as hipóteses remanescentes são todas de negócios bilaterais, cabendo lembrar que a desistência da ação passa a ser um negócio bilateral se for realizada quando a contestação já foi apresentada, assim como que “os negócios jurídicos típicos produzem efeitos imediatos” com exceção da desistência da ação que “só produz efeitos depois de homologada pelo juiz”.<sup>295</sup>

Humberto Theodoro Júnior já defendia a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais sobre o ônus da prova sob a vigência do CPC de 1973, pois sustentava que “as partes têm a disponibilidade de certos direitos” e que era lícito que, “em cláusula contratual, se estipulem critérios próprios a respeito do ônus da prova, para a eventualidade de litígios a respeito do cumprimento do contrato”, todavia que tal hipótese só era admissível se a disponibilidade “não tornar impraticável o próprio direito da parte”, usando como fundamento o artigo 333, inciso II, daquele código.<sup>296</sup>

Sobre a suspensão processual através de negócios jurídicos processuais no CPC de 1973, Misael Montenegro Filho já sustentava a possibilidade, mas ressaltava que “a suspensão não pode se estender por período superior a seis meses, haja vista que as partes não se apresentam como *dominus litis*, com a disposição de regras que perpetuariam a marcha processual”, já que “uma vez exercitada a jurisdição, e pela aplicação do princípio do impulso oficial, é obrigatória a prolação de uma sentença judicial, não necessariamente de mérito”.<sup>297</sup>

Para Fredie Didier Júnior, estes dispositivos do Novo CPC contêm negócios

<sup>294</sup> Cabral, Antonio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique (coords.). *Ob. cit.*, p. 42-43.

<sup>295</sup> *Ibid.*, p. 43-44.

<sup>296</sup> Theodoro Júnior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 54ª ed., vol. I, p. 466.

<sup>297</sup> Montenegro Filho, Misael. *Curso de direito processual civil*, 4ª ed., vol. 1, p. 194.

jurídicos processuais típicos:

“a eleição negocial do foro (art. 63); o negócio tácito de que a causa tramite em juízo relativamente incompetente (art. 65); escolha consensual de mediador, conciliador ou câmara privada de mediação ou conciliação (art. 168); o calendário processual (art. 191); a renúncia a prazo (art. 225); o acordo para a suspensão do processo (art. 313, II); a renúncia tácita à convenção de arbitragem (art. 337, §6º); o adiamento negociado da audiência (art. 362, I); o saneamento consensual (art. 357, §2º); a convenção sobre ônus da prova (art. 373, §§3º e 4º); a escolha consensual do perito (art. 471); a desistência de execução ou medida executiva (art. 775); a desistência do recurso (art. 998); a renúncia ao recurso (art. 999); a aceitação da decisão (art. 1000) etc”.<sup>298</sup>

Sobre o foro de eleição, o artigo 78 do Código Civil exara que “nos contratos escritos, poderão os contratantes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes” e o artigo 63, *caput* e parágrafos, do Novo CPC prevê que “as partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações”, todavia que a eleição deverá constar em instrumento escrito, bem como que o magistrado poderá agir de ofício contra a cláusula abusiva antes da citação do réu e que, caso isso não ocorra, o réu deverá alegar a abusividade da cláusula na contestação, sob pena de preclusão.

Didier sustenta que o artigo 190 do Novo CPC traz uma “cláusula geral de negociação processual” e que ela “permite a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos”, surgindo, assim, o “subprincípio da atipicidade da negociação processual”.<sup>299</sup>

O enunciado nº 19 do FPPC prevê que “são admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de

<sup>298</sup> Cabral, Antonio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique (coords.). Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. *Negócios processuais*, p. 24.

<sup>299</sup> *Ibid.*, p. 24-25.

*disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogoratórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal”.

O enunciado nº 21 desse fórum aduz que “são admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais”.

O enunciado nº 490 do fórum afirma que “são admissíveis os seguintes negócios processuais, entre outros: pacto de inexecução parcial ou total de multa coercitiva; pacto de alteração de ordem de penhora; pré-indicação de bem penhorável preferencial (art. 848, II); prefixação de indenização por dano processual prevista nos arts. 81, §3º, 520, inc. I, 297, parágrafo único (cláusula penal processual); negócio de anuência prévia para aditamento ou alteração do pedido ou da causa de pedir até o saneamento (art. 329, inc. II)”.

No entanto, o enunciado nº 20 do fórum exara “não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos”.

Entendemos que as hipóteses admissíveis de negócios jurídicos processuais atípicos elencadas nos enunciados supracitados não podem, no caso concreto, sob pena de nulidade, invadir os poderes do juiz ou colocar uma das partes em manifesta situação de vulnerabilidade, de maneira que não sejam respeitados a garantia do acesso à justiça, o devido processo legal, o direito à defesa, entre outros princípios, direitos e garantias.

Exemplos práticos que podem colocar a parte em manifesta situação de vulnerabilidade quanto aos prazos para se defender podem ocorrer tanto no que fixa

o prazo de defesa em um dia como no que fixa em dois anos, pois na primeira hipótese a parte não terá tempo hábil para produzir defesa ou, se produzir, provavelmente, não será uma boa defesa, e na segunda hipótese o processo não terá fim nunca e poderá atrapalhar a parte adversa ou, ainda, invadir os poderes do próprio magistrado que tem que proferir decisão em tempo razoável, conforme o princípio da proporcionalidade.

## **6. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS EM RELAÇÕES ESPECIAIS**

### **6.1. Considerações iniciais**

O Código de Processo Civil é a legislação geral do processo comum e, com efeito, possui aplicação subsidiária, especial ou, ainda, conflitante quando utilizado em diversos ramos ou em relações que envolvam partes que podem ser chamadas de especiais.

A norma prevista no artigo 15, do Novo Código de Processo Civil, exara que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

No processo do trabalho, a CLT prevê na norma do artigo 769, que está dentro do título que trata da “Do Processo Judiciário do Trabalho”, que “nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

Nas relações que envolvam a Administração Pública é necessária uma análise especial e criteriosa quanto à possibilidade ou não de negócios jurídicos processuais, pois há diversos princípios limitadores da vontade da Administração Pública e do administrado, como, por exemplo, a supremacia do interesse público sobre o particular e a legalidade.

### **6.2. Negócios jurídicos processuais nas relações de trabalho**

#### **6.2.1. Considerações iniciais e elementos históricos do Direito do Trabalho no mundo**

O Direito do Trabalho surgiu em decorrência da Revolução Industrial do final século XVIII na qual o trabalhador não tinha como se defender contra o poder econômico e havia a exploração do homem pelo homem, constituindo um poder absoluto do empregador sobre o trabalhador.<sup>300</sup>

---

<sup>300</sup> Nascimento, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*, 24ª ed., p. 158.

Maurício Godinho Delgado aduz que “é cientificamente desnecessária a busca de manifestações justralhistas em sociedades anteriores à sociedade industrial contemporânea”, pois “nas sociedades feudais e antigas, a categoria do trabalho subordinado pode, eventualmente, ter surgido – como singular exceção –, mas jamais foi uma categoria relevante do ponto de vista socioeconômico”, bem como o Direito do Trabalho é um “fenômeno típico do século XIX e das condições econômicas, sociais e jurídicas ali reunidas”.<sup>301</sup>

O autor, baseado nos estudos de Granizo e Rothvoss<sup>302</sup>, divide o Direito do Trabalho em quatro fases principais:

“A fase da *formação* estende-se de 1802 a 1848, tendo seu momento inicial no *Peel's Act*, do início do século XIX na Inglaterra, que trata basicamente de normas protetivas de menores. A segunda fase (da intensificação) situa-se entre 1848 e 1890, tendo como marcos iniciais o *Manifesto Comunista* de 1848 e, na França, os resultados da Revolução de 1848, como a instauração da liberdade de associação e a criação do Ministério do Trabalho. A terceira fase (da consolidação) estende-se de 1890 a 1919. Seus marcos iniciais são a Conferência de Berlim (1890), que reconheceu uma série de direitos trabalhistas, e a Encíclica Católica *Rerum Novarum* (1891), que também fez referência à necessidade de uma nova postura das classes dirigentes perante a chamada “questão social”. A quarta e última fase, da *autonomia* do Direito do Trabalho, tem início em 1919, estendendo-se às décadas posteriores do século XX. Suas fronteiras iniciais estariam marcadas pela criação da OIT (1919) e pelas Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919)”.<sup>303</sup>

No século XIX, os códigos civis (Código de Napoleão de 1804; Código italiano de 1865; Código tedesco de 1896) exerceram uma influência significativa nos contratos de trabalho, pois trouxeram a ideologia do contrato.<sup>304</sup>

O contrato nessa época era sinônimo de liberdade e a crença existente era a que o princípio da autonomia da vontade traria um equilíbrio nas relações econômicas e trabalhistas<sup>305</sup>, passando a vontade dos indivíduos a ter força de lei entre as partes, pois os atos eram, supostamente, aceitos voluntariamente.<sup>306</sup>

O Código de Napoleão, por exemplo, regulou o contrato de trabalho como uma das modalidades de locação e, apesar de instituir o contrato a prazo que proibia

301 Delgado, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*, 14ª ed., p. 92.

302 Granizo, Martin; Rothvoss, M. Gonzales. *Derecho social*, p. 24-27 *apud* Delgado, Maurício Godinho. *Ob. cit.* p. 98.

303 Delgado, Maurício Godinho. *Ob. cit.*, p. 98.

304 Nascimento, Amauri Mascaro. *Ob. cit.*, p. 26.

305 *Ibid.*, p. 26.

306 Barros, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*, 6ª ed., p. 62.

o trabalho para toda a vida e, em consequência, a escravidão, trouxe “a valorização da palavra empregador, no que se refere ao pagamento do salário”, e evidenciou “a parcialidade do legislador em favor dos interesses do empregador”, já que causou um grande desequilíbrio entre as partes.<sup>307</sup>

O trabalhador proletariado da época era constituído daquele que prestava serviços em jornadas diárias que variavam entre 14 e 16 horas, que não tinha oportunidades de desenvolvimento intelectual, que habitava em condições subumanas, geralmente nas proximidades do próprio local de trabalho, que tinha prole numerosa e que ganhava salário em troca de tudo isso.<sup>308</sup>

Para Bugarola, esse trabalhador possuía três características fundamentais, sendo, a primeira, a “falta de plenitude psíquica, porque a educação e a vida social têm como fim essencial a conservação e o desenvolvimento da pessoa humana em todas as suas dimensões”, porém a condição de proletário não alcançou esse objetivo, mas trouxe “à desumanização e à despersonalização”, tendo, como segunda característica, um “complexo de alma proletária”, pois sentia a desigualdade, a necessidade de libertação, que poderia ter uma atitude hostil ou violenta a qualquer momento e, como última característica, que havia um “sentimento de solidariedade universal” que fazia com que o proletário tivesse necessidade de encontrar o seu semelhante e que a ânsia de justiça imergisse na cultura de massa para a conservação da sua personalidade.<sup>309</sup>

Nessa época, surgiu a teoria da lei de bronze que “considerava o trabalho uma mercadoria, cujo preço era determinado pela concorrência que tendia a fixá-lo no custo de produção e estabilizá-lo a um nível próximo ao mínimo de subsistência”.<sup>310</sup>

Com o advento dessa lei, Marx “desenvolveu o polêmico princípio da depauperação progressiva do proletariado que apareceu ligada à acumulação do capital”.<sup>311</sup>

---

307 *Ibid.*, p. 62-63.

308 Nascimento, Amauri Mascaro. *Ob. cit.*, p. 13.

309 Bugarola. *Sociología y teología de la técnica*, p. 375 *apud* Nascimento, Amauri Mascaro. *Ob. cit.*, p. 13-14.

310 Barros, Alice Monteiro de. *Ob. cit.*, p. 64.

311 Montalvo Correa, Jaime. *Fundamentos de Direito do Trabalho*, p. 105 *apud* Barros, Alice Monteiro de. *Ob. cit.*, p. 64.

Com esse histórico, havia a necessidade de intervenção jurídica do Estado, de forma que ele deixasse a sua posição de passividade para interferir em favor do proletariado com o objetivo de limitar o poder do empregador e garantir direitos básicos ao trabalhador.<sup>312</sup>

### 6.2.2. Elementos históricos do Direito do Trabalho no Brasil

Maurício Godinho Delgado aduz que só é possível iniciar uma pesquisa sobre a formulação e a consolidação histórica do Direito do Trabalho pátrio com a extinção da escravatura ocorrida em 1888, pois, até então, inexistia o trabalho juridicamente livre e a premissa mínima que é a relação de emprego.<sup>313</sup>

Com a Lei Áurea, foi possível iniciar a mudança de um país de relações rurais e escravagistas para uma estrutura mais industrializada e com a formação de grupos de proletários.<sup>314</sup>

Os ideais liberalistas e a autonomia da vontade trouxeram um episódio interessante sob égide da Constituição de 1891 no qual o vice-presidente, no exercício da Presidência, vetou um projeto de lei do Senado que regulava a locação agrícola com o seguinte argumento:

“Segundo o princípio da igualdade perante a lei (art. 72, §2º, da Constituição), a locação de serviço agrícola deve ser regulada pelos princípios de direito comum e não por um regime processual e penal de exceção. Nas sociedades civilizadas a atividade humana se exerce em quase todas as suas formas sob o regime de contrato.

Intervir o Estado na formação dos contratos é restringir a liberdade dos contratantes, é ferir a liberdade e a atividade individual nas suas mais elevadas e constantes manifestações, é limitar o livre exercício de todas as profissões, garantidas em toda a sua plenitude pelo art. 72, §2º, da Constituição. O papel do Estado nos regimes livres é assistir como simples espectador à formação dos contratos e só intervir para assegurar os efeitos e as consequências dos contratos livremente realizados. Por esta forma o Estado não limita, não diminui, mas amplia a ação de liberdade e de atividade individual, garantindo os seus efeitos”.<sup>315</sup>

Os argumentos acima demonstram que o Estado brasileiro do final do século XIX, pós liberação da escravatura, não intervinha nas relações trabalhistas e via a autonomia da vontade como algo absoluto e irrestrito.

312 Nascimento, Amauri Mascaro. *Ob. cit.*, p. 159.

313 Delgado, Maurício Godinho. *Ob. cit.*, p.110.

314 *Ibid.*, p.111.

315 Documentos parlamentares. Legislação Social, v. 2, p.183 *apud* Nascimento, Amauri Mascaro. *Ob. cit.*, p. 62-63.

Em 1923, surge a Lei Elói Chaves que instituiu as Caixas de Aposentadorias e Pensões para os ferroviários, sendo a primeira norma previdenciária do país, e a Justiça do Trabalho é citada na Constituição de 37, regulamentada em 1939 e passa a funcionar em 1941.<sup>316</sup>

A Consolidação das Leis do Trabalho é publicada em 1943 com a unificação de várias normas trabalhistas já existentes em uma única norma, sendo que a maior parte delas foram criadas a partir de 1930 e tiveram influência fascista, principalmente da *Carta Del Lavoro* da Itália, todavia não se percebeu mudanças significativas na estrutura da CLT até 1988.<sup>317</sup>

A Constituição Federal de 1988 trouxe a “superação democrática das linhas centrais do antigo modelo corporativo de décadas atrás”.<sup>318</sup>

A flexibilização dos direitos trabalhistas e o panorama atual do direito do trabalho são tratados no próximo subcapítulo.

### **6.2.3. Panorama atual do Direito do Trabalho**

Maurício Godinho Delgado ressalta que no final da década de 70 do século passado surge uma nova fase do Direito do Trabalho que foi causada pela crise do petróleo (1973/74), pelo aumento da inflação, pelo crescimento vertiginoso da concorrência interempresarial, pela ampliação das taxas de desocupação no mercado de trabalho, combinado com o processo de profunda renovação tecnológica trazido pela microinformática, microeletrônica e robotização.<sup>319</sup>

Nesse contexto, nos principais centros do sistema capitalista, surge um processo de desregulamentação das regras trabalhistas combinado com o processo de flexibilização das normas, todavia esse sistema que se espalhou pelo mundo trouxe um ataque direto o ramo justralhista que foi nos últimos séculos o principal instrumento de distribuição social dos ganhos do sistema econômico e, hoje, o resultado prático observado é o incremento enorme da informalidade e da desorganização do mercado de trabalho, em especial de países semiperiféricos,

---

316 Delgado, Maurício Godinho. *Ob. cit.*, p. 113-115.

317 *Ibid.*, p. 116-118.

318 *Ibid.*, p. 118.

319 *Ibid.*, p. 102-103.

como o Brasil, havendo o aumento da desigualdade na criação e circulação de bens e riquezas.<sup>320</sup>

O autor destaca que a desregulamentação e a flexibilização do trabalho no Brasil, nos moldes anglo-saxões de normatização autônoma e privatística, que ganha força no país a partir de 1990, é um efetivo equívoco inviável de implantação pelas características democráticas, econômicas, sociais e culturais brasileiras.<sup>321</sup>

Corroborando essa ideia, Amauri Mascaro Nascimento ressalta que a sociedade pós-capitalista produz mais com pouca mão de obra, que a robótica e a informação trarão uma redução na demanda dos trabalhadores estimada entre 25% e 35% da força de trabalho, que os salários reais estão caindo, que a legislação trabalhista é flexibilizada, causando na Europa o aumento da subcontratação e da terceirização, nos Estados Unidos o aumento do trabalho em tempo parcial e, a partir de 2008, a diminuição da oferta estadunidense de empregos, assim como o aumento da desigualdade social e da exclusão da rede de proteção legal dos sistemas previdenciários nos países da América Latina que afetou a perspectiva de emprego desses trabalhadores.<sup>322</sup>

Em todo o mundo, os sindicatos perdem o poder de negociação e o número de filiados, sendo que, se antes lutavam por melhores salários, hoje lutam pela manutenção dos empregos, já que o número de pessoas desempregadas e subempregados no mundo aumentou significativamente e a tendência de aumento permanece e se acentua.<sup>323</sup>

A OIT em três estudos do final da década de 90<sup>324</sup> e em seminário realizado no Brasil em 1997 mostra a preocupação com os efeitos da globalização na esfera trabalhista, pois concluiu que a precarização do emprego se acentuava e que o crescimento econômico não estava trazendo consigo a criação de empregos, havendo “um quadro de deterioração quase universal das condições de trabalho” combinado com a “redução dos salários dos trabalhadores não qualificados”.<sup>325</sup>

---

320 *Ibid.*, p. 103-104.

321 *Ibid.*, p. 121.

322 Nascimento, Amauri Mascaro. *Ob. cit.*, p. 38-39.

323 *Ibid.*, p. 41-42.

324 Os estudos da OIT são: a, O emprego no mundo (1996/97); b, As políticas nacionais na era da globalização (1996); c, A atividade normativa da OIT na era da globalização (1997).

325 Nascimento, Amauri Mascaro. *Ob. cit.*, p. 43.

O panorama de evolução da robótica e da redução da força de trabalho entre 25% e 35% descritos Amauri Mascaro Nascimento e Maurício Godinho Delgado combinado com os estudos da OIT sobre a precarização do trabalho já podem ser vistos em larga escala em praticamente todas as profissões do nosso país.

De forma legal ou ilegal, a realidade é que hodiernamente temos uma precarização em profissões que há alguns anos pareciam inimagináveis.

É cada dia mais difícil um médico encontrar um emprego regido pela CLT, encontrando trabalhos como autônomo ou como pessoa jurídica, bem como surgiram sites que realizam consultas on-line na qual o médico atende uma gama muito maior de pessoas em um espaço menor de tempo, todavia sem a profundidade necessária.

Na área jurídica não é muito diferente, pois a maior parte dos trabalhos oferecidos são como associados sem uma série de garantias, bem como já existe uma famosa franquias de escritórios na área tributária.

Corretores de seguros de automóveis que trabalham individualmente ou em pequenos escritórios estão em extinção, porquanto há grandes empresas on-line que se utilizam de publicidade maciça nos meios de comunicação e ainda conseguem preços mais vantajosos, criando desemprego, já que com bons sistemas de informática várias vagas de trabalho estão sendo extintas em definitivo.

Esse movimento de precarização nas relações de trabalho não pode ser estendido ao campo processual, porquanto, dependendo da forma como os negócios jurídicos processuais forem utilizados é possível que o trabalhador fique efetivamente sem acesso à justiça.

#### **6.2.4. Classificação dos sistemas jurídicos trabalhistas**

Amauri Mascaro do Nascimento defende que a classificação jurídica de um sistema normativo trabalhista pode ser dividida de três formas: sistemas negociados, legislados e comunitários.<sup>326</sup>

---

<sup>326</sup> *Ibid.*, p. 178.

Nos sistemas negociados há predominância da autonomia da vontade, individual e coletiva, praticamente só existem contratos coletivos de trabalho e quase não existe intervenção estatal, havendo uma desregulamentação por parte do Estado, de forma que as Constituições são omissivas, pois não dispõe sobre nada ou quase nada em matéria trabalhista. O maior exemplo são os Estados Unidos da América.<sup>327</sup>

Sobre as negociações coletivas, a OIT as defende, porquanto entende que o agrupamento de trabalhadores permite um nivelamento que o empregado não teria, frente ao empregador, “caso reivindicasse individualmente o seu novo contrato de trabalho, hipótese na qual estaria em nítida inferioridade e praticamente sem condições de negociar”, já que se encontra em situação de subordinação e de dependência.<sup>328</sup>

No entanto, olhando o Brasil de hoje no qual há uma grave crise econômica, em que o PIB vem alcançando resultados negativos expressivos, em que há o aumento significativo do desemprego, no qual há uma grave crise política e de valores em que os partidos políticos, os políticos, os chefes e ex chefes de praticamente todos os Poderes que compõem o Estado, estão respondendo ações por práticas supostamente improbas, corruptas e de facilitação, assim como que os sindicatos, as federações sindicais, as confederações sindicais e as centrais sindicais são em boa parte controladas por partidos políticos ou possuem dentro de suas diretorias, coordenações e secretarias as pessoas que respondem as ações supracitadas ou, ainda, pessoas que foram indicadas por elas, é possível afirmar que é temerário incentivar a prática de negociações coletivas e que, em muitos casos, o trabalhador está sim em posição de inferioridade nas negociações promovidas.

É claro também que há instituições bem-intencionadas e que buscam as negociações coletivas como meio de melhoria das condições dos trabalhadores.

Nos sistemas legislados a predominância é legal, já que há amplitude de leis e dispositivos constitucionais trabalhistas, existindo menor alcance da autonomia da vontade e das negociações coletivas, caracterizando-se pelo dirigismo do Estado. O

---

<sup>327</sup> *Ibid.*, p. 178-179.

<sup>328</sup> *Ibid.*, p. 260.

Brasil e os países da América Latina são os maiores exemplos.<sup>329</sup>

Os sistemas comunitários têm surgimento, em 1992, com o Tratado de Maastrich da União Europeia e estão relacionados com a globalização, pois caracterizam-se pela elaboração de um direito laboral internacional para os países integrantes do grupo e essas normas têm aplicabilidade prioritária quando em confronto com o direito pátrio.<sup>330</sup>

### 6.2.5. Interpretação no Direito do Trabalho

O parágrafo único, do artigo 8º, da CLT, que trata da parte material trabalhista prevê que “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste” e o artigo 9º aduz que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

Pela leitura dos artigos 8º e 9º da CLT encontramos obstáculos aos negócios jurídicos processuais, pois, apesar de o direito comum ser fonte subsidiária do direito do trabalho quando não for incompatível com os seus princípios fundamentais, são nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na CLT, sendo que alguns casos, o empregador se utiliza de contratos ou cláusulas abusivas visando impedir a aplicação das normas trabalhistas, utilizando-se do poder diretivo que possui e da necessidade que o trabalhador tem em manter a própria subsistência e a dos seus familiares.

Alice Monteiro de Barros, em detalhamento sobre os tipos de interpretação, explica sobre a interpretação sistemática e faz especial ressalva no campo trabalhista quanto à autonomia da vontade:

“Também quanto à natureza, a interpretação pode ser sistemática, segundo a qual o intérprete deve verificar qual a tendência dominante nas várias leis existentes sobre matérias correlatas e adotá-las como premissa. Ela é um processo lógico, que opera em um campo mais amplo (Caio Mário). A interpretação sistemática extrai de um complexo legislativo as ideias gerais inspiradoras da legislação em conjunto. No campo do Direito do Trabalho, essa ideia consiste no abandono da autonomia da vontade e em uma

---

329 *Ibid.*, p. 180.

330 *Ibid.*, p. 180.

inclinação para o intervencionismo, em face do princípio da proteção”.<sup>331</sup>

A ilustre doutrinadora também explica sobre a interpretação teleológica e aduz sobre a inderrogabilidade das normas trabalhistas:

“No tocante ao fim, a interpretação é teleológica. Essa técnica de interpretação é uma decorrência das formulações teóricas de Ihering<sup>332</sup>, para o qual o direito só evolui com a luta e não espontaneamente. Na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º da LICC) ou do interesse público (art. 8º da CLT). Esse perfil teleológico vem sendo um dos responsáveis pela qualificação da norma trabalhista como inderrogável”.<sup>333 334</sup>

Como veremos, um dos mais importantes e dominantes princípios laborais é o princípio da irrenunciabilidade dos direitos, que tem como subprincípio o princípio da indisponibilidade ou da inderrogabilidade, no qual, para a maioria dos doutrinadores, quase que a totalidade dos direitos trabalhistas não podem ser renunciados pelos trabalhadores, de maneira que, utilizando-se da interpretação sistemática, temos mais um obstáculo aos negócios jurídicos processuais laborais, pois em muitos casos, esses negócios causarão a renúncia direta ou indireta de direitos do trabalhador, assim como pela interpretação teleológica, o intuito das normas trabalhistas, em geral, é proteger o trabalhador, chegando a considerá-lo hipossuficiente.

O mexicano, Mario de La Cueva, sustenta que o direito do trabalho deve ser julgado conforme a sua natureza, ou seja, “como estatuto que traduz a aspiração de uma classe social para obter, imediatamente, uma melhoria das suas condições de vida”.<sup>335</sup>

A hierarquia das normas trabalhistas é diferente com base na regra da aplicação da norma mais favorável, ou para alguns o princípio da norma favorável, na qual “havendo duas ou mais normas jurídicas trabalhistas sobre a mesma matéria, será hierarquicamente superior, e portanto aplicável ao caso concreto, a que oferecer maiores vantagens ao trabalhador”, todavia há limitação nos casos de

331 Barros, Alice Monteiro de. *Ob. cit.*, p. 142-143.

332 Ihering *apud* Magalhães Filho, Glauco Barreira. *Hermenêutica Jurídica Clássica*, p. 41 *apud* Barros, Alice Monteiro de. *Ob. cit.*, p. 144.

333 Salvatore, Hernandez. Uma releitura da inderrogabilidade na crise dos princípios do Direito do Trabalho. *Revista Synthesis 39/04 apud* Barros, Alice Monteiro de. *Ob. cit.* p. 144.

334 Barros, Alice Monteiro de. *Ob. cit.*, p. 144.

335 De La Cueva, Mario. *Derecho mexicano del trabajo apud* Nascimento, Amauri Mascaró. *Ob. cit.* p. 361.

leis proibitivas do Estado.<sup>336</sup>

Na doutrina italiana, Aldo Cessaria entende que, em geral, o contrato de trabalho é um contrato de adesão e que a interpretação das cláusulas deve ser realizada a favor da parte que não redigiu o conteúdo.<sup>337</sup>

Amauri Mascaro Nascimento explica que ainda existe uma corrente no Direito do Trabalho denominada “contratualismo clássico” que é favorável à aplicação exclusiva do direito civil nas relações de trabalho e que busca “subsumir os vínculos de emprego nos moldes do arrendamento”, da “compra e venda”, da “sociedade”, do “mandato” e do “contrato de adesão”.<sup>338</sup>

O autor destaca que no direito pátrio se filiam a essa corrente Orlando Gomes e Cesarino Júnior e destaca que no direito estrangeiro Carnelutti a defende e que chegou a assimilar a prestação de trabalho ao fornecimento de energia elétrica, porquanto afirmou que “o objeto do contrato de trabalho é a energia psicofísica do trabalhador que dele se desprende como atividade, não retornando, no que coincide com a energia elétrica, à fonte de que emanou”.<sup>339</sup>

O artigo 190 do Novo Código de Processo Civil traz em seu *caput* a possibilidade da realização de negócios jurídicos processuais para estipular mudanças no procedimento e em outros elementos e o parágrafo único da norma traz algumas limitações para a validade desse tipo de convenção, sendo inserção abusiva em contrato de adesão uma delas.

Se seguirmos a teoria de que o contrato de trabalho é um contrato de adesão e consideramos a cláusula de inserção dela como abusiva, encontraremos mais um obstáculo para a realização de negócios jurídicos processuais laborais, sendo essa convenção nula.

---

336 Nascimento, Amauri Mascaro. *Ob. cit.*, p. 341.

337 Cessaria, Aldo. *Il “Favor” Verso il Prestatore di Lavoro Subordinato*, p.11 e 25 *apud* Plá Rodriguez, Américo. *Princípios de direito do trabalho*, 3ª ed., p. 109.

338 Nascimento, Amauri Mascaro. *Ob. cit.*, p. 223-224.

339 *Ibid.*, p. 224.

## 6.2.6. A aplicação dos princípios e das normas trabalhistas nos negócios jurídicos

### 6.2.6.1. O rol de princípios trabalhistas

O jurista uruguaio, bastante seguido no Brasil, Américo Plá Rodriguez, em obra trabalhista referência latino-americana sobre o tema, enumera que o Direito do Trabalho possui sete princípios:

“1) princípio de proteção que se pode concretizar nestas três ideias: a, *in dubio pro operario*; b, a regra de aplicação da norma mais favorável; e c, regra da condição mais benéfica; 2) princípio da irrenunciabilidade dos direitos; 3) princípio da continuidade da relação de emprego; 4) princípio da primazia da realidade; 5) princípio da razoabilidade; 6) princípio da boa-fé; e 7) princípio da não discriminação”.<sup>340</sup>

O autor defende que os três primeiros princípios e o último só podem ser invocados pelos trabalhadores, todavia que os três restantes (do quarto ao sexto) podem ser usados tanto por trabalhadores como por empregadores.<sup>341</sup>

Considerando que alguns dos princípios elencados não têm relação com os negócios jurídicos processuais, só os princípios pertinentes ao tema serão abordados.

### 6.2.6.2. Princípio protetor

O princípio protetor para o jurista uruguaio é:

(...) “critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador. Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes”.<sup>342</sup>

Desse princípio é possível afirmar que a autonomia da vontade no campo trabalhista sofre limitações e que a igualdade aqui visa igualar as partes com viés principal de proteção do trabalhador, não sendo crível que o legislador criaria normas protetivas para serem descumpridas.

<sup>340</sup> Plá Rodriguez, Américo. *Ob. cit.*, p. 61.

<sup>341</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>342</sup> *Ibid.*, p. 83.

Plá Rodriguez observa que uma minoria de juristas defendem a flexibilização ou eliminação do princípio protetor baseados na máxima de que “graças à organização sindical e sua ação coletiva” os trabalhadores deixaram de estar desprotegidos, todavia o doutrinador é favorável que “o aumento da desocupação e o enfraquecimento dos sindicatos têm tido um sério efeito desprotetor que voltou a manter as desigualdades de forma aguda”.<sup>343</sup>

Alice Monteiro de Barros sustenta que o aspecto do *in dubio pro operario* só deve ser utilizado para decidir em prol do empregado se existir dúvida fundada no “alcance da lei e nunca para suprimir deficiência de prova, cujo ônus lhe competia, tampouco quando implicar sacrifício do interesse público em função do interesse particular”.<sup>344</sup>

Sérgio Pinto Martins defende a aplicação do princípio protetor também no âmbito processual:

“O verdadeiro princípio do processo do trabalho é o protecionista. Assim, como no Direito do Trabalho, as regras são interpretadas mais favoravelmente ao empregado, em caso de dúvida, no processo do trabalho também vale o princípio protecionista, porém analisado sob o aspecto do direito instrumental”.<sup>345</sup>

Couture entende que “o primeiro princípio fundamental do processo trabalhista é relativo ao fim a que se propõe, como procedimento lógico de corrigir as desigualdades criando outras desigualdades”, porquanto “o Direito Processual do Trabalho é elaborado totalmente com o propósito de evitar que o litigante mais poderoso possa desviar e entorpecer os fins da Justiça”.<sup>346</sup>

O parágrafo único, do artigo 190, do Novo Código de Processo Civil prevê que o juiz, de ofício ou a requerimento, controlará a validade dos negócios jurídicos processuais recusando-lhes aplicação quando alguma parte se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade.

Para muitos doutrinadores, os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência

---

343 *Ibid.*, p. 97-98.

344 Barros, Alice Monteiro de. *Ob. cit.*, p. 186.

345 Martins, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*, 16ª ed. p. 66 *apud* Schiavi, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*, 9ª ed., p. 57.

346 Nascimento, Amauri Mascaro. Dos princípios do direito processual do trabalho. *Estudos relevantes de direito material e processual do trabalho*, p.27 *apud* Schiavi, Mauro. *Ob. cit.* p. 119.

são idênticos ou similares e para outros são diferentes quanto à forma, pois o primeiro é aplicável no campo material e o segundo no processual, todavia, não há como negar que o trabalhador para o Direito do Trabalho é hipossuficiente e que o princípio protetor visa proteger o hipossuficiente.

Desse modo, considerando a finalidade contida na restrição do parágrafo único, do artigo 190, do Novo CPC, entendemos que aí se encontra mais um obstáculo para a utilização dos negócios jurídicos processuais no campo laboral.

### **6.2.6.3. Princípio da irrenunciabilidade dos direitos**

O princípio da irrenunciabilidade dos direitos caracteriza-se pela “impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio”.<sup>347</sup>

Para Plá Rodriguez, nesse princípio “há um acordo unânime dos autores quanto a sua vigência e importância”.<sup>348</sup>

Renúncia para o jurista “equivale a um ato voluntário pelo qual uma pessoa se desliga de um direito reconhecido a seu favor e o abandona”.<sup>349</sup>

Em 1948, na cidade de Bogotá, durante a Nona Conferência Internacional Americana, quando foi criada a Organização dos Estados Americanos, foi também aprovada a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais que contém princípios fundamentais de proteção do trabalhador e que prevê em seu artigo 2º, alínea e, que é um princípio básico no direito social dos países americanos que “os direitos do trabalhador não são renunciáveis e as leis que os reconhecem obrigam e beneficiam a todos os habitantes do território, sejam nacionais ou estrangeiros”.<sup>350</sup>

No campo processual, Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante advertem que a renúncia não deve ser confundida com a desistência:

“A renúncia não pode ser confundida com a desistência. Na desistência, o

---

347 Plá Rodriguez, Américo. *Ob. cit.*, p. 142.

348 *Ibid.*, p. 141.

349 *Ibid.*, p. 142.

350 Nascimento, Amauri Mascaro. *Ob. cit.*, p. 137.

autor não prossegue no exercício do direito de ação. Após a contestação do feito, a desistência não poderá ser acatada, exceto com a concordância do réu (art. 485, §4º, CPC), possuindo efeito de coisa julgada formal. Por sua vez, a renúncia faz coisa julgada material, não mais podendo ser discutido o direito renunciado em qualquer outra ação, não dependendo da aquiescência do réu”.<sup>351</sup>

Na legislação uruguaia, a renúncia das leis é nula, salvo se a lei dispuser em contrário.<sup>352</sup>

Os autores se dividem em cinco argumentos diferentes para fundamentar o princípio da irrenunciabilidade, sendo que as diferentes formas de fundamentação não se excluem e até se complementam: a, princípio da indisponibilidade; b, caráter imperativo das normas trabalhistas; c, noção de ordem pública; d, forma de limitação da autonomia da vontade<sup>353</sup>; e, vício de consentimento presumido.<sup>354</sup>

O saudoso, Ministro do TST e Juiz do Tribunal Administrativo da OEA, Coqueijo Costa aduz sobre indisponibilidade que:

“O direito é indisponível se o titular não é livre de manifestar a sua vontade – quer relativamente, quer absolutamente – conforme disponha a lei. Vale dizer: o direito é indisponível quando a vontade das partes for ineficaz para produzir o efeito jurídico que pela ação se pretenda obter (CPC português, art. 366). Sobre tal conceito, não afinam os doutores. É direito inseparável da pessoa (Hélio A. W. Cortes). Pela sua natureza é absoluto, extrapatrimonial, *extra commercium*, intransmissível, imprescritível, impenhorável, vitalício e necessário. Por isso, exemplifica aquele autor com uma cláusula de contrato de trabalho que impeça o empregado, em qualquer hipótese, abandonar o local de trabalho. Seria ela inconstitucional e a revelia do empregado não envolveria confissão quanto ao ponto. O direito de ir e vir faz parte inseparável da personalidade”.<sup>355</sup>

Discordamos do autor quanto à imprescritibilidade, pois esse instituto é exceção, quando existente é expresse, não podendo ser ampliado sem norma, já que a imprescritibilidade retira a paz de espírito e pode causar insegurança jurídica, porquanto as demandas podem ser propostas por atos ou fatos ocorridos há mais de 30 ou 40 anos.

351 Jorge Neto, Francisco Ferreira; Cavalcante, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito processual do trabalho*, 7ª ed., p. 779-780.

352 Art. 8º do Código Civil do Uruguai: “A renúncia geral das leis não surtirá efeito. Também não surtirá efeito a renúncia especial de leis proibitivas: o ato contra estas será nulo, se nelas não se dispuser em contrário”

Plá Rodriguez, Américo. *Ob. cit.*, p. 144.

353 *Ibid.*, p. 144.

354 *Ibid.*, p. 160.

355 Coqueijo Costa, Carlos. *Direito judiciário do trabalho*, p.223 *apud* Schiavi, Mauro. *Ob. cit.*, p. 610.

O doutrinador italiano Francesco Santoro-Passarelli aduz que:

(...) “a disposição dos direitos do trabalhador está limitada em suas diversas formas, porque não seria coerente que o ordenamento jurídico realizasse de maneira imperativa, pela disciplina legislativa e coletiva, a tutela do trabalhador, contratante necessitado e economicamente débil, e que depois deixasse seus direitos em seu próprio poder ou alcance de seus credores.

(...)

A tutela imperativa do trabalhador é mais ampla no concernente aos atos de disposição, em favor do empresário, dos direitos derivados das normas inderrogáveis. Neste caso a indisponibilidade assume as formas de *irrenunciabilidade* e da *intransigibilidade*”.<sup>356</sup>

Maurício Godinho Delgado defende que não é qualquer supressão de direitos que é indisponível e protegida pelo Direito do Trabalho, pois a legislação laboral permite a renúncia ocorrida pelo decurso do tempo através da decadência e da prescrição sem que haja afronta ao princípio da irrenunciabilidade.<sup>357</sup>

No campo processual, o artigo 392 do Novo Código de Processo Civil, com aplicabilidade subsidiária no processo do trabalho por força dos artigos 769 da CLT e 15 do Novo CPC, exara que “não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis”.

Também na esfera processual, Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante colocam o princípio da indisponibilidade como um “desdobramento do princípio da irrenunciabilidade do direito material”, porquanto “pelo princípio da indisponibilidade, a atuação do Poder Judiciário Trabalhista, na busca da verdade real, deve adotar as medidas mais adequadas para o restabelecimento das normas jurídico-trabalhistas no ato da prolação da prestação jurisdicional”<sup>358</sup> ou, nas palavras de Carlos Henrique Bezerra Leite, “o processo do trabalho teria uma função finalística: a busca efetiva do cumprimento dos direitos indisponíveis dos trabalhadores”.<sup>359</sup>

Amauri Mascaro Nascimento demonstra que no direito francês foram realizados estudos relacionando a ordem pública e a indisponibilidade dos direitos trabalhistas e que nesses partiram de um conceito de ordem pública absoluta para a

356 Santoro-Passarelli, Francesco. *Nozioni di Diritto del Lavoro*, 6ª ed., p. 211 *apud* Plá Rodriguez, Américo. *Ob. cit.*, p. 145-146.

357 Delgado, Maurício Godinho. *Ob. cit.*, p. 218.

358 Jorge Neto, Francisco Ferreira; Cavalcante, Jouberto de Quadros Pessoa. *Ob. cit.*, p. 95.

359 Leite, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*, 4ª ed., p. 78 *apud* Jorge Neto, Francisco Ferreira; Cavalcante, Jouberto de Quadros Pessoa. *Ob. cit.*, p. 95.

ideia de ordem pública social que é mais flexível e que defende que, se todas as leis trabalhistas forem de ordem pública absoluta, haveria a impossibilidade de modificação tanto em *in mellius* como *in pejus*, porém que normalmente no direito do trabalho as modificações são para melhorar as condições dos trabalhadores, principalmente por meio de negociação coletiva.<sup>360</sup>

Quanto ao caráter imperativo, vale ressaltar que não se trata da imperatividade geral das normas, pois as normas não possuem convites, mas ordens, todavia o que é tratado aqui é a distinção advinda do Direito Romano entre as normas imperativas (*jus cogens*) e as normas dispositivas (*jus dispositivum*), porquanto estas só devem ser cumpridas quando as partes não tenham estabelecido algo melhor, porém aquelas devem ser cumpridas independentemente da vontade das partes.<sup>361</sup>

No Direito mexicano, o autor Mario de La Cueva considera que todas as normas trabalhistas são imperativas<sup>362</sup>, sendo acompanhado no Direito espanhol por Efren Borrajo Dacruz<sup>363</sup>, todavia, no Direito argentino, Francisco de Ferrari defende que quase todas as normas laborais têm essa característica.<sup>364</sup>

O aspecto de ordem pública do Direito do Trabalho consiste na impossibilidade, pelo Estado, de que “as partes acordem por decisão própria a regulamentação de sua conduta, de maneira diversa da que tenha estabelecido o legislador”.<sup>365</sup>

Com fulcro nesse conceito, discordamos da teoria francesa que cria a teoria da ordem pública social tratada anteriormente, pois a ordem pública deve ser uma e visar o cumprimento de normas cogentes do Estado, não havendo o que se flexibilizar, pois no direito trabalhista, cada vez mais, esse verbo tem sido responsável pela diminuição de direitos e a precarização das condições laborais e remuneratórias dos trabalhadores.

360 Nascimento, Amauri Mascaro. *Ob. cit.*, p. 292-293.

361 Plá Rodriguez, Américo. *Ob. cit.*, p. 148.

362 De La Cueva, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*, p. 222 *apud* Plá Rodriguez, Américo. *Ob. cit.*, p. 148-149.

363 Borrajo Dacruz, Efren. *Introducción al Derecho Español del Trabajo*, p. 191 *apud* Plá Rodriguez, Américo. *Ob. cit.*, p. 150.

364 De Ferrari, Francisco. *Derecho del Trabajo*, p. 355 *apud* Plá Rodriguez, Américo. *Ob. cit.*, p. 149-150.

365 Plá Rodriguez, Américo. *Ob. cit.*, p. 152.

A limitação da autonomia da vontade no Direito do Trabalho é muito bem explicada por Alcione Niederauer Corrêa:

“Se é verdade que a liberdade jurídica pertence ontologicamente ao homem, não o é menos que o uso dessa liberdade deve ser limitado pelos interesses de outros homens e da própria organização social. É, aliás, na limitação da autonomia da vontade que se constroem os pilares mais poderosos da garantia da liberdade para todos os que vivem em mútuas relações de dependência na vida social. É na limitação da autonomia individual que o Estado encontra o maior remédio para proteger o trabalho e, em consequência, a liberdade e a dignidade do seu prestador”.<sup>366</sup>

Mauro Mascaro Nascimento explica que há princípios do direito civil que são aplicáveis ao direito laboral, porém a aplicação é feita de maneira especial e cita o princípio da autonomia da vontade como um deles.<sup>367</sup>

O artigo 444, da CLT, permite a autonomia da vontade nos contratos individuais de trabalho, mas coloca ressalvas, pois prevê que “as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”.

Com efeito, Mauro Mascaro Nascimento sustenta que o princípio da autonomia da vontade nos contratos trabalhistas sofre mais interferências, pois “enquanto no direito civil as disposições legais em matéria contratual têm caráter supletivo ou subsidiário, no direito do trabalho têm caráter principal”, estando, assim, a autonomia revestida com o caráter de complementariedade.<sup>368</sup>

Sobre o vício de consentimento presumido, Manuel Alonso Garcia exara que “o trabalhador que renuncia o faz por ignorância ou erro que vicia o ato”<sup>369</sup> e o artigo 17 da lei italiana sobre emprego privado, de 13/11/1924, corrobora esse pensamento, pois aduz que “as disposições do presente decreto serão observadas apesar de qualquer pacto em contrário, salvo no caso de acordos especiais ou de usos mais favoráveis ao empregado, e salvo no caso em que o presente decreto

---

366 Niederauer Corrêa, Alcione. A desistência no processo do trabalho. *Ementário de Jurisprudência n. 7 do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, p. 115 apud Plá Rodriguez, Américo. *Ob. cit.*, p. 159.

367 Nascimento, Mauro Mascaro. *Ob. cit.*, p. 385.

368 *Ibid.*, p. 385.

369 Alonso Garcia, Manuel. *Derecho del Trabajo*, p. 258 apud Plá Rodriguez, Américo. *Ob. cit.*, p. 161.

autorize expressamente sua derrogação consensual<sup>370</sup>, assim como o artigo 2113, do atual Código Civil italiano, em capítulo especial sobre o trabalho nas empresas, prevê que “as renúncias (art. 1236) e as transações (art. 1965) que têm por objeto direitos do prestador de trabalho que decorrem de disposições inderrogáveis da lei e dos acordos coletivos que estão referidos no artigo 409 do Código de Processo Civil, não são válidas<sup>371</sup> (tradução livre).

No *caput*, do artigo 7º, da CF, existe uma lista de direitos dos trabalhadores com a ressalva de que outros também podem ser considerados desde que “visem à melhoria de sua condição social” e o inciso VII prevê, entre os direitos expressos, a “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

O exposto deixa claro que é possível ao trabalhador renunciar direitos, todavia a renúncia deve ser realizada por meio de acordo ou convenção coletiva e deve haver uma expressa previsão para que isso ocorra.

Alice Monteiro de Barros defende que a renúncia é vista com desconfiança mesmo após a ruptura do contrato, pois o indivíduo se encontra desempregado e “necessita de recursos imediatos para continuar se mantendo até que obtenha novo emprego<sup>372</sup>, assim como “pelo temor de enfrentar a demora de uma demanda judicial e, por fim, dada a necessidade de obtenção da carta de referência do antigo empregador para candidatar-se a um novo emprego”.<sup>373</sup>

O *caput*, do artigo 190, do Novo CPC, prevê a possibilidade da pactuação de negócios jurídicos processuais sobre direitos que admitam autocomposição, todavia, como vimos, o princípio da irrenunciabilidade dos direitos traz a ideia que os direitos trabalhistas são, na tutela individual, irrenunciáveis, sendo renunciáveis somente na tutela coletiva, porém, ainda assim, quando manifestamente expressos em norma.

---

370 Peretti Griva, Domenico Ricardo. Transacciones y renunciaciones en las relaciones de trabajo subordinado según el nuevo Código Civil italiano. *Derecho del Trabajo*, p. 49 *apud* Plá Rodríguez, Américo. *Ob. cit.*, p. 161.

371 Artigo 2.113 do Código Civil italiano na língua original: “Le rinunzie (1236) e le transazioni (1965), che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi concernenti i rapporti di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile, non sono valide.”

372 Barros, Alice Monteiro de. *Ob. cit.*, p. 202-203.

373 Lima, Francisco Meton Marques de. *Os princípios de Direito do Trabalho na lei e na jurisprudência*, 2ª ed., p. 96 *apud* Barros, Alice Monteiro de. *Ob. cit.*, p. 202-203.

Como foi possível observar, o princípio da irrenunciabilidade de direitos é composto por cinco fortes argumentos, sendo o princípio da indisponibilidade que torna ineficaz a vontade das partes quando o objetivo é diminuir ou excluir direitos trabalhistas, o caráter imperativo das normas trabalhistas, pois elas não são convites, a noção de ordem pública que é cogente e visa o bem comum, a forma de limitação da autonomia da vontade que não é livre como na época de Revolução Industrial e o vício de consentimento presumido que reconhece que o trabalhador só renuncia por ignorância ou erro.

Com base no princípio da irrenunciabilidade dos direitos, entendemos que direitos materiais trabalhistas na tutela individual não possam ser objeto de autocomposição e que a realização de negócios jurídicos processuais laborais traria indiretamente a renúncia desses direitos, pois seria afetada a garantia constitucional do acesso à justiça.

Na tutela coletiva dos direitos trabalhistas, entendemos que inexistente norma específica que permita aos sindicatos a realização de negócios jurídicos processuais, como ocorre, por exemplo, no artigo 7º, inciso VII, da CF que prevê, a “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

#### **6.2.6.4. Princípio da primazia da realidade**

Pelo princípio da primazia da realidade, no “caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos”.<sup>374</sup>

Com base nesse princípio, muitos doutrinadores passaram a denominar que o contrato de trabalho é um contrato-realidade, porquanto é o que está de fato na realidade da prestação de serviço que prevalece, isto é, a verdade dos fatos.

Vale destacar que o princípio não é absoluto e De Ferrari observa que nem sempre os fatos serão mais favoráveis ao trabalhador e que ele poderá pretender que se cumpra o pactuado.<sup>375</sup>

---

<sup>374</sup> Plá Rodríguez, Américo. *Ob. cit.*, p. 339.

<sup>375</sup> De Ferrari, Francisco. El llamado contrato-realidade. *Derecho Laboral*, p. 20 *apud* Plá Rodríguez, Américo. *Ob. cit.* p. 364.

O parágrafo único, do artigo 190, do Novo CPC prevê que o juiz recusará a aplicação dos negócios jurídicos processuais nos casos de nulidade e o descumprimento do princípio da primazia da realidade é clara hipótese de nulidade que afasta o que está contido em documentos, levando em consideração a realidade dos fatos, pois o objetivo do descumprimento do princípio é fraudar o trabalhador, sendo mais um obstáculo para a realização desse tipo de convenção.

#### **6.2.6.5. Arbitragem e convenções sobre o ônus da prova**

Mauro Schiavi, tratando sobre o negócio jurídico da arbitragem na solução de conflitos individuais trabalhistas, defende que a doutrina e a jurisprudência não o têm admitido pelos seguintes argumentos:

“a, acesso amplo e irrestrito do trabalhador ao Judiciário Trabalhista (art. 5º, XXXV, da CF); b, irrenunciabilidade do crédito trabalhista; c, hipossuficiência do trabalhador; d, o estado de subordinação inerente ao contrato de trabalho impede que o trabalhador manifeste sua vontade ao aderir a uma cláusula compromissória”.<sup>376</sup>

Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante concordam com essa posição e afirmam que “o direito do trabalho não se coaduna com a Lei 9.307/95, não admitindo a arbitragem como mecanismo de solução de conflitos individuais do trabalho”, assim como que “se está diante de um direito que não comporta, em princípio, a faculdade da disponibilidade de direitos por ato voluntário e isolado do empregado”.<sup>377</sup>

A maior parte das decisões do TST têm sido no sentido de não permitir a arbitragem em conflitos individuais trabalhistas, todavia há uma decisão da 7ª Turma do TST (AIRR 1475.200.193.05.00-7) permitindo o uso sob o argumento de que “as partes a aderem por força de suas próprias vontades” e “a Constituição não impõe o direito à ação como um dever, no sentido de que todo e qualquer litígio deve ser submetido ao Poder Judiciário”.<sup>378</sup>

Não permitindo a arbitragem, destacamos decisão da 8ª Turma do TST (RR 25900-67.2008.5.03.0075) na qual a ideia usada foi a de que nos conflitos individuais há “vício da vontade do empregado que assina um contrato de trabalho

<sup>376</sup> Schiavi, Mauro. *Ob. cit.*, p. 57.

<sup>377</sup> Jorge Neto, Francisco Ferreira; Cavalcante, Jouberto de Quadros Pessoa. *Ob. cit.*, p. 113-114.

<sup>378</sup> *Ibid.*, p. 114.

com cláusula arbitral, com renúncia prévia em contrato de adesão”.<sup>379</sup>

Acerca dos negócios jurídicos processuais ou convenções sobre o ônus da prova, Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante defendem que esses negócios são inaplicáveis ao processo do trabalho e usam argumentos que podem servir como base para que qualquer tipo de negócio jurídico processual na esfera trabalhista:

“Essa convenção é inaplicável ao processo do trabalhista: (a) não se pode admitir esse ajuste na vigência do contrato individual de trabalho, precisamente, pela sujeição do empregado ao poder diretivo do empregador; (b) o acentuado aspecto inquisitivo do processo do trabalho, onde o magistrado possui a plena liberdade de condução da atividade jurisdicional, notadamente, para determinar as diligências necessárias para o esclarecimento do litígio trabalhista (art. 765, CLT)”.<sup>380</sup>

Mauro Schiavi exara que “o Direito Processual do Trabalho pertence ao Direito Público, sendo suas normas preponderantemente cogentes, isto é, não podem ser alteradas pela vontade das partes”.<sup>381</sup>

Em análise aos argumentos usados contra a utilização da arbitragem na tutela individual trabalhista e contra a realização de convenções processuais sobre o ônus da prova, reconhecemos que os negócios jurídicos processuais são incompatíveis com o processo do trabalho, pois provocariam restrições ao amplo acesso à justiça, seriam uma forma do empregador se aproveitar da subordinação que possui frente ao empregado para realizar a renúncia de direitos de hipossuficientes, bem ainda que esses negócios são contrários ao artigo 765 da CLT que permite ao juiz amplos poderes na condução do processo, podendo realizar qualquer diligência necessária para a busca da verdade real, sendo esse dispositivo apelidado pelo Juiz Mauro Schiavi, em suas aulas de pós de graduação, de poderes de Grayskull do Juiz do Trabalho, em alusão ao personagem de desenho animado He Man.

### **6.2.7. Contrato de adesão trabalhista**

Neste subcapítulo não trataremos das teorias contratualistas expostas anteriormente neste capítulo que pregam a utilização da legislação civil nas relações

---

<sup>379</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>380</sup> *Ibid.*, p. 658.

<sup>381</sup> Schiavi, Mauro. *Ob. cit.*, p. 138.

trabalhistas e não concordamos com elas, pois são verdadeiros retrocessos sociais e chegam a atingir a dignidade da pessoa humana.

No entanto, é necessário reconhecer que, com a exceção de pouquíssimas relações trabalhistas, a regra é que o contrato de trabalho é um contrato de adesão, pois o trabalhador praticamente não discute normas com o patrão, tendo que aceitar o que lhe é imposto no todo.

Por força do artigo 461, *caput* e parágrafos da CLT, o empregador não pode modificar muito as condições contratuais entre os empregados que possui e os que deseja contratar, em especial as remuneratórias, porquanto o dispositivo em tela prevê que sendo idênticas as funções e o trabalho de igual valor prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, cabendo a equiparação quando a diferença entre os dois profissionais na mesma função não superar dois anos, salvo se a empresa estiver organizada em quadro de carreiras, mas nesse caso o que engessa o empregador é o próprio quadro.

As exceções a regra do contrato de adesão trabalhista estão nos profissionais de alto escalão ou de profissionais reconhecidos pelo mercado ou, ainda, para profissões em falta no mercado.

Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho aduz que nos contratos de trabalho não há negociação, “exceção feita a alguns destinados ao preenchimento de cargos de confiança na alta administração das empresas”.<sup>382</sup>

Com fulcro no parágrafo único, do artigo 190, do Novo CPC, é recusada a aplicação de convenção processual se houver inserção abusiva em contrato de adesão.

#### **6.2.8. Considerações finais**

O Direito do Trabalho foi instituído há séculos para regular as relações laborais e equilibrar os contratos entre trabalhadores e empregadores, protegendo os empregados contra os abusos praticados pelos empregadores, sendo o Processo do Trabalho o instrumento para a concretização desses objetivos.

---

<sup>382</sup> Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*, 8ª ed., vol. 3, p. 84.

Os negócios jurídicos processuais previstos no Novo CPC não se coadunam com o Direito do Trabalho, pois, em regra, os contratos trabalhistas são de adesão, os trabalhadores são hipossuficientes, os direitos são irrenunciáveis na tutela individual, as renúncias indevidas são consideradas vício de consentimento presumido, as normas trabalhistas são indisponíveis, imperativas e de ordem pública, o sistema jurídico laboral não prevê ampla autonomia da vontade, o princípio protetor visa proteger o trabalhador dos abusos cometidos pelo empregador, a realidade nos contratos têm primazia e o artigo o artigo 765 da CLT concede aos magistrados ampla liberdade na condução do processo.

Em corolário, o artigo 769 da CLT aduz que o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível e o artigo 190 *caput* e parágrafo único, do Novo CPC, traz uma série de limitações à realização de negócios jurídicos processuais e os exemplos citados acima se encaixam nelas e demonstram a incompatibilidade na realização de convenções processuais laborais.

Em sentido contrário, o enunciado 131 do FPPC prevê que “aplica-se ao processo do trabalho o disposto no art. 190 no que se refere à flexibilidade do procedimento por proposta das partes, inclusive quanto aos prazos”, todavia vale ressaltar que o enunciado supracitado é de um fórum de processualistas civis e não processualistas trabalhistas.

### **6.3. Negócios jurídicos processuais envolvendo a Fazenda Pública**

#### **6.3.1. Considerações iniciais**

Nos negócios jurídicos que envolvem a Fazenda Pública encontramos um universo diverso do apresentado nas relações de direito privado, porquanto o Direito Administrativo exige o respeito à legalidade estrita.

Como já foi defendido em outros capítulos, os negócios jurídicos processuais se encontram em cenário *sui generis*, pois neles se aplicam normas e princípios de direito processual e de direito material, não sendo diferente no trato com a Administração Pública.

O enunciado nº 256 do FPPC exara que “a Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual”, todavia esse enunciado deve ser visto *cum grano salis*, porquanto os princípios do Direito Administrativo, as obrigações dos agentes públicos e a finalidade pública, que em muitos casos torna direitos e obrigações indisponíveis, praticamente impossibilitarão a utilização desse instrumento, já que em muitas situações significarão desvios de finalidade.

### 6.3.2. Supraprincípios do Direito Administrativo

Celso Antônio Bandeira de Mello considera como “pedras de toque”<sup>383</sup>, “fontematriz do sistema”<sup>384</sup>, superprincípios ou supraprincípios do Direito Administrativo a supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público pela Administração, sendo “um reflexo de uma dualidade permanente no exercício da função administrativa”, ou seja, “a oposição entre os poderes da Administração Pública (supremacia do interesse público) e os direitos dos administrados (indisponibilidade do interesse público)”<sup>385</sup>.

Para muitos juristas, desses dois supraprincípios advêm os demais princípios do Direito Administrativo e eles seriam suficientes para o entendimento desse ramo, assim como, haja vista o duplo regime (processual e material) dos negócios jurídicos processuais, eles têm ampla aplicação nesse tipo de negócio.

Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado:

“A supremacia do interesse público sobre o privado, também chamada simplesmente de princípio do interesse público ou finalidade pública, princípio implícito na atual ordem jurídica, significa que os interesses da coletividade são mais importantes que os interesses individuais, razão pela qual a Administração, como defensora dos interesses públicos, recebe da lei poderes especiais não extensivos aos particulares. A outorga dos citados poderes projeta a Administração Pública a uma posição de superioridade diante do particular. Trata-se de uma regra inerente a qualquer grupo social: os interesses do grupo devem prevalecer sobre os dos indivíduos que o compõem. Essa é uma condição para a própria subsistência do grupo social. Em termos práticos, cria uma desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados.

(...)

Convém reafirmar que só existe a supremacia do interesse público primário sobre o interesse privado. O interesse patrimonial do Estado como pessoa jurídica, conhecido como interesse público secundário, não tem supremacia

383 Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 28ª ed., p. 55.

384 *Ibid.*, p. 56.

385 Mazza, Alexandre. *Manual de direito administrativo*, 2ª ed., p. 79.

sobre o interesse do particular.

(...)

São exemplos de prerrogativas especiais conferidas à Administração Pública e seus agentes decorrentes da supremacia do interesse público:

(...)

5) possibilidade de rescindir unilateralmente contratos administrativos;

(...)

10) presença de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos;

(...)

12) poder para criar unilateralmente obrigações aos particulares (imperatividade).

(...)

Por fim, são também desdobramentos da supremacia do interesse público sobre o privado a imperatividade, a exigibilidade e a executoriedade dos atos administrativos, assim como o poder de autotutela de que a Administração Pública é revestida para a anular a revogar seus próprios atos sem necessidade de autorização judicial”.<sup>386</sup>

Vale ressaltar que nem todos os atos da Administração possuem a característica da imperatividade, pois há raros casos nos quais a relação jurídica é submetida às regras de Direito Privado, também chamados de atos de gestão, de maneira que a Administração está em igualdade de posição frente ao particular, como, por exemplo, nas locações imobiliárias e nos contratos de compra e venda.<sup>387</sup>

No princípio em tela, é possível observar inúmeras normas que colocam a Fazenda Pública em situação de desigualdade que visa a proteção da finalidade pública.

#### Princípio da indisponibilidade do interesse público pela Administração:

“O supraprincípio da indisponibilidade do interesse público enuncia que os agentes públicos não são donos do interesse por eles defendido. Assim, no exercício da função administrativa os agentes públicos estão obrigados a atuar, não segundo sua própria vontade, mas de modo determinado pela legislação. Como decorrência dessa indisponibilidade, não se admite tampouco que os agentes renunciem aos poderes legalmente conferidos ou que transacionem em juízo.

Trata-se de duas inovações legislativas peculiares porque autorizam agentes públicos a tomar decisões (transigir na demanda e optar pela arbitragem) que normalmente caberiam apenas ao próprio titular do interesse em questão.

CUIDADO: Recentemente, o supraprincípio da indisponibilidade do interesse público tem sofrido certa relativização imposta pelo legislador. Dois exemplos principais podem ser mencionados: 1) no rito dos Juizados Especiais Federais os representantes da Fazenda Pública são autorizados a conciliar e transigir sobre os interesses discutidos na demanda (art. 10, parágrafo único, da Lei 11.029/2001); 2) passou a ser permitida a utilização de mecanismos privados para resolução de disputas, inclusive a arbitragem, exclusivamente nos contratos de concessão de serviço público e nas parcerias público-privadas (arts. 23-A da Lei 8,987/95 e 11, III, da Lei

<sup>386</sup> *Ibid.*, p. 79-81.

<sup>387</sup> *Ibid.*, p. 187.

11.079/2004). Nos demais contratos administrativos, o uso da arbitragem continua vedado”.<sup>388</sup>

Pelo princípio em estudo, visualiza-se que, praticamente, não há a possibilidade de renunciar ou transacionar interesses públicos em juízo ou fora dele, sendo um limitador aos negócios jurídicos processuais, de maneira que o princípio em estudo, quando relativizado está expressamente previsto em norma.

Um exemplo de impossibilidade de negócios jurídicos processuais ocorre nos negócios que visem diminuir o prazo em dobro para a defesa da Administração Pública, já que a finalidade da norma, que é assegurar tempo suficiente para que o interesse da coletividade seja defendido, será atacada.

### 6.3.3. Interesse público primário e secundário

O administrativista italiano Renato Alessi, que “é para os doutrinadores brasileiros talvez o mais influente autor estrangeiro do século XX”, divide o interesse público em primário e secundário e sua teoria, segundo Alexandre Mazza, é “adotada pela totalidade dos administrativistas brasileiros”:<sup>389</sup>

“Interesse público primário é o verdadeiro interesse da coletividade, enquanto interesse público secundário é o interesse patrimonial do Estado como pessoa jurídica. A distinção é relevante porque os interesses do Estado podem não coincidir com os da sociedade. São exemplos de interesse público secundário: a interposição de recurso com finalidade estritamente protelatória, o aumento excessivo de tributos e a demora para o pagamento de precatório.

Na defesa dos interesses secundários, a Administração Pública poderia utilizar conceitos, institutos e formas próprias do Direito Privado.

Interesses públicos secundários só terão legitimidade quando forem instrumentais para o atingimento dos primários.

Adotando visão minoritária, Ricardo Marcondes Martins rejeita autonomia ao denominado interesse público secundário, considerando que este somente será acatado pelo ordenamento quando for coincidente com o interesse primário.

Importante mencionar a opinião de Diogo Figueiredo Moreira Neto, segundo que a Administração está proibida de defender interesses públicos secundários desvinculados dos interesses públicos primários, sob pena de violação do princípio da impessoalidade.

ATENÇÃO: Somente o interesse público primário tem supremacia sobre o interesse particular. Interesse público secundário não tem supremacia.”<sup>390\_391\_392</sup>

388 *Ibid.*, p. 81-82.

389 *Ibid.*, p. 59.

390 *Ibid.*, p. 59-60.

391 Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, 15ª ed., p. 7-104 *apud* Mazza, Alexandre. *Ob. cit.*, p. 59-60.

392 Martins, Ricardo Marcondes. *Arbitragem e administração pública: contribuição para o*

A teoria exposta é muito importante, porquanto coloca limites ao desequilíbrio existente entre a Fazenda Pública e os particulares, assim como as prerrogativas existentes.

#### **6.3.4. Organização da Administração Pública**

O artigo 4º, do Decreto-lei nº 200/67, divide a Administração Pública em Direta e Indireta, compreendendo na última categoria as entidades que são dotadas de personalidade jurídica própria.

A Administração Direta é composta pela desconcentração das atribuições do Estado em divisões, sendo que a mais comum é o órgão e nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “o Estado é pessoa jurídica e que, como tal, não dispõe de vontade própria, ele atua sempre por meio de pessoas físicas, a saber, os agentes públicos”.<sup>393</sup>

A Administração Indireta é formada pela descentralização administrativa das atividades, ou seja, o poder público cria uma pessoa de direito público ou privado e esta recebe a titularidade e a execução de algum serviço público (descentralização por serviços) ou o poder público através de contrato atribui a uma pessoa de direito privado a execução de dada tarefa, mantendo a titularidade (descentralização por colaboração).

As autarquias fazem parte da Administração Indireta, são pessoas jurídicas de direito público e a definição é dada pelo artigo 5º, I, do Decreto-lei nº 200, como “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento gestão administrativa e financeira descentralizada”, possuindo direitos e obrigações distintos dos pertencentes ao ente que as criou.

Em geral, as agências são autarquias, pois, na maioria dos casos, estão sendo criadas na forma de autarquias de regime especial com divisões em agências executivas e agências reguladoras, sendo que as primeiras estão previstas na Lei 9.649/98, tendo o artigo 51 da norma explicitado que para a autarquia ou fundação

---

sepultamento do tema. *Revista trimestral de direito público*, 54ª ed., p. 200 *apud* Mazza, Alexandre. *Ob. cit.*, p. 59-60.

393 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 23ª ed., p. 505.

receber esta qualificação deverá ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento e de ter celebrado contrato de gestão com o respectivo ministério supervisor.

As empresas estatais, que se dividem em empresas públicas e sociedades de economia mista, são pessoas jurídicas de direito privado, mas guardam algumas características de direito público, como a criação, modificação e extinção pelo Poder Público, a finalidade não lucrativa, mas de interesse público (salvo sociedades de economia mista), o não afastamento dos fins para os quais foram instituídas, a sujeição ao controle positivo do Estado, a obrigatoriedade de licitação e concursos públicos.<sup>394</sup>

Normalmente, as empresas estatais atuam regidas por regras de direito privado nas relações com terceiros e de direito público com a Administração Pública.

O parágrafo 1º e incisos, do artigo 173, da Constituição Federal, traz que a lei que estabelecerá o estatuto jurídico das empresas estatais que exploram atividades econômicas de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços disporá acerca da sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários e que serão observados os princípios da administração pública nas licitações e contratações de obras, serviços, compras e alienações, porém esta lei ainda não existe, o que não impede a aplicação de seus preceitos gerais.

Normalmente, nos entes estatais regidos pelo direito privado é observada a busca pelo interesse público secundário, o que por si só limita o alcance de inúmeras prerrogativas da Fazenda Pública no trato dessas relações.

Apesar da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos ser uma empresa pública, as regras do artigo 173, § 1º, da CF, não se aplicam a ela, porquanto o STF, em decisão judicial, a aproximou, sob diversos aspectos, a uma autarquia, reconhecendo privilégios da Fazenda Pública, como, por exemplo, a

<sup>394</sup> A obrigatoriedade de realização de concurso público é corroborada pela Súmula nº 231 do TCU - A exigência de concurso público para admissão de pessoal se estende a toda a Administração Indireta, nela compreendidas as Autarquias, as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, as Sociedades de Economia Mista, as Empresas Públicas e, ainda, as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, mesmo que visem a objetivos estritamente econômicos, em regime de competitividade com a iniciativa privada.

impenhorabilidade de seus bens, serviços e rendas, pois ela não exerce atividade econômica e presta serviço público.<sup>395</sup>

Em corolário, os entes públicos pertencentes à Administração Pública Direita e os pertencentes à Administração Pública Indireta que se sujeitam ao regime de direito público estão vinculados em seus contratos aos preceitos da licitação e aos princípios desse regime, o que, em regra, não permitem a discussão de cláusulas contratuais e, praticamente, impedem o uso de negócios jurídicos processuais antes de um processo.

Os entes públicos que fazem parte da Administração Pública Indireta sob o regime de direito privado, possuem maior liberdade contratual, mas isso não elimina o uso dos princípios e regras de direito público, de modo que é permitida uma maior utilização de negócios jurídicos processuais, mas também há limites consideráveis.

### **6.3.5. Princípio da legalidade, seus corolários e a aplicação nos negócios jurídicos**

O princípio da legalidade, previsto no *caput*, do artigo 37, da Constituição Federal, é inerente à noção de Estado de Direito, com fulcro no *caput*, do artigo 1º da mesma norma, e representa a “subordinação da Administração Pública à vontade popular”, de maneira que “o exercício da função administrativa não pode ser pautado pela vontade da Administração ou dos agentes públicos, mas deve obrigatoriamente respeitar a vontade da lei”.<sup>396</sup>

Hely Lopes Meirelles sobre o princípio da legalidade aduz que:

“As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos”.<sup>397</sup>

(...)

“Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.<sup>398</sup>

395 STF – TP - RE-ED 230.051/SP – Rel. Min. Maurício Corrêa – j. 11.06.2003 – DJ. 08.08.2003 – p. 86.

396 Mazza, Alexandre. *Ob. cit.*, p. 84.

397 Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 27ª ed., p. 87 *apud* Mazza, Alexandre. *Ob. cit.*, p. 84.

398 *Ibid.*, p. 88.

Alexandra Mazza ressalta que “se o agente público usar os poderes do cargo para defesa de interesse alheio ao interesse público, o ato será nulo por desvio de finalidade, desvio de poder ou tresdestinação”<sup>399</sup>, aplicando-se essa teoria “ainda que os atos realizados não sejam materialmente atos administrativos”, assim como a “todas as categorias de agentes públicos, podendo ensejar a nulidade das condutas praticadas por prefeitos, governadores, juízes, delegados, promotores, legisladores etc,” sendo um exemplo a “desclassificação imotivada de empresa licitante porque contribuíra com o financiamento da campanha de adversário político do prefeito”.<sup>400</sup>

Nesse sentido, o princípio da autotutela, previsto nas Súmulas 346 e 473 do STF<sup>401</sup> e no artigo 53 da Lei 9.784/99, prevê, conforme o texto da norma supracitada, que “a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

Pontes de Miranda conceitua que “revogar é retirar a voz”, pois “voz se põe, voz se tira”<sup>402</sup>, sendo que na autotutela a própria Administração, nas hipóteses mencionadas, retira a voz de seus atos.

Como é possível observar, os agentes públicos não tem vontade própria, mas devem respeitar o previsto no ordenamento jurídico, pois, caso contrário, cometerão ilegalidade, possuindo a Administração Pública inúmeros instrumentos para retirar a voz desses atos, contratos ou condutas, podendo usar, em alguns casos, processos administrativos e judiciais.

Há juristas que defendem que o princípio da proporcionalidade advém do princípio da legalidade e, a esse respeito daquele princípio, Alice Monteiro de Barros aduz que:

(...) “norteia o Direito Comunitário Europeu e os ordenamentos jurídicos da França e Alemanha. Ele ameniza o princípio da prevalência do interesse

---

399 Mazza, Alexandre. *Ob. cit.*, p. 66.

400 *Ibid.*, p. 111-113.

401 Súmula nº 346 do STF - A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.  
Súmula nº 473 do STF - A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vício que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

402 Miranda, Pontes de. *Tratado de direito privado*, Parte Geral, Tomo I, p. 192.

público, de sorte que não sejam impostas aos indivíduos, em geral, obrigações, restrições e sanções, em medida superior à estritamente necessária ao atendimento do interesse público.”<sup>403</sup>

Com efeito, o princípio da proporcionalidade é um limitador dos atos e negócios que se desviem da finalidade pública.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98 e da “Reforma Administrativa que buscou inserir o modelo de administração pública gerencial voltada para um controle de resultados na atuação estatal”, o *caput*, do artigo 37, da Constituição Federal passou a conter o princípio da eficiência, que tem como valores a economicidade, a redução de desperdício, a qualidade, a rapidez, a produtividade e o rendimento funcional, “porém o Estado não é uma empresa, nem sua missão é buscar lucro”, não podendo esse princípio ser usado “como pretexto para a Administração Pública descumprir a lei”, devendo a Administração ter como intuito “os melhores resultados por meio da aplicação da lei”.<sup>404</sup>

O exposto no último parágrafo tem aplicabilidade nos negócios jurídicos processuais, já que eles não podem ser usados sob um suposto pretexto de eficiência, se, de fato, o intuito for eliminar ou mitigar a legalidade.

### 6.3.6. Interpretação das normas e contratos

Alexandre Mazza cita três pressupostos que, segundo Hely Lopes Meirelles, “devem ser observados na interpretação de normas, atos e contratos de Direito Administrativo, especialmente quando utilizados princípios hermenêuticos privados para a compreensão de institutos administrativos”.<sup>405</sup>

“1º) *a desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados*: ao contrário do que ocorre no Direito Privado, a relação jurídica básica no Direito Administrativo é marcada pelo desequilíbrio entre as partes ou *verticalidade* da relação;

2º) *a presunção de legitimidade dos atos da Administração*: tal atributo tem o poder de inverter o ônus da prova sobre a validade do ato administrativo, transferindo ao particular o encargo de demonstrar eventual defeito do ato administrativo;

3º) *a necessidade de poderes discricionários para a Administração atender ao interesse público*: a lei confere ao agente público, na competência discricionária, uma margem de liberdade para que decida, diante do caso concreto, qual a melhor maneira de defender o interesse público. Essa

---

403 Barros, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*, 6ª ed., p. 530.

404 Mazza, Alexandre. *Ob. cit.*, p. 104.

405 *Ibid.*, p. 46.

pluralidade de comportamentos válidos, presente na prática de atos administrativos discricionários, deve ser levada em consideração na interpretação das normas de Direito Administrativo especialmente para compreensão dos limites traçados pela lei para o exercício das competências administrativas”.<sup>406</sup>

Em vinculação ao desequilíbrio jurídico entre a Administração Pública e os particulares temos o princípio da obrigatoriedade da função administrativa e, seu derivado, o princípio da continuidade do serviço público.

O derivado está exarado de maneira expressa no artigo 6º, §1º, da Lei 8.987/95 que, conforme o artigo 1º da norma, trata das concessões e permissões de serviços públicos e de obras públicas previstas no artigo 175 da Constituição Federal e define as cláusulas indispensáveis nesses contratos.

Pelo princípio da continuidade do serviço público é adequado o serviço contínuo, ou seja, aquele que não é interrompido, salvo a interrupção que ocorra dentro das hipóteses previstas no parágrafo 3º, do artigo 6º, da lei supracitada, que ocorrem em situações de emergência ou após prévio aviso por motivadas razões de ordem técnica ou de segurança das instalações, assim como por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Alexandre Mazza aduz que o princípio em estudo só se aplica “no âmbito do Estado prestador”, “não valendo para outros domínios como o poder de polícia, a atividade econômica, o fomento, as atuações políticas e as funções legislativas e jurisdicionais”, assim como aponta como desdobramento desse princípio e que demonstra a superioridade da Administração as seguintes situações:<sup>407</sup>

“a) o direito de greve dos servidores públicos será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica (art. 37, VII, da CF); b) restrição à aplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus*, pois o contratado só pode interromper a execução do contrato após permanecer noventa dias sem receber a remuneração (art. 78, XV, da Lei 8.987/95); c) possibilidade de intervenção na concessionária para garantia de continuidade na prestação do serviço (art. 32 da Lei 8.987/95); d) ocupação provisória de bens, pessoal e serviços para garantia de serviços essenciais (art. 58, V, da Lei 8.666/93); e) reversão de bens do concessionário indispensável à continuidade do serviço (art. 36 da Lei 8.987/95); f) encampação do contrato de concessão mediante a retomada do serviço pelo concedente (art. 37 da Lei 8.987/95); g) suplência, delegação e substituição de servidores públicos

---

406 Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 27ª ed., p.47-48 *apud* Mazza Alexandre. *Ob. cit.*, p. 46.

407 Mazza, Alexandre. *Ob. cit.*, p. 118-119.

(Lei 8.112/90).<sup>408</sup>

É notório que há desequilíbrio nas relações que envolvem a Administração Pública, existindo inúmeras prerrogativas em favor dela e que esse desequilíbrio advém da supremacia do interesse público sobre o privado e da legalidade, impedindo a realização de transações ou negócios que visem eliminar ou mitigar tais prerrogativas, principalmente as processuais como o prazo em dobro, pois, do contrário, a finalidade da norma será atingida.

### 6.3.7. Autonomia da vontade

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello sobre a autonomia da vontade do Estado exarou que:

“A manifestação da vontade do Estado, internamente, se faz, de regra *de forma unilateral*, tendo em vista o interesse estatal, como expressão do interesse do todo social, em contraposição a outra pessoa por ela atingida ou com ela relacionada. **E, mesmo quando as situações jurídicas se formam acaso por acordo entre partes de posição hierárquica diferente, isto é, entre o Estado e outras unidades administrativas menores e os particulares, o regime jurídico a que se sujeitam é de caráter estatutário.** Portanto, a autonomia da vontade só existe na formação do ato jurídico. Porém, os direitos e deveres relativos à situação jurídica dela resultante, a sua natureza e extensão são regulamentados por ato unilateral do Estado, jamais por disposições criadas pelas partes. Ocorrem, através de processos técnicos de imposição autoritária da sua vontade, nos quais se estabelecem as normas adequadas e se conferem os poderes próprios para atingir o fim estatal que é a realização do bem comum. É a ordem natural do Direito interno, nas relações com outras unidades menores ou com particulares.” (grifo nosso)<sup>409</sup>

Como é possível observar, o autor considera que as partes não podem dispor do que foi criado pelo Estado e se faz necessário reconhecer que, nos contratos advindos de licitação pública, as normas que tratam do tema trazem inúmeras hipóteses de ordem pública e interesse público que não são disponíveis pela vontade das partes, transformando o processo licitatório em algo vinculado que não oferece campo para inserção de negócios jurídicos processuais.

### 6.3.8. Contratos administrativos

Na definição de Maria Sylvia Zanella de Pietro:

---

408 *Ibid.*, p. 119.

409 Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. Conceito de Direito Administrativo. *Revista da Universidade Católica de São Paulo*, XXVII ed., p. 36 *apud* Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Ob. cit.*, p. 71.

“a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo o regime jurídico de direito público”.<sup>410</sup>

Alexandre Mazza diferencia que “existem contratos celebrados pela Administração Pública que não são considerados contratos administrativos”, pois há contratos regidos pelo direito privado, todavia “os contratos privados celebrados pela Administração também sofrem alguma influência do direito público, especialmente quanto ao dever de prévia licitação para escolha do contratado”.<sup>411</sup>

No plano infraconstitucional, o artigo 54, da Lei 8.666/93, corrobora essa posição, porquanto prevê que os contratos administrativos regidos pela lei supracitada regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, todavia que são aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Alexandre Mazza, prevê como características dos contratos administrativos que os diferenciam dos contratos privados: a, submissão ao Direito Administrativo; b, presença da Administração em pelo menos um dos polos; c, desigualdade entre as partes; d, mutabilidade; e, existência de cláusulas exorbitantes; f, formalismo; g, bilateralidade; h, comutatividade; i, confiança recíproca.<sup>412</sup>

Sobre a desigualdade entre as partes, o autor exara que “o interesse público defendido pela Administração é juridicamente mais relevante do que o interesse privado do contratado” e que, “ao contrário da horizontalidade vigente nos contratos privados, os contratos administrativos caracterizam-se pela verticalidade, pois a Administração Pública ocupa uma posição de superioridade diante do particular” e que, desse modo, as cláusulas exorbitantes “conferem poderes especiais à Administração contratante”.<sup>413</sup>

A mutabilidade dos contratos administrativos causa instabilidade na relação contratual, pois, diferente do que ocorre nos contratos regidos pelo direito privado no qual o princípio do *pacta sunt servanda* vigora, naqueles contratos é possível que a

---

410 Di Pietro, Maria Sylvania Zanella. *Ob. cit.*, p. 251.

411 Mazza, Alexandre. *Ob. cit.*, p. 383-384.

412 *Ibid.*, p. 385-387.

413 *Ibid.*, p. 385-386.

Administração Pública determine a modificação unilateral das cláusulas, porém as cláusulas que tratam de remuneração do particular nunca podem sofrer alteração unilateral.<sup>414</sup>

Cláusulas exorbitantes são “aquelas que não são comuns ou que seriam ilícitas nos contratos entre particulares, por encerrarem prerrogativas ou privilégios de uma das partes em relação à outra”.<sup>415</sup>

São exemplos de cláusulas exorbitantes a possibilidade de revogação unilateral do contrato por razões de interesse público, a alteração unilateral do objeto do contrato e a aplicação de sanções contratuais.<sup>416</sup>

No entanto, a maior cláusula exorbitante e o maior exemplo de supremacia do interesse público sobre o privado estão contidos na norma do inciso XV, do artigo 78, da Lei 8.666/93, que prevê a possibilidade do particular rescindir o contrato com a Administração Pública e deixar de executar suas obrigações contratuais somente se o atraso dos pagamentos for superior a 90 dias, ou seja, o particular deverá continuar prestando os serviços ou fornecendo os produtos durante 3 meses, arcando com suas próprias economias para o pagamento dos custos da atividade, podendo inclusive falir, para só depois ter a possibilidade de rescindir o contrato ou de suspender o cumprimento das obrigações, bem como se houver calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, a norma prevê a continuação da prestação pelo particular mesmo após o período supracitado de inadimplência da Administração Pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro compara os contratos administrativos com os contratos de adesão, porquanto “todas as cláusulas dos contratos administrativos são fixadas unilateralmente pela Administração”, “a apresentação de propostas pelos licitantes equivale à aceitação da oferta feita pela Administração” e “mesmo quando o contrato não é precedido de licitação, é a Administração que estabelece, previamente, as cláusulas contratuais, vinculada que está às leis”.<sup>417</sup>

As características expostas pela autora demonstram que não praticamente

---

414 *Ibid.*, p. 386.

415 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.*, p. 257.

416 Mazza, Alexandre. *Ob. cit.*, p. 386.

417 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.*, p. 267.

não há campo para a realização de negócios jurídicos processuais prévios à propositura de ação judicial.

O contrato administrativo se prende ao formalismo, já que não tem forma livre, porquanto os requisitos estão previstos na legislação.

Diante das características do contrato administrativo e dos contratos que envolvem a Administração Pública, das cláusulas exorbitantes e de toda a desigualdade existente nessas relações, não se pode negar que os negócios jurídicos processuais não poderão diminuir ou limitar prerrogativas da Fazenda Pública, pois, do contrário, desviarão a finalidade pública.

É importante ressaltar que o artigo 23-A, da Lei 8.987/95, que disciplina as concessões e permissões de prestação de serviços públicos, prevê a possibilidade de o contrato de concessão possuir cláusula que autorize a utilização de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem.

Esse dispositivo não pode ser aplicado a qualquer contrato, mas somente aos contratos nos quais a norma disciplina, isto é, contratos de concessão e permissão de prestação de serviço público.

### **6.3.9. Licitação pública**

Com fulcro no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, em regra, a Administração Pública deve utilizar o processo<sup>418</sup> de licitação para as obras, serviços, compras e alienações contratadas.

Licitação, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é:

(...) "o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitam às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato".<sup>419</sup>

Do artigo 41 da Lei 8.666/93, extraímos o princípio da vinculação ao

---

418 Não é objeto desse trabalho entrar na discussão se a licitação é um processo ou procedimento e, com efeito, apenas repete a expressão contida na Constituição Federal.

419 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.*, p. 350.

instrumento convocatório que traz a ideia de que tanto a Administração como os participantes da licitação estão vinculados às normas e condições do edital.

Pelo princípio do formalismo procedimental, “as regras aplicáveis ao procedimento licitatório são definidas diretamente pelo legislador, não podendo o administrador público descumpri-las ou alterá-las livremente”.<sup>420</sup>

Normalmente, os participantes de uma licitação tomam conhecimento do edital com todas as condições já preestabelecidas pela Administração Pública, não havendo como negociar, bem como não há margem para a negociação, pois a licitação deve respeitar ao princípio da legalidade.

Nas questões que aceitam discricionariedade, há uma exceção que comporta pequena margem de negociação e que ocorre na hipótese prevista no artigo 39 da Lei nº 8.666/93, ou seja, se o valor do objeto da licitação ou de um conjunto de licitações ultrapassar um bilhão e quinhentos mil reais, necessariamente haverá uma audiência pública prévia na qual os interessados terão acesso às informações pertinentes à licitação e chance de se manifestar, podendo, nesse caso, propor cláusulas, de modo que elas serão aceitas ou recusadas conforme a legalidade, a conveniência e o interesse público.

Vale lembrar que o artigo 92, da Lei nº 8.666/93 prevê que é crime “admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade”.

Como se observa, a perenidade do processo de licitação não permite, em regra, que as partes realizem negócios jurídicos processuais.

### **6.3.10. Agentes públicos**

Algumas teorias surgiram para explicar as relações entre Estado e os seus agentes, mas a que prevalece hodiernamente é a do órgão que entende que o

---

<sup>420</sup> Mazza, Alexandre. *Ob. cit.*, p. 332.

Estado manifesta a sua vontade através de órgãos, sendo que os agentes que fazem parte dos órgãos manifestam a vontade do Estado e funcionam como se esse estivesse praticando o ato, imputando, não o representando ou agindo como mandatário.

Para Maria Sylvia Zanella de Pietro, “agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”.<sup>421</sup>

Dentro da expressão agentes públicos estão inseridos sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos de sua vontade ou ação, podendo ser nomeados, contratados, designados ou convocados, não importando se a função é temporária ou permanente, com ou sem remuneração, sendo, inclusive, os que não integram as pessoas estatais, os que são alheios ao aparelho do Estado, mas que exercem função pública e recebem ou deveriam receber remuneração pelo trabalho prestado, como os particulares que, em colaboração, atuam em concessionárias e permissionárias, os terceirizados que prestam serviço aos órgãos da Administração Pública Direta ou Indireta e os delegados de função ou ofícios públicos.<sup>422</sup>

Para Fernanda Marinela de Sousa Santos, “é sabido que todos têm um ponto em comum: manifestam a vontade do Estado que os habilita e lhe empresta força jurídica para tanto”.<sup>423</sup>

Os agentes públicos são divididos em três grupos: a, agentes políticos; b, particulares em atuação colaborada com o poder público; c, servidores estatais.

A falta de observância aos princípios da administração pública e às normas que regulam os contratos administrativos pode levar o agente público e o particular, conforme a Lei 8.429/92, a serem condenados pela prática de ato de improbidade administrativa.

Dentre as hipóteses de condenação pela lei supracitada, a norma do artigo 9º trata de enriquecimento ilícito de forma dolosa, o artigo 10 prevê hipóteses nas quais os atos praticados, de maneira dolosa ou culposa, causam prejuízo ao erário e o artigo 11 traz atos que, de maneira dolosa, atentam contra os princípios da

421 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.*, p. 511.

422 Santos, Fernanda Marinela de Sousa. *Servidores Públicos*, p. 1.

423 *Ibid.*, p. 1.

administração pública.

Apesar de somente o artigo 10 prever a condenação de condutas culposas e dolosas e os outros artigos somente dolosas, é importante ressaltar que parte dos estudiosos do Direito Administrativo ligam o dolo à boa-fé e essa é dividida em subjetiva e objetiva, sendo que para uma delas a intenção do agente é levada em consideração e para outra não, bastando avaliar se ele agiu de maneira lícita ou ilícita.

Dependendo da corrente adotada, a simples inserção de negócios jurídicos processuais em contratos administrativos já causaria a violação ao princípio da legalidade, pois não haveria previsão para tanto e, em consequência, o enquadramento no artigo 11 da Lei nº 8.429/92, bem como, se houvesse prejuízo ao erário, a hipótese seria a do artigo 10 que prevê punições mais graves.

Cabe ressaltar que o enunciado nº 6 do FPPC prevê que “o negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”.

Ademais, havendo danos ao erário, a 2ª Turma do STJ, em face do Recurso Especial<sup>424</sup>, já entendeu que a ação de ressarcimento ao erário por danos causados por atos de improbidade administrativa é imprescritível.

Apesar de considerarmos um verdadeiro absurdo esta interpretação do artigo 37, §5º, da Constituição Federal, que considera imprescritível as ações de ressarcimento ao erário, por considerarmos que ofende a segurança jurídica e tira a paz de espírito para a realização de qualquer negócio, tendo ao nosso lado Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>425</sup>, a posição foi aplicada pelo STJ não pode ser deixada

424 STJ – 2ª T – REsp 1.069.779/SP – Rel. Min. Herman Benjamin - j. 18.9.2008 - DJe 13.11.2009.

425 “Até a 26ª edição deste Curso admitimos que, por força do §5º do art. 37, de acordo com o qual os prazos de prescrição para ilícitos causados ao erário serão estabelecidos por lei, *ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*, estas últimas seriam imprescritíveis. É certo que aderíamos a tal entendimento com evidente desconforto, por ser óbvio o desacerto de tal solução normativa. Com efeito, em tal caso, os herdeiros de quem estivesse incurso na hipótese poderiam ser acionados pelo Estado mesmo decorridas algumas gerações, o que geraria a mais radical insegurança jurídica. Simplesmente parecia-nos não haver como fugir de tal disparate, ante o teor desatado da linguagem constitucional.

Já não mais aderimos a tal desabrida inteligência. Convecemo-nos de sua erronia ao ouvir a exposição feita no Congresso Mineiro de Direito Administrativo, em maior de 2009, pelo jovem e brilhante professor Emerson Gabardo, o qual apontou um argumento, ao nosso ver irresponsável, em desfavor da imprescritibilidade, a saber: o de que com ela restaria consagrada a minimização ou eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado dano ao erário, pois ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável, de

de lado, pois os agentes, os particulares e os herdeiros deles podem ser condenados eternamente por isso, sendo mais um obstáculo para a realização de negócios jurídicos processuais que envolvem a Fazenda Pública.

### 6.3.11. Advocacia-Geral da União

Nos subcapítulos anteriores foram traçadas linhas gerais sobre os princípios da Administração Pública, seus agentes, as características contratuais, sendo que esses elementos são aplicados à atuação estatual em juízo, todavia, é necessário reconhecer, que eles têm maior aplicabilidade nas hipóteses de negócios jurídicos processuais realizados antes de uma ação judicial.

Desse modo, neste subcapítulo trataremos com mais ênfase da análise da possibilidade de negócios jurídicos processuais pela AGU.

O enunciado nº 256 do FPPC exara que “a Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual”.

A Lei Complementar nº 73/93 que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União prevê em seu artigo 4º, caput e inciso VI, que “são atribuições do Advogado-Geral da União desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente”.

A Lei nº 9.469/97, que regulamenta o disposto no inciso VI, do art, 4º, da Lei Complementar nº 73/93, traz em seu artigo 1º que “o Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais”.

---

regra não demasiadamente longo. De fato, o Poder Público pode manter em seus arquivos, por período de tempo longuíssimo, elementos prestantes para brandir suas increpações contra terceiros, mas o mesmo não sucede com estes, que terminariam inermes perante arguições desfavoráveis que se lhes fizessem.

Não é crível que a Constituição possa abonar resultados tão radicalmente adversos aos princípios que adota no que concerne ao direito de defesa. Dessarte, se a isto se agrega que quando quis estabelecer imprescritibilidade a Constituição o fez expressamente como no art. 5º, incs. LII e LXIV (crimes de racismo e ação armada contra a ordem constitucional) – e *sempre em matéria penal que, bem por isto, não se eterniza, pois não ultrapassa uma vida* -, ainda mais se robustece a tese adversa à imprescritibilidade, Eis, pois, que reformamos nosso anterior entendimento na matéria”.

Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Ob. cit.*, p. 1072-1073.

Com base nesses dispositivos, observa-se que o ordenamento jurídico possibilita a pactuação de negócios jurídicos processuais, todavia é possível afirmar que as hipóteses devem estar dispostas em normas, não podendo prosperar discricionariedades que atentem contra a finalidade pública

Entre as hipóteses, o artigo 1º-A, da Lei nº 9.469/97 exara que “o Advogado-Geral da União poderá dispensar a inscrição de crédito, autorizar o não ajuizamento de ações e a não-interposição de recursos, assim como o requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos da União e das autarquias e fundações públicas federais, observados os critérios de custos de administração e cobrança”.

Outra hipótese está prevista no artigo 1º-B da lei em comento que aduz que “os dirigentes máximos das empresas públicas federais poderão autorizar a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como o requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou opoentes, nas condições aqui estabelecidas”.

### **6.3.12. Considerações finais**

A Fazenda Pública está protegida por inúmeros princípios, normas e prerrogativas que garantem a ela, em regra, uma posição de desequilíbrio frente aos administrados e que não deixam muita margem para a realização de negócios jurídicos processuais.

Nos contratos provenientes do processo de licitação praticamente inexistente campo para a discussão das cláusulas contratuais que são realizadas de maneira unilateral pelo Estado, sendo de fato um contrato de adesão.

As poucas hipóteses que permitem a negociação extrajudicial ou judicial necessitam estar e estão expressamente dispostas em normas, de modo que os agentes públicos que realizarem negócios jurídicos processuais fora dessas hipóteses poderão responder por ato de improbidade administrativa e as condutas realizadas não respeitarão a legalidade e a supremacia do interesse público sobre o

privado.

O interesse público é dividido em primário e secundário, de maneira que os interesses secundários não gozam de boa parte das prerrogativas da Administração Pública, que há empresas estatais que são tuteladas por regras de direito privado e que buscam esses interesses, havendo, nesse caso, maior possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais.

## 7. PROVAS

### 7.1. Considerações iniciais

O estudo das provas nos negócios jurídicos processuais é de extrema importância, pois nelas estão o coração da ação, sendo que no provar ou não provar está a diferença entre a procedência e a improcedência dos pedidos.

João Batista Lopes destaca que Sentis Melendo, em palestra proferida na Faculdade de Direito de Osasco em 1973, resumiu a problemática da prova em cinco indagações: “a, que é prova? b, que se prova? c, com que se prova? d, quem há de provar? e, para quem se prova?”<sup>426</sup>

Essas questões serão respondidas neste capítulo quanto aos aspectos que guardam relação com a utilização de negócios jurídicos processuais.

Sobre negócios jurídicos processuais em matéria probatória, Fredie Didier Júnior exara que:

“Embora o negócio processual ora estudado não se refira ao objeto litigioso do processo, é certo que a negociação sobre as situações jurídicas processuais ou sobre a estrutura do procedimento pode acabar afetando a solução do mérito da causa. Um negócio sobre prova, por exemplo, pode dificultar as chances de êxito de umas das partes. Esse reflexo que o negócio processual possa vir a causar na resolução do direito litigioso justifica a proibição de sua celebração em processos cujo objeto não admita autocomposição”.<sup>427</sup>

### 7.2. Definição de provas

Para Giuseppe Chiovenda, “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes do processo”.<sup>428</sup>

O termo prova, para Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante, “é aquilo que tem o condão de demonstrar a veracidade de algum fato ou autenticidade de alguma coisa”.<sup>429</sup>

---

426 Ferreira, William Santos; Jobim, Marco Félix (coords.). Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. *Direito probatório*, p. 49.

427 Didier Júnior, Fredie. *Curso de direito processual civil*, 17ª ed., vol. 1, p. 387.

428 Chiovenda, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, 3ª ed., p. 109 *apud* Schiavi, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*, 9ª ed., p. 653.

429 Jorge Neto, Francisco Ferreira; Cavalcante, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito processual do trabalho*, 7ª ed., p. 647.

Carnelutti define prova como “a demonstração da verdade de uma proposição”<sup>430</sup> e o autor considera as provas tão importantes que chegou a afirmar que “as provas são o coração do processo”, já que “é por meio delas que se definirá o destino da relação jurídico-processual”.<sup>431</sup>

Vicente Greco Filho conceitua prova como “todo meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato”, sendo a palavra “prova originária do latim *probatio*, que por sua vez emana do verbo *probare*, com o significado de examinar, persuadir, demonstrar”, de maneira que “a finalidade da prova é convencer o juiz, que é o seu destinatário”, não tendo ela “um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico”.<sup>432</sup>

Mauro Schiavi, em sua definição, exara que as provas se constituem dos “instrumentos admitidos pelo Direito como idôneos, a demonstrar um fato ou um acontecimento, ou excepcionalmente, o direito que interessa à parte no processo, destinado à formação da convicção do órgão julgador da demanda”, acrescentando que “o direito à prova transcende o aspecto individual para adquirir feição publicista, pois não interessa somente às partes do processo, mas também a toda a sociedade que os fatos discutidos em juízo sejam esclarecidos”.<sup>433</sup>

João Batista Lopes conceitua prova sob dois aspectos, o objetivo e o subjetivo:

“conceito de prova: sob o aspecto objetivo, é o conjunto de meios destinados a demonstrar a existência ou inexistência dos fatos que interessam à solução da causa; sob o aspecto subjetivo, é a própria convicção que o juiz forma sobre a existência ou inexistência de tais fatos”.<sup>434</sup>

### 7.3. Meios de prova

Vicente Greco Filho conceitua os meios de prova como “os instrumentos pessoais ou materiais aptos a trazer ao processo a convicção da existência ou inexistência de um fato”.<sup>435</sup>

430 Carnelutti, Francesco. *A prova civil*, 2ª ed., p. 67 *apud* Didier Júnior, Fredie. *Curso de direito processual civil*, 10ª ed., vol. 2, p. 38.

431 Schiavi, Mauro. *Ob. cit.*, p. 653.

432 Greco Filho, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª ed., p. 186.

433 Schiavi, Mauro. *Ob. cit.*, p. 653-654.

434 Ferreira, William Santos; Jobim, Marco Félix (coords.). *Ob. cit.*, p. 49-50.

435 Greco Filho, Vicente. *Ob. cit.*, p. 188.

Arlete Inês Aurelli sustenta que “os fatos deverão ser transportados para o processo” pelos meios de prova e que são utilizadas três diferentes instrumentos para o transporte: “a, reconstrução histórica (narração por testemunhas); b, representação (documentos); c, reprodução objetiva (perícia – inspeção judicial)”.<sup>436</sup>

## **7.4. Princípios do processo e a aplicabilidade no campo probatório negocial**

### **7.4.1. Considerações iniciais**

No primeiro capítulo deste trabalho foi tratado com mais detalhes os princípios e a relação deles com a Constituição, ficando daqui em diante reservado ao estudo dos princípios processuais, da aplicabilidade deles no campo probatório e das implicações nos negócios jurídicos processuais.

### **7.4.2. Devido processo legal**

Marcelo Abelha define o princípio do devido processo legal como a raiz de todos os princípios do processo civil, “de onde nascem os princípios estruturantes do exercício da função jurisdicional”, sendo que “a isonomia, o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade do juiz, o juiz natural, o direito de acesso à prova etc, nada mais são que desdobramentos do devido processo legal”, de maneira que existe um processo justo ou uma tutela jurisdicional justa quando são colocados em prática “todos os princípios do devido processo legal, com adequado equilíbrio entre eles”.<sup>437</sup>

Para Misael Montenegro Filho, o princípio do devido processo legal é um “supraprincípio, envolvendo todos os demais”.<sup>438</sup>

Fredie Didier Júnior sustenta que o “princípio do devido processo legal pode ser considerado um subprincípio do princípio do Estado de Direito ou do princípio de proteção da dignidade da pessoa humana”, porém, “pode, também ser considerado um sobreprincípio, quando se relaciona com os princípios do contraditório ou da boa-fé processual”.<sup>439</sup>

---

436 Ferreira, William Santos; Jobim, Marco Félix (coords.). Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015. *Ob. cit.*, p. 392.

437 Abelha, Marcelo. *Manual de execução civil*, 5ª ed., p. 3-4.

438 Montenegro Filho, Misael. *Curso de direito processual civil*, 4ª ed., vol. 1, p. 26.

439 Didier Júnior, Fredie. *Curso de direito processual civil*, 17ª ed., vol. 1, p. 49.

Para o doutrinador, a tradução do devido processo legal para o português advém da expressão inglesa “*due process of law*”, todavia que *law* significa Direito e não lei (*statute law*), de modo que “o processo há de estar em conformidade com o Direito como um todo, e não apenas em consonância com a lei”, sendo Legal adjetivo que remete a Direito e não a Lei.<sup>440</sup>

Vicente Greco Filho defende que a garantia do devido processo legal prevista no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal é dupla, porquanto, primeiramente, “é indispensável à aplicação de qualquer pena, conforme a regra *nulla poena sine iudicio*, significando o devido processo como o processo necessário” e, em segundo lugar, “o devido processo legal significa o adequado processo, ou seja, o processo que assegure a igualdade das partes, o contraditório e a ampla defesa”, sendo que essa regra “vale para o processo penal, mas também é aplicável ao processo civil no que concerne à perda de bens”.<sup>441</sup>

Sobre o princípio do devido processo legal, Alexandre Mazza exara que a previsão constitucional se divide em dois aspectos clássicos: “devido processo legal formal: exige o cumprimento de um rito predefinido como condição de validade da decisão”; “devido processo legal material ou substantivo: além de respeitar ao rito, a decisão final deve ser justa e proporcional”, tendo esse aspecto “o mesmo conteúdo da proporcionalidade”.<sup>442</sup>

Quanto ao devido processo legal substantivo, é possível observar que sempre os negócios jurídicos processuais buscarem fins injusto e desproporcional ferirão essa garantia constitucional.

Didier aduz que são adjetivos para um processo ser devido, entre outros, ele ser “público, paritário, tempestivo”, “adequado, leal e efetivo”.<sup>443</sup>

Os adjetivos utilizados pelo doutrinador estão corretos, pois não se pode considerar que houve um devido processo legal em um processo no qual as partes não tiveram as mesmas chances de produzir provas (paritário e igualitário), no qual não houve lealdade entre as partes, no qual a efetividade não foi alcançada, pois as

---

440 *Ibid.*, p. 63.

441 Greco Filho, Vicente. *Ob. cit.*, p. 47.

442 Mazza, Alexandre. *Manual de direito administrativo*, 2ª ed., p. 83.

443 Didier Júnior, Fredie. *Ob. cit.*, p. 67.

partes não receberam que o efetivamente tinham direito e em tempo razoável (efetividade cumulada com tempestividade), e no qual não foi garantida a publicidade dos atos, sendo um processo obscuro ou repleto de surpresas, de maneira inadequada.

Nesse diapasão, qualquer negócio jurídico processual que fira um dos adjetivos demonstrados, entre outros, fere frontalmente o princípio do devido processo legal.

Sobre a aplicação do devido processo legal nas relações jurídicas privadas, Fredie Didier Júnior sustenta que “qualquer direito fundamental pode aplicar-se ao âmbito das relações jurídicas privadas”, pois no Brasil, assim como na Espanha e em Portugal, prevaleceu a “teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada” na qual esses direitos podem ser aplicados “independentemente de qualquer mediação do legislador infraconstitucional, privilegiando-se, com isso, atuação do magistrado em cada casa concreto”.<sup>444</sup>

#### **7.4.3. Contraditório, ampla defesa e direito à prova**

Este subcapítulo trata de todos esses princípios e direitos, porquanto eles possuem bastante proximidade e complementariedade, sendo didaticamente melhor agrupá-los, assim como, em certas situações, um será aplicado como consequência do outro e, em alguns casos concretos, será difícil até diferenciá-los.

É impossível falar em prova sem considerar que ela possui direta ligação com o princípio do contraditório que, para o Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça português, Jorge Augusto Pais de Amaral, é “a trave mestra do sistema processual”.<sup>445</sup>

Fredie Didier Júnior exara que “o direito à prova é conteúdo do direito fundamental ao contraditório” e que “a dimensão substancial do princípio do contraditório o garante”.<sup>446</sup>

O autor divide o direito fundamental à prova em cinco situações jurídicas:

---

<sup>444</sup> *Ibid.*, p. 72-73.

<sup>445</sup> Amaral, Jorge Augusto Pais de. *Direito Processual Civil*, 12ª ed., posição 202 de 9974.

<sup>446</sup> Didier Júnior, Fredie. *Curso de direito processual civil*, 10ª ed., vol. 2, p. 41.

“a, o direito à adequada oportunidade de requerer provas; b, o direito de produzir provas; c, o direito de participar na produção da prova; d, o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; e, o direito ao exame pelo órgão julgador, da prova produzida.”<sup>447</sup>

Há muita polêmica sobre a prova ser um direito ou uma garantia e João Batista Lopes, nesse sentido, aduz que “aceitando-se a tese de que direito e garantia se distinguem, porque aquele tem caráter declaratório e esta, assecuratório, pode afirmar-se que a prova é uma garantia constitucional”, acrescentando o autor que “a prova deve ser vista como garantia de levar ao juiz elementos destinados a convencê-lo da existência ou inexistência dos fatos”.<sup>448</sup>

Gerhard Walter exara sobre a eficiência do sistema probatório que:

(...) “o direito à prova está diretamente relacionado com o estado de direito, porque de nada adianta normas de direito material, regulando a vida em sociedade, se quando houver a sua inobservância, a parte interessada não tem à sua disposição um sistema probatório eficiente para demonstração dos fatos necessários ao reconhecimento do direito”.<sup>449</sup>

Na Constituição Federal de 1988, o contraditório e a ampla defesa estão exarados no artigo 5º, inciso LV, que prevê que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O artigo 10 do Novo Código de Processo Civil contempla o contraditório, já que prevê que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

O artigo 9º da norma em comento reforça tal disposição, pois exara que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

Vicente Greco Filho define o princípio como:

(...) “o contraditório é a técnica processual e procedimental que impõe a bilateralidade do processo. Todos os atos do processo devem ser realizados

447 Ferreira, William Santos; Jobim, Marco Félix (coords.). *Produção Antecipada da Prova*. *Ob. cit.*, p. 493.

448 Ferreira, William Santos; Jobim, Marco Félix (coords.). *Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença*. *Ob. cit.*, p. 51.

449 Walter, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*, p. 341 *apud* Ferreira, William Santos; Jobim, Marco Félix (coords.). *Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas no direito probatório*. *Ob. cit.*, p. 375.

de modo que a parte contrária possa deles participar ou, pelo menos, possa impugná-los em contramanifestação. A Constituição não exige, nem jamais exigiu, que o contraditório fosse prévio ou concomitante ao ato. Há atos privativos de cada uma das partes, como há atos privativos do juiz, sem a participação das partes. Todavia o que assegura o contraditório é a oportunidade de a eles se contrapor por meio de manifestação contrária que tenha eficácia prática”.<sup>450</sup>

Dinamarco, Grinover e Cintra também ressaltam a bilateralidade existente no princípio do contraditório, pois exaram que o princípio é “absolutamente inseparável da distribuição da justiça organizada”, que “o princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocardo romano *audiatur et altera pars*” e que a doutrina moderna considera aquele princípio “inerente mesmo à própria noção de processo”.<sup>451</sup>

João Batista Lopes afirma que “de nada adianta, porém, a mera declaração formal do contraditório e da ampla defesa se não fosse garantido ao jurisdicionado provar os fatos que embasam sua posição processual”.<sup>452</sup>

Fredie Didier Júnior divide o contraditório em duas garantias, sendo a primeira a de participação que é “a dimensão formal do princípio do contraditório” e “trata-se da garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, de poder falar no processo”, de modo que “esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório”, tendo como segunda garantia a dimensão substancial que guarda relação com o “poder de influência”, pois “não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo”, sendo necessário que ela possa “interferir com argumentos, ideias, alegando fatos”, podendo “influenciar no conteúdo da decisão”.<sup>453</sup>

Fredie Didier Júnior ressalta que “é exigência do princípio do contraditório que o órgão jurisdicional tenha o dever de dar oportunidade de a parte manifestar-se sobre a demanda que lhe foi dirigida” e esclarece “que o princípio do contraditório garante o direito à defesa”.<sup>454</sup>

---

450 Greco Filho, Vicente. *Ob. cit.*, p. 48.

451 Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 27ª ed., p. 61.

452 Ferreira, William Santos; Jobim, Marco Félix (coords.). *Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. Ob. cit.*, p. 51.

453 Didier Júnior, Fredie. *Curso de direito processual civil*, 17ª ed., vol. 1, p. 78-79.

454 *Ibid.*, p. 49.

Sobre é tema é importante destacar a posição de autor espanhol frente a Constituição Espanhola:

“JOAN PICÓ I JUNOY, reportando-se ao art. 24.2 da Constituição Espanhola mostra que o direito à prova se encontra intimamente ligado ao direito de defesa, na medida em que este não é possível quando se impede as partes de oferecerem os meios para demonstrar suas alegações. O autor catalão indica, também, processualistas que sustentam o vínculo entre o direito à prova e o direito de ação assegurado pelo art. 24.1 da Constituição Italiana (ANDRIOLI, ANDOLINA-VIGNERA e DENTI)”.<sup>455</sup>

Para Fredie Didier Júnior, os princípios da ampla defesa e do contraditório têm o mesmo conteúdo, porquanto “atualmente, tendo em vista o desenvolvimento da dimensão substancial do princípio do contraditório, pode-se dizer que eles se fundiram, formando uma amálgama de um único direito fundamental”.<sup>456</sup>

Acerca de igualdade ou da paridade de armas no processo civil, Vicente Greco Filho exara que:

“A igualdade jurídica instituída no inciso I do art. 5º da Constituição impõe uma igualdade de tratamento das partes em juízo, merecendo algumas observações.

O conceito de igualdade, porém, não é absoluto, porquanto dar tratamento igual a desiguais seria o mesmo que dar tratamento desigual a iguais. No mesmo sentido do conceito de justiça distributiva de Aristóteles e do princípio geral de direito vindo do direito romano, *suum cuique tribuere*, no processo civil, também repercute o mecanismo de compensações jurídicas em favor daqueles que merecem proteção especial”.<sup>457,458</sup>

A norma do artigo 7º do Novo CPC prevê que “é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

Fredie Didier sustenta que a igualdade processual deve observar quatro aspectos:

“a, imparcialidade do juiz (equidistância em relação às partes); b, igualdade no acesso à justiça, sem discriminação (gênero, orientação sexual, raça, nacionalidade, etc.); c, redução das desigualdades que dificultem o acesso à justiça, como a financeira (ex.: concessão do benefício da gratuidade da justiça, arts. 98-102, CPC), a geográfica (ex.: possibilidade de sustentação

455 Junyo, Joan Picó I. *El derecho a la prueba em el proceso civil*, p. 38 *apud* Ferreira, William Santos; Jobim, Marco Félix (coords.). *Ob. cit.*, p. 51.

456 Didier Júnior, Fredie. *Ob. cit.*, p. 86.

457 Greco Filho, Vicente. *Ob. cit.*, p. 63.

458 *suum cuique tribuere* significa dar a cada um o que lhe pertence.

oral por videoconferência, art. 937, §4º, CPC), a de comunicação (ex.: garantir a comunicação por meio da Língua Brasileira de Sinais, nos casos de partes e testemunhas com deficiência auditiva, art. 162, III, CPC etc.; d, igualdade no acesso às informações necessárias ao exercício do contraditório”.<sup>459</sup>

Com vista nos quatro aspectos em tela frente aos negócios jurídicos processuais é possível destacar que a igualdade no acesso à justiça não poderá ser atacada por meio de contrato, que a redução das desigualdades não poderá ser atingida através de cláusulas que, por exemplo, provoquem inversão do ônus da prova para que uma parte mais fraca ou vulnerável assumira esse ônus ou que eleja um foro que impossibilite ao acesso à justiça, entre outras, não podendo haver a utilização de negócios jurídicos processuais com o intuito de promover a destruição ou mitigação da paridade de armas.

Pedro Henrique Nogueira entende que a autonomia da vontade em negócios processuais está limitada ao princípio da paridade de armas, porquanto:

(...) “as partes não poderiam praticar atos de disposição que gerassem uma situação concreta de inferioridade de uma parte em relação a outra, cabendo nesse caso, a intervenção judicial para limitar o poder de disposição de modo a restabelecer a igualdade concreta e não apenas formal”.<sup>460</sup>

Para Mauro Schavi, “o direito à prova constitui garantia fundamental processual e também um direito fundamental da cidadania para efetividade do princípio do acesso à justiça e, acima de tudo, o acesso a uma ordem jurídica justa”.<sup>461</sup>

#### **7.4.4. Duração razoável do processo**

O inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, introduzido por meio da Emenda Constitucional nº 45/04 exara que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

O artigo 93 da Lei Maior, traz no inciso II, alínea e, que “não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não

<sup>459</sup> Didier Júnior, Fredie. *Ob. cit.*, p. 97.

<sup>460</sup> Nogueira, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*, p. 161.

<sup>461</sup> Schiavi, Mauro. *Ob. cit.*, p. 654.

podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão”.

O artigo 8º, 1, do Pacto de São José da Costa Rica, introduzido no sistema pátrio através do Decreto nº 678/92, prevê que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

O Novo CPC traz no bojo do artigo 4º que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, e no artigo 139, *caput* e inciso II, que “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe velar pela duração razoável do processo”.

A Lei nº 9.504/97, que trata de eleições, traz no artigo 97-A, *caput* e parágrafos, que o processo eleitoral que possa resultar em perda de mandato eletivo é considerado com duração razoável quando o período máximo de um ano for respeitado, contado o prazo da sua apresentação à Justiça Eleitoral até a tramitação em todas as instâncias dessa justiça, cabendo, no caso de inobservância do exarado, representação disciplinar contra o juiz ou tribunal, inclusive ao Conselho Nacional de Justiça.

O parágrafo único, do artigo 7º, da Lei nº 4.717/65, que regula a ação popular, exara que nesse tipo de ação “o proferimento da sentença além do prazo estabelecido privará o juiz da inclusão em lista de merecimento para promoção, durante 2 (dois) anos, e acarretará a perda, para efeito de promoção por antiguidade, de tantos dias quantos forem os do retardamento, salvo motivo justo, declinado nos autos e comprovado perante o órgão disciplinar competente”.

Fredie Didier Júnior aduz que “não existe um princípio da celeridade” e que “o processo não tem de ser rápido”, mas “deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional”.<sup>462</sup>

Nesse diapasão, é possível observar que os negócios jurídicos poderão

---

462 Didier Júnior, Fredie. *Ob. cit.*, p. 96.

versar, direta ou indiretamente, sobre o tempo no processo, todavia, com fundamento no princípio da duração razoável do processo, as cláusulas não poderão prolongar indefinidamente a ação, pois, além de interesse das partes, a própria justiça possui interesse em concluir as demandas que lhe são apresentadas.

No entanto, pode-se visualizar que, em determinadas situações, alguns prolongamentos serão úteis ao processo, como, por exemplo, as suspensões para que as partes possam participar de procedimentos de mediação ou conciliação.

Por outro lado, haverá ações nas quais as partes tentarão uma celeridade processual por via de negócios jurídicos processuais que eliminarão meios de provas e outras situações que farão com que a função de julgamento do magistrado fique bastante atingida para decidir a lide e para a busca da verdade no processo, não podendo tais negócios prosperarem, até por que em inúmeras casos poderá se tratar de simulação.

## **7.5. Destinatário da prova**

Arlete Inês Aurelli defende o juiz como destinatário da prova, porquanto aduz que “muito embora sejam as partes que, de alguma forma, ao fim e ao cabo irão se beneficiar pela prova de suas alegações, é evidente que o destinatário das provas é o juiz”, acrescentando que “através delas as partes influenciam no convencimento do magistrado, pelo que pode-se afirmar, sem dúvidas que as provas são destinadas a ele, julgador”.<sup>463</sup>

Humberto Theodoro Júnior corrobora tal posição, porquanto afirma que o destinatário da prova é o juiz, já que “é ele que deverá se convencer da verdade dos fatos para dar solução jurídica ao litígio”.<sup>464</sup>

Fredie Didier Júnior sustenta que não é apenas o juiz do destinatário da prova, mas que as partes também são, que as provas deverão exercer o convencimento do juiz e das partes, já que “o resultado da atividade probatória pode determinar, independentemente da atuação judicial, o rumo de um processo já instaurado”, porquanto as partes poderão realizar a “autocomposição após a

---

<sup>463</sup> Ferreira, William Santos; Jobim, Marco Félix (coords.). Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015. *Ob. cit.*, p. 390.

<sup>464</sup> Theodoro Júnior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 54ª ed., vol. I, p. 452.

realização de perícia em que os fatos que sustentam a demanda fiquem devidamente demonstrados”.<sup>465</sup>

João Batista Lopes, no mesmo sentido, defende que o principal destinatário da prova é o juiz, “mas ela se dirige, também, às partes, o que se confirma, por exemplo, com a produção antecipada de prova apenas para facilitar eventual acordo”.<sup>466</sup>

As duas últimas posições demonstram ser as mais acertadas, pois preveem que o juiz é o destinatário das provas, mas também as partes, pois quando elas se convencem de alguma posição, elas podem se autocompor, sendo esse ideal buscado pelo Novo CPC.

## 7.6. Objeto da prova

Humberto Theodoro Júnior define o objeto da prova como:

(...) “os fatos relevantes para o julgamento da causa, ou seja, os acontecimentos cuja existência pretérita, presente ou futura possa ser prestar à revelação histórica do conflito a ser solucionado”.<sup>467</sup>

Para João Batista Lopes, o objeto da prova são “os fatos controversos, relevantes e precisos”.<sup>468</sup>

Fredie Didier Júnior defende que “o objeto da prova é a alegação de fato”.<sup>469</sup>

Mauro Schivi aduz que “o objeto da prova são os fatos” e que, “excepcionalmente, a lei exige a prova do direito”, todavia “nem todos os fatos são objeto, mas somente aqueles que se relacionam com a lide e sobre eles haja controvérsia”, porquanto “os fatos não controvertidos, como regra geral, não são objeto da prova, pois são admitidos como verdadeiros no processo”.<sup>470</sup>

Nesse diapasão, o *caput* e os quatro incisos do artigo 374 do Novo Código de Processo Civil preveem que “não dependem de prova os fatos notórios, os

465 Didier Júnior, Fredie. *Curso de direito processual civil*, 10ª ed., vol. 2, p. 51-52.

466 Ferreira, William Santos; Jobim, Marco Félix (coords.). *Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença*. *Ob. cit.*, p. 49-50.

467 Theodoro Júnior, Humberto. *Ob. cit.*, p. 452.

468 Ferreira, William Santos; Jobim, Marco Félix (coords.). *Ob. cit.*, p. 49-50.

469 Didier Júnior, Fredie. *Ob. cit.*, p. 52.

470 Schiavi, Mauro. *Ob. cit.*, p. 659-660.

afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, os admitidos no processo como incontroversos e os em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

Quando a norma prevê que não dependem de prova os fatos “afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária”, Fredie Didier Júnior considera que o legislador cometeu um equívoco, porquanto “a própria confissão é um meio de prova” e que, assim, o “mais correto seria dizer que, quando confessados, os fatos independem de outro meio de prova”.<sup>471</sup>

Quanto à notoriedade dos fatos, Juan Montero Aroca considera fatos notórios aqueles nos quais “o conhecimento faz parte da cultura normal própria de um determinado grupo social no momento em que se produz a decisão judicial”.<sup>472</sup>

Schiavi lembra que há situações nas quais mesmo que o fato não seja contestado, ele poderá ser objeto de prova e cita como exemplo: “os fatos que não parecem verossímeis segundo o que ordinariamente acontece ou fora do padrão médio da sociedade, e também os fatos impossíveis ou pouco prováveis”.<sup>473</sup>

Assim, para o doutrinador a presunção de notoriedade dos fatos notórios é relativa e “o fato notório pode ser contestado”, porquanto “se for contestado, deixa de ser notório e, portanto, deve ser provado”.<sup>474</sup>

Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante concordam com a posição de Schavi e demonstram que a notoriedade não é um conceito absoluto:

“Fatos notórios são, para Rosenberg, aqueles conhecidos em um círculo maior ou menor por uma multidão ou que são percebidos nas mesmas condições, contanto que também sejam conhecidos pelo tribunal. Para Schonke, são os fatos conhecidos por todos ou pelo menos por um grande número de pessoas. Para Kisch, são os fatos conhecidos por todo mundo ou por um grande número de pessoas. Para Micheli, é notório o fato certo para a generalidade das pessoas fora da lide, ainda que concretamente no processo seja discutido. Os doutrinadores dão como exemplos de fatos notórios um grande acontecimento político, a distância entre dois lugares

---

471 Didier Júnior, Fredie. *Ob. cit.*, p. 55.

472 Aroca, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*, p. 63 *apud* Didier Júnior, Fredie. *Ob. cit.*, p. 54.

473 Schiavi, Mauro. *Ob. cit.*, p. 660.

474 Schiavi, Mauro. *Ob. cit.*, p. 660-661.

conhecidos etc.”<sup>475</sup>

“Como se constata a notoriedade não é um conceito absoluto. Diante do caso concreto, nem sempre é possível ao magistrado avaliar a exata notoriedade de um fato alegado por uma parte e negado pela outra. Portanto, quando se discute a notoriedade de um fato, a prudência exige a sua comprovação (prova ou contraprova) nos autos”.<sup>476</sup>

Fredie Didier Junior, em complementação, entende que “a notoriedade é sempre relativa”, citando como exemplo que “há fatos conhecidos apenas para os cristãos” e que “há fatos conhecidos apenas em um país”.<sup>477</sup>

Normalmente, “o direito invocado independe de prova (*ius allegatur, non probatur*)”, tendo as partes a “obrigação de narrar os fatos” e ao juiz cabe “aplicar a respectiva norma jurídica (*da mihi factum dabo tibi ius*)”.<sup>478</sup>

No entanto, o direito também poderá ser objeto de prova, porquanto, conforme o artigo 376 do Novo Código de Processo Civil, “a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar”.

Quando o magistrado vai julgar a procedência ou a improcedência de um pedido, ele examina a questão sob dois aspectos interligados, mas que podem ser lógica e idealmente separados, “o direito e o fato”, sendo que o juiz “desenvolve um raciocínio silogístico” no qual “a premissa maior é a norma jurídica, norma geral de conduta”, e “a premissa menor é a situação de fato concreta”, de modo que “a conclusão é a decisão de procedência ou improcedência do pedido”, pois não adiantaria “o direito em tese ser favorável a alguém se não se consegue demonstrar que se encontra numa situação que permite a incidência da norma”, já que a interpretação do direito compete ao juiz, “ao passo que os fatos a ele devem ser trazidos, em princípio, pelas partes”.<sup>479</sup>

Em corolário, nesse subcapítulo, no qual o intuito foi discutir o objeto da prova, em todas as definições e noções apresentadas ficou demonstrado que o objeto da prova são os fatos ou, para Didier, a alegação dos fatos, sendo

475 Nascimento, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*, 20ª ed., p.427 *apud* Jorge Neto, Francisco Ferreira; Cavalcante, Jouberto de Quadros Pessoa. *Ob. cit.*, p. 649.

476 Jorge Neto, Francisco Ferreira; Cavalcante, Jouberto de Quadros Pessoa. *Ob. cit.*, p. 649-650.

477 Didier Júnior, Fredie. *Ob. cit.*, p. 54.

478 Jorge Neto, Francisco Ferreira; Cavalcante, Jouberto de Quadros Pessoa. *Ob. cit.*, p. 650.

479 Greco Filho, Vicente. *Ob. cit.*, p. 185.

excepcional a prova do direito, de forma que qualquer negócio jurídico que impeça gravemente a demonstração do que realmente aconteceu no campo dos fatos não deve prosperar no Judiciário, assim como no próximo subcapítulo será tratada a busca da verdade no processo que virá corroborar o que aqui foi defendido.

### 7.7. A verdade e a sua busca

Fredie Didier Júnior explica que há três teorias que procuram explicar qual a finalidade da prova:

“a, a que entende que a finalidade da prova é estabelecer a verdade; b, a que sustenta ser sua finalidade fixar formalmente os fatos postos no processo; c, a que entende que a sua finalidade é produzir o convencimento do juiz, levando-o a alcançar a certeza necessária à sua decisão”.<sup>480</sup>

Além da primeira teoria que fala abertamente sobre a verdade, acreditamos que a terceira também trata da verdade, pois busca levá-la ao juiz para o seu convencimento, não podendo prosperar a segunda teoria que busca somente o cumprimento de um ritual formal.

Humberto Theodoro Júnior, citando João Monteiro, também defende a busca da verdade no processo, pois aduz que:

“Para que a sentença declare o direito, isto é, para que a relação de direito litigiosa fique definitivamente garantida pela regra de direito correspondente, preciso é, antes de tudo, que o juiz se certifique da verdade do fato alegado<sup>481</sup>, o que se dá através das provas”.<sup>482</sup>

Amauri Mascaro Nascimento traz os seguintes comentários sobre a verdade no processo:

“A prova tem a finalidade de transportar, para o processo judicial, a realidade externa dos fatos que geraram a demanda, traduzindo-os para que possam ser conhecidos pelo juiz e para que sirvam de base para os debates entre as partes. Como meio destinado a levar para o processo a reconstituição dos fatos, poderá ter falhas e não cumprir com exatidão esse fim, situação na qual haverá a verdade real (concreta), diferente da realidade formal (imaginária), e esta prevalecerá. De nada adianta ter ocorrido ou não um fato se não pode ser provado. Desse modo, a importância da prova e da sua análise pelas partes e pelo juiz é fundamental para que o processo possa cumprir os seus afins”.<sup>483</sup>

---

480 Didier Júnior, Fredie. *Ob. cit.*, p. 49.

481 Monteiro, João. *Curso de Processo Civil*, 3ª ed., v. II, p. 93 *apud* Theodoro Júnior, Humberto. *Ob. cit.*, p. 451.

482 Theodoro Júnior, Humberto. *Ob. cit.*, p. 451.

483 Schiavi, Mauro. *Ob. cit.*, p. 656-657.

Mauro Schiavi corrobora essa linha de pensamento:

“A obtenção da verdade real, inegavelmente, atende aos princípios de justiça e efetividade do processo, sendo, portanto, um dos escopos da jurisdição que é pacificar o conflito com justiça. Desse modo, a moderna doutrina defende a tese de superação da diferenciação entre verdade real e formal, dizendo que a verdade é uma só, a real, mas esta é praticamente impossível de ser atingida. Não obstante, todos que atuam no processo, principalmente o julgador, devem envidar esforços para se chegar ao acerto mais próximo da realidade (verdade substancial)”.<sup>484</sup>

Vicente Greco Filho afirma que com a prova “não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado”.<sup>485</sup>

Arlete Inês Aurelli defende que “de fato, há uma limitação, no processo, que às vezes, leva a uma desigualdade entre o que aconteceu de verdade e aquilo que é reconstituído”, todavia “com a coisa julgada esses fatos se tornam indiscutíveis, ainda que não representem a realidade dos fatos”.<sup>486</sup>

Vale ressaltar que o *caput* e os incisos, do artigo 966, do Novo CPC, trazem inúmeras hipóteses de ação rescisória contra decisão de mérito com trânsito em julgado, sendo que a maioria delas busca, direta ou indiretamente, a verdade dos fatos, todavia a ação rescisória, dependendo da hipótese, tem prazo de extinção do direito à rescisão que varia de até dois anos a até cinco anos do trânsito em julgado da decisão e, em consequência, concordamos com a autora de que a com a coisa julgada alguns fatos prevalecerão ainda que não representem a realidade dos fatos.

Gustavo Gonçalves Gomes, sobre a busca pela verdade real aduz que:

“Nesse sentido, diante da nobreza de sua função e da expectativa dos jurisdicionados, não poderá o magistrado considerar o processo civil como um método de estratégia das partes, mas sim como um instrumento real e eficaz para a outorga da justa prestação jurisdicional, cuja busca pela verdade real se torna um meio insuperável para o atingimento da finalidade última do processo – a justiça. Os magistrados representam diretamente o interesse do Estado e da sociedade e, subsidiariamente, os interesses das partes. Há, portanto, um compromisso maior com a busca da verdade e com a correta aplicação da lei do que com as formalidades exacerbadas na forma da condução do processo. É exatamente esse espírito que o Novo

---

484 *Ibid.*, p. 658.

485 Greco Filho, Vicente. *Ob. cit.*, p. 186.

486 Ferreira, William Santos; Jobim, Marco Félix (coords.). Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015. *Ob. cit.*, p. 392.

CPC procura trazer a todos nós”.<sup>487</sup>

O artigo 341 do Código Civil português exara que “as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos”.<sup>488</sup>

O artigo 369 do Novo CPC dispõe que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

O dispositivo supracitado traz a expressão “verdade dos fatos” para demonstrar que o processo busca a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa.

Os negócios jurídicos processuais não podem ser usados como instrumento para afastar a busca da verdade, todavia, em muitas situações, o uso desses negócios no campo probatório trarão um completo afastamento da verdade.

No entanto, independentemente do grau, a busca da verdade no processo e por meio de provas não é unânime, porquanto o desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, José Maria Tesheiner, entende que “a prova judicial não se destina à descoberta da verdade” e que “o processo judicial não constitui um método de investigação da verdade, mas instrumento para a produção de uma decisão jurídica”.<sup>489</sup>

Araken de Assis, defende que “no processo civil a verdade não passa de resultado acidental e contingente da atividade probatória”.<sup>490</sup>

---

487 Ferreira, William Santos; Jobim, Marco Félix (coords.). Os deveres instrutórios do juiz no Novo CPC: a necessária busca pela verdade real no processo civil. *Ob. cit.*, p. 339.

488 Amaral, Jorge Augusto Pais de. *Direito Processual Civil*, 12ª ed., posição 1550 de 9974.

489 Ferreira, William Santos; Jobim, Marco Félix (coords.). Direitos fundamentais, verdade e processo. *Ob. cit.*, p. 59.

490 Assis, Araken de. *Processo civil brasileiro*, vol. 2, Tomo 2, p. 64.

## 8. A TRANSFORMAÇÃO DE PROVAS LÍCITAS EM ILÍCITAS

### 8.1. Ilicitude das provas

Sobre a utilização de provas obtidas por meios ilícitos e em análise ao artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, que exara que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, Vicente Greco Filho aduz que:

“O inciso seguinte proíbe a utilização, no processo, de provas obtidas por meio ilícito. A regra é o resultado de opção do constituinte por umas das correntes doutrinárias que procuravam equacionar o problema. Uma delas entendia que as provas teriam validade, ou não, independentemente da ilicitude da obtenção, devendo a ilicitude ser apurada e punida separadamente, sem porém, contaminar a prova. A segunda corrente entende que a obtenção ilícita da prova pode levar a sua ilicitude e conseqüente inadmissibilidade, mas desde que o bem jurídico sacrificado com a ilicitude tenha sido um bem de maior valor que o bem obtido com a apresentação da prova. Finalmente, o terceiro grupo de doutrinadores entende a obtenção ilícita sempre contamina a prova, impedindo sua apresentação e validade judicial. Em favor dessa terceira corrente militamos argumentos mais fortes, quais sejam: o que tem origem ilícita não pode tornar-se lícito posteriormente; as outras correntes doutrinárias poderiam encorajar a ilicitude, correndo o interessado o risco de ser punido desde que o resultado da prova fosse válido; os Códigos Processuais já preveem os mecanismos adequados para a obtenção coativa da prova, como a condução coercitiva da testemunha, a exibição de documento ou coisa, a busca e apreensão etc., não cabendo à parte fazer justiça pelas próprias mãos”.<sup>491</sup>

Fredie Didier Júnior afirma que “há quem distinga entre prova ilícita e prova obtida ilicitamente”, sendo aquela “a prova com conteúdo ilícito; esta, a prova cuja colheita ou método de inserção no processo é ilícito”, todavia, apesar das diferenciações, o autor defende que “ambas estão abrangidas pela vedação do art. 5º, LVI, da Constituição”.<sup>492</sup>

Para Cássio Scarpinella Bueno, “a prova ilícita ou obtida de forma ilícita deve ser entendida como não produzida perante o magistrado”.<sup>493</sup>

Há doutrinadores que dividem a ilicitude das provas entre formal e material:

“Ensinam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Filho que no campo das proibições da prova, a tônica é dada pela natureza processual ou substancial da vedação: a proibição tem natureza exclusiva processual quando for colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo; tem, pelo contrário, natureza

491 Greco Filho, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª ed., p. 48.

492 Didier Júnior, Fredie. *Curso de direito processual civil*, 10ª ed., vol. 2, p. 95.

493 Bueno, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de processo civil*, 8ª ed., vol. 1, p. 153.

substancial quando, embora servindo imediatamente a interesses processuais, é colocada essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo”.<sup>494</sup>

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart explanam que é preciso analisar que há situações nas quais “uma prova pode violar simples regras do procedimento probatório” e essas violações não são “de observância imprescindível para a proteção das garantias das partes”, mas que há outras situações nas quais são afetados direitos fundamentais processuais e que, nesses casos, “a prova contém vício tão grave quanto a que viola um direito fundamental material”.<sup>495</sup>

O artigo 369 do Novo Código de Processo Civil veda também a utilização de provas obtidas por meio moralmente ilegítimos, pois a norma prevê que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

Com fundamento nesse dispositivo normativo, Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante adotam a expressão prova ilegal como gênero e a divide em duas subespécies: “a, prova ilícita, como aquela que viola norma de direito material; b, prova ilegítima, a qual não respeita norma de cunho processual”.<sup>496</sup>

Há também as provas ilícitas por derivação que são aquelas nas quais houve a aplicação da teoria dos frutos da árvore venosa (*fruits of the poisonous tree*), ou seja, são provas “em si mesma lícitas, mas produzidas a partir de outra ilicitamente obtida”, como, por exemplo: “documento encontrado após invasão de domicílio” ou “interceptação telefônica autorizada pelo juiz com base em documento falso”.<sup>497</sup>

---

494 Grinover, Ada Pellegrini; Fernandes, Antonio Scarenco; Gomes Filho, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, 5ª ed., p. 116 *apud* Schiavi, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*, 9ª ed., p. 706.

495 Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, 4ª ed., p. 378 *apud* Schiavi, Mauro. *Ob. cit.*, p. 706.

496 Jorge Neto, Francisco Ferreira; Cavalcante, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito processual do trabalho*, 7ª ed., p. 716.

497 Didier Júnior, Fredie. *Ob. cit.*, p. 97.

A gravidade da prova ilícita é tão grande que Nelson Nery Júnior defende que, mesmo com o desentranhamento da prova do processo e o magistrado não citando a prova desentranhada na motivação, o juiz deve ser afastado, porquanto “teve contato com a prova ilícita, vez que não possui mais isenção para o julgamento”<sup>498</sup>, todavia para Araken de Assis, “essa solução é assaz radical e inaceitável”, já que o magistrado “não se encontra impedido, nem é suspeito”.<sup>499</sup>

Acerca de provas obtidas por meio de tortura, José Maria Tesheiner aduz que:

“Adotou-se, então, particularmente nos Estados Unidos, a política judiciária de rejeitar, nos processos penais, as provas decorrentes de tortura, frutos de uma árvore envenenada.

Foi um meio eficaz de coibir a tortura, porque ela impedia exatamente a punição que as autoridades policiais queriam que fosse infligida.

Na sequência, estendeu-se essa doutrina às provas em geral obtidas por meios ilícitos e ao processo civil”.<sup>500</sup>

Vicente Greco Filho aduz que não devem ser admitidas como meios de prova as ordálias ou juízos divinos, sendo esses meios os quais “as pessoas eram submetidas a provas físicas para demonstrar que tinham razão”, bem como não se admite a prova com fulcro em crença sobrenatural que “escapa às limitações da razão”.<sup>501</sup>

O autor também classifica como ilícita a prova que advém da imoralidade ou impossibilidade da produção da prova, citando como exemplo “o da reconstituição de um estupro ou de uma inundação ou grande incêndio”.<sup>502</sup>

Fredie Didier Júnior tratando de negócios jurídicos processuais sustenta que “somente é possível negociar comportamentos lícitos” e que há nulidade nos negócios processuais em que uma parte “aceite ser torturada no depoimento pessoal” ou no qual “as partes aceitem ser julgadas com base em provas de fé (carta psicografada, por exemplo)”, já que, “no primeiro caso, o objeto do negócio é a prática de um crime” e, “no segundo, o objeto do negócio vincula o Estado-juiz, que é laico, a decidir com base em premissa religiosa, o que é inconstitucional (art.

498 Júnior Nery, Nelson. *Princípios do processo na Constituição federal*, p. 278 *apud* Assis, Araken de. *Processo civil brasileiro*, vol. 2, Tomo 2, p. 242.

499 Assis, Araken de. *Ob. cit.*, p. 242-243.

500 Ferreira, William Santos; Jobim, Marco Félix (coords.). *Direitos fundamentais, verdade e processo. Direito probatório*, p. 63.

501 Greco Filho, Vicente. *Ob. cit.* p. 189.

502 *Ibid.*, p. 189.

19, I, CF/1988)”.<sup>503</sup>

O artigo 32, nº 8, da Constituição portuguesa considera nula as provas obtidas por meio de “tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.<sup>504</sup>

## 8.2. Ilícitude das provas por meio de negócios jurídicos processuais

Fredie Didier Júnior sustenta que “a prova ilícita é a que contraria norma jurídica” e que “a norma contrariada pode ser um negócio jurídico”, podendo as partes negociarem que determinado meio de prova não seja admitido no processo em que disputarem seus interesses, pois o artigo 190 do Novo CPC permite esse tipo de negociação.<sup>505</sup>

Para o autor, tal disposição também encontra guarida no artigo 109 do Código Civil, pois nessa norma está disposto que se o negócio jurídico contiver cláusula de não valer sem instrumento público, o negócio só valerá com esse instrumento, pois ele é da substância do ato e que nada impede que, por meio da autonomia da vontade, as partes, em vez de instrumento público, pactuem, por exemplo, prova escrita, sendo ilícito qualquer outro meio de prova.<sup>506</sup>

A regra da transformação de prova lícita em ilícita por meio de negócios jurídicos processuais não é absoluta, pois o artigo 370 do Novo CPC exara que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”.

Araken de Assis comenta o exposto acima da seguinte forma:

“O art. 370 demonstra, categoricamente, a adesão ao poder de direção material do processo. É o núcleo do poder instrutório. A regra enaltece o impulso oficial e estipula a pesquisa de ofício de provas. Por exemplo, nenhuma das partes na investigação de paternidade, propôs a realização de perícia, meio altamente produtivo para estabelecer a verdade biológica, preferindo a prova testemunhal. É imperativa a intervenção do juiz determinando a perícia. Para julgar corretamente, o juiz deve conhecer o direito e o fato. Ora, sem tal prova, largamente difundida e disponível nos

<sup>503</sup> Didier Júnior, Fredie. *Curso de direito processual civil*, 17ª ed., vol. 1, p. 387-388.

<sup>504</sup> Amaral, Jorge Augusto Pais de. *Ob. cit.*, posição 249-256 de 9974.

<sup>505</sup> Didier Júnior, Fredie. *Curso de direito processual civil*, 10ª ed., vol. 2, p. 98.

<sup>506</sup> *Ibid.*, p. 98.

últimos tempos, não ficará o juiz esclarecido a respeito da questão de fato”.<sup>507</sup>

Vicente Greco Filho divide o sistema de efetivação de direitos em três fases: a, autotutela - o Estado não é forte o suficiente para superar as vontades individuais e os litígios são vencidos pela força do mais forte; b, autocomposição - as partes fazem concessões recíprocas para solucionar os conflitos de interesses; c, jurisdição - “o Estado manteria órgãos distintos e independentes, desvinculados e livres da vontade das partes, os quais, imparcialmente, deteriam o poder de dizer o direito e constranger o inconformado a submeter-se à vontade da lei”, sendo “própria de um estado de direito”.<sup>508</sup>

Com fundamento no artigo 370 do Novo CPC, no princípio constitucional do devido processo legal, na busca da verdade pelo processo, na vedação de possível simulação, caso ocorra, nos poderes instrutórios do juiz, na adesão que as partes fazem à direção estatal do processo quando acionam o impulso oficial e na explicação de jurisdição de Vicente Greco Filho, é possível afirmar que o entendimento de Araken de Assis está correto e que ele se aplica também na transformação de provas lícitas em ilícitas por intermédio de negócio jurídico processual, pois o juiz, se não ficar satisfeito com os meios de provas propostos pelas partes, poderá, de ofício, utilizar outros, afastando a cláusula negocial.

Araken acrescenta que “a atuação oficial não elimina, nem restringe a iniciativa das partes nessa área”<sup>509</sup>, que o compromisso do órgão judiciário é com a “emissão de uma sentença justa”<sup>510</sup> e que “imparcialidade, não significa passividade”.<sup>511</sup>

O autor ainda cita que o artigo 282 da lei espanhol de *Enjuiciamiento Civil* declara que “as provas dependem da iniciativa das partes, salvo disposição legal em contrário” e que o artigo 429, nº 1, do mesmo diploma “autoriza o órgão jurisdicional a apontar o fato ou os fatos cuja prova pode ser insuficiente, perante os meios propostos pelas partes, indicando-lhes a prova considerada idônea”, todavia que

<sup>507</sup> Assis, Araken de. *Processo civil brasileiro*, vol. 2, tomo 1, p. 916.

<sup>508</sup> Greco Filho, Vicente. *Ob. cit.*, p. 13.

<sup>509</sup> Assis, Araken de. *Ob. cit.*, p. 917.

<sup>510</sup> Barbosa Moreira, José Carlos. *Breve reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba*, nº 2, p. 81 *apud* Assis, Araken de. *Ob. cit.*, p. 917.

<sup>511</sup> Bedaque, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, nº 3.3.3, p. 113 *apud* Assis, Araken de. *Ob. cit.*, p. 917.

esses dispositivos desequilibraram “a igualdade das partes” e limitaram “seriamente as armas processuais de algumas delas”.<sup>512</sup>

O doutrinador concluiu a explicação exarando que:

(...) “os poderes instrutórios do juiz são intrínsecos ao processo civil social (e ao Estado intervencionista na autonomia privada), marcado pela intensa participação do órgão judiciário, inclusive no que tange a promover a igualdade real das partes, não é incompatível com o Estado Constitucional Democrático e os direitos fundamentais processuais”.<sup>513</sup>

Vicente Greco Filho exara que “a independência do magistrado é a de aplicar o direito, observadas as condições sociais e axiológicas, e não a de repudiá-lo, porque essa atitude é autoritária e antidemocrática”.<sup>514</sup>

É possível observar que quando o magistrado se recusa a reconhecer um negócio jurídico processual de transformação de provas lícitas em ilícitas, pois o negócio não traz a verdade ao processo, ele não está sendo autoritário nem antidemocrático, mas está preservando a sua independência e observando as condições sociais e axiológicas no caso concreto.

---

512 Deu, Teresa Armenta. *Lecciones de derecho procesal civil*, p. 189-190 *apud* Assis, Araken de. *Ob. cit.*, p. 918.

513 Assis, Araken de. *Ob. cit.*, p. 918.

514 Greco Filho, Vicente. *Ob. cit.*, p. 18.

## CONCLUSÃO

Com fundamento na teoria da visão sociológica de uma Constituição, de Ferdinand Lassale, no modelo constitucional alemão adotado pela atual Carta Magna pátria e considerando que ela contém, implícita ou explicitamente, inúmeros princípios, direitos, inclusive fundamentais, e garantias constitucionais, entre eles, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, observamos que os negócios jurídicos processuais, se forem usados de maneira que mitigue ou coíba qualquer desses elementos, teremos, de fato, normas somente no papel e estaremos, chamando os frutos de uma macieira de figueira, pois o exposto na folha de papel não corresponderá a soma dos fatores reais de poder, assim como voltaremos ao período da Código de Napoleão que previa uma igualdade formal na qual os mais fortes impunham seus desejos sobre os mais fracos.

É possível afirmar que o Direito Processual Civil é pertencente ao Direito Público, mas que os negócios jurídicos processuais encontram-se sob um regime misto, abarcando normas de direito processual e material, porém, se houver duplicidade de tratamento sobre determinado tema, as normas de direito processual devem prevalecer.

O Novo CPC visou estimular diversas formas alternativas de solução de conflitos, entre elas a autocomposição, mas também trouxe os negócios jurídicos processuais que, apesar de estarem dentro da heterocomposição, traz maior liberdades às partes e aos terceiros para definirem a melhor forma de usar o processo.

De maneira a antecipar os possíveis efeitos do Novo CPC, o Fórum Permanente de Processualistas Civis reuniu centenas de processualistas civis e publicou, até o final de 2015, quase 600 enunciados, sendo que mais de 7% deles tratam de negócios jurídicos processuais, demonstrando, assim, a importância do tema.

O artigo 190 do Novo CPC traz a cláusula geral de negociabilidade e os negócios jurídicos processuais são os atos de autonomia da vontade que trazem

efeitos ao processo de maneira que constituam, mantenham, transformem ou extingam direitos, todavia esses negócios sofrem várias limitações, como, as advindas da indisponibilidade e da irrenunciabilidade de certos direitos materiais ou processuais, dos vícios da vontade e do consentimento, das questões de ordem pública e de interesse público, das cláusulas abusivas constantes em contrato de adesão, bem como dos demais impedimentos cogentes previstos no ordenamento ou nos princípios jurídicos, não podendo prosperar negócios que visem impossibilitar, direta ou indiretamente, o amplo acesso à justiça, a produção de provas, a paridade de armas, o contraditório, a celeridade processual e a segurança jurídica de vulneráveis e hipossuficientes que se encontrem em notório desequilíbrio.

No processo trabalhista quando a lide versar sobre contratos individuais de trabalho, os negócios jurídicos processuais não se coadunam com o Direito do Trabalho, pois, em regra, os contratos trabalhistas são de adesão, os trabalhadores são hipossuficientes, os direitos são irrenunciáveis na tutela individual, as renúncias indevidas são consideradas vício de consentimento presumido, as normas trabalhistas são indisponíveis, imperativas e de ordem pública, o sistema jurídico laboral não prevê ampla autonomia da vontade, o princípio protetor visa proteger o trabalhador dos abusos cometidos pelo empregador, a realidade nos contratos têm primazia e o artigo o artigo 765 da CLT concede aos magistrados ampla liberdade na condução do processo.

Nas relações que envolvam a Fazenda Pública, praticamente inexistente campo para a realização de negócios jurídicos processuais, pois ela está protegida por inúmeros princípios, normas e prerrogativas que garantem a ela, em regra, uma posição de desequilíbrio frente aos administrados, bem como no processo de licitação, em geral, as cláusulas são produzidas de maneira unilateral pelo Estado, sendo que as poucas hipóteses que permitem a negociação extrajudicial ou judicial precisam estar expressamente dispostas em normas, de modo que os agentes públicos que realizarem negócios fora dessas hipóteses poderão responder por ato de improbidade administrativa e as condutas realizadas não respeitarão a legalidade e a supremacia do interesse público sobre o privado.

Nas provas está a diferença entre a procedência e a improcedência do pedido, não podendo nenhum negócio jurídico processual retirar ou mitigar

substancialmente o direito ao requerimento de provas, à produção de provas, à participação na produção de provas e ao exame da prova produzida pelo Judiciário, assim como o magistrado também é um dos destinatários da prova e ele pode, convencendo-se que o negócio jurídico processual impede gravemente a demonstração do que realmente aconteceu no campo dos fatos, declarar a nulidade da cláusula e determinar a produção de provas, já que o processo busca a verdade.

Em corolário, é possível a transformação das provas lícitas em ilícitas por meio de negócios jurídicos processuais, todavia esse direito não é absoluto, já que o negócio encontra limites nos artigos 190, parágrafo único, 369 e 370 do Novo CPC, assim como em todos os outros princípios, direitos e garantias tratados nos parágrafos anteriores, em especial a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal.

## Referências

ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito Processual Civil*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2015.

AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. *Teoria geral do direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Vol. 2, Tomo 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Vol. 2, Tomo 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTR, 2010.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, de 9 de junho de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 8ª ed. rev. e atual., vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2014.

CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

CARNEIRO, José Mário Brasiliense; FERREIRA, Ivette Senise (coords.). *50 anos da Lei Fundamental*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: contratos*. 8ª ed. rev. atual. e ampl., vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14ª ed. São Paulo: LTR, 2015.

DENSA, Roberta. *Direito do consumidor*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17ª ed., vol. 1. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10ª ed., vol. 2. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 25ª ed., vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (coords.). *Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015.

GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. - (Coleção Liebman / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier, Eduardo Talamini)

GOMES, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

GOMES, Orlando. *Introdução do direito civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rossi. São Paulo: Saraiva, 2010.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito processual do trabalho*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*. 5ª ed., rev. atual. - São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direitos fundamentais trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2008.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral; 1* (atualizado por Judith Martins-Costa et al). São Paulo: Revista dos Tribunais: 2012.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral; 3* (atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais: 2012.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral; 4* (atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais: 2012.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral; 5* (atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais: 2013.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil. 4ª ed., vol. 1.* São Paulo: Atlas, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 24ª ed. rev. atual. e ampl.* São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de direito civil: contratos. Vol. III.* São Paulo: Revista dos Tribunais: 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais.* Salvador: JusPODIVM, 2016.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor. 9ª ed. rev. e atual.* São Paulo: Saraiva, 2014.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho. 3ª ed. fac-similada.* São Paulo: LTR, 2015.

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS POLÍTICOS. Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, n. 102, 2011.

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS POLÍTICOS. Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, n. 103, 2011.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, 34ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n.10.406, de 10-1-2002), vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. *Servidores Públicos*. Niterói: Impetus, 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 27ª ed. atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 54ª ed., vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.