

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

DANY PATRICK DO NASCIMENTO KOGA

**NEGÓCIO JURÍDICO MATERIAL E PROCESSUAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA
AUTONOMIA PRIVADA**

MARÍLIA
2016

DANY PATRICK DO NASCIMENTO KOGA

**NEGÓCIO JURÍDICO MATERIAL E PROCESSUAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA
AUTONOMIA PRIVADA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, sob a orientação do Prof. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira.

MARÍLIA
2016

Koga, Dany Patrick do Nascimento

Negócio jurídico material e processual à luz do princípio da autonomia privada / Dany Patrick do Nascimento Koga. - Marília: UIIMAR, 2016.

92f.

Dissertação (Mestrado em Direito - Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade de Marília, Marília, 2016.

Orientação: Prof^a. Dra. Jussara Suzi A. Borges Nasser Ferreira

1. Direito 2. Autonomia Privada 3. Contrato 4. Negócio Jurídico
I. Koga, Dany Patrick do Nascimento

CDD – 342.113

DANY PATRICK DO NASCIMENTO KOGA

NEGÓCIO JURÍDICO MATERIAL E PROCESSUAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA
AUTONOMIA PRIVADA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília,
área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social,
sob a orientação da Prof^a. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira.

Aprovado pela Banca Examinadora em ____/____/____

Prof.(a) Dr.(a)
Orientador (a)

Prof.(a) Dr.(a)

Prof.(a) Dr.(a)

Agradecimentos

Primeiramente agradeço a Deus.

A Dra. Jussara, minha orientadora, a qual teve um papel importante na escolha desta instituição, e ainda, pelos diálogos, críticas, conversas e sugestões durante a elaboração da dissertação.

Aos professores doutores Paulo, Mariana, Jeferson, Walkiria, Marisa, Jonathan entre outros que contribuíram para meu amadurecimento acadêmico.

A todos os amigos e colegas que fiz durante o Mestrado, pessoas com quem tive o prazer de conviver e aprender, em especial ao Sérgio, Daniel, Paulinha, Gisele, João, José, as Flores (Gabi e Sinara), Rodolfo, Guilherme, entre outros.

A todos os familiares, em especial minha mãe que sempre esteve junto comigo desde os primeiros passos de minha vida. Também, aos meus avós que contribuíram para formação de meu caráter.

Em especial, a minha companheira Janete, por estar junto comigo nesta jornada.

Aos funcionários da Unimar, em especial ao Augusto que sempre deu todo o suporte para mim durante o curso.

*“Nas favelas, no Senado
Sujeira pra todo lado
Ninguém respeita a Constituição
Mas todos acreditam no futuro da nação”*

(Renato Russo)

ESTADO NEGÓCIO JURÍDICO MATERIAL E PROCESSUAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

A investigação tem por objeto analisar a influência do princípio da autonomia privada na formação dos negócios jurídicos materiais e processuais. Com isso, o presente trabalho traz um resgate conceitual dos fatos e atos jurídicos, com intuito de identificar o negócio jurídico como espécie de fato jurídico. Também busca um resgate histórico e conceitual do instrumento de materialização do negócio jurídico, estabelecendo o paradigma da constitucionalização do contrato. Quanto à autonomia privada, estabeleceu-se um resgate histórico e conceitual, estabelecendo uma análise constitucional, em razão dos limites estabelecidos ao exercício da liberdade. Num primeiro momento, a análise dos negócios jurídicos sob o prisma da autonomia privada se efetivou no campo do direito material, com a finalidade de estabelecer a sua importância na formação dos negócios jurídicos. Num segundo momento, esta análise se deu no ramo do direito processual, estabelecendo a autonomia privada como direito fundamental e a sua importância na formação dos negócios jurídicos processuais, bem como a sua importância na democratização do processo. Contudo, foi apontado alguns problemas acerca da não observância dos limites estabelecidos pela autonomia privada para a formação dos negócios jurídicos, bem como foi apontado uma orientação de postura aos sujeitos processuais para o exercício da autonomia privada na formação do contrato de procedimento.

Palavras-chave: Autonomia Privada. Contrato. Negócio Jurídico.

MATERIAL AND PROCEDURAL LEGAL BUSINESS IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF PRIVATE AUTONOMY

The purpose of the investigation is to analyze the influence of the principle of private autonomy in the formation of legal and material business and procedures. With this, the present work brings a conceptual rescue of the facts and legal acts, in order to identify the legal business as a kind of legal fact. It also seeks a historical and conceptual rescue of the instrument of materialization of the legal business, establishing the paradigm of the constitutionalization of the contract. As for private autonomy, it established a historical and conceptual rescue, establishing a constitutional analysis, due to the limits established to the exercise of freedom. At first, the analysis of legal business under the prism of private autonomy was carried out in the field of material law, with the purpose of establishing its importance in the formation of legal business. Secondly, this analysis took place in the field of procedural law, establishing private autonomy as a fundamental right and its importance in the formation of procedural legal transactions, as well as its importance in the democratization of the process. However, it pointed out some problems regarding the non-compliance with the limits established by private autonomy for the formation of legal business, as well as pointing out a stance orientation to procedural subjects for the exercise of private autonomy in the formation of the procedure contract.

Keywords: Private Autonomy. Contract agreement. Juridic business.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 DO FATO JURÍDICO E DO ATO JURÍDICO.....	12
1.1 DOS PLANOS DA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA.....	13
1.2 CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS E ATOS JURÍDICOS.....	15
1.3 INSTRUMENTO DE MATERIALIZAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NA FORMAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO.....	19
1.4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO CONTRATO.....	22
1.5 DIREITO, ECONOMIA E CONTRATO.....	27
2 NEGÓCIO JURÍDICO MATERIAL E AUTONOMIA PRIVADA.....	33
2.1 RELEVÂNCIA DA AUTONOMIA PRIVADA.....	33
2.2 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA.....	35
2.2.1 <i>Autonomia Privada como Direito Fundamental</i>	39
2.2.2 <i>Limitações da Autonomia Privada no Direito Negocial</i>	41
2.2.3 <i>Boa Fé Objetiva</i>	44
2.2.4 <i>Função Social</i>	49
3 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA.....	53
3.1 FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS.....	57
3.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO PROCESSUAL.....	60
3.3 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL.....	65
3.4 CONTRATO DE PROCEDIMENTO.....	71
3.4.1 <i>Formação</i>	73
3.4.2 <i>Democratização do Processo e Concretude de Direitos Fundamentais</i>	74
3.4.3 <i>Aplicação do Contrato de Procedimento</i>	77

3.4.3.1 Questões recursais	78
3.4.3.2 Calendário processual	79
3.4.3.3 Postura dos sujeitos processuais no cumprimento do contrato de procedimento	81
CONCLUSÃO.....	83
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	85

INTRODUÇÃO

A proposta do presente trabalho tem como objeto a análise do princípio da autonomia privada quanto à formação dos negócios jurídicos materiais e processuais.

A eleição do tema se justifica, em linhas gerais, pelo fato que a partir da pós-modernidade, os institutos do direito privado devem ser analisados sob o enfoque constitucional. Diante disso a autonomia privada, constitucionalizada, implica em limitações ao regramento do exercício da liberdade na formação dos negócios jurídicos, sendo que essas limitações têm como objetivo garantir segurança nos negócios jurídicos e efetivar o exercício dos direitos e garantias fundamentais.

Desta forma, o resgate da autonomia privada na análise dos negócios jurídicos é relevante, na medida que, torna-se necessário que os operadores do direito entendam que a atual sistemática do direito privado busca a efetivação dos direitos consagrados constitucionalmente como fundamentais.

O objetivo geral norteador da pesquisa se pautou em analisar qual a relevância da autonomia privada para a formação de negócios jurídicos materiais e processuais. Os objetivos específicos foram: estabelecer os limites da autonomia privada, identificar o instrumento que materializa o exercício da autonomia privada na formação dos negócios jurídicos, investigar a existência de negócios jurídicos processuais, estabelecer a influência da autonomia privada na formação dos negócios jurídicos materiais e processuais.

As hipóteses levantadas para a pesquisa partiu da seguinte subdivisão metodológica: os negócios jurídicos existentes, válidos e eficazes são subespécie de fatos jurídicos; o contrato é o instrumento por excelência de materialização dos negócios jurídicos; o contrato constitucionalizado é aquele que atende os princípios da função social e da boa-fé objetiva; devido a constitucionalização dos institutos do Direito, a autonomia da vontade evolui para o princípio da autonomia privada; a função social e boa-fé objetiva caracterizam como limites da autonomia privada, consistindo em restrição ao exercício da liberdade negocial; os negócios jurídicos podem ser divididos em materiais e processuais; a autonomia privada é mecanismo essencial para a formação dos negócios jurídicos materiais e processuais; no Direito Processual a autonomia privada é manifestada através do contrato de procedimento (convenções processuais atípicas).

Estabelecidas às delimitações de ordem metodológica, cumpre especificar as etapas do trabalho com o raciocínio desenvolvido, sendo que a presente dissertação foi dividida em três capítulos, sendo: Do Fato Jurídico e Do Ato Jurídico; Negócio Jurídico Material e Autonomia Privada; e, Negócio Jurídico Processual e Autonomia Privada.

O primeiro capítulo será composto por três subtítulos e terá por objetivo, em síntese, o resgate dos conceitos de fato e ato jurídicos, assim como estabelecer que contrato caracteriza instrumento de materialização do negócio jurídico sob o prisma constitucional e reconstruir o direito privado através da análise econômica do direito, com a finalidade de traçar uma relação entre direito, economia e formação de negócio jurídico através do contrato.

O capítulo segundo objetiva analisar o negócio jurídico material sob a influência da autonomia privada, sendo dividido em cinco seções. Na primeira seção buscou-se estabelecer relevância da autonomia privada para o direito negocial. Na segunda seção parte-se da análise do princípio da autonomia privada, no sentido de estabelecer um paradigma constitucional, ao tratar a autonomia privada como direito fundamental e estabelecer as suas limitações por meio da aplicação da boa-fé objetiva e função social.

Por fim, o capítulo terceiro se pautou na análise da autonomia privada acerca da formação dos negócios jurídicos processuais. Num primeiro momento foram identificados os atos jurídicos processuais e a presença de negócio jurídico processual, com isso, a análise dos negócios jurídicos processuais foi identificar a importância do princípio da autonomia privada e o instrumento de materialização dos negócios jurídicos, tido como o contrato de procedimento. No contrato de procedimento foi proposta uma discussão acerca de sua formação, instrumento de concretude de direitos fundamentais, e na sua aplicação, que se pautou pela análise das questões recursais, calendário processual, postura dos sujeitos processuais no cumprimento do contrato de procedimento.

A metodologia utilizada na dissertação foi a pesquisa bibliográfica de livros e periódicos, métodos dedutivos, sistêmico e axiológico. A pesquisa iniciou-se com o estudo bibliográfico dos principais institutos envolvidos, a saber: fatos e atos jurídicos, negócios jurídicos, contrato e autonomia privada. De forma abrangente propôs uma análise histórica e conceitual destes institutos.

1 DO FATO JURÍDICO E DO ATO JURÍDICO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o negócio jurídico material e processual através da influência do princípio da autonomia privada, no entanto, a análise do tema deve ser iniciada com um resgate conceitual de temas precedentes. Neste ponto torna-se primordial, resgatar o conceito de fato jurídico, o qual teve um tratamento peculiar no direito material.

A ideia de fato jurídico não é uniforme na doutrina, desta forma, apresenta-se como marco teórico da pesquisa um conceito referencial, o qual será possível adotar na análise da aplicação da autonomia privada no negócio jurídico material e processual.

Diante disso, levando-se em conta que os negócios jurídicos são espécies de fatos jurídicos, de forma metodológica, deve, inicialmente, ser realizada uma análise do que seja fato jurídico. Após isto, torna-se possível definir o negócio jurídico, para que, no final, seja possível adentrar na análise da autonomia privada na formação dos negócios jurídicos materiais e processuais.

Observa-se que a vida é movimentada por fatos, o homem quando vive em sociedade está diante de inúmeros fatos, sejam naturais ou, até mesmo, aqueles necessários para o convívio coletivo. Ante a presença destes fatos surge o direito como instrumento adequado para o homem viver em sociedade.

Logo, a existência de eventos, por si só, gera os fatos, os quais podem ser jurídicos ou ajurídicos. Neste ponto faz-se necessário distinguir o fato jurídico e o fato ajurídico (também conhecido como material); o “fato jurídico se caracteriza pela produtividade de efeitos jurídicos [...]”¹, já o fato ajurídico não está embasado na coercibilidade. Nota-se que a diferença entre eles é a produção de efeitos jurídicos, ou seja, a existência de comando mandamental (coercibilidade).

Pontes de Miranda arquitetou teoria a respeito do fato jurídico; para ele a existência de um fato no mundo não significa que ele será jurídico, neste ponto a ideia central de seu pensamento é: “Os elementos do suporte fático são pressupostos do fato jurídico; o fato jurídico é o que entra, do suporte fático, no mundo jurídico, mediante a incidência da regra jurídica sobre o suporte. *Só de fatos jurídicos provém eficácia jurídica*”².

Nota-se que para que haja o fato jurídico deve haver a incidência da regra jurídica, “só após a incidência de regra jurídica é que os suportes fáticos entram no mundo jurídico,

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil:** parte geral e LINDB. 11ª ed. Bahia: JusPodivm, 2013, p. 583.

² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, Tomo I. ebook, 2016, p. 18.

tornando-se fatos jurídicos”³. A partir desta premissa que há a distinção entre fatos jurídicos e ajurídicos, ou, seguindo o raciocínio de Pontes Miranda, a divisão entre mundo dos fatos (gênero) e mundo dos fatos jurídicos (subespécie).

Assim, “para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – *incidam* sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os ‘jurídicos’”⁴.

Enquanto a causalidade dos fatos, elementos do suporte fático, é, de ordinário, a física ou natural, a causalidade da eficácia jurídica, isto é, segundo o que estabelecem as regras jurídicas. Dentro do mundo jurídico, em que se introduziu o fato ou complexo de fatos, fazendo-se jurídico, toda irradiação dele é segundo os critérios que as regras jurídicas tenham adotado e há de parar onde a regra jurídica o diga, ainda quando, excepcionalmente, o critério seja o da causalidade física ou natural, foi a regra jurídica que o fez conteúdo seu. Tal dependência da eficácia em relação às regras jurídicas é expressa pelo princípio da causalidade jurídica da eficácia jurídica. O direito prescinde da causalidade fática, porque cria nos pensamentos o seu mundo⁵.

Compartilhando esta definição, tem-se que fato jurídico é o evento que houve a incidência da regra jurídica e em razão disso ocasionou a produção de efeitos (criou, modificou, substituiu ou extinguiu situações jurídicas).

Desta forma, os fatos no mundo podem ser de origem jurídica ou não, sendo que o que distingue ambos é a produção de seus efeitos. Aqueles que produzem efeitos jurídicos são os ditos fatos jurídicos.

1.1 DOS PLANOS DA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

Em razão a teoria apresentada por Pontes de Miranda, procede a separação em três planos: existência, validade e eficácia. Isso implica que um “acontecimento jurídico pode existir e não ter validade (reconhecimento pelo ordenamento jurídico) e, por conseguinte, não produzir qualquer consequência jurídica (ou seja, não ter eficácia)”⁶.

O motivo de tratar esta divisão no cenário jurídico é afirmar que todo fato jurídico permeia por diferentes dimensões, sendo que o fato jurídico nasce e ganha validade através da regra jurídica, e com sua existência e validade produzirá os efeitos jurídicos.

³ Ibidem, p. 19.

⁴ Ibidem, p. 20.

⁵ Ibidem, p. 18.

⁶ FARIAS; ROSENVALD, op. cit, p. 583.

O plano de existência do fato jurídico é atrelado a três situações distintas, sendo: a situação abstrata que se caracteriza pela previsão hipotética da norma jurídica, isto é, a norma jurídica descreve um fato jurídico hipotético; a situação ou momento de concreção, expressa pela própria incidência da norma aos fatos humanos; e, momento de nascimento, o fato jurídico só nasce a partir do momento que há previsão e incidência normativa a respeito de determinado fato⁷.

Diante disso, pode-se cogitar algumas situações⁸:

- a) existência, validade e eficácia: escritura pública de compra e venda lavrada entre agentes capazes;
- b) existência, validade e ineficácia: escritura pública de testamento, é ineficaz com relação ao beneficiário, sendo que sua eficácia se dá através da morte do testador;
- c) existência, invalidade e eficácia: casamento putativo, ele é existente e produz efeitos desde a cerimônia até o trânsito em julgado da decisão anulatória, entretanto, é invalidado caso uma das partes entre com a ação anulatória, sendo que na hipótese de ocorrer a decadência em ajuizar a anulatória o casamento será convalidado, ou seja, terá a sua validade;
- d) existência, invalidade e ineficácia: ato praticado por pessoa absolutamente incapaz, sem representação, como a celebração de contrato de compra e venda;
- e) existência e eficácia: nascimento com vida.

Essa divisão do fato jurídico é possível porque a regra jurídica, em razão de sua abstração, contém elementos que definem a passagem do fato jurídico em cada uma das dimensões.

Com isso, é importante analisar o suporte da regra jurídica, com a finalidade de identificar o fato jurídico em cada plano (existência, validade e eficácia).

A configuração do suporte fático é extremamente importante: ou a regra jurídica concebe o suporte fático em esquema rígido, indeformável; ou, para cada deformação, ou alteração, que lhe não mude os elementos-kerne (=elementos comuns), outra regra jurídica intervém e incide. Tem-se procurado distinguir o que é essencial e o que não é essencial no suporte fático; porém tal distinção desatende a que, se algo não é essencial, a regra jurídica incide, a despeito da falta, e não se há de pensar em que faça parte do suporte fático. O suporte fático então é apenas a soma do que é essencial. Se a regra jurídica deixar perceberem-se diferenças entre elementos do suporte fático, é que há, na verdade, duas ou mais regras jurídicas. Se a regra jurídica A considera necessários a, a", a""", esses elementos são suporte fático de outras regras jurídicas. Não é regra jurídica somente o que, incidindo sobre o fato, faz nascerem direitos, pretensões, ações e exceções, ligadas à judicização do

⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. Plano de existência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 11.

⁸ FARIAS; ROSENVALD, op. cit, p. 584.

fato; também no são as regras que, incidindo sobre o fato, dão ensejo a direitos, pretensão, ações ou exceções, ligadas à negativa de juridicização (= inexistência), de validade (= nulidade; = anulação), ou de irrevocabilidade, ou de eficácia⁹.

A existência do fato jurídico é base para tudo que possa ocorrer no ordenamento jurídico, ou seja, ela que determina a produção de efeitos jurídicos. Já o plano de eficácia trata-se exatamente dos fatos existentes que produziram efeitos jurídicos (criarão situações jurídicas).

Desta forma, há identificação na regra jurídica dos elementos de seu suporte fático, isto é, todos os elementos que sejam a causa de um efeito jurídico. Todo fato jurídico tem a incidência da regra jurídica, ou seja, a norma determina as consequências jurídicas para a existência de determinado evento. Estes fatos pelo seu suporte fático, que consiste nos elementos causadores dos efeitos jurídicos, permitem a análise das dimensões de sua existência, validade e eficácia do fato jurídico.

Assim, no ordenamento dos fatos jurídicos, válidos e eficazes, de forma didática para o estudo, são classificados em espécies e subespécies, sendo que, no presente trabalho a ênfase é a subespécie de negócio jurídico.

1.2 CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS E ATOS JURÍDICOS

Levando-se em conta que fato jurídico é o conjunto de fatos ou fato que incidi a norma jurídica, e que por meio da incidência do suporte fático na concreção da subsunção normativa é que os fatos jurídicos se situam no plano da existência no ordenamento jurídico.

Diante desta base teórica utilizada faz-se necessário classificar os fatos jurídicos, tomando-se por base os elementos essenciais e diferentes de cada uma delas, sendo: “a) a conformidade ou não do fato jurídico com o direito (licitude ou ilicitude); b) a presença, ou não, de ato humano volitivo no suporte fático tal como descrito hipoteticamente na norma jurídica”¹⁰.

Nesta seara classificar significa juntar espécies de um mesmo gênero através de um ponto comum entre elas, separando-as em razão das diferenças específica de cada uma. O motivo de se propor a classificação é analisar determinada espécie do instituto com maior ênfase.

⁹ MIRANDA, op. cit, p. 43.

¹⁰ MELLO, op. cit, p. 112.

Em razão de critério didático apresenta-se a classificação dos fatos jurídicos. Adepto da teoria de Pontes de Miranda, a qual define fato jurídico pelo acontecimento humano, com incidência da norma jurídica, capaz de produzir efeitos, tem-se a classificação deles quanto à conformidade da norma jurídica, que podem ser lícitos ou ilícitos.

Os fatos que se concretizam no amparo da norma jurídica são os lícitos, ao passo que, aqueles que ao se concretizarem violarem este suporte fático, ocasionando a negação da regra jurídica, serão fatos ilícitos¹¹. Pois, fatos lícitos são aqueles que constituem uma afirmação a ordem jurídica, ou seja, aqueles que estão em consonância com o ordenamento jurídico, já os fatos ilícitos são aqueles que contrariam a própria norma jurídica. Exemplo, cobrar dívida de jogo no Brasil é fato ilícito em razão de que a legislação proíbe tal cobrança.

Importante fixar que o fato ilícito não é ajurídico, mas jurídico. Lembrando que tudo que sofre incidência de uma norma jurídica é capaz de criar situações jurídicas (produzir efeitos).

Diz-se que a função do fato jurídico é produzir direitos e obrigações, e o fato ilícito produz o direito a parte lesada e a obrigação (de responsabilizar) do sujeito que praticou o fato contrário ao ordenamento jurídico. Nesse sentido, “no campo do Direito Privado, o fato contrário ao direito (como o ilícito) tem o efeito de gerar uma relação jurídica entre a quem seja imutável (=responsável) e aquele que sofre suas consequências (vítimas)”¹².

Insta, ainda que o artigo 81, do Código Civil de 1916 excluía o ato ilícito como ato jurídico, no entanto, o legislador do Código de 2002 corrigiu o erro, estabelecendo o ato ilícito como jurídico.

Partindo da ideia de fatos jurídicos que podem ser acontecimentos originados pela vontade do indivíduo ou por força da natureza, surge a classificação subjetiva do agente que originou o fato. Com isso tem-se fato jurídico em sentido lato que “é qualquer acontecimento, dependente ou não, do homem, que tem potencialidade de conferir efeitos concretos [...]”¹³. Já, em outro foco ele pode ser em sentido estrito que se expressa pelo “acontecimento involuntário, independente da vontade humana, que produz efeitos”¹⁴.

Ato jurídico, em sentido amplo, é expressão utilizada para designar os acontecimentos que têm no seu suporte fático (tipificação) a presença do elemento volitivo. Essa vontade humana (caracterizadora dos atos jurídicos, em sentido amplo) poderá se dar meramente para aderir a efeitos preestabelecidos pelo ordenamento jurídico (atos jurídicos em sentido estrito) ou, ao revés, poderá ser uma

¹¹ FARIAS; ROSENVALD, op. cit, p. 586.

¹² MELLO, op. cit, p. 114.

¹³ FARIAS; ROSENVALD, idem.

¹⁴ Ibidem, p. 586-587.

vontade criadora, estabelecendo novas categorias jurídicas que devem decorrer dos fatos (negócios jurídicos).
 Ao lado dessas, encontra-se, também, o ato-fato jurídico, caracterizando espécie autônoma que surge da vontade humana, tendo, pois, o ato humano como essencial, porém desprezando-a em seguida, uma vez que para a produção dos seus efeitos a vontade humana é irrelevante, independentemente do elemento anímico¹⁵.

Desta forma o fato jurídico é todo acontecimento natural ou humano que deflagra efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo direitos. O fato jurídico em sentido estrito é o acontecimento natural, podendo ser ordinário (comum, previsível, como exemplo o nascimento) ou extraordinário (como exemplo uma nevasca em Palmas -TO). O fato jurídico em sentido estrito não pode ser estudado sob o prisma da validade, isto é, nulo ou anulável, uma vez que não há vontade humana na origem deste fato.

O ato-fato jurídico consiste em comportamento que, embora derive da atuação humana, é desprovido de vontade consciente em direção ao resultado que se pretende atingir, ou seja, produz efeitos jurídicos.

Embora o Código Civil de 2002 não tenha designado um tratamento quanto a regulamentação dos atos-fatos jurídicos, trouxe uma inovação de dar mais ênfase e proteção ao negócio jurídico.

De fato, embora não seja perfeita a disciplina empreendida pelo Novo Código Civil – por omitir-se, por exemplo, institutos como ato- jurídico ou a enunciação expressa dos elementos de existência do negócio jurídico –, o fato é que houve considerável inovação na recente legislação, substituindo-se a expressão genérica ato jurídico pela designação específica negócio jurídico, medida da mais louvável técnica jurídica, uma vez que é a este, e não àquele que se aplicam todas as normas ali explicitadas¹⁶.

Dentro dos atos-fatos, têm-se três espécies: reais, indenizativos e caducificantes. Os atos-fatos reais são aqueles que o resultado configura o ato-fato e não a intenção/vontade do sujeito que irá determinar, por exemplo, no caso do absolutamente capaz encontrar um tesouro é irrelevante a sua vontade de querer achar, sendo que o resultado de encontrar torna-o proprietário do bem. Já, os indenizativos são aqueles que quando praticados não levam em conta a intenção do agente para que ele seja responsável, por exemplo, uma indústria que cumpri as regras de segurança, caso haja um evento da natureza, como um terremoto, e sua produção química vaze e cause danos, a empresa irá indenizar (efeito jurídico). E, o atos-fatos caducificantes são os casos de prescrição, decadência e preclusão, ou seja, o fato do titular do

¹⁵ Idem Ibidem.

¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v.I. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308.

direito permanecer inerte por determinado tempo gera efeitos jurídicos como a perda do direito de exigir uma pretensão¹⁷.

O ato jurídico em sentido estrito, também chamado de ato não negocial, previsto no art. 185, Código Civil, traduz um simples comportamento humano voluntário e consciente, cujos efeitos estão pré-determinados na lei. Não há espaço de liberdade negocial. São desprovidos de liberdades, entretanto, o negócio jurídico há liberdade.

Outra espécie de fato jurídico é o ato jurídico em sentido amplo, que consiste no ato em que a vontade humana é a protagonista para a sua configuração, a conduta humana compõe o objeto do suporte fático. A vontade humana determina o resultado juridicamente não proibido.

Nesse sentido, importante apontar os elementos constitutivos do ato jurídico em sentido amplo, os quais são: a manifestação consciente de vontade do sujeito; que esta exteriorização de sua vontade se remeta a um resultado protegido e permitido pelo direito, e que, este resultado seja apto a produzir efeitos jurídicos aos interessados¹⁸.

Esta subespécie se subdivide em ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico. O ato jurídico em sentido estrito é aquele que a vontade exteriorizada se limita aos efeitos previamente previstos na regra jurídica, como, por exemplo, reconhecimento de paternidade, confissão etc. Na mesma linha:

[...] fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fático manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas¹⁹.

Já o negócio jurídico existe quando a vontade manifestada pelo sujeito compõe o núcleo do suporte fático e que o resultado pretendido não é pré-determinado pela lei. Nesta subespécie os sujeitos têm o poder de autorregulamentar a situação jurídica.

Para Roxana Cardoso Brasileiro Borges:

[...] a manifestação de vontade, pura e simplesmente, não tem, por si, a força de gerar aquisição, modificação ou extinção de direitos. Apenas a vontade que estiver de acordo com o ordenamento jurídico pode gerar os efeitos jurídicos desejados pelo sujeito, capaz e legitimado, que a declara. A manifestação de vontade, isoladamente, não tem valor jurídico; só o terá se estiver de acordo com a Constituição, as leis, a

¹⁷ MIRANDA, op. cit, p. 423-434.

¹⁸ MELLO, op. cit, p. 139.

¹⁹ Ibidem, p. 159.

ordem pública e, como sustenta a maior parte da doutrina, conforme a moral e os bons costumes²⁰.

O negócio jurídico, em síntese, é uma declaração de vontade emanada pela liberdade negocial. Este instituto permite que os indivíduos celebrem negócios jurídicos dentro da sociedade.

O liberalismo permitiu que fosse dada aos indivíduos a liberdade de contratar, sendo que este direito se efetivou pela adoção do princípio da autonomia de vontade. Este período iluminista foi marcado pela transformação na sociedade, sendo que a liberdade, a qual antes era suprida, foi dada de forma ilimitada como um direito fundamental dos componentes da sociedade.

Isto foi marcado pelo impulsionamento dos indivíduos em contratar. A autonomia da vontade, que garante a liberdade plena aos indivíduos, fez com que as pessoas no exercício deste direito fizessem inúmeros contratos, amparados pela declaração de vontade escrita e imutável dos contratantes.

Nesta seara, pode-se apontar que o contrato foi o instrumento de exercício da autonomia da vontade e da difusão do direito obrigacional, através da formação do negócio jurídico.

1.3 INSTRUMENTO DE MATERIALIZAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NA FORMAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

O liberalismo teve como uma de suas marcas o contrato como o instrumento de materialização dos negócios jurídicos entre particulares, este instrumento fazia lei entre as partes e era protegido pelo preceito do *pacta sunt servanda*.

No Brasil, o Código Civil de 1916 replicou este preceito liberal, com objetivo na imutabilidade contratual, pois os indivíduos, ora contratantes, celebram livremente o instrumento contratual, assumindo obrigações, que devem ser cumpridas, sob o preceito do *pacta sunt servanda*.

No entanto, com a interferência do Estado, no final do século XIX, nas relações contratuais, limita-se a liberdade contratual com a finalidade de evitar abusos nas relações

²⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 54.

contratuais existentes, sendo que a boa fé e a função social tornam-se instrumentos de proteção contratual. Estes princípios visam coibir abusivos e equilibrar a relação contratual.

O contrato, tanto em sua formação, como na sua fase de execução, deverá harmonizar a autonomia da vontade com a função social que exerce na contextura social. O ordenamento jurídico abandonou a fase individualista e patrimonial para adentrar, com absoluta segurança, em ambiente que assegure uma humanização dos negócios jurídicos contratuais. Há uma transformação imposta ao direito privado que, embora não o desconfigure, passa a ser regido por princípios que visam a diminuir os efeitos de forças dominantes que, ainda, pregam o liberalismo econômico²¹.

Desta feita, faz-se necessário apontar aspectos históricos acerca do contrato, no tocante ao conteúdo jurídico de seu conceito.

Num primeiro momento, pode-se apontar que o conceito jurídico do contrato esteja ligado ao aspecto social-econômico, em razão da natureza de sua utilização, sendo um instrumento de circulação de riquezas.

O desenvolvimento da atividade econômica faz necessário a utilização do contrato para garantir segurança na economia, com o objetivo de promover a circulação de riquezas.

Apesar desta noção, a princípio de que o conteúdo jurídico do conceito de contrato é focado no aspecto econômico, torna-se importante analisar este instrumento em diferentes momentos históricos quanto ao seu uso.

Diante disso, o contrato é um instituto típico do Direito Civil, cujo, durante a evolução da sociedade, passou por transformações, como passando do formalismo extremo para o não formalismo, pois, neste momento, o conteúdo do contrato e vontade das partes eram os elementos por excelência para a formalização deste instrumento, não se importando com o aspecto formal para a sua celebração²².

No Direito Romano o contrato era tratado como um vínculo jurídico solene de uma obrigação. Este formalismo, na época, garantia uma segurança aos romanos quando da formação do pacto, pois, no documento escrito constava o tempo para aceitar o vínculo obrigacional e garantia da dívida. Isto na época vigora a máxima do *pactum sunt servanda*, ou seja, era analisada somente a forma do contrato, eis que contrato que respeitava a forma era destinado para o seu cumprimento, pouco importando qualquer intenção maliciosa de uma das partes.

²¹ DELGADO, José Augusto. O Contrato no código civil e a sua função social. In: **Revista Jurídica**, São Paulo, a. 52, n. 322, p. 7-28, ago. 2004, p. 14.

²² CRETELA JÚNIOR, J. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1993, p. 245.

Na tradição romana, o contrato, devido a sua conotação objetiva, “era utilizado para designar acordos, reconhecidos como obrigatórios e providos de *actio*, discernindo-os de outros acordos, não obrigatórios e nomeados como *pacta*”²³.

O fato da dificuldade de formalizar o negócio jurídico e a quantidade de negócios que estavam surgindo em Roma fez com que o formalismo em excesso fosse relativizado, surgindo então negócios que dispensavam as formalidades excessivas.

Com isso o contrato abandona o formalismo para se preocupar com o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas acerca de determinado negócio, sendo que, o instrumento que regerá as vontades é o próprio contrato, ou seja, ele se torna o instrumento de normatização do pacto de vontades. Pode-se dizer que este marco se deu a partir da evolução da teoria de Kant.

Na França, com o iluminismo (século XVIII), foi consagrado o princípio contratual do *pacta sunt servanda*, o qual estabelecia que o acordo de vontades entre os contratantes se tornava regra entre elas, pois bem, o acordo firmado deveria ser cumprido.

O respeito à liberdade das partes contratantes, a proteção da propriedade como direito absoluto, o individualismo dos interesses são modificados com o advento do Estado Social a intervir nas relações privadas em prol do interesse social mitigando a autonomia privada e também a autonomia de contratar das partes²⁴.

Esta concepção de contrato permeou no Código Civil de 1916, o qual era sustentado pela liberdade de contratar, isto é, pela manifestação da autonomia da vontade, e pelo cumprimento das obrigações assumidas através do instrumento firmado.

O contrato desenvolve uma expressão de autonomia da pessoa no espaço de uma certa liberdade. Essa é a concepção que se propôs a superar o dogma da vontade na concretização de personalismo ético. A questão está no limite contundente dessa configuração jurídica, que se reconhece incompleta e imperfeita.

Os contratos pressupõem “vontades” e, por isso mesmo, pressupõem a existência de alguém que manifeste essa vontade; daí ser imprescindível a relação de sujeito: o sujeito em si mesmo não é suficiente, sendo necessário coloca-lo em relação com outro, donde surge a relação jurídica. Essa ideia vai vincular sobre o que recaem poderes e deveres, portanto, nesse sentido, emerge também a noção de objeto, que passa a ser, do mesmo modo que as demais, uma expressão dos pilares que compõem a base do direito privado²⁵.

²³ MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. In: **Revista de Direito Civil**. São Paulo: RDCiv59/19, jan.- mar./1992, p. 1122.

²⁴ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; HOFFMANN, Glauci Aline. **Relações Negociais**: autonomia privada e a eficácia dos direitos fundamentais. CONPEDI, 2012, p. 8.

²⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 161-162.

Com a evolução da sociedade, surge a limitação da liberdade individual em prol do bem comum, desta forma, o contrato rompe com o *pacta sunt servanda* e, os pilares da boa-fé objetiva e da função social tornam-se as pilastras da instrumentalização do negócio jurídico.

O Estado Democrático de Direito e Social rompe com a tradição liberal redefinindo institutos clássicos de direito privado, atribuindo à propriedade e ao contrato função social. A sociedade de massa não mais permite a contratação individual e diante das garantias constitucionais e da intervenção na economia, o contrato plurindividual se sobrepõe ao contrato exclusivo entre contratante e contratado²⁶.

Pois, surge a partir daí a constitucionalização do contrato, iniciada pelo movimento do neconstitucionalismo, que, dentre suas propostas, pregava a aplicação dos princípios e regras constitucionais em todos os ramos e institutos jurídicos.

1.4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO CONTRATO

O constitucionalismo surge com as revoluções liberais (Francesa e Norte- Americana, EUA), no final do sec. XVIII, com a ideia de Constituição nos seguintes moldes: - escrita (1ª Constituição foi a dos EUA em 1776, seguida da francesa, em 1791); - formal; - supremacia.

Com o constitucionalismo, contribuíram as tradições das constituições desses dois países, França e Estados Unidos. A tradição Norte-Americana (EUA) trouxe as ideias de supremacia e garantia judicial dessa supremacia constitucional. Essa ideia de supremacia está ligada à regra de jogo, que significa o poder político (Judiciário, Legislativo e Executivo). Já, a garantia judicial da supremacia da constituição é exercida pelo Poder Judiciário, em razão de ser o poder dotado de neutralidade política.

A contribuição dada pela Revolução Francesa está ligada ao Poder Constituinte, dentre os maiores expoentes, destaca-se Abade Sieyès. De acordo com esse pensador, o titular do Poder Constituinte era a nação. Dessa forma, todos os poderes constituídos (Poder Judiciário, Poder Legislativo e Poder Executivo) eram subordinados à constituição.

Em outro aspecto, nota-se que a constituição dos EUA se refere, somente, a quem manda, e não às opiniões políticas, o que diverge da tradição francesa. Nesta última, a

²⁶ FERREIRA, Jussara Assis Borges Nasser. Teoria crítica do Negócio Jurídico. In: **Revista Diritto & Diritti – revista giuridica on line**. Disponível em: <http://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/27048.html>. ISSN: 1127-8579, 2008, p. 10. Acesso em: 06 de jun./2016.

Constituição não se contenta apenas em estabelecer as regras do jogo, ela é um projeto político de transformação política e social que pretende participar diretamente do jogo.

O constitucionalismo pregava que os Estados deveriam ter a sua própria constituição, a qual deveria estabelecer, pelo menos, as regras de atuação do Estado para com a sociedade, ou seja, a Constituição dos Estados deveria regular os poderes constituídos. A partir deste movimento, inúmeros Estados passam a criar a sua carta constitucional própria, sendo que, a maior parte das Constituições se limitavam a estabelecer as regras do jogo.

No entanto, após a Segunda Guerra Mundial, em razão dos traumas dessa tragédia, há uma reestruturação no pensamento jurídico no sentido de elevar o indivíduo por meio da dignidade da pessoa humana. A partir disso, surge o movimento do Neo Constitucionalismo, tal expressão foi proposta por Luiz Pietro Sanchis²⁷, no Brasil, denomina-se tal movimento de Constitucionalização do Direito.

A constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados²⁸.

Desta forma a Constituição passa a ser aplicada como fonte de interpretação, sendo que ela se concretiza quando é utilizada como fonte de hermenêutica nos outros ramos do direito, em especial no civil (o qual está sendo tratado).

Para se destacar a importância deste movimento, Castanheira Neves enfatiza o constitucionalismo como um senso de justiça, conforme transcrição de suas palavras:

[...] constitucionalismo actual de sentido jurídico-material, que vê na constituição (entendida não já só no sentido predominante no séc. XIX, sentido “programático”, mas normativo-juridicamente vinculante) a sede

²⁷ Após a Segunda Guerra Mundial, a sociedade deu enfoque a limitação da liberdade individual em proteção a coletividade, isso pode-se destacar como a terceira onda do direito, onde a fraternidade e a igualdade se sobrepõe ao individualismo. Neste período as Constituições dos Estados ganham maior relevância, surgindo o movimento de constitucionalização do direito, isso implica que os ramos do direito devem estar em consonância com o texto constitucional. Luiz Pietro Sanchis destaca isso como o Neo-Constitucionalismo, o qual possui as seguintes características: constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios no lugar de uma homogeneidade de princípios, mais princípios do que regras (mais ponderação do que subsunção), onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário, onipresença da constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, no lugar de espaços isentos em favor da opção legislativa (*apud* NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 130-131).

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teórico e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 44.

privilegiada tanto da proclamação dos “direitos do homem” (ditos assim “direitos fundamentais”) como da prescrição dos também fundamentais princípios jurídicos, direitos e princípios que exprimiriam o sentido normativamente material da constituição e nesse sentido o próprio sentido da “justiça” (agora já de novo num sentido ambíguo, a ordem jurídica. Nestes termos, o sentido último do direito dá-lo-ia a constituição e a juridicidade acaba por identificar-se com a constitucionalidade. Pelo que se haveria afinal de reconhecer também a evolução do Estado-de-direito, sobretudo enquanto “Estado-de-legislação” (Estado de direito legislativo) para o “Estado-de-constituição”²⁹.

Observa-se que o pensamento do autor português, além da crítica ao modelo positivista, ratifica a importância do constitucionalismo para a coletividade, e, sobretudo, destaca que uma sociedade justa é sinônimo de sociedade constitucionalizada, dando ênfase ao modelo tratado.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso³⁰, o constitucionalismo brasileiro se coincidiu com o processo de redemocratização do país e foi importante para a mudança de paradigma como:

a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional³¹.

Esse movimento de constitucionalização vem para ratificar a supremacia da Constituição perante as leis infraconstitucionais e, em razão disso, estabelece a onipresença da constituição em todos os ramos do direito, em especial, no contrato.

Nesta seara acerca da constitucionalização do direito, em especial o Civil, tem-se que:

a constitucionalização do Direito Civil segue a conformação metodológica do sistema jurídico, a exemplo dos demais subsistemas. A expressiva modificação no campo do direito privado permanece sendo a mudança do eixo individualista, devido à releitura constitucional promovida nas estruturas do Direito Civil oitocentista, conduzindo-o para a socialização. As relações privadas, finalmente, passam a contemplar os interesses coletivos para além da redoma individual³².

²⁹ NEVES, Alfredo Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 109.

³⁰ BARROSO, op. cit, p. 47.

³¹ Idem.

³² FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser, MAZZETO, Cristiano de Souza. Constitucionalização do Negócio Jurídico e Ordem Econômica. In: **Argumentum – Revista de Direito**. Marília: UNIMAR, v. 5, p. 75-92, 2005, p. 81.

Assim, a ênfase de tutela do direito privado, caracterizada pelo direito civil, remodela-se na pós-modernidade para tutelar interesses coletivos. Nesse aspecto, observa-se a mitigação do direito de propriedade e da autonomia da vontade, face à constitucionalização deste ramo.

O direito privado (civil) deve atender a uma finalidade coletiva, em razão da sua sociabilidade, e não mais aos interesses particulares, eis que:

a boa-fé passa a ser um efeito colateral para as partes, mais do que propriamente uma necessidade nuclear, é dizer que as partes além de se conduzirem para uma finalidade honesta, têm de se dirigir para uma finalidade justa. Finalidade justa reside na consumação da real igualdade das partes quanto à atribuição da carga de direitos e deveres, equilibradamente distribuídos³³.

No Brasil, a Constitucionalização do Direito Civil foi tratada, brilhantemente, por Gustavo Tepedino, que estudou a problemática da constitucionalização face à autonomia privatista deste ramo. Além disso, ele traçou a quebra dos paradigmas civilistas para a reconstrução de uma hermenêutica constitucional civilista. Assim, foi apontado o seguinte questionamento:

Mesmo admitindo-se difusamente a força normativa da Constituição, a aplicação direta dos princípios constitucionais, cujo conteúdo normativo foi proclamado pelos civilistas há vinte anos, nas relações de direito privado encontrou na doutrina e jurisprudência críticas que podem ser agrupadas em quatro objeções centrais: (i) os princípios constitucionais, mesmo tomados como preceitos normativos, constituem-se em normas de organização política e social e, portanto, valer-se deles para a regulamentação das relações jurídicas interindividuais traduziria verdadeiro salto sobre o legislador ordinário, ao qual é dado disciplinar o direito privado; (ii) a baixa concretude dos princípios constitucionais, suscitaria exagerada e por vezes perigosa subjetividade dos juízes; (iii) as normas constitucionais sujeitam-se a reformas, compromissos e contingências políticas, ao contrário das normas do direito privado, muito mais afeitas à estabilidade própria da sua dogmática, em grande parte herdada, quase de forma intacta, desde o direito romano; e (iv) o controle de merecimento de tutela imposto pela aplicação automática das normas constitucionais, para além do juízo de ilicitude dos atos em geral, representaria uma ingerência valorativa indevida nos espaços privados, reduzindo o campo das escolhas e liberdades individuais³⁴.

Apesar de pontuais à época (há vinte anos), o cenário atual é diferente, pois, a valorização do princípio da dignidade da pessoa humana, por meio do viés constitucional, fez com que se interferisse de modo positivo nas relações de âmbito civil. Cabe ressaltar que se

³³ Ibidem, p. 82-83.

³⁴ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. In: **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goitacases, v.4/5, n. 4/5, p. 167-175, 2003/2004, p. 169.

entende o termo âmbito civil como o mais adequado a ser utilizado, já que, nos dias atuais, não há mais a divisão entre público e privado em razão da constitucionalização do direito.

Diante disso, a Constituição da República de 1988 estabeleceu em seu art. 170 a ordem econômica, constitucionalizando como um de seus pilares a livre iniciativa, a qual dispõe na liberdade econômica; “[...] No plano da Constituição de 1988, a liberdade é consagrada, principiologicamente, como fundamento da República Federativa do Brasil e como fundamento da ordem econômica”³⁵.

Esta concepção de constitucionalização do direito reflete, também, na morfologia da Ciência Jurídica, eis que o Direito não pode ser entendido como a ciência limitada ao estudo das leis, mas deve ser compreendido como um Sistema composto por valores destinados a regular a própria coletividade.

Corroborando com a constitucionalização, tem-se, de forma reflexa, a constitucionalização do contrato, a qual, com vistas aos seus antecedentes históricos, é a principal fonte do Direito Civil Negocial. Além disso, o constituinte de 1988 foi categórico em prever isso na Constituição.

A coerência do discurso constitucional para os temas em relevo, guardando razões de congruência e coerência, nos dispositivos reservados à disciplina da ordem pública define a disciplina constitucional dos contratos conjugando intervenção estatal, liberdade de contratar, direitos fundamentais, autonomia privada, proteção ao consumidor. A contextualização discursiva do Texto Constitucional reafirma, os fins do Estado eliminando a distância entre posições que se supunham antagônicas, fixando diretivas necessárias ao equilíbrio em sociedade³⁶.

Nesse sentido,

a Constituição em sua íntima relação com os contratos, gera a intervenção da ordem pública por razões de emergência econômica, influência dos direitos fundamentais sobre o contrato, influência sobre o objeto e a causa, proteção da capacidade e vontade, proteção constitucional do consumidor, contratos sobre bens coletivos, tutela da autonomia privada e a argumentação constitucional nos caso contratuais, são o que dão o impulso necessário para essa ligação³⁷.

Logo, o constituinte, ao estabelecer a função social da propriedade, criou, também, a regra para o direito civil, em especial para o contrato, limitando a autonomia da vontade em face da aplicação da dignidade da pessoa humana e restringindo as relações negociais entre

³⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 200.

³⁶ FERREIRA; HOFFMANN, op. cit., p. 17.

³⁷ Idem.

particulares em face da coletividade. Estas restrições são em decorrência dos princípios da boa-fé objetiva e da função social (entende-se que estes preceitos são constitucionais, e, além disso, são direitos e garantias fundamentais, não podendo ser suprimidos do direito).

O princípio da função social é mandamento constitucional que condiciona os contratos à sua observância, desde o início até a conclusão. A violação do preceito implica em descumprimento, porém, distinto do descumprimento das obrigações contratuais intrínsecas, onde, de regra, executa-se o contrato. A não observância do princípio autoriza a declaração de inconstitucionalidade do pacto, pois em desconformidade com o texto constitucional³⁸.

Esta constitucionalização, também, permitiu que se aplicasse a cláusula geral da boa-fé objetiva aos contratos:

A incidência da boa-fé objetiva sobre a disciplina obrigacional determina uma valorização da dignidade da pessoa, em substituição a do indivíduo, na medida em que se passa a encarar as relações obrigacionais como um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes e, sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana³⁹.

Nota-se que a constitucionalização do contrato implica na imposição de limites ao direito constitucional da liberdade, manifestado através da autonomia da vontade, evoluída para a autonomia privada. Isso significa que a autonomia privada, manifestada no contrato, traduz a influência dos direitos e garantias constitucionais que limitam o exercício de qualquer direito, no passado, tido como absoluto.

Desta forma a função social e boa-fé objetiva (extraída do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana) consistem em limites constitucionais ao exercício da autonomia privada, ou seja, o exercício da liberdade individual deve atender a função social, que no trabalho tratado é a do contrato, e a boa-fé objetiva. No próximo capítulo estes limites serão tratados com maior ênfase.

1.5 DIREITO, ECONOMIA E CONTRATO

³⁸ FERREIRA, op. cit., p. 12. Acesso em: 06 de jun./2016.

³⁹ NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 281.

Neste tópic o objetivo é estabelecer uma análise econômica do direito com a finalidade de identificar a influência desta análise na formação de negócios jurídicos, como isso, serão relacionadas as normas jurídicas com o sistema econômico. Posto isto, no direito brasileiro atual, esta análise permeia no Direito Econômico, que tem o escopo pelo regramento das ações econômicas manifestadas dentro da sociedade, como a celebração de contrato.

Numa primeira concepção, a análise econômica do Direito expressa-se por uma tentativa de compreensão do ordenamento jurídico sob o prisma econômico, ou seja, o estudo da problemática jurídica através dos pressupostos econômicos⁴⁰.

A investigação jurídica econômica consiste em método de análise das condutas humanas praticadas dentro da sociedade, isto é, em razão dos recursos naturais serem escassos, esta investigação busca entender o fomento da economia através dos negócios jurídicos praticados dentro da coletividade.

Assim, essa relação busca manter o equilíbrio entre os particulares e a coletividade dentro das relações negociais existentes, por exemplo, a multa estipulada no contrato pelo inadimplemento tem função estabelecer a segurança do negócio jurídico pactuado, sendo que, o cumprimento da obrigação refletirá diretamente no mercado, eis que promove a circulação e distribuição de riquezas dentro da sociedade.

Segundo Richard Posner, a análise econômica do direito deve ser realizada com base em três postulados: a) comportamento dos indivíduos devem estar atrelados ao seu bem estar social, independentemente se praticam atividades econômicas; b) as leis devem estabelecer preços as atividades estranhas ao mercado; e, c) as normas criadas por juízes devem ser necessárias para a obtenção de resultados eficientes⁴¹.

O referido autor faz a seguinte análise ao enfoque econômico:

El análisis económico del derecho ha suscitado considerable antagonismo, y no sólo entre los abogados académicos a quienes no les gusta la idea de que la lógica del derecho pudiera ser la economía. Ya hemos examinado las críticas de que la economía es reduccionista (una crítica que no se limita por supuesto al análisis económico del derecho) y que los abogados y los jueces no hablan su lenguaje. Otra crítica común es que los fundamentos normativos del enfoque económico son tan repulsivos que resulta inconcebible que el sistema legal pueda aceptarlos. Podría parecer que esta crítica confunde el análisis económico positivo y el normativo, pero no es así. El derecho refleja y aplica normas sociales fundamentales, y como

⁴⁰ FARIA, Guiomar T. Estrella. **Interpretação econômica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 13.

⁴¹ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Trad.de Eduardo L. Suárez. 2ª ed.. México: FCE, 2007, p. 57-58.

podrían ser esas normas inconsistentes con el sistema ético de la sociedad? Pero es el concepto de eficiencia de Daldor-Hicks realmente tan diferente de dicho sistema? Además [...] que sólo bajo la condición de que este concepto sea un componente de nuestro sistema ético, aunque no necesariamente el único ni el más importante, es posible que sea el que domine al derecho tal como lo administran los tribunales, dada la incapacidad de estos últimos para promover eficazmente otras metas. Con la misma salvedad, dos usos normativos de la economía ya mencionados – la aclaración de conflictos de valores y el señalamiento de la vía más eficiente a seguir para lograr fines sociales determinados – quedan fuera del debate filosófico⁴².

Para o autor citado a análise econômica do direito deve ser cumprida pelos magistrados para promoverem decisões eficientes de modo a alcançar os fins sociais, ou seja, a fiscalização do cumprimento da função social do contrato deve partir do Estado.

Neste cenário essa investigação permite trazer resultados para que o Direito seja mais eficiente dentro da sociedade, ou seja, para que o Direito cumpra o seu papel dentro da coletividade com o mínimo de perda possível.

Nesse sentido, Robert Cooter⁴³ afirma que a economia traz uma teoria do comportamento para prever a reação dos indivíduos em razão das regras jurídicas existentes. Assim, as regras jurídicas devem ser utilizadas para que as partes tenham autonomia na formação do negócio jurídico, com intuito de diminuir os custos que envolvem o contrato para a concretização do negócio.

Desta forma nota-se que a importância de analisar economicamente o direito, estabelecer uma relação entre direito, economia e contrato, é justificar o porquê o contrato se torna o instrumento de materialização da autonomia privada na formação dos negócios jurídicos. E, ainda, é através do contrato que será fixado as regras jurídicas econômicas para o cumprimento da obrigação.

O contrato, por ser um instrumento criado pelo direito, também, é o cerne da circulação de bens e serviços analisados pela economia. Diante disso, faz-se necessário estabelecer uma relação entre o mecanismo (contrato) e os sistemas (jurídico e econômico).

Assim, no século XIX surge o fenômeno da codificação pautado na regulamentação dos Estados, tendo como pilar o pressuposto de que todos os cidadãos são iguais perante a mesma norma jurídica. Na base dos códigos encontravam-se os pilares do direito como sendo a propriedade, família e contrato⁴⁴.

⁴² Ibidem, p. 60.

⁴³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. Trad. Eduardo L. Suárez. Cidade do México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 14.

⁴⁴ MARTINS-COSTA, op. cit, p. 1126.

Pode-se dizer que o contrato se destaca como o liame entre o Direito e a Economia, pois, expressa-se num instrumento normativo negocial, o qual as relações econômicas são concretizadas.

“A vida econômica desdobra-se através da imensa rede dos contratos que a ordem jurídica oferece aos sujeitos de direito para que regulem com segurança seus interesses”⁴⁵, isso significa que o contrato existe em várias áreas do Direito (Administrativo, Empresarial, Comercial, Trabalho, Família, etc).

No aspecto econômico, o contrato expressa o instrumento que os agentes formalizaram a relação econômica e manifestaram à vontade sobre a melhor medida a ser tomada⁴⁶.

O contrato numa percepção econômica se traduz no acordo de vontades capaz de formar um vínculo jurídico, em que sua existência é oriunda da consolidação do processo econômico do regime capitalista de produção⁴⁷.

Na pós-modernidade, surge no direito norte americano a escola de direito e economia, sendo que, para ela o contrato é o instrumento de formalização de uma operação econômica, pois bem, é através deste mecanismo que se promove a circulação de riqueza dentro da sociedade.

Para visualizar melhor esta relação tem-se o seguinte exemplo:

Imagine-se, por hipótese, que Caius queira vender o seu carro; o valor que dá a ele é de 1.000 unidades. Agora imagine que Augustus queira comprar este carro. August o avalia em 2.000 unidades. Se o carro for vendido a 1.500 unidades, dividindo-se o saldo positivo ente Caius e Augustus, tem-se que um valor de 500 unidades foi criado por esta singela transação e ambas as partes estarão em melhor situação⁴⁸.

O Código Civil, ao dispor em seu artigo 421 que o contrato tem que obedecer a função social, ocasiona o problema de identificarmos qual seria essa função, *in verbis*: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”⁴⁹.

Esta função apontada pelo ordenamento pátrio consiste numa forma de equilibrar as vontades estabelecidas no instrumento com o que se busca pela economia.

⁴⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 12.

⁴⁶ JÚNIOR, Irineu G. Economia dos Contratos. In: RIBEIRO, Marcia C. P.; KLEIN, Vinicius (coord.) **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 133.

⁴⁷ GOMES, op. cit., p. 53.

⁴⁸ TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito & Economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.24.

⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: institui o código civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 28 mar. 2016.

Numa perspectiva jurídica-econômico, o contrato não se limita numa ligação entre os contratantes, mas na relação de mercado, sendo que, as partes se comportam de acordo com o benefício alcançado em relação ao jogo⁵⁰. Nesse aspecto, significa que o Estado não deve interferir na relação econômica havida entre as partes para a sociedade, pois em caso contrário ocorrerá um desequilíbrio.

De acordo com Ricardo Luis Lorenzetti:

Desde el punto de vista económico, el contrato es una inducción recíproca: el receptor da algo para inducir al promitente a otorgar la promesa y el promitente otorga la promesa para inducir al receptor; consideration es lo que da el receptor al promitente para inducir la promesa. Esa promesa debe ser exigible, porquer el passo del tempo y por lo tanto enfrenta la incertidumbre, de allí que si una promesa no es exigible, hay um alto riesgo y por lo tanto no se celebrará ningún vinculo si hay adversión al riesgo⁵¹.

Pois bem, partindo da ideia de que o contrato é o vínculo entre a economia e o direito, pode-se cogitar que sua função social é fomentar a economia, viabilizando a circulação dos recursos necessários para a sobrevivência dos indivíduos em sociedade.

Desta forma, a principal função social do direito contratual é possibilitar a ocorrência dos contratos, o fluxo de trocas no mercado, a alocação de riscos pelos agentes econômicos e seu comprometimento em ações futuras até que seja alcançada a situação mais eficiente, isto é, quando ambas as partes recebem os benefícios econômicos da barganha e distribuem o saldo positivo resultante da transação⁵².

Nota-se que o ordenamento jurídico brasileiro estabelece a ligação entre direito e economia ao estabelecer que o contrato deva atender a função social, a qual está ligada ao fomento da economia, pois, cumprir a função social do contrato significa possibilitar a troca ou a produção de recursos e, ainda, viabilizar a não escassez destes recursos.

Logo, a relação entre direito e economia é que o contrato, como o instrumento pertencente ao direito negocial, tem como função social ou finalidade coletiva de estabelecer o diálogo entre o sistema jurídico e econômico, possibilitando a circulação de bens e serviços dentro da sociedade, com escopo de concretizar o preceito da dignidade da pessoa humana.

Vale dizer que o princípio da autonomia privada é corolário da dignidade da pessoa humana, uma vez que, este princípio preconiza o exercício da liberdade de forma regrada.

⁵⁰ TIMM, *ibidem*, p.21.

⁵¹ LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Tratado de Los Contratos – Parte General**. Buenos Aires: Rubinzal – Culsoni Editores, 2004, p. 53.

⁵² SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert *apud* TIMM, *op. cit.*, p. 27.

Por fim, afirma-se que a relação entre Direito, Economia e contrato ocorre tanto no Direito Material quanto no Processual; que na pós- modernidade estes ramos têm um viés econômico entre os sujeitos da relação jurídica, que têm como faculdade o poder de negociar tanto bens do direito material quanto o procedimento adequado para ter efetivado os direitos e garantias fundamentais.

Desta forma é necessária a análise da autonomia privada acerca da formação dos negócios jurídicos materiais e processuais, em busca da importância deste instituto para a formação de negócios jurídicos.

2 NEGÓCIO JURÍDICO MATERIAL E AUTONOMIA PRIVADA

Primeiramente, estabelece-se que de forma metodológica, neste trabalho, fez-se um corte nas espécies citadas na classificação dos fatos, no sentido de tratar, de forma específica e detalhada, somente, o negócio jurídico.

O negócio jurídico é uma declaração de vontade emitida com base na autonomia privada e, por meio da qual, o agente autodisciplina os efeitos jurídicos que se pretende atingir. Não existe negócio jurídico sem a autonomia privada e a liberdade negocial, por exemplo, contrato.

Logo, a existência de negócio jurídico implica na pura manifestação do princípio da autonomia da vontade. Desta forma cumpre analisar qual a importância da autonomia privada na formação do negócio jurídico material.

2.1 RELEVÂNCIA DA AUTONOMIA PRIVADA

No direito romano a expressão negócio jurídico não alcançou um conceito unitário, isso se repetiu no pluralismo empírico que, também, podia ser expresso por *factum*, *actus*, *contractum*. O direito alemão adotou a expressão *Rechtsgeschäft* para se referir a negócio jurídico⁵³.

O negócio jurídico é o tipo de fato jurídico que o princípio da autonomia da vontade deixou à escolha das pessoas. A pessoa manifesta ou declara a vontade; a lei incide sobre a manifestação ou a declaração ou declarações, a manifestação ou manifestações de vontade fazem-se jurídicas; entram no mundo jurídico; o mundo jurídico recebe-as, apropria-se delas. [...] sendo livre de declara ou manifestar a vontade, a pessoa declara-a ou manifesta-a; e a regra jurídica introduz no mundo jurídico a sua vontade⁵⁴.

Desta forma pode-se dizer que o negócio jurídico consiste no fato jurídico humano lícito, que sofre a influência do princípio da autonômica da vontade, com amplo poder de criar efeitos.

⁵³ MIRANDA, op. cit, p. 85.

⁵⁴ Ibidem, p. 86.

No mesmo sentido, “negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*) é o acordo de vontades, que surge da participação humana e projeta efeitos desejados e criados por ela [...]”⁵⁵. Versa no fato oriundo da bilateralidade de vontades sob o escopo de regular os interesses particulares dos envolvidos.

É, pois, mais rico e complexo, em sua estrutura interna, do que o ato jurídico (no qual a vontade é apenas para aderir aos efeitos previstos na ordem jurídica), seja pelo seu conteúdo, seja pela produção de efeitos. No negócio há uma composição de interesses, um regramento de condutas estabelecido bilateralmente, entre as partes envolvidas no acontecimento. Essa exteriorização de vontade presente no negócio jurídico tem o escopo negocial, visando *criar, adquirir, transferir, modificar* ou extinguir direitos⁵⁶.

O autor Antônio Junqueira de Azevedo confere ao negócio jurídico um conceito completo, conforme seus dizeres, “todo fato jurídico consistente na declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”⁵⁷.

A liberdade, trazida pela autonomia da vontade, inicialmente, é o elemento principal para a formação do negócio jurídico, o que justifica uma análise detalhada da liberdade na formação dos negócios jurídicos.

Tanto a autonomia da vontade quanto a privada situam-se no campo do direito negocial, e, ainda, o contrato é o instrumento principal no exercício de liberdade dos indivíduos, ao manifestarem suas intenções acerca do negócio em formação.

Pode-se afirmar que o contrato constitui a base da Revolução Francesa, pois, dentre os postulados revolucionários estavam à liberdade, a qual nas relações privadas é exercida, principalmente, através deste instrumento. Assim, a autonomia da vontade, neste período de transformações, tinha como escopo romper o modelo de produção feudal (trabalho realizado de forma artesanal – efetuado pelos artesãos) para que fosse implantando o modelo de produção através das corporações.

Diante disso, a autonomia da vontade surge como instrumento de valoração do indivíduo perante a sociedade, por meio do exercício de sua liberdade em poder desenvolver determinada atividade econômica, até então restrita aos artesãos. Além disso, como postulado

⁵⁵ FARIAS; ROSENVALD, op. cit, p. 600.

⁵⁶ Ibidem, p. 601.

⁵⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de *apud* ibidem p. 600.

de segurança da autonomia da vontade, surge o *pacta sunt servanda*, que em razão disso fomentava a celebração de diversos contratos.

O postulado de que o contrato nasce para ser cumprido torna-se arma do direito obrigacional na formação dos contratos, promovendo a formação de inúmeros negócios, refletindo-se, num primeiro momento, em um aspecto positivo para o aquecimento da economia.

Num segundo momento, nota-se que essa liberdade plena, trazida pela autonomia da vontade e garantida pelo *pacta sunt servanda*, traz um desequilíbrio nas relações econômicas estipuladas, pois, esse exercício da liberdade em contratar faz com que os indivíduos mais abastados economicamente imponham sua vontade sobre os menos favorecidos. Daí surge o desequilíbrio contratual.

Isso fez com que, buscassem limitações na autonomia da vontade com a finalidade de conter a liberdade plena em exercício.

Desta forma a autonomia da vontade que expressa pela liberdade em formar negócio jurídico, com o passar do tempo, evolui para o conceito de autonomia privada, que significa o poder dado aos indivíduos de autorregulamentar determinada relação privada amparada pela boa-fé objetiva e função social.

Neste ponto a autonomia privada vem como instrumento de manter o equilíbrio nas relações privadas de direito negocial, com a finalidade de garantir a segurança, por meio dos limites pré-estabelecidos por lei, e, com isso, estimular o desenvolvimento do aspecto econômico dentro da coletividade. Isso pode ser destacado como a importância da autonomia privada para com a coletividade, pois sem ela não haveria negócio jurídico, quiçá o contrato.

Diante desta importância, o legislador do Código Civil de 2002 evoluiu ao estabelecer, pela primeira vez, a autonomia privada na formação do ato negocial, bem como, previu expressamente a figura do negócio jurídico⁵⁸.

2.2 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

Neste ponto, importante fazer um resgate do princípio da autonomia da vontade, o qual foi oriundo da sociedade liberal (meados do século XVIII e final do século XIX). Este

⁵⁸ FARIAS; ROSENVALD, op. cit, p. 602.

princípio, em razão do motivo que o originou, pregava a intervenção mínima estatal nos interesses do particular.

“O Estado Liberal deixou como legado o culto à liberdade negocial, perante a distância de qualquer possibilidade regulatória”⁵⁹.

O princípio da autonomia da vontade dispunha que o indivíduo tinha plena liberdade para praticar negócios jurídicos, ou seja, liberdade ilimitada acerca do conteúdo do contrato, este princípio era sustentado pelo *pacta sunt servanda*.

Nesse sentido, a autonomia da vontade é sustentada pelos seguintes princípios:

a) *liberdade contratual*, como livre estipulação do conteúdo do contrato, sendo suficiente à sua perfectibilidade a inexistência dos vícios subjetivos do consentimento; b) *intangibilidade do pactuado* – o *pacta sunt servanda* exprime a ideia da obrigatoriedade dos efeitos contratuais pelo fato de o contrato ser justo pela mera razão de emanar do consenso entre pessoas livres; c) *relatividade contratual*, pautada pela noção da vinculatividade do pacto, restrita às partes, sem afetar terceiros, cuja vontade é um elemento estranho à formação do negócio jurídico⁶⁰.

A autonomia da vontade reinava no positivismo jurídico, pois, no estado liberal as leis conferiam a liberdade ao particular, estabelecendo que o Estado não interviesse nos interesses particulares. No positivismo, pregava-se que a norma tem por objetivo fundamentar os atos da vontade humana; pois bem, não há influência política, imperando a lei. Então, Kelsen, ao fundamentar a sua teoria, faz a seguinte asserção:

Assim com Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A Resposta epistemológica (teorético-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição. A função desta norma fundamental é: fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coerciva globalmente eficaz, quer dizer: interpretar o sentido subjetivo desses atos como seu sentido objetivo⁶¹.

⁵⁹ FERREIRA, op. cit., p. 8. Acesso em: 06 de jun./2016.

⁶⁰ FARIAS; ROSENVALD, op. cit, p. 142.

⁶¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 225-226.

Nessa tradição, o Direito fundamentava-se por meio das regras criadas, e, por sua vez, estas se calçavam na denominada norma fundamental hipotética, a qual, conforme a sua nomenclatura, significava que existia uma norma não escrita, mas de conhecimento dos criadores de leis. Tal norma embasava a Carta Magna, cuja deveria ser respeitada pelas leis, hierarquicamente, inferiores a ela. Sendo que a celebração do contrato, em razão da autonomia da vontade, criava lei entre as partes.

Na data de 1º de janeiro de 1916, marco para a história deste país, por meio da Lei nº 3.071, foi instituído o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Este diploma, criado sob influência Kelsiana, e, principalmente, inspirado no Código Civil Francês, estabelecia como pilstras do Direito Civil a autonomia da vontade (de forma plena) e a propriedade. Logo, este diploma legal era um instrumento protecionista e garantista do patrimônio e da liberdade.

Assim, o Código civil pretérito não enfatizava os sujeitos da relação, mas o objeto, ou seja, os sujeitos eram tratados como devedor e credor e não porque estavam em situação de crédito ou débito em relação ao outro, pois, a razão disso existir era a proteção patrimonial.

À época, poder-se-ia dizer que, no sistema brasileiro, prevaleciam dois estatutos jurídicos de ordem máxima: a Constituição (aplicada para as relações de direito público) e o Código Civil (aplicado nas relações de direito privado).

Nesse sentido, a divisão do Direito ocorria por meio da própria etimologia legislativa, eis que em razão da influência iluminista, a liberdade (autonomia da vontade) e o patrimônio estavam em grau de hierarquia superior a condição humana.

Logo, através da autonomia da vontade, o contrato consistia na própria lei criada pelas partes para proteger a sua vontade e o patrimônio que estava sendo negociado, tornando-se uma lei de efeito absoluto no ramo do direito privado. Nota-se que a constituição nesse período não influenciava na decisão das partes, podendo ser mencionado que, de acordo com as hierarquias legislativas, a decisão era inferior ao diploma civilista.

Esse modelo, existente à época, foi utilizado culturalmente para que os particulares enfrentassem o poder do Estado. “O que se conseguiria com um novo entendimento da organização política e levou a uma teleológica construção de um novo tipo de Estado. Recorreu-se, bem se sabe, ao modelo contrato, enquanto o modo da associativa autovinculação de liberdade”⁶².

Nessa abordagem de lembrança do modelo pretérito:

⁶² NEVES, op. cit., p. 100.

o princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado [...] ⁶³.

A autonomia da vontade imperava até no início século passado, tendo como sua justificativa a liberdade irrestrita dada aos indivíduos para estabelecerem contratos. No entanto, em função de desvirtuamento no exercício daquela liberdade, como abuso de cláusulas contratuais que criavam vantagens somente para uma das partes contratantes, o Estado passou a intervir nas relações entre particulares com a finalidade de reestabelecer o equilíbrio da relação negocial, formada a partir do contrato.

Nesta seara surge a necessidade de distinguirmos a autonomia da vontade com a autonomia privada, sendo que, este confronto entre estes institutos torna-se relevante ao negócio jurídico, ao passo que, o seu fundamento encontra-se na autonomia privada e o instrumento de materialização do negócio jurídico, o contrato, tem como pilar a autonomia da vontade.

Dentro dos componentes da autonomia, a liberdade contratual dispõe que o Estado tem como objetivo estabelecer regras para o convívio em sociedade e não para as relações entre particulares. Entretanto, essa liberdade plena por não manter um equilíbrio contratual, fez se necessária à intervenção do Estado no tocante a impor limites nessa autonomia, como a boa-fé e a função social, com intuito de manter um equilíbrio e promover uma justiça contratual.

Com a perspectiva positivista do Direito, no passado os operadores jurídicos aplicavam a íntegra do texto legal, sendo que, com o passar dos anos, a partir da pós-modernidade (período compreendido após a segunda guerra mundial/1945), há uma flexibilização deste postulado jurídico em prol da valorização do indivíduo humano.

Dessa forma, estas transformações fazem com que os operadores do direito comecem a observar os valores contidos na norma com a aparição de princípios ou postulados jurídicos, não positivados especificamente, que valorizam a condição de existência do ser humano e, nesse sentido, flexibilizam o rigor do texto legislativo, flexibilizando o modelo positivista e, consequentemente, a autonomia da vontade.

⁶³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: contratos e atos unilaterais. V. III. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 48-49.

2.2.1 *Autonomia Privada como Direito Fundamental*

No Brasil, a pós-modernidade surge com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, influenciada pelo movimento constitucionalista emergido no país criado para combater as opressões da ditadura militar, a condição de ser humano se enaltece, sobressaindo, em relação aos objetos tidos no passado como máximas (autonomia da vontade e patrimônio).

Com isso, a Constituição da República Federativa do Brasil rompe o paradigma anterior por meio da supervalorização do ser humano, consagrando o princípio da dignidade da pessoa humana, por meio dos direitos e garantias estabelecidos nos artigos. 5º e seguintes, impondo limitação à autonomia da vontade e ao direito de propriedade.

A Constituição de 1988, em especial no tópico da ordem econômica, estabelece regras que limitam o exercício da liberdade econômica em prol do desenvolvimento da sociedade. Diante disso, o princípio da livre iniciativa, traduzido aqui como exercício da liberdade econômica, deve estar em consonância com a função social do contrato.

Assim, na atual conjuntura, o mandamento constitucional deve ser aplicado, também, de forma horizontal, ou seja, as relações privadas devem, acima de tudo, cumprir o mandamento constitucional. Isso causa uma mitigação à autonomia da vontade e à propriedade, quando a constituição estabelece valores sociais calçados pela dignidade da pessoa humana. A fim de exemplificar, a Constituição garante a liberdade contratual e o direito de propriedade, desde que seja respeitada a função social.

Nesta ótica atual, o Direito deve ser compreendido, de forma complexa, “como um conjunto harmônico, unitário e coerente de normas jurídicas, constituído em função de valores e princípios emergentes da realidade social em que o próprio sistema se insere e do qual jamais pode ser desvinculado”⁶⁴.

Logo, a amplitude do pensamento jurídico, provocado pelo movimento da constitucionalização, faz com que este ramo seja entendido como um sistema composto por vários elementos, como os valores e as normas comportamentais e organizacionais.

A invocação principiológica, partindo dos princípios constitucionais, representa fenômeno pós-moderno para o direito brasileiro. No direito europeu, em especial no direito germânico, a prevalência dos princípios ocorre por influência da Jurisprudência dos Valores, assimilada pelos

⁶⁴ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A liberdade de iniciativa econômica – fundamento, natureza e garantia constitucional. In: **Revista de Direito Civil**. São Paulo:RDCiv 37/95, jul.- set./1986, p. 91.

modernos Estados Democráticos de Direito e respectivas Constituições democráticas e sociais contemporâneas⁶⁵.

Em primeiro, na Constituição, é necessário distinguir os princípios de regras. As regras têm conteúdo objetivo e destinação específica, já os princípios tem conteúdo abstrato destinação geral, inexistindo qualquer hierarquia entre eles na ordem constitucional⁶⁶.

A constituição é formada por princípios e regras aplicáveis a autonomia privada, nesse sentido:

[...] a imprescindibilidade da submissão da autonomia privada aos princípios normativos que, inseridos no vértice da hierarquia mandamental plasmam, funcionalizam e asseguram o valor social da livre iniciativa. A atenção, portanto, se volta para a indispensável unidade interpretativa exigida no cenário de pluralidade de fontes normativas, a partir dos valores constitucionais, cuja utilização direta na solução das controvérsias do direito privado assegura, a um só tempo, a abertura do sistema e sua unidade.

[...]

Todavia, se a força normativa dos princípios constitucionais decorre da concepção unitária do ordenamento jurídico, no qual a Constituição ocupa posição hierárquica suprema, nem o tamanho do Estado, nem a renovação do Código há o alterar a normatividade constitucional [...]⁶⁷.

Nesse ponto os princípios e regras constitucionais harmonizam todo o sistema jurídico, em especial o ramo de Direito Civil, particularmente acerca do negócio jurídico.

Apesar da autonomia da vontade ser relativizada pela constitucionalização do direito, no diploma civil a ruptura deste paradigma se deu com o advento do Código Civil de 2002, o qual adotou o princípio da autonomia privada, não fazendo qualquer menção à autonomia da vontade.

A intervenção estatal através dos limites trazidos pela Constituição (como a função social) tem por um de seu objetivo restringir a autonomia privada em benefício de toda a coletividade.

Desta forma, a autonomia privada estabelece uma mitigação da liberdade individual em razão do interesse da coletividade, ou seja, por meio da constitucionalização do direito civil a liberdade individual é moderada pelos princípios fundamentais, e ainda, com resguardo aos direitos da coletividade.

⁶⁵ FERREIRA, op. cit., p. 7. Acesso em: 06 de jun./2016.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 337.

⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo. Direito Civil e ordem pública na legalidade constitucional. In: **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília: a. 4, n. 17, p. 223-235, out./dez. 2005, p. 226-227.

[...] autonomia privada não é um dado abstrato, mas uma construção correlata a um determinado ordenamento jurídico. No momento atual, este poder concedido a um indivíduo ou grupo, para determinar o nascimento, modificação ou extinção de situações jurídicas não pode ser tomado como dogma, pois a autonomia não é um valor em si, porquanto o ato de liberdade se submete a uma valorização de merecimento⁶⁸.

Em razão da autonomia privada ter surgido em decorrência do movimento de constitucionalização do direito, no Brasil, após a promulgação da Constituição da República de 1988, o seu fundamento extrai do próprio texto constitucional, em especial, no artigo 170. Este dispositivo constitucional prevê o princípio da livre iniciativa, o qual traduz pela garantia ao exercício da liberdade econômica aos cidadãos.

Nesse sentido, pode-se identificar que o pressuposto deste princípio é a liberdade como valor jurídico, ou seja, a liberdade amparada com os valores sociais, respeitando os direitos e garantias fundamentais de cada indivíduo (não só as partes contratantes, como, também terceiros estranhos a relação).

Desta forma para efetivar a autonomia privada o constituinte estabelece a função social, também nesta linha, o legislador civilista complementa com a boa-fé objetiva. Assim, pode-se afirmar que para que haja autonomia privada a liberdade da parte, deve-se cumprir os pilares da boa-fé objetiva e da função social.

2.2.2 Limitações da Autonomia Privada no Direito Negocial

A autonomia privada representa um dos atributos da liberdade, expressado pelo poder do indivíduo de “autogoverno de sua esfera jurídica”, pois, o sujeito racional tem a capacidade de tomar decisões em agir e deixar de agir, tendo a liberdade para direcionar as suas escolhas, desde que estas decisões não interfiram no direito de terceiros ou lesionem a sociedade. A autonomia privada se destaca como “princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis*, ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual”⁶⁹.

Nesta análise, pode-se cogitar que a autonomia privada é uma condição da democracia, eis que sem ela não seria possível debater os ideais de cada indivíduo, nem

⁶⁸ FARIAS; ROSENVALD, op. cit, p. 142.

⁶⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 225.

permitir que o sujeito pudesse manifestar sua escolha política, como exemplo: negar ao indivíduo o poder de sua escolha é negar a sua existência para com a sociedade.

Em razão da autonomia privada ser ligada à liberdade do indivíduo, deve-se destacar que a teoria constitucional busca equilibrar duas concepções diversas de liberdade. A liberdade do indivíduo quanto cidadão, “de participar na formação da vontade do Estado, tornando-se coautor do destino da sua coletividade, e a liberdade do burguês, equivalente à fruição pacífica da independência individual ou privada”⁷⁰. Assim, as teorias democráticas e republicanas pregam a importância da primeira liberdade, “identificada com a ideia de autonomia pública ou soberania popular, do cidadão na praça, os liberais de variados matizes preferiram enfatizar a preeminência da segunda liberdade, vinculada à ideia de autonomia privada, do indivíduo em seu jardim”⁷¹.

Um democrata livre significa um poder de se manifestar no espaço público, participando de forma igualitária com os outros membros da sociedade; liberdade no sentido de “obediência à lei que nós nos prescrevemos”⁷², a ideia de autogoverno.

“Já para um liberal, a liberdade jamais poderá ser equiparada ao governo das maiorias, porque essas podem oprimir as minorias e os direitos individuais do não conformistas. Como diria Stuart Mill ‘o governo pelo povo não constitui necessariamente liberdade’”⁷³. Na concepção liberal, a liberdade é garantida com a limitação do poder.

Os valores liberais determinavam a autonomia da vontade a qual dispunha pelo mútuo consentimento, refletindo-se para uma liberdade plena individual, diferentemente dos democratas, não se importando com a consequência que o exercício da liberdade individual poderia trazer a sociedade, uma vez que a intervenção estatal era vedada para a proteção da coletividade⁷⁴. O liberalismo “restou inserido na legislação daquele período que possuía o papel de garantir o efetivo cumprimento da vontade das partes, ou seja, servia como instrumento de interpretação contratual na busca pela obediência às cláusulas acordadas pelas partes”⁷⁵.

⁷⁰ MERQUIOR, José Guilherme. O liberalismo antigo e moderno. In: MERCADANTE, Paulo (Coord.). **Constituição de 1988: o avanço do retrocesso**. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1990, p. 25.

⁷¹ Idem.

⁷² Ibidem, p. 26.

⁷³ BINENBOJN, Gustavo. Direitos Humanos e justiça social: as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX. In: TORRES, Ricardo Logo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 231.

⁷⁴ FERREIRA; HOFFMANN, op. cit., p. 2.

⁷⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 53.

Diante disso, a autonomia privada não é absoluta, pois, deve haver um equilíbrio entre a liberdade e os valores do Estado Democrático, como: igualdade, solidariedade e segurança.

O ordenamento jurídico, em especial a Constituição de 1988, nos dispositivos IV do artigo 1º e 170, impulsiona a livre iniciativa, quando dispõe sobre a liberdade contratual (que deve ser traduzida pela autonomia privada), também o inciso II do artigo 5º fundamenta a autonomia privada. Estes dispositivos podem ser considerados como fonte normativa protetiva da autonomia privada.

Apesar disso alguns autores entendem que existem barreiras para a autonomia privada, “é preciso não olvidar que a liberdade contratual não é ilimitada ou absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contraentes está subordinada ao interesse coletivo”⁷⁶.

Importante destacar que após a vigência do Código de Defesa do Consumidor, o qual foi constituído em consonância com a Constituição em vigor, criou-se um sistema contratual, nas relações de consumo, pautado pela boa-fé objetiva e pelo intervencionismo estatal com intuito de limitar as liberdades dos contratantes, ou seja, reduzir o poder individual de autorregulamentação do conteúdo das cláusulas contratuais⁷⁷.

Logo, a autonomia privada é limitada pelo conteúdo contratual, que conduz à supremacia dos interesses sociais sobre os individuais das partes contratantes, com a prudência de administrar o equilíbrio da relação, protegendo os mais fracos na relação e determinando que os interesses das partes estejam em harmonia com os da sociedade. Nesse sentido, “à procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade”⁷⁸. (MARQUES, 2002, p. 175).

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

⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42.

⁷⁷ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. In: **Revista de informação legislativa**. v. 41, n. 163, p.113-130, jul./set. 2004, p. 158-161. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/982>. Acesso em: 06 nov. 2016.

⁷⁸ MARQUES, op. cit., p. 175.

contratantes, valendo a sentença como se fosse declaração volitiva do interessado⁷⁹.

A supremacia do interesse coletivo deve ser traduzida pelo cumprimento da função social do negócio jurídico, em razão de que na própria ordem constitucional, fundamento da autonomia privada, é estabelecido a função social como proteção dos interesses da sociedade.

Pois bem, como foi tratada, a autonomia privada diferentemente da autonomia da vontade, por si só, estabelece a limitação da liberdade do indivíduo no direito negocial, pois as partes não podem formar todo negócio que bem entender, eis que o conteúdo jurídico do negócio jurídico deve ser balizado pela boa-fé objetiva e pela função social.

Nesse sentido:

A limitação da autonomia privada vem definida pela ordem pública, pelo princípio da função social, pelos bons costumes e pelo princípio da boa-fé. Não se questiona a necessidade da liberdade para negociar desde que considerada a questão da igualdade ao contratar. A mudança de paradigma contribui na pós-modernidade para o assentamento da definição dos limites indispensáveis ao novo modelo negocial⁸⁰.

Assim, faz-se necessário analisar o conteúdo jurídico da boa-fé objetiva e da função social.

2.2.3 Boa Fé Objetiva

A boa-fé objetiva traduz-se como regras de conduta das partes envolvidas, com a finalidade de garantir estabilidade e segurança nos negócios jurídicos. Por meio dela que é determinado comportamentos como cooperação, lealdade, honestidade e confiança. Daí, portanto, que dentro da relação jurídica as partes se obrigam a se comportarem conforme os padrões exigíveis.

A boa-fé objetiva, apesar de ser tratada de forma tardia no Brasil, em comparação com outros países europeus (como a Alemanha, por exemplo), teve seu tratamento inaugural por Clóvis do Couto e Silva.

Para ele:

⁷⁹ DINIZ, *ibidem*, p. 45.

⁸⁰ FERREIRA, Jussara Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Funcionalização do direito privado e função social. In: FERREIRA, Jussara Jussara Suzi Assis Borges Nasser, RIBEIRO, Maria de Fátima (org.) **Direito Empresarial Contemporâneo**. São Paulo: Arte e Ciência, 2007, p. 91.

O princípio da boa-fé endereça-se sobretudo ao juiz e o instiga a formar instituições para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do Direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do Direito postulado pela outra parte. A principal função é a individualizadora, em que o juiz exerce atividade similar à do pretor romano, criando o “Direito do caso”. O aspecto capital para a criação judicial é o dado de a boa-fé possuir um valor autônomo, não relacionado com a vontade. Por ser independente da vontade, a extensão do conteúdo da relação obrigacional já não se mede com base somente nela, e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se “construir” objetivamente o regramento do negócio jurídico, com a admissão de um dinamismo que escapa, por vezes até mesmos ao controle das partes⁸¹.

Assim, pode-se destacar que uma das funções da boa-fé objetiva é ser instrumento de hermenêutica, a qual deve ser aplicada na análise dos contratos. Nesse ponto, a boa-fé está relacionada com o preceito de confiança quanto ao cumprimento da obrigação pactuada.

Há divergência quanto a natureza jurídica da boa-fé objetiva, se ela é princípio ou cláusula aberta de interpretação. Neste ponto, faz-se necessário um breve estudo sobre princípio e cláusulas abertas para que se possa identificar qual a natureza jurídica da boa-fé.

A respeito da definição do que é princípio tem-se:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por defini a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. [...] E, por isso, violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer⁸².

Os princípios consistem em normas gerais, sendo que, deles é que se extraem os fundamentos valorativos da norma.

Analisando o assunto, Judith Martins Costa traz uma diferenciação das cláusulas gerais com os princípios e conceitos indeterminados. A autora dá ênfase às cláusulas gerais identificando sua ligação com o problema das fontes, sendo que, o ordenamento jurídico a partir das cláusulas torna-se um sistema jurídico aberto capaz de adequar uma solução para cada caso concreto.

⁸¹ SILVA, Clóvis do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 42.

⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 230.

A cláusula geral traduz-se por uma disposição normativa aberta, com atributo de grande extensão do seu conteúdo para o campo da hermenêutica. Ela é destinada ao juiz com a finalidade de que ele ao utilizá-las crie, desenvolva ou complemente as normas jurídicas⁸³.

As cláusulas gerais se distinguem dos conceitos indeterminados, pois eles são significados que precisam de exatidão, enquanto que ela depende de fatores valorativos e do poder de criação do juiz através de seu livre convencimento. Já, quanto a diferenciação de princípio, estabelece que ele é “uma norma considerada como fundamento de outra”⁸⁴, ainda, o princípio pode ser expresso ou não, já a cláusula geral só pode ser expressa.

Assim, a cláusula geral envia uma ordem ao magistrado para que, ao decidir determinado caso, crie e valore regras de conduta para aquele caso concreto, ou seja, a cláusula geral permite que o juiz crie regras de conduta para determinado caso.

Diante disso, a natureza jurídica da boa-fé objetiva é a de cláusula geral, pois, por ser aberta o seu conteúdo, compete ao juiz estabelecer no caso concreto a melhor regra de conduta a ser aplicada em determinado caso.

“A boa-fé objetiva é princípio normativo que se exprime por meio de cláusulas gerais, cuja importância crescente traduz a superação do positivismo científico e legalista, com o seu modelo de sistema fechado, em favor da eticização das relações jurídicas”⁸⁵.

Logo, a boa-fé objetiva é uma cláusula geral de interpretação, além das circunstâncias do caso, do livre convencimento, eticidade e bom senso do magistrado, deverão ser observados os princípios para que seja fixado um padrão de conduta honesta, leal, igualitária e da confiança.

A respeito da confiança, este preceito contido na boa-fé objetiva, garante o equilíbrio do negócio jurídico, eis que permite que o juiz controle a relação jurídica contratual por meio de regras comportamentais criadas para a determinada relação.

Vale dizer que:

[...] a autonomia contratual não é mais vista como um fetiche impeditivo da função de adequação dos casos concretos aos princípios substanciais contidos na Constituição e às novas funções que lhe são reconhecidas. Por esta razão desloca-se o eixo da relação contratual da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança, diretriz indispensável para a concretização, entre outros, dos princípios da superioridade do interesse

⁸³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p. 303.

⁸⁴ Idem Ibidem.

⁸⁵ AMARAL, Francisco dos Santos *apud* NOVAIS, Alinne Arquette Leite. O Princípio da boa-fé e a execução contratual. In: **Revista dos Tribunais**. RT 794/56, dez/2001, p. 563.

comum sobre o particular, da igualdade (em sua face positiva) e da boa-fé em sua feição objetiva⁸⁶.

Observa-se que a boa-fé é dividida em duas espécies, sendo a subjetiva e a objetiva. A boa-fé subjetiva expressa-se pela própria intenção do indivíduo, ou seja, pela sua própria vontade consciente de praticar algo, isto é, sua íntima convicção do sujeito.

Já a boa-fé objetiva, conforme está sendo trada, expressa por ser uma regra de conduta, manifestada com honestidade, lealdade e probidade.

De acordo com Cláudia Lima Marques a boa-fé objetiva significa:

[...] uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem causar lesão ou vantagens excessivas, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes⁸⁷.

Nesse sentido, acerca da boa-fé objetiva:

Ao princípio da boa-fé empresta-se ainda um outro significado. Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocos. Numa palavra, devem proceder com boa-fé. Indo mais adiante, aventa-se a idéia de que entre o credor e o devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato. A tanto, evidentemente, não se pode chegar, dada a contraposição de interesses, mas é certo que a conduta tanto de um como de outro, subordina-se a regras que visam a impedir dificulte uma parte a ação de outra⁸⁸.

A boa-fé determina as regras comportamentais para a formação do negócio jurídico, as quais quando a jurisdição é acionada o juiz deverá estabelecer o controle da relação jurídica contratual por meio daquelas regras comportamentais trazidas pela boa-fé quando da formação do contrato.

Com efeito, o princípio da boa-fé representa, no modelo atual de contrato, o valor da ética: lealdade, correção e veracidade compõem o seu substrato, o que explica a sua irradiação difusa, o seu sentido e alcance alargados, conformando todo o fenômeno contratual e, assim, repercutindo sobre os demais princípios, na medida em que a todos ele tem dado lugar a ênfase excessiva no individualismo e no voluntarismo jurídicos⁸⁹.

⁸⁶ MARTINS-COSTA, op. cit., 1992, p. 1140.

⁸⁷ MARQUES, op. cit., p. 106.

⁸⁸ GOMES, op. cit., p. 52.

⁸⁹ NEGREIROS, op. cit., p. 116.

Logo, a boa-fé surge como instrumento de conduta. Neste viés, Martins-Costa aponta os valores que direcionam a boa-fé quanto ao comportamento dos indivíduos: probidade, a lealdade e a consideração às legítimas expectativas do parceiro contratual⁹⁰.

Continuando no pensamento da autora quanto à aplicação dele nas relações negociais “o princípio atuará, então, no controle do conteúdo contratual e na regulamentação in concreto dos direitos, poderes e faculdades conformadores do exercício jurídico, tendo em conta – se for o caso – o peso dos elementos pessoalidade e igualdade das partes em conflito”⁹¹.

Ao ser concedido à boa-fé objetiva o caráter de norma de conduta se exige que as partes tenham que agir de forma a cooperar mutuamente para que ambas alcancem o objetivo esperado com o contrato e propiciar a efetivação da dignidade da pessoa humana em relação a ambas. A efetivação da dignidade da pessoa humana culmina com a visão de compromisso dos particulares com o desenvolvimento de toda a sociedade, ou seja, a proteção tanto dos interesses individuais quanto interesses coletivos⁹².

Isto evidencia que este princípio é mandamento de comportamento das partes nas relações negociais. Aqui está o efeito deste princípio na limitação da autonomia da vontade dos contratantes; e, principalmente, o enfoque constitucional.

Desta forma, o Constituinte deu ênfase à boa-fé objetiva nos art. 1º, III; 3º; 5º, caput; 170, V, da Constituição Federal. Esta, ao estabelecer o princípio da dignidade humana, o tratamento igual entre indivíduos e a proteção à relação de consumo, cria de forma implícita a observância ao princípio da boa-fé objetiva em todas as relações negociais, em especial, na efetivação da autonomia privada.

Pode-se afirmar que o ato de liberdade manifestada pelo indivíduo que não respeite este princípio deve ser declarado nulo de pleno direito, independentemente se a parte hipossuficiente se beneficiou da ausência da boa-fé.

A boa-fé objetiva por ser um instrumento de efetivação da autonomia privada, além de promover os negócios jurídicos, concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana, isto é, as partes contratantes que agem sob o amparo da boa-fé objetiva desenvolvem o princípio da dignidade da pessoa humana, pois elas atuam sob o preceito de igualdade, fidelidade e lealdade nas relações negociais.

Assim, a boa-fé objetiva pode ser considerada como um dos postulados da constitucionalização do direito, com o advento da autonomia privada, em razão de estabelecer a eficácia horizontal dos direitos fundamentais entre as partes contratantes.

⁹⁰ MARTINS-COSTA, op. cit., 1992, p. 1141.

⁹¹ Ibidem, p. 1148.

⁹² FERREIRA; HOFFMANN, op. cit., p. 10.

2.2.4 Função Social

Outro instrumento de imposição de limites da autonomia privada, destaca-se a função social, que num primeiro momento, pode ser definida como uma finalidade coletiva a ser alcançada.

O constituinte, ao estabelecer a função social como princípio constitucional estabeleceu que o interesse coletivo ou social devesse prevalecer sobre o interesse, vontade, manifestada de modo individual.

Nesse sentido:

A função social como princípio constitucional, ao limitar institutos clássicos do direito redireciona o conceito de sujeitos do direito para focar as muitas titularidades consideradas, obrigatoriamente, a partir das bases principiológicas indispensáveis à eficácia social da dimensão da funcionalização, introduzindo postura metodológica que conduz para uma compreensão trina referente ao contrato, à empresa e a propriedade⁹³.

Assim, na medida em que o homem passa a viver em sociedade o Estado cria regras para atender os fins coletivos, ainda mais na Constituição brasileira que é influência pelo estado do bem estar social, contendo fins e objetivos sociais a serem alcançados. “Os fins sociais definem os objetivos e os anseios de uma sociedade que tem o seu agir regulado pelo direito. A sociedade contemporânea organizada, culta e civilizada, reivindica o reconhecimento de seu próprio papel social”⁹⁴.

Nota-se que os fins sociais é o próprio bem comum que é garantido por meio da função social, seja ela refletindo na propriedade, na empresa ou no negócio jurídico. Então, faz-se necessário entender o sentido de função social, em especial na sua aplicação no contrato.

Para Norberto Bobbio:

função é a prestação continuada que um determinado órgão dá para a conservação e desenvolvimento, segundo um ritmo de nascimento, crescimento e morte, de todo o organismo, é dizer, do organismo considerado como um todo, de onde se infere a idéia principal de que o

⁹³ FERREIRA, op. cit., 2007, p. 88.

⁹⁴ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função social e função ética da empresa. In: **Argumentum**. Revista de Direito da Universidade de Marília. v. 4. Marília: UNIMAR, 2004, p. 37.

poder individual deve ser exercido em proveito de um sistema maior, do conjunto⁹⁵.

Assim, nesta linha de raciocínio, para Jefferson Carús Guedes “função social significa, abreviadamente, utilidade à sociedade, atendimento ao interesse coletivo”⁹⁶.

A função social viabiliza o controle dos pactos, através da intervenção social nessa seara, bloqueando-se, assim, o liberalismo e o individualismo exacerbados e patológicos, o que se perfaz no mesmo objetivo pretendido pelos países que adotaram a corrente causalista em suas legislações sobre o tema negócio jurídico⁹⁷.

Importante destacar que a função social é diferente de concepção social, o princípio da função social é tão diferente da concepção de ordem pública (social) quanto a sociedade é do Estado; “tratando-se de preceito destinado a integrar os contratos numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade [...] quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas [...]”⁹⁸. (AZEVEDO, 1998, p. 116). Assim:

A idéia de função social do contrato está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, inciso IV); esta disposição impõe ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interesse as partes. Desvinculado de tudo mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e suas asserção. Por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro, caput, da Constituição da República, de novo salienta o valor geral para a ordem econômica da livre iniciativa⁹⁹.

Logo, a função social, apontada pelo ordenamento pátrio, em uma perspectiva jurídico-econômica, consiste em uma forma de equilibrar as vontades manifestadas por meio da autonomia privada.

⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos da teoria do direito. Tradução de Danieal Beccacia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Barbosa e Renata Negamine. São Paulo: Manole, 2007, p. 85.

⁹⁶ GUEDES, Jeferson Cárus *apud* SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A repercussão da causa na teoria do negócio jurídico: um paralelo com a função social dos contratos. In: **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba, n. 58, p.147-171, 2013, p. 162.

⁹⁷ SANTIAGO, op., cit., p. 168.

⁹⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado**: direito de exclusividade nas relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 87, n 750, 1998, p. 116.

⁹⁹ *Idem*.

O artigo 421, do Código Civil, estabelece que o contrato tem de obedecer a função social, surge, então, o questionamento acerca de qual seria esta função, *in verbis*: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”¹⁰⁰.

Neste ponto, observa que o legislador civilista confirmou a autonomia privada no direito brasileiro, pois, limitou a liberdade individual com a menção a função social. Assim, o que seria a cláusula da função social na autonomia privada.

Desta forma a função social do contrato é compatível com os preceitos da Constituição em particular do Estado do bem estar social, visto que o Constituinte previu a subordinação da livre iniciativa face a justiça social, isso se justifica pela segurança jurídica dos indivíduos da sociedade.

Diante disso, os negócios jurídicos firmados por meio do contrato, devem ser entendidos como fatos sociais que não podem ser limitados aos contratantes, sendo que, estes fatos mesmo praticados pelo particular o seu resultado reflete em toda a coletividade.

Numa corrente de Direito e Economia, “o contrato não se limita a uma ligação entre os contratantes, mas na relação de mercado, sendo que as partes se comportam de acordo com o benefício alcançado em relação ao jogo”¹⁰¹. Nesse aspecto, significa que o Estado não deve interferir na relação econômica havida entre as partes para a sociedade, pois, em caso contrário ocorrerá um desequilíbrio. Logo, a função social na autonomia privada destaca-se pelo objetivo, fim do negócio pretendido pelas partes, o qual respeitará os interesses da coletividade.

Nota-se que mesmo a autonomia privada ser limitada a liberdade do sujeito, ela preserva em seu conteúdo a circulação patrimonial por meio da formação de negócios jurídicos. O fundamento do poder negocial não se situa na vontade atrelada ao próprio exercício da liberdade, mas no aspecto social, em favor da coletividade (presença da função social).

Um negócio jurídico dispositivo qualquer permite seja fixada a natureza processual da obrigação, pela incidência da cláusula do *due process of law*, e, nesse sentido, a realização mesma da autonomia da vontade como um valor constitucionalmente protegido. A socialidade, também, dá conteúdo fundamental e serve de alicerce principiológico à atividade econômica (valores sociais do trabalho e a livre iniciativa), sustentando a relevância da concepção do caráter social da autonomia privada da vontade¹⁰².

¹⁰⁰ BRASIL, op. cit., disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 28 mar. 2016.

¹⁰¹ TIMM, op. cit., p. 71.

¹⁰² RODRIGUES JÚNIOR, op. cit., p. 125-126. Acesso em: 06 nov. 2016.

Em uma análise sociológica, a função social refere-se a toda coletividade, a qual é inerente à relação privada celebrada, ou seja, todas as partes envolvidas ou não na relação negocial devem contribuir na manutenção desta relação.

Desta feita, pode-se afirmar que a função social do contrato, ou melhor, do negócio jurídico, é um reflexo da função social da propriedade, que ao limitar o princípio da autonomia privada, garante o equilíbrio jurídico entre as partes, e tem por finalidade promover uma circulação de riquezas dentro da sociedade, possibilitando um equilíbrio na distribuição de riquezas na coletividade.

Isto significa dizer que, contrato que respeite a função social é aquele em que há boa-fé objetiva dos contratantes e que há solidariedade entre eles e todo ente que compõe a sociedade (pessoa interessada ou não da relação, isso se justifica na própria concepção de respeito a função social), efetivando, assim a autonomia privada.

Por fim, a constitucionalização da autonomia privada surge a partir da aplicação dos princípios e limitações constitucionais ao exercício da liberdade individual. Isto é, o contrato, tido no passado como o instrumento garantidor da autonomia da vontade plena e da propriedade de forma ilimitada, com essa constitucionalização, sofre uma mitigação nestes preceitos, por meio da autonomia privada sofre a indispensabilidade da aplicação dos princípios da boa-fé objetiva e da função social.

3 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

O Direito Processual surge como instrumento de efetivação do Direito Material, sendo que, historicamente sua evolução, a fins de compreensão, pode ser dividida em quatro momentos, os quais: sincretista, autonomista, instrumentalista e neoprocessualismo (também denominada de formalismo valorativo).

Inicialmente era tratado como uma simples fração do direito material, não tendo qualquer autonomia. O processo civil não era tratado como ciência, não havia os princípios e conceitos próprios, bem como, não havia relação jurídica processual.

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco analisa esta fase primitiva do Direito Processual:

Foi esse sincretismo jurídico, caracterizado pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal, que no século XIX principiou a ruir. Primeiro, questionou-se o tradicional conceito civilista de ação e afirmou-se a sua grande diferença, seja no plano conceitual ou funcional, em face da *actio romana*: ela não é (como esta) instituto de direito material, mas processual; não se dirige ao adversário, mas ao juiz; não tem por objeto o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional¹⁰³.

Posteriormente, o segundo momento evolutivo é caracterizado por uma formulação de conceitos e estruturas próprias, como a presença do contraditório surge a relação jurídica processual, separando-se da relação jurídica material. Neste período o processo poderia ser visto como um fim em si mesmo.

Com a descoberta da autonomia da ação e do processo, institutos que tradicionalmente ocupavam com exclusividade a primeira linha das investigações dos processualistas, pôde ser proposta desde logo a renovação dos estudos de direito processual, surgindo ele como ciência em si mesma, dotada de objeto próprio e, então, esboçada a definição de seu próprio método¹⁰⁴.

Neste momento autonomista, o Direito Processual passa a ser estudado de forma autônoma, sendo que, este momento, também, é marcado pelos primeiros estudos acerca dos fatos e situações jurídicas processuais.

¹⁰³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 18.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 18-19.

Pode-se apontar que Oskar Von Bülow foi o pioneiro em desenvolver a relação jurídica processual, em especial a relação entre juiz, autor e réu que não se confunde com a relação material¹⁰⁵.

Neste período os estudiosos da época percebem que o processo não é uma ferramenta de exercício de direitos, mas o instrumento de proteção da tutela jurisdicional. Pois bem, as normas processuais não têm por escopo os bens tutelados pelo direito material, e sim jurisdição, processo, ação, defesa, e, especialmente os fatos e situações jurídicas processuais.

Desta forma, fixada a autonomia do Direito Processual, com definições de seus institutos solidificadas, os processualistas direcionam o estudo para a efetividade processual. Esta busca por resultados justos obtidos com o processo inaugura a fase do instrumentalismo.

É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidade em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução¹⁰⁶.

Na instrumentalidade, o direito processual busca a real satisfação da tutela dos direitos, para isso, o processo não se desvincula da ética e os seus objetivos devem ser cumpridos nos planos político, econômico e social.

A instrumentalidade é considerada um marco no desenvolvimento do Direito Processual, resultando em inúmeras produções legislativas. O constituinte de 1988 estabeleceu inúmeras regras de direito processual, acerca de competência, e, ainda, constitucionalizou princípios típicos de direito processual, tratando-os como direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. O legislador editou várias leis de conteúdo que estabelecem tanto regras de direito material quanto processual, por exemplo, lei de Ação Civil Pública (lei nº 7.347/1985) e Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078/1990).

Por essa fase a jurisdição passou a ser entendida como manifestação do Estado com o objetivo de concretizar os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Assim, pode-se afirmar que a jurisdição é o poder/função atribuída à terceiro imparcial para mediante um processo reconhecer, efetivar ou proteger situações jurídicas concretamente deduzidas em

¹⁰⁵ LEAL, Rosemiro Periera. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 76.

¹⁰⁶ DINAMARCO, op. cit., p. 23.

decisão insuscetível de controle externo, e com aptidão para coisa julgada e criativa. O processo é o método de exercício da jurisdição.

Apesar dessa fase evolutiva já estabelecer o caráter publicista do processo e sua relação com a Constituição, devido a constitucionalização de princípios tipicamente processuais, atualmente aponta-se uma nova fase evolutiva do direito processual, o neoprocessualismo.

O neoprocessualismo, denominado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira de formalismo valorativo, consiste na aplicação dos valores consagrados pela Constituição, sendo assim, o processo deve ser tratado como direito fundamental e o seu procedimento é uma garantia à busca pela efetividade¹⁰⁷.

O neoprocessualismo é influenciado pelo neconstitucionalismo, isso significa que os preceitos que buscam a constitucionalização do Direito estão presentes nele. Por esse movimento o processo torna-se o principal instrumento de promoção da justiça, dos direitos sociais e da liberdade.

Neste cenário o processo é tratado como instituição regente e pressuposto de legitimidade de criação, reconhecimento, transformação e postulação de Direitos Fundamentais. Diante disso, os princípios constitucionais processuais devem estar presentes no procedimento para que este seja considerado processo.

O processo é institucionalizado por princípios constitucionais, tornando-se instrumento democrático para o exercício da cidadania quanto ao gozo dos direitos fundamentais.

Nesse sentido:

A cidadania, como direitos e garantia fundamental constitucionalizada, só se encaminha pelo Processo, porque só este reúne garantias dialógicas de liberdade e igualdade do homem ante o Estado na criação e reconstrução permanente das instituições jurídicas, das constituições e do próprio modelo constitucional do Processo¹⁰⁸.

O processo, em razão de sua constitucionalização, por ser método de manifestação do Estado, torna-se instrumento de fiscalização de outros Direitos Fundamentais, como o exercício da liberdade, as partes dentro do processo podem exercer esse direito.

Processo na Teoria do direito democrático é o ponto discursivo da igualdade dos diferentes, para estabelecer os critérios de formação da vontade

¹⁰⁷ ZANETI JR., Hermes. O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Reconstruindo a teoria geral do processo**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 105-106.

¹⁰⁸ LEAL, op. cit., p. 50.

(isonomia, contraditório, ampla defesa – direitos de 1ª geração) e, a partir desta, promover o exercício da vontade assim formada (formalizada para deliberação sobre diversas e diferentes situações jurídicas (direitos materiais) a serem criadas também discursivamente (devido processo legislativo) e transpostas para uma positividade normativa¹⁰⁹.

Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o formalismo valorativo (neoprossualismo) preconiza a participação das partes no processo para a concretização dos direitos fundamentais, visto que o exercício da liberdade processual é um direito fundamental. Desta forma, segue o seu posicionamento:

Faceta importante a ressaltar é que a participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental. Tal participação, além de constituir exercício de um direito fundamental, não se reveste apenas de caráter formal, mas deve ser qualificada substancialmente.

Isso me leva a extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração, na medida em que tanto as partes quanto o órgão judicial, como igualmente todos aqueles que participam do processo (serventuários, peritos, assistentes técnicos, testemunhas etc.), devem nele intervir desde a sua instauração até o último ato, agindo e interagindo entre si com boa-fé e lealdade¹¹⁰.

A relação jurídica processual não deve ser analisada de forma piramidal ou circular, pois, com a democratização do processo, há um cooperativismo com todos os participantes do processo, sendo que, o autor, réu e juiz estão no mesmo patamar, não havendo qualquer hierarquia entre eles, mas atribuições diferentes.

A relação jurídica, teorizada na fase da instrumentalidade, expressava a distinção de sujeitos e objetos, dividindo a relação jurídica em uma de direito material e outra de direito processual. Desta forma, o processo constitui uma unidade de relação jurídica, sendo ele “o complexo dos atos ordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por eles), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária”¹¹¹.

A relação jurídica processual e o processo, para esse autor, são de Direito público, autônoma e concreta. Trata-se de uma relação jurídica complexa de direitos e deveres distintos para cada sujeito (autor, réu e juiz), sendo que, a ligação entre eles é a prestação da tutela de direitos.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 75.

¹¹⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de processo**. São Paulo, n. 137, jul/2006, p. 18.

¹¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução Paolo Capittanio. V. 3. Campinas: bookseller, 1998, p. 45.

Para Liebman, o processo é o instrumento de obtenção do provimento jurisdicional que “[...] deve ser realçado que a pendência do processo determina a existência de toda uma série de posições e relações recíprocas entre seus sujeitos, as quais são reguladas juridicamente e formam, no seu conjunto, uma relação jurídica processual”¹¹².

Para Luiz Guilherme Marinoni¹¹³ a teoria da relação jurídica tradicional, apontada anteriormente, é insuficiente e prejudicial para o Estado Constitucional, pois ela ignora as necessidades das partes. Nesse sentido:

A teoria da relação jurídica processual se é capaz de demonstrar o que acontece quando o litigante vai em busca do juiz em face daquele que resiste à sua pretensão, encobre as intenções do Estado ou de quem exerce o poder, além de ignorar as necessidades das partes, assim como as situações de direito material e as diferentes realidades dos casos concretos¹¹⁴.

Desta forma o processo é formado a partir de uma relação jurídica processual formada pela cooperação participativa dos sujeitos envolvidos (autor, réu, juiz, ministério público, serventuários da justiça), que ante a sua constitucionalização, objetiva à efetividade dos direitos diretos e garantias fundamentais, como por exemplo, o exercício da liberdade.

Diante disso surge a seguinte problemática: se através da fase do neoprocessualismo, o processo é considerado democrático, qual a interferência do princípio da autonomia privada nele? É possível ter negócio jurídico dentro do procedimento? Se positivo, qual a relevância da autonomia privada no direito processual?

Estes questionamentos tornam-se o centro da investigação proposta, o que será tratado nos tópicos seguintes.

3.1 FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

A partir da teoria do fato jurídico, a qual foi explanada anteriormente, constrói-se uma teoria para o direito processual. Isso constitui sistematizar os fatos jurídicos no âmbito instrumental. Dentre a ciência pertinente ao estudo desta teoria se destaca a da Teoria Geral do Processo, ramo responsável pelo estudo e sistematização de princípios e conceitos.

¹¹² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. V.I. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 47.

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 5 nov. 2016, p. 1.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 2.

Para Dinamarco, a teoria geral do processo consiste numa disciplina da área teórica, que trata da investigação dos princípios comuns nos tipos processuais. Ela sugere a obter os elementos diferentes apresentados por cada tipo de processo e transformá-lo em unidade¹¹⁵.

Nota-se que há uma tendência aos operadores do direito em definir a teoria geral do processo como a exposição de conceitos e princípios para várias instituições jurídicas¹¹⁶.

Em razão da constitucionalização do direito, a qual foi tratada no primeiro capítulo, a teoria geral do direito processual não pode se limitar a fixar conceitos, mas deverá buscar uma materialização de valores fundamentais na via processual.

Assim, os fatos jurídicos processuais devem ser estudados na ciência da teoria geral do processo civil, sob o enfoque da constituição.

Desta forma, no estudo da teoria geral do processo civil, o conceito de fato jurídico processual traz divergências quanto à sua fixação, seu estudo exige uma passagem pela teoria geral do direito e uma comparação com a teoria dos fatos jurídicos, como foi tratado no capítulo primeiro. O questionamento permeia quanto aos atos processuais, se eles são jurídicos ou não, sendo que, primeiramente faz-se necessário analisar o conceito de ato processual.

Na lição clássica os atos jurídicos processuais são aqueles que “têm importância jurídica em respeito à relação processual, isto é, atos que têm por consequência imediata a constituição, a conservação, o desenvolvimento, a modificação ou a definição de uma relação processual”¹¹⁷. Vale dizer que apesar deste doutrinador admitir a existência de fatos jurídicos processuais, ele não se preocupou em classificá-los. Atos processuais “são atos jurídicos da relação processual”, cuja existência independe de ser direcionada à parte¹¹⁸.

Este pensador italiano, em suma, estabelece dois critérios para definir os atos processuais, num primeiro estabelece que só seriam atos processuais aqueles praticados pelos sujeitos processuais (autor ou réu) e, ainda, só seriam atos processuais aqueles que produzissem efeitos jurídicos (criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica processual).

Posteriormente, Liebman, restringiu a teoria clássica apontada, no sentido de que só seriam atos processuais as manifestações realizadas por um dos sujeitos do processo e dentro do procedimento¹¹⁹.

¹¹⁵ DINAMARCO, op. cit., p. 58-62.

¹¹⁶ GARCÍA, Fernando Flores. **Sobre la Teoría General del Proceso**. Jurídica anuário. Disponível em: <http://www.ebookshift.com/teoria-general-del-proceso-pdf-cipriano-gomez-lara.html>. Acesso em 02 de out./2016, p. 113.

¹¹⁷ CHIOVENDA, op. cit., p. 20.

¹¹⁸ Ibidem, p. 20-21.

¹¹⁹ LIEBMAN, op. cit., p. 286.

Nota-se que nestas teorias não se enquadra a convenção de arbitragem, como exemplo, de ato processual, eis que se localiza fora do processo ou procedimento.

Calmon de Passos, seguindo a linha de Chiovenda e Liebman, acrescentou ao conceito um novo requisito para caracterizar ato processual como sendo uma obrigação que o ato seja praticado apenas no processo. Sua definição de ato processual é “aquele que é praticado no processo, pelos sujeitos da relação processual ou do processo, com eficácia no processo e que somente no processo pode ser praticado”¹²⁰.

A teoria proposta por Chiovenda é falha no sentido de limitar os atos processuais somente as partes do processo, não admitindo a intervenção de terceiro, esta crítica foi exposta por J. J. Calmon de Passos:

Entender-se como ato processual apenas aquele praticado por qualquer dos sujeitos da relação processual importará admitir-se que somente eles praticam atos no processo. Conclusão inexata. Perde-se de vista o fato irrecusável de que o processo é um conjunto de atos, constituindo-se uma unidade pelo fim que objetivam todos eles e pelo seu encadeamento numa série incindível de atos, muitos dos quais praticados por quem não é sujeito da relação processual. Destarte, ou se afasta a exigência de ser praticado pelos sujeitos da relação processual, ou se dilata o conceito de sujeitos do processo para abranger quantos participem, a qualquer título, da atividade processual, praticando atos no processo¹²¹.

Nota-se que essa concepção é mais abrangente do que as anteriores, pois estabelece qualquer ato praticado pelos sujeitos do processo, ou seja, qualquer integrante do processo poderá praticar ato processual, como, por exemplo, a testemunha, perito, oficial de justiça.

Para esta teoria há procuração e a transação extrajudicial, como exemplos, não são considerados atos processuais em razão de serem praticados fora do processo.

Para Fredie Didier Júnior,¹²² inicia-se com a distinção entre atos do processo (que compõe a cadeia de atos de procedimento) e atos processuais (não guardam relação de pertinência com o procedimento). Logo, “o ato jurídico ganha o qualificativo de processual quando é tomado como *fattispecie* (suporte fático) de uma norma jurídica processual”¹²³. Nesse sentido, qualquer ato humano que a norma estabeleça como apto a produzir efeitos no processo é considerado ato jurídico processual.

¹²⁰ PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 43.

¹²¹ *Ibidem*, p. 45.

¹²² DIDIER JR., FREDIE. **Curso de Direito Processual Civil**. 12ª ed, v. 1. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 265.

¹²³ *Idem*.

Essa concepção permite que atos praticados fora do processo, mas que produzem efeitos dentro, possam ser considerados atos processuais, como, por exemplo, a outorga de procuração *ad judicium* e a transação extrajudicial.

O legislador de 1973, ao organizar o Código de Processo Civil, organizou os Atos Processuais, no título V do código, estabeleceu no artigo 158 do Código de Processo Civil os atos processuais das partes como “os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”¹²⁴.

A influência de Chiovenda no legislador de 1973, fez com que, no antigo Código de Processo Civil, os atos processuais seguissem o critério subjetivo (somente praticado pelas partes) e o objetivo (dentro do processo).

Assim pode-se dizer que os atos jurídicos processuais são todos aqueles praticados, dentro ou fora do processo, pelas partes¹²⁵, que produzem efeitos jurídicos dentro do processo. Diante disso não restam dúvidas que no direito processual há atos jurídicos processuais.

3.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO PROCESSUAL

O direito constitucional da liberdade é complexo, pois o ordenamento dispõe que há liberdade de pensamento, locomoção, crença, associação etc. “No conteúdo eficaz do direito fundamental à liberdade está o direito ao autorregramento: o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente os seus interesses, de poder definir o que reputa melhor ou mais adequado para a sua existência”¹²⁶.

O princípio da autonomia privada tem por sua essência a liberdade, ou seja, por meio dele o indivíduo tem o seu direito de liberdade garantido.

Este princípio é oriundo do direito civil, sendo que, quando sua análise é feita no direito processual uma barreira surge, pelo fato do direito processual ser ramo do direito

¹²⁴ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**: institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 15 maio 2016.

¹²⁵ Em razão do princípio da cooperação as partes figuram no processo como colaboradores. “Atualmente, prestigia-se no Direito estrangeiro – mais precisamente na Alemanha, França e em Portugal – e, já com algumas repercussões na doutrina brasileira o chamado princípio da cooperação, que orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais de um mero fiscal de regras” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Revista de Processo**. 2006, p. 75).

¹²⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 132.

público e as liberdades serem limitadas pelo próprio mandamento legal. A autonomia privada tem que ser tratada não mais no sentido “privatístico clássico”, mas numa perspectiva constitucional, “que autoriza e ao mesmo tempo impõe limites às manifestações de vontade”¹²⁷.

Apesar disso, com a constitucionalização do direito o princípio da autonomia privada ganha uma nova roupagem, no sentido de limitações ao exercício da liberdade no processo, e é tratado no Direito Processual sob o nome de princípio do respeito ao autorregramento da vontade (nome utilizado para distinguir a utilização do princípio da autonomia privada nos ramos do direito – Civil ou Processual).

É certo que esse princípio não tem, no Direito Processual Civil, a mesma roupagem dogmática com que se apresenta, por exemplo, no Direito Civil. Por envolver o exercício de uma função pública (a jurisdição), a negociação processual é mais regulada e o seu objeto, mais restrito. Isso porém, não diminui a sua importância, muito menos impede que se lhe atribua o merecido destaque de ser um dos princípios estruturante dos direito processual civil brasileiro, uma de suas normas fundamentais¹²⁸.

Apesar disso, no Código de Processo de 1973 a autonomia privada ou o respeito ao autorregramento da vontade não foram tratados, o legislador de 1973 deu uma conotação publicista ao código,

ao conferir protagonismo à figura do juiz, reservando-lhe poderes significativamente maiores para a condução do processo em comparação aos das partes. [...] Devido à contundência do protagonismo do juiz na relação processual, a autonomia da vontade das partes (para convencionarem sobre suas situações processuais) encontrou, como regra geral, espaço bastante limitado sob a égide do Código de 1973¹²⁹.

Logo, com o advento do atual Código de Processo Civil (lei 13.105/2015), não só consagrou expressamente o princípio da autonomia privada no processo, mas tratou-o como sendo um dos princípios estruturantes do processo civil.

Defender o autorregramento da vontade no processo é necessariamente defender um processo estruturado em um modelo adversarial. O respeito à liberdade convive com a atribuição de poderes ao órgão jurisdicional, até mesmo porque o poder de autorregramento da vontade no processo não é ilimitado, como, aliás, não o é em nenhum outro ramo do direito. Se não

¹²⁷ GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe do “Leito de Procusto”. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2014, n. 235, p. 87.

¹²⁸ DIDIER JUNIOR, op. cit., 2015, loc. cit.

¹²⁹ REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada na inovação do CPC/2015. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 269-280, p. 270-271.

existe autonomia da vontade ilimitada nos demais ramos do Direito, não faria sentido que logo no Direito Processual Civil ela aparecesse¹³⁰.

Assim o princípio da autonomia privada no processo tem por objetivo propiciar um “ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas”¹³¹.

Para a adequada aplicação da nova sistemática processual, é necessário partir-se de uma nova premissa. O objetivo do processo é a tutela do direito material, cujo titular são as partes. Por essa razão, deve-se reconhecer que os titulares de determinadas situações processuais são as próprias partes e não o juiz ou o Estado. E, sendo as partes as titulares, deve ser garantida, às mesmas, liberdade maior no sentido da disposição (lato sensu) sobre determinadas situações processuais¹³².

O legislador ao permitir a autonomia privada no processo contribuiu para a democratização do procedimento e, conseqüentemente, para a constitucionalização do processo. Nesse sentido, processo em que há liberdade das partes em autorregular à vontade no procedimento, em hipóteses permissivas, garante o princípio do devido processo legal e os seus princípios corolários, como contraditório, ampla defesa, celeridade, duração razoável do processo etc.

Ante a existência da autonomia privada no processo, com a finalidade de promover uma análise, cita-se alguns exemplos deste autorregramento de vontade.

Em primeiro, o Código de Processo Civil é estruturado para fomentar a utilização da autocomposição na solução do conflito:

a) dedica um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (arts. 165-175); b) estrutura o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 e 695); c) permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII); d) permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, § 2º); e) permite acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos (art. 190)¹³³.

Outro se destaca pelo fato de que:

é a vontade da parte que delimita o objeto litigioso do processo (art. 141 e 490, CPC) e do recurso (arts. 1002 e 1013, CPC). Não por outra razão, o § 2º do art. 322 do CPC determina que a postulação deva ser interpretada de

¹³⁰ DIDIER JÚNIOR, op., cit., 2015, p. 133.

¹³¹ Idem Ibidem.

¹³² REDONDO, op. cit., p. 275.

¹³³ DIDIER JÚNIOR, op. cit., 2015, p. 134.

acordo com a boa-fé, exatamente como se deve fazer em relação aos atos jurídicos de um modo geral (art. 113, Código Civil). Como se sabe, ato jurídico é ato voluntário¹³⁴.

A boa-fé objetiva, em conjunto com a função social do contrato, visa limitar o exercício da liberdade no processo e, ainda, protege os interesses da coletividade, essa limitação ao mesmo tempo concretiza a autonomia privada processual.

O princípio da boa-fé, apesar de consagrado em norma infraconstitucional, incide sobre todas as relações jurídicas na sociedade. Configura cláusula geral de observância obrigatória que contém um conceito jurídico indeterminado, carente de concretização segundo as peculiaridades de cada caso. A boa fé referida no art. 422 do Código é a boa fé objetiva, que é característica das relações obrigacionais. Ela não se qualifica por um estado de consciência do agente de estar se comportando de acordo com o Direito, como ocorre com a boa-fé subjetiva. A boa-fé subjetiva não diz respeito ao estado mental subjetivo do agente, mas sim ao seu comportamento em determinada relação jurídica de cooperação. O seu conteúdo consiste em um padrão de conduta, variando as suas exigências de acordo com o tipo de relação existente entre as partes. A boa-fé objetiva serve como elemento interpretativo do contrato, como elemento de criação de deveres jurídicos (dever de correção, de cuidado, de segurança, de informação, de cooperação, de sigilo, de prestar contas) e até como elemento de limitação e ruptura de direitos. A positivação deste princípio certamente em muito contribuiu para o seu desenvolvimento na doutrina e jurisprudência brasileiras. Na apuração da conduta contratual, em face da probidade e boa-fé, exigidos pelo artigo, o juiz não pode deixar de se informar dos usos, costumes e práticas que os contratantes normalmente seguem, no tocante ao tipo contratual que constitua objeto das cogitações no momento, ou em torno do qual surge o litígio¹³⁵.

A boa-fé objetiva processual trata-se de uma regra de conduta de comportamento ético das partes no processo, com a finalidade de manter o equilíbrio da relação jurídica processual. Diante disso, este princípio, para ser eficaz, tem função interpretativa (interpretação dos cooperados – autor, réu, juiz – pautada na eticidade), função de controle (significa que através desta que a liberdade das partes será reduzida com a finalidade de evitar o abuso de direito, pode ser apontada aqui como um poder limitador da autonomia privada) e função integrativa (os deveres anexos ao processo são obrigatórios o cumprimento). Além disso, a boa-fé determina às partes (e os envolvidos no processo) os deveres de proteção (segurança jurídica), dever de informação (contraditório e ampla defesa) e cooperação (permite que as partes e os envolvidos no processo – juiz e Ministério Público – tenham conduta de solidariedade mútua para a solução da demanda processual).

¹³⁴ Idem Ibidem.

¹³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: V.III - contratos**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 20-21.

O princípio do autorregramento da vontade ou autonomia privada processual, também, está evidente na consagração do princípio da cooperação no processo (oriundo da própria boa-fé objetiva processual).

Outro exemplo é que o Código de Processo prevê negócios jurídicos processuais típicos como:

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 ao prazo (art. 225); o acordo para a suspensão do processo (art. 313, II); a renúncia tácita à convenção de arbitragem (art. 337, §§ 3º e 4º); a escolha consensual do perito (art. 471); desistência da execução ou de medida executiva (art. 775); a desistência do recurso (art. 998); a renúncia ao recurso (art. 999); a aceitação da decisão (art. 1.000) etc¹³⁶.

O Código, também, prevê uma celebração de convenções processuais atípicas através da previsão do disposto no artigo 190. Em que estabelece a cláusula geral de negociação processual¹³⁷.

Dessa cláusula geral surge o subprincípio da atipicidade da negociação processual, a mais importante concretização do princípio do respeito autorregramento da vontade no processo civil e, por isso, o exemplo mais evidente da densidade normativa que esse mesmo princípio possui no direito brasileiro¹³⁸.

Logo, por meio do princípio da autonomia privada processual, que se tem negócios jurídicos processuais, pois, a liberdade exercida com amparo dos limites constitucionais faz com que as partes envolvidas no processo possam celebrar negócios jurídicos processuais, sejam eles típicos (previamente previstos na legislação) ou atípicos (sem previsão normativa). Este princípio no âmbito processual permite aos ligantes celebrarem o contrato de procedimento (convenções processuais ou acordo procedimental), com a finalidade de criarem situações jurídicas procedimentais em uma determinada, específica demanda e procedimento.

Nesta seara, todos os estudos elaborados no direito material acerca da autonomia privada contratual são aplicados ao direito processual de uma forma mais cautelosa, por se tratar de um ramo de direito público, semeado pela indisponibilidade. No entanto, ao permitir a aplicação deste princípio em outro ramo, que não seja o patrimonialista, reflete-se à aplicação do neoconstitucionalismo, ou seja, da aplicação da constituição em todos os ramos

¹³⁶ DIDIER JÚNIOR, op. cit., 2015, p. 135.

¹³⁷ REDONDO, op. cit., p. 276.

¹³⁸ DIDIER JÚNIOR, ibidem, 2015, loc. cit.

do direito, que neste caso específico é concretizar a garantia à liberdade procedimental (devido processo legal e democratização do processo) e econômica (possibilidade de reduzir custos com o processo) as partes envolvidas no processo.

3.3 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Historicamente a concepção de negócio jurídico tem como atributo marcante os dogmas liberais individuais, pois, é relacionada com a ideia de autonomia da vontade, preceito consagrado na proteção dos interesses individuais face à atuação do Estado.

Atualmente, como foi tratado, o negócio jurídico é redefinido pelas exigências do Estado social, principalmente pela constitucionalização do direito, isso significa aplicar os princípios constitucionais nas relações privadas.

Apesar disso, faz-se necessário resgatar algumas definições de negócio jurídico, para que, posteriormente, seja tratado de forma específica no ramo processual.

Num primeiro posicionamento, tem-se que a manifestação de vontade é exatamente o fato jurídico, pois ela tem como objeto a criação ou extinção de uma relação jurídica. Tem-se aqui a vontade como o fundamento do negócio jurídico¹³⁹.

Para essa teoria subjetivista a vontade do indivíduo é elemento necessário para produção dos efeitos jurídicos por ele pretendidos. Essa teoria influencia algumas codificações, como o Código Civil de 1916.

O Código Civil de 2002, para alguns doutrinadores¹⁴⁰, ao tratar de negócio jurídico trouxe como componente indispensável a manifestação de vontade, que se destina a produzir efeitos jurídicos.

Em outra vertente, surge a teoria objetiva do negócio jurídico, a qual não definiu o negócio pela vontade do indivíduo, sendo que, a vontade é elemento secundário para a caracterização, pois trata o negócio como um preceito.

Esta corrente critica o dogma da vontade estabelecida pela corrente subjetivista, conforme os seguintes apontamentos:

- a) a vontade como fato psicológico meramente interno seria em si mesmo incompreensível e incontrolável, pertencendo unicamente ao foro íntimo da consciência individual; b) com o negócio, o indivíduo não se limita a manifestar um estado de espírito, mas deve apontar um critério de conduta, estabelecendo uma relação de valor normativo; c) a qualificação do negócio

¹³⁹ SAVIGNY, M. F. C. **Sistema del Derecho Romano Actual**. II. Tradução Jacinto Mesia y anuel Poley. Madrid: Góngora y Compañía, 1879, p. 213.

¹⁴⁰ Como por exemplo: GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 361.

como uma “declaração de vontade “ seria resultado de uma elaboração arbitrária das fontes romanas; d) a “mitologia da vontade” traz a crença na onipotência da vontade individual (que no foro interno da consciência, não encontra limites extrínsecos); e) o “dogma da vontade” não justificaria que possa ter vigor um “querer”, que já não possa ser sustentado por pessoa viva e capaz (como se dá, v.g., no testamento)¹⁴¹.

Logo, esta corrente trata a essência normativa como elemento essencial, eis que o sujeito não se limita a querer determinada coisa, mas sim, em estabelecer um regulamento vinculativo para que obtenha o seu interesse.

Nesta concepção se enquadra a teoria Kelsiana, no sentido de o negócio jurídico ser um fato criador do Direito. Isso deve ser analisado sob o contexto da concepção Kelsiana de norma jurídica, pois toda norma jurídica prescreve uma sanção, em caso de descumprimento. Desta forma o contrato celebrado entre as partes seria a norma jurídica e a multa aplicada pelo inadimplemento seria a sanção¹⁴².

Assim, pode-se afirmar que para esta corrente os negócios jurídicos são normas jurídicas de regulação de conduta entre as partes envolvidas, que no descumprimento do negócio incidirá uma sanção ao que descumprir.

Há outra vertente que vai contra o dogma da vontade e, também, não se enquadra a teoria objetivista em razão de repúdio ao caráter preceptivo do negócio jurídico. Essa teoria trata a autonomia privada como elemento essencial de caracterização do negócio jurídico.

Com isso, “o ato de autonomia privada que vincula o sujeito, ou os sujeitos que praticam, a ter conduta conforme o regulamento dos interesses que traçaram” é concebido como negócio jurídico. O negócio é ato de vontade no sentido de autorregulação de interesse das partes envolvidas¹⁴³.

Numa concepção constitucional, negócio jurídico é manifestação da autonomia privada, cujos efeitos são determinados pela parte, por meio da liberdade individual exercida, entretanto, o fundamento da proteção do negócio está na tutela da segurança, tanto dos indivíduos envolvidos quanto da sociedade. Este fundamento de proteção se concretiza com o respeito da função social e boa-fé objetiva na formação do negócio jurídico, isto é, na própria concepção de constitucionalização de contrato.

O autorregramento da vontade e o seu exercício tem seu fundamento no direito fundamental de liberdade. O conteúdo do direito fundamental de liberdade é complexo. Há, por exemplo, a liberdade de locomoção, de crença, de pensamento etc. há a liberdade de autorregramento, a liberdade do

¹⁴¹ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Campinas: Servanda, 2008, p. 88-89.

¹⁴² KELSEN, op. cit., p. 284.

¹⁴³ GOMES, op. cit., p. 50.

sujeito de exteriorizar a sua vontade com o fim de criar direitos e obrigações dos quais seja titular. O autorregramento da vontade compõe o conteúdo do direito de liberdade¹⁴⁴.

A concepção de negócio jurídico deve ser estendida ao processo, como o exercício do autorregramento da vontade (manifestação do direito constitucional de liberdade) dentro da função social e boa-fé objetiva no sistema processual. “A exteriorização de vontade do sujeito que implica no exercício de um poder de regular, em maior ou menor media, o conteúdo de situações jurídicas processuais significa a existência de um negócio jurídico processual”¹⁴⁵.

Apesar de ser utilizada essa concepção de negócio jurídico processual, no direito brasileiro, no início, houve certa resistência por parte da doutrina acerca dos negócios jurídicos processuais, eis que havia uma corrente que negava a existência deste modelo, sob o fundamento de que a lei tratava do procedimento e em razão disso as partes não poderiam manifestar a sua vontade.

Os processualistas entendiam o negócio jurídico somente em sua concepção material.

negócio jurídico seria ato de autorregulação de interesses, firmado no princípio da autonomia da vontade; todo negócio jurídico pressupõe, para ele, que seus efeitos sejam, exata e precisamente, aqueles que as partes querem, o que não ocorre no processo, pois a lei estabelece as consequências dos atos praticados no processo, sem conferir qualquer margem de intervenção às partes¹⁴⁶.

No mesmo sentido, Alexandre de Freitas Camara¹⁴⁷ se posiciona no sentido de que não existem negócios jurídicos processuais porque os atos de vontade praticados pelas partes no processo somente produziram efeitos pré-estabelecidos pela lei.

Vicente Greco Filho não trata sobre a existência de negócios jurídicos processuais, o que pode significar, para este autor, que estes não existem. Este autor refere-se apenas a fatos e atos jurídicos processuais, destacando que não são atos processuais. “[...] negócios jurídicos que, a despeito de poderem ter consequências no processo, não tem por finalidade a produção de efeitos processuais, por exemplo, a alienação da coisa ou do direito litigioso, que tem

¹⁴⁴ BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 335-352, p. 342.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 343.

¹⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6ª ed. v. 2. São Paulo: Malheiros, p. 484.

¹⁴⁷ CAMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de direito processual civil**. 25ª ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2014, p. 276.

influência no processo (v. art. 42), mas a vontade que a determinou não era diretamente dirigida à relação processual”¹⁴⁸.

Não admite, também, José Joaquim Calmon de Passos:

entende que, em virtude do disposto no art. 158 do CPC 1973, poderia ser admitida a existência de negócio processual. Ocorre, porém, que as declarações negociais das partes, para produzirem efeitos no processo, precisariam da intermediação do juiz: a desistência do recurso ou o acordo para a suspensão do processo seriam, por exemplo, negócios jurídicos apenas pela relevância que, em tais circunstâncias, seria dada à vontade das partes em produzir o resultado. Sem o pronunciamento integrativo do juiz, não produzem efeitos. Logo, não seriam negócios processuais, pois a eficácia no processo não seria produzida pelas próprias declarações das partes¹⁴⁹.

As opiniões que negam o negócio jurídico processual consideram que “a vontade não tem qualquer relevância na produção de efeitos pelo ato processual”¹⁵⁰, ou seja, os efeitos jurídicos não são determinados pela vontade das partes, mas por expressa determinação da norma.

A vontade das partes seria, então irrelevante na determinação dos efeitos que os atos processuais produzem, os efeitos dos atos processuais não seriam, em outras palavras, moldáveis. A única disponibilidade que as partes teriam seria a opção de praticar ou não o ato previsto numa sequência predeterminada pelo legislador. Qualquer que fosse a opção da parte, os efeitos dos atos processuais já estiam tabelados¹⁵¹.

A corrente negativista do negócio jurídico processual é influenciada pela dicotomia do direito, em especial pela divisão de direito material e processual, razão pela qual estabelecem que a vontade é irrelevante no processo, pois o que prevalece é a vontade da norma ou do magistrado. Como foi tratado no capítulo primeiro, o elemento essencial do negócio jurídico é a vontade das partes, sendo que, sem ela não há negócio jurídico, mas ato fato processual, pois, prevê que a vontade humana para produzir efeitos jurídicos é irrelevante.

Do outro lado, em posição contrária, prevalece a corrente doutrinária afirmativista, a qual defende a existência do negócio jurídico processual.

Segundo Rogério Lauria Tucci, há negócios jurídicos processuais em razão da previsão estabelecida pelo art. 158 do CPC/73, que dispõe que as partes podem criar,

¹⁴⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 20ª ed. v. 2. n. 1. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6.

¹⁴⁹ PASSOS, op. cit., p. 69-70.

¹⁵⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 27-62, p. 37.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 38.

modificar e extinguir situações jurídicas. Este dispositivo permite a criação de vários negócios processuais, como, por exemplo, a inércia do litigante pode gerar um negócio jurídico processual, exemplo, réu não aceita a desistência do autor da ação¹⁵².

Como foi analisado no capítulo segundo, para Pontes de Miranda¹⁵³, as declarações de vontade das partes são também denominadas, às vezes, de acordo das partes:

[...] não são, de modo nenhum, negócios jurídicos bilaterais (contratos). São apenas declarações unilaterais de vontade ao juiz ou tribunal, ao Estado; tal como acontece quando o juiz abrevia o pedido ou prorroga prazos (art. 181 e § 1º), ou o adverso assente em que o pleiteante altere o pedido ou a causa dele (art. 264)”. Enfim, Pontes de Miranda entende que os atos processuais não são, em princípio, negócios jurídicos, mas reconhece os negócios jurídicos processuais sobre desistência da demanda ou de recurso, o de não usar rito especial ou de não empregar o procedimento executivo, o de só se admitir a prova documental, ou alguma outra, em determinados casos¹⁵⁴.

Para Moacyr Amaral Santos¹⁵⁵, os atos dispositivos são negócios jurídicos processuais, o autor indica a existência de atos dispositivos, podendo ser unilaterais (quando a manifestação de vontade é de uma única parte, a exemplo da desistência da ação e da desistência do recurso), concordantes (consistente em declaração de vontade de uma parte a que adere a parte contrária, mesmo por omissão, a exemplo da desistência da ação após a contestação ou da inércia do réu em não opor exceção de incompetência) ou contratuais (consistentes em declarações bilaterais expressas de vontade, a exemplo da eleição do foro e da transação).

José Carlos Barbosa Moreira¹⁵⁶ admite a existência das “convenções celebradas pelas partes sobre matéria processual”. Lembrando que existe a eleição convencional de foro, a convenção de suspensão do processo, a que versa sobre a distribuição do ônus da prova, o adiamento da audiência por convenção das partes e outras que menciona; adverte que a liberdade de convenção entre as partes está inserida no âmbito das normas processuais dispositivas. Destaca que nada impede que autor e réu comprometam-se, por exemplo, a não indicar assistentes técnicos, deixando ao exclusivo encargo do perito a realização da diligência. Entende, enfim, que a vontade das partes pode influir no andamento processual,

¹⁵² TUCCI, Rogério Lauria *apud* CUNHA, ibidem, p. 38.

¹⁵³ MIRANDA, op. cit, p. 5-6.

¹⁵⁴ Idem.

¹⁵⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: processo de conhecimento. 25ª ed. atualizado por Maira Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 291-292.

¹⁵⁶ MOREIRA, José Carlos. **Convenções das partes sobre matéria processual. Temas de direito processual – terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98.

pois as partes podem praticar ou não determinado ato processual, como por exemplo, deixar de recorrer.

Na mesma linha, Luiz Fux¹⁵⁷, também, admite a existência de negócios jurídicos processuais, mas considera que são hipóteses excepcionais, presentes nos casos de disposição das partes quanto às regras processuais. Entende que as normas processuais são cogentes, mas há, na sua opinião, algumas poucas exceções que conferem poder dispositivo às partes, como nas hipóteses de suspensão do processo por convenção das partes, bem como, no foro de eleição e na convenção sobre o ônus da prova.

Em estudo específico, Leonardo Greco afirma ser possível as partes, como destinatárias da prestação jurisdicional, praticarem as chamadas convenções processuais, assim entendidos todos os atos bilaterais praticados no curso do processo ou para nele produzirem efeitos, que dispõem sobre questões do processo. Faz um alerta para os limites da autonomia das partes na autorregulação do processo, discorre sobre o momento da eficácia das convenções processuais, sobre sua revogabilidade e ser regime legal, tratando de alguns negócios típicos, além de relacionar vários outros¹⁵⁸.

O Código de Processo Civil de 1973 previa alguns negócios jurídicos processuais, como no caso da desistência da ação, art. 267, VIII, do CPC. Já o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 190, traz a cláusula geral¹⁵⁹ do negócio jurídico processual. Desta forma o novo código processual assegura ampla liberdade aos litigantes para a celebração de contratos de procedimentos, sendo que, não há indicação dos limites para a celebração destes negócios jurídicos.

O artigo 190 traz a novidade de estabelecer expressamente a existência de negócios jurídicos processuais, pois, confere as partes o poder de ajustar o seu procedimento de acordo com o caso tratado.

A análise conjunta dos arts. 190 e 200 revela que o Código de 2015 consagrou não apenas uma cláusula geral, mas também um novo princípio, qual seja, o princípio ao autorregramento das partes no processo. Dito princípio estabelece que a vontade das partes deve ser observada pelo juiz como regra geral, uma vez que a eficácia dos negócios processuais é imediata e independe de homologação judicial, sendo possível o controle

¹⁵⁷ FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 433.

¹⁵⁸ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Os poderes do juiz e o controle da decisões judiciais**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. José Miguel Garcia Medina; Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz; Luiz Otávio Sequeira Cerqueira. Luiz Manoel Gomes Júnior (coord.). p. 290-304. São Paulo: RT, 2008, p. 290-291.

¹⁵⁹ “Cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente aberta, fluida ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão em seu campo semântico” (MARTINS-CONSTA, op. cit., 1999, p. 58).

judicial somente a posteriori e apenas para o reconhecimento de defeitos relacionados aos planos da existência ou da validade da convenção¹⁶⁰.

O artigo 190 do Código de Processo Civil é uma cláusula geral, que visa concretizar o princípio de respeito ao autorregramento do processo. Nele o autorregramento da vontade significa “um complexo de poderes que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis e amplitude variada, de acordo com o ordenamento jurídico”¹⁶¹. Logo, este princípio visa constitucionalizar a liberdade das partes dentro do processo.

Importante destacar que a cláusula feral de negociação, democratiza o procedimento e inibe o abuso de direito, pois a adaptabilidade de procedimento é oriunda do resultado cooperativo consensual dos sujeitos processuais (litigantes e julgador).

Os acordos de procedimento valorizam o diálogo entre o juiz e as partes, conferindo-lhes, quando necessário e nos limites traçados pelo próprio sistema, a condição de adaptar o procedimento para adequá-lo às exigências específicas do litígio. Trata-se de instrumento valioso para a construção de um processo civil democrático¹⁶².

3.4 CONTRATO DE PROCEDIMENTO

No direito francês é admitido uma maior autonomia das partes e de seus procurados, essa amplitude tem como objetivo adequar o procedimento ao caso discutido. Esse poder de negociação é denominado pelos franceses de *contrat de procédure* (contrato de procedimento).

Na década de 80 os franceses destacaram questões que dificultavam o trâmite processual e passaram estas para serem discutidas através de convenções. Aí surge o denominado contrato de procedimento, que de início implicava num acordo (celebrado em primeira ou segunda instância) entre os litigantes para fixar o calendário processual, ou seja, as datas de cada manifestação a ser feita pela parte.

Para Marcel Caratini, então presidente honorário do Tribunal de Paris, os *contrats de procédure* tinham o escopo de remediar a lentidão da justiça francesa. O autor demonstrava, porém, pouco entusiasmo com a novidade e ressaltava a antinomia entre o sistema introduzido e aquele constante do

¹⁶⁰ REDONDO, op. cit., p. 274.

¹⁶¹ DIDIER JÚNIOR, op. cit., 2015, p. 20.

¹⁶² NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 81-104, p. 91-92.

Nouveau Code de Procédure Civile, que concedia ao magistrado o poder de impulso do processo. Ademais, entendia que bastava aplicar corretamente o rito legal que se alcançariam as vantagens pretendidas com a simplificação ocasionada pelos contratos de procedimento¹⁶³.

Na época poucos artigos eram produzidos, sendo que, os primeiros contratos de procedimento foram criados em conjunto com as cortes e os advogados; o conteúdo foi limitado à formação de um calendário; os advogados estabeleciam os prazos, no entanto, a fixação destes prazos dependia da aceitação dos magistrados, ou seja, os advogados fixavam os prazos e o juiz os homologavam¹⁶⁴.

No direito Alemão, o contrato de procedimento se divide em contrato processual em sentido estrito e contratos que criem uma obrigação em relação ao processo.

Procedural contracts in the strict sense (“prozessuale Verfügungsverträge”) are contracts which have an immediate effect on the rules governing court proceedings. The effect of such contracts consists in amending or excluding the application of a specific rule or in creating a rule which does not exist in regular proceedings. This effect is an immediate one because the amendment, exclusion or inclusion of a rule binds not only the parties, but also the court. In other words, procedural contracts in the strict sense alter the rules of procedure which would otherwise apply¹⁶⁵.

Nota-se que esse tipo visa alterar o procedimento em si, criando novas regras ou excluindo as determinadas pela lei, sendo que, após formado ele vincula tanto partes quanto o Tribunal.

Um bom exemplo desta espécie é o contrato de procedimento no qual exclui a primeira instância, criando uma competência original para a segunda instância, sendo este exemplo, no século 19 alguns Estados alemães aceitaram essa cláusula. Apesar disso, tanto a lei atual alemã quanto a brasileira proíbe, pois não há como modificar norma cogente (assunto que será tratado posteriormente).

Na legislação brasileira o legislador não adotou este nome para as manifestações da autonomia privada que visam modificar o procedimento. O legislador pátrio denominou de convenções processuais atípicas.

No entanto, em razão de sistematização do direito entende-se que a denominação correta seria de contrato de procedimento, eis que o instrumento de materialização do negócio

¹⁶³ CARATINI, Marcel *apud* ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC. In CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 245-268, p. 248.

¹⁶⁴ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC. In: CABRAL; NOGUEIRA, *idem* *ibidem*.

¹⁶⁵ KERN, Christoph A. Procedural contracts in Germany. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 179-191, p. 181-182.

jurídico é o contrato, ainda, toda a teoria dos fatos jurídicos tratada no direito material é aplicada nas manifestações de vontade das partes dentro do procedimento, isto significa que as questões de invalidade do negócio jurídico também se aplicam no direito processual.

Ademais, todos os preceitos tratados no direito material acerca dos contratos se aplicam no contrato de procedimento.

Logo, a denominação contrato de procedimento visa realizar a constitucionalização da autonomia privada no processo civil, com a democratização do procedimento.

3.4.1 Formação

Uma questão de importância se refere ao regime jurídico dos negócios jurídicos processuais, ou seja, se no campo de validade aplica-se as regras de direito material ou o processual ou ambos.

Para solucionar é necessário recordar a regra estabelecida no art. 486 do Código de Processo Civil de 1973, a qual estabelecia que “os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil”¹⁶⁶.

A partir do disposto no artigo podem-se extrair as seguintes consequências: consagração do dogma da irrelevância dos vícios de vontade nos atos processuais dos litigantes; e, assegura-se a utilização de ação anulatória para desconstituir os atos praticados sob a égide dos vícios estabelecidos nos Código Civil.

Primeiramente, faz-se necessário estabelecer os atos sujeitos a aplicação do artigo 486 do código de 1973. Dentre os atos não sujeitos à homologação, incluem: renúncia e desistência na propositura de recurso cabível. Já aqueles sujeitos à homologação pelo juiz tem-se: transação, reconhecimento do pedido e a desistência da ação.

O próprio código estabeleceu que os atos processuais pudessem ser invalidados de acordo com as regras de direito material (artigo 486, Código de Processo Civil de 1973).

Entretanto, no que se refere aos negócios jurídicos processuais, os quais não estão enquadrados nas hipóteses do art. 486, em especial quanto aos atos postulatórios, a princípio, não se pode utilizar o regime jurídico do direito material para sanar os vícios de vontade. No

¹⁶⁶ BRASIL, op. cit., disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 15 maio 2016.

entanto, sob a égide do atual código de processo civil o regime jurídico aplicável é do direito material.

Com isso os negócios jurídicos processuais têm como requisitos os mesmos existentes no plano de validade dos atos jurídicos. Nesta seara, para que sejam válidos devem ser pactuados por litigantes capazes, ter objeto lícito e observar a forma prescrita em lei (que nesse caso deve ser escrita). O descumprimento destes requisitos invalida o negócio jurídico.

O artigo 190, do atual Código de Processo Civil¹⁶⁷, estabelece que as partes sejam capazes para poderem celebrar o contrato de procedimento. Na verdade, a exigência é da capacidade processual, pelo fato do contrato de procedimento ser a concretude do negócio jurídico processual.

No tocante a matéria que pode ser objeto do contrato, trata-se de ponto indefinido pelo legislador, em razão de ter se valido da cláusula geral. Neste ponto é requisito objetivo que o contrato seja formado apenas sobre questões que admitam autocomposição. Neste sentido, “há casos em o direito em litígio pode ser indisponível, mas admitir solução por autocomposição, por exemplo, o que acontece com os direitos coletivos e o direito aos alimentos”¹⁶⁸. Isso foi fixado pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis, no enunciado 135, “a indisponibilidade do direito material impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”¹⁶⁹.

3.4.2 Democratização do Processo e Concretude de Direitos Fundamentais

Observa-se que o atual Código de Processo Civil trouxe cláusula geral para formação do contrato de procedimento, garantindo a possibilidade para os litigantes adequarem o procedimento de acordo com as peculiaridades da questão levada a juízo, isso significa que as partes, por meio da autonomia privada, podem negociar sobre os ônus, faculdade, poderes e deveres processuais. O objetivo desta permissão é permitir a adequação (efetivar a tutela dos direitos) e tempestividade (efetivar os princípios da celeridade e da duração razoável do processo) processuais.

¹⁶⁷ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**: Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 maio 2016.

¹⁶⁸ DIDIER JÚNIOR, op. cit., 2015, p. 386-387.

¹⁶⁹ Idem.

No entanto, há certa resistência à elevação da autonomia privada dentro do procedimento. A princípio, a principal barreira desta flexibilização do procedimento é choque com os princípios constitucionais do devido processo legal e da segurança jurídica, conforme Humberto Theodoro Jr. “esse argumento se apoia em uma noção rígida dentro da qual apenas um sistema hermeticamente estabelecido poderia promover para os litigantes a expectativa de segurança acerca da condução do processo pelo magistrado”¹⁷⁰.

Entretanto, o referido pensamento só seria aceito se os contratos de procedimentos não respeitassem os direitos fundamentais, isto é, contrato de procedimento que fere direitos constitucionalmente tutelados é ilegal, por exemplo, contrato de procedimento que visa coibir que a parte ré apresente contestação é ilegal, pois ofende o princípio do contraditório.

Para solucionar a questão, é necessário admitir que, a permissão contida na cláusula geral de negociação (artigo 190, do Código de Processo Civil), encontra-se limitações na Constituição da República Federativa do Brasil, isto porque como houve a constitucionalização do direito, o fundamento jurídico do negócio jurídico processual é o próprio texto constitucional, na parte que garante a liberdade individual e econômica a todos os indivíduos. “[...]” 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 é a tutela dos direitos”¹⁷¹.

Desta forma torna-se um desafio doutrinário e jurisprudencial a construção teórica dos limites na formação do contrato de procedimento. Apesar disso, extraído do próprio artigo 190 do código de processo, pode-se fixar como base os limites atrelados a capacidade das partes e a disponibilidade do direito e, ainda, o limite dos direitos e garantias constitucionais.

A limitação da proibição da desigualdade processual está atrelada ao poder de vigilância do juízo, o qual deve suprir as deficiências da parte menos favorecida em relação a parte mais forte da relação, isto é, “diante de determinadas circunstâncias é desejável e até mesmo indispensável uma certa flexibilidade das regras procedimentais para assegurar *in concreto* a paridade de armas e a ampla defesa”¹⁷².

A ordem jurídica deve ser dotada de meios idôneos para que as partes possam agir no processo em posição equilibrada. A igualdade (no processo) deve ser entendida aqui como equilíbrio das posições jurídicas dos sujeitos processuais. Este equilíbrio, [...] deve ser compreendido para cada situação

¹⁷⁰ THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dirle; BAHIA, Alexandre Melo Franco, PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1, p. 189.

¹⁷¹ ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os Negócios Processuais. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 193-214, p. 194.

¹⁷² GRECO, op. cit., p. 290.

processual específica (e não de forma geral, como se fosse possível estabelecer um equilíbrio único para todas as posições processuais em abstrato)¹⁷³.

Desta forma o magistrado tem um papel ativo para controlar a formação do contrato de procedimento para que o instrumento assegure a igualdade entre os litigantes.

[...] o juiz passa a ter papel também ativo na adaptação do procedimento à situação concreta. [...] Essa atividade tem três aspectos principais: envolvimento judicial imediato com a triagem dos casos, resolução amigável do conflito e flexibilização do procedimento. É da essência dessa nova postura o exercício responsável do controle processual pelo juiz, o que se dá, dentre outras atividades, pela estruturação de um calendário processual, pela delimitação do tema provatório em saneamento compartilhado e pelo respeito ao *equal footing*¹⁷⁴. A ideia do *active case management*, assim implica a concessão de amplos poderes de direção do processo ao juiz. Objetiva-se com isso, tornar o litígio menos complexo e mais leal. Falar em gerenciamento de processos significa compreender o papel do juiz como de alguém que deve conduzir as demandas judiciais para a mais adequada resolução dos conflitos com o menos dispêndio de tempo e recurso¹⁷⁵.

O juiz como administrador do processo tem o dever de manter o equilíbrio das partes no processo, além do mais, a cooperação existente permite o exercício da autonomia privada pelas partes sob a proteção da igualdade, tendo o juiz como balança da relação negocial processual, com a finalidade de assegurar a igualdade.

Não obstante esse poder das partes se contraponha aos poderes do juiz, não deve ser interpretado, de forma alguma, como uma tendência de privatização da relação processual, mas representa simplesmente a aceitação de que aquelas, como destinatárias da prestação jurisdicional, têm também interesse em influir na atividade-meio e, em certas circunstâncias, estão mais habilitadas do que o próprio julgador a adotar decisões sobre os seus rumos e a ditar providências com os objetivos publicísticos do processo, consistentes em assegurar a paz social e a própria manutenção da ordem pública¹⁷⁶.

A ampla participação das partes na definição das regras procedimentais é fundamental para a concretização da liberdade, garantida constitucionalmente, e isso efetiva o princípio do devido processo legal, pois processo devido é aquele que tem a participação das partes que estão em pé de igualdade dentro do procedimento.

¹⁷³ ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os Negócios Processuais. In: CABRAL; NOGUEIRA, *ibidem*, p. 200.

¹⁷⁴ Expressão de origem estadunidense que significa em pé de igualdade. Este princípio foi inserido na Constituição Norte Americana, para que os estados que fossem admitidos posteriormente fossem tratados nas mesmas condições dos estados que já faziam parte.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 203-204.

¹⁷⁶ GRECO, Leonardo. **Os Atos de Disposição Processual – primeiras reflexões**. Revista de Direito Processual. Rio de Janeiro. 2007, p. 7.

Assim, a eficácia do direito fundamental à liberdade está intimamente ligada ao autorregramento (princípio da autonomia privada), que estabelece o direito a todo sujeito de regular juridicamente o procedimento, traçando o caminho adequado para efetivar a tutela de seu direito, ou seja, a liberdade dos sujeitos em pé de igualdade de negociarem o procedimento para assegurarem uma solução democrática do litígio.

Com isso, a manifestação da autonomia privada no procedimento torna o processo democrático, e, processo democrático é aquele que há participação igualitária dos interessados, efetivando-se o devido processo legal.

O princípio do devido processo legal deve garantir, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, o exercício do poder de autorregramento ao longo do processo. Um processo que limite injustificadamente o exercício da liberdade não pode ser considerado um processo devido. Um processo jurisdicional hostil ao exercício da liberdade não é um processo devido, nos termos da constituição brasileira¹⁷⁷.

Logo, o atual Código de Processo Civil, consagrando expressamente o negócio jurídico processual, permite que as partes usem da autonomia privada no procedimento, numa perspectiva constitucional, que autoriza e impõe condições para que a manifestação da vontade seja manifestada. E, constitucionalmente o processo torna-se coisa das partes e não coisa sem parte.

Por fim, o processo que permite o contrato de procedimento é democrático e garante a proteção dos direitos fundamentais, tais como liberdade e igualdade. Para que essa constitucionalização do procedimento seja eficaz se deve respeitar as cláusulas procedimentais da função social e da boa-fé objetiva, conforme foi traçado no capítulo anterior.

3.4.3 Aplicação do Contrato de Procedimento

O atual Código de Processo Civil constitucionalizou o procedimento por meio da inserção do contrato de procedimento, que deu a possibilidade de as partes formarem negócios jurídicos processuais com a finalidade de adaptarem o procedimento a questão

¹⁷⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 20-25, p. 21.

específica discutida, isso garantiu ao processo um cumprimento das garantias constitucionais. Neste tópico passa-se a tratar de questões práticas sobre o tema, visto que este instrumento trouxe modificações na forma e modo tradicional de visualizar o processo.

Logo, neste subcapítulo apresenta-se três questões interessantes acerca da aplicação do contrato no procedimento. A primeira delas se refere a possibilidade de os litigantes firmarem o instrumento acerca do instituto recursal. A segunda analisará sobre a fixação de calendário procedimental. E, a última será pautada a postura dos sujeitos processuais no cumprimento do negócio jurídico processual firmado.

3.4.3.1 *Questões recursais*

O artigo 190 do Código de processo civil estabelece o contrato de procedimento: “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”¹⁷⁸.

Observa-se que o legislador estabeleceu como momento de formação do instrumento qualquer fase do procedimento, neste ponto, a princípio, a manifestação de vontade em fase recursal seria permitida. No entanto, grande polêmica cerca o tema.

Primeiramente, analisando a natureza jurídica do recurso, tem-se o posicionamento de que o recurso seria uma ação autônoma do recurso que lhe deu origem. Esta corrente busca distinguir o direito de ação do de recorrer. O direito de recorrer seria uma manifestação do direito de ação. Entretanto, a posição que impera é que o recurso seria um direito de ação executado na jurisdição superior.

Desta forma o direito de recorrer é caracterizado como um ônus processual, sendo que, a parte que não recorre torna-se definitiva a decisão, precluindo o seu direito e transitando em julgado a decisão.

[...] o ônus é um imperativo do interesse próprio. Quem tem sobre si o ônus está implicitamente forçado a efetuar o ato de que se trate; é o seu próprio interesse que o compele. O ônus aparece como uma espécie de ameaça,

¹⁷⁸ BRASIL, op. cit., disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 15 maio 2016.

como uma situação embaraçosa que grava o direito do titular. Mas a este é dado desembaraçar-se da carga, cumprindo o que é visado por ela¹⁷⁹.

Portanto, o recurso é um ônus, uma vez que a parte insatisfeita da decisão buscará rescindir o julgado por meio de uma decisão colegiada. Mas, a parte que não queira utilizar deste artifício não sofrerá qualquer sanção, eis que não haverá o descumprimento de um dever, ela apenas se conformará com os fundamentos da decisão transitada em julgado.

Assim, o recurso tendo natureza de ônus é permitido que as partes firmem o contrato de procedimento acerca destas questões, por exemplo, o contrato de procedimento poderia versar sobre a irrecorribilidade das decisões judiciais, sendo que neste caso a decisão máxima caberia ao juízo *a quo*.

O Fórum Permanente de Processualistas Civis aprovou o seguinte enunciado:

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 da apelação, acordo para não promover execução provisória¹⁸⁰.

Nota-se que o enunciado estabelece liberdade plena das partes sobre questões processuais, como a de firmar contrato para retirar o efeito suspensivo da apelação.

Na verdade, o código de 1973 já previa como direito da parte de renunciar ao direito de recorrer, então seria incoerente não permitir negócios jurídicos processuais na fase recursal, pois se é permitida a manifestação unilateral, também, como instrumento de democratização deve ser permitido a formação do contrato de procedimento em questões recursais.

Importante fixar que as partes podem acordar sobre questões recursais desde que não tenham o condão de alterar questões procedimentais de ordem pública, como a supressão de instância, ou seja, as partes negociarem para que o processo seja julgado originariamente em segunda instância, isso seria uma forma ilegal de alteração de competência absoluta, o que fere o devido processo legal.

3.4.3.2 *Calendário processual*

¹⁷⁹ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Tradução. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 120.

¹⁸⁰ **CARTA DO RIO**. III Fórum Permanente de Processualistas Civis. Rio de Janeiro, 2014, p. 7.

Este instituto foi inserido pelo atual código de processo com a finalidade de garantir a duração razoável do processo e a eficiência processual. Isto permite que o processo tenha um planejamento no seu desenvolvimento, com isso o juiz, como administrador do processo, em conjunto com as partes (representadas por seus advogados), fixa o calendário específico para o procedimento. Isto é, fixa as datas para a prática de determinados atos processuais, bem como, a data em que será proferida as decisões terminativas e definitivas.

Este instituto teve origem no direito francês (artigo 764 do código de processo), sendo que o método consiste em estabelecer previamente as datas para a prática dos atos processuais de cada parte e a data em que será decidido o litígio.

Podem-se apontar dois tipos de calendarização processual, sendo aquele fixado no contrato de procedimento e no acordo de calendarização. No contrato de procedimento, as partes estabelecem quais atos praticarão, a forma e a sequência, no entanto, não vinculam necessariamente cada um deles a uma data limite¹⁸¹.

Trata-se de algo similar a um compromisso para arbitral em juízo, em que as partes chegam a um acordo acerca do procedimento que será adotado no processo. Por meio desse acordo, portanto, as partes celebram um negócio jurídico constitutivo de um formato procedimental. Esse formato pode originar-se de bases inéditas, ou simplesmente derivar de algumas deturpações sumarizantes ao procedimento legal padrão. Daí por que o procedimento criado pelas partes é especial; contudo, não se trata de um procedimento especial in abstracto (desenhado pela lei para situações gerais e abstratas –e.g., mandado de segurança, ação de nunciação de obra nova e desapropriação), mas de um procedimento especial in concreto (ou seja, construído episodicamente para um único caso determinado e singular)¹⁸².

Já o acordo de calendarização tem autonomia ontológica. Muitas vezes, ele pode funcionar como pacto adjeto a um acordo de procedimento. Com outras palavras: após as partes inventarem um procedimento, podem elas submetê-lo a um cronograma e vincular a realização de cada ato a uma data-limite preestabelecida. Aqui, a natureza acessória do acordo de calendarização é indisfarçável, pois ele reflexamente se desconstituirá caso se desconstitua o acordo de procedimento. Não por outra razão o novo CPC traz o acordo de procedimento no artigo 190 e a calendarização no artigo 191. Ainda assim, é possível que as partes decidam não criar procedimento, mas aproveitar o procedimento padrão previsto em lei e vincular cada um dos seus atos a datas precisas. Por conseguinte, pode haver (a) calendarização com flexibilização procedimental e (b) calendarização sem flexibilização procedimental¹⁸³.

¹⁸¹ COSTA, José Eduardo da Fonseca. Calendarização processual. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 353-369, p. 360.

¹⁸² Idem.

¹⁸³ Idem.

Diante disso a calendarização processual torna-se um estímulo para que as partes celebrem contrato de procedimento, eis que se a parte se interessa em previamente datas para o cumprimento dos atos processuais, isso significa que as partes de forma indireta têm interesse em alterar o procedimento em prol da celeridade.

3.4.3.3 Postura dos sujeitos processuais no cumprimento do contrato de procedimento

O contrato de procedimento foi uma grande inovação trazida pelo atual código de processo civil, para garantir a efetividade da tutela dos direitos com a flexibilização procedimental. Neste ponto, importante resgatar os aspectos do anteprojeto do código de processo civil.

No anteprojeto do Código, antes da tramitação no Senado, tratava-se da flexibilização procedimental – como poder do magistrado. No Senado Federal, o dispositivo foi alterado, deixando de propiciar uma simples adequação de prazos e a inversão do ônus da prova para uma nova fase de instituição da flexibilização procedimental: sendo que esta não mais como “poder do juiz”, mas como exercício da autonomia privada através do contrato de procedimento¹⁸⁴.

Na Câmara dos deputados observou-se que o projeto do novo código de processo ultrapassava as questões de flexibilização procedimental, trazendo a necessidade de nomear como contrato de procedimento, pelo fato de concretização da autonomia privada dentro do procedimento, eis que as partes poderiam negociar o procedimento com a finalidade de adaptá-lo, ou seja, a possibilidade de os litigantes criarem o procedimento singular para a solução do litígio.

Trata-se de introduzir no sistema brasileiro uma modalidade de acordo de procedimento, permitindo que as partes possam, em certa medida, regular a forma de exercício de seus direitos e deveres processuais e dispor sobre os ônus que contra si recaiam. Trata-se de importante acréscimo que vai ao encontro de ideia presente em várias passagens do projeto: ampliar a participação das partes no processo, favorecendo o desenvolvimento da noção de cidadania processual. Se solução consensual do litígio é benéfica e querida, porque representa, além do encerramento do processo judicial, a própria concretização da pacificação, nada mais justo do que permitir que os

¹⁸⁴ NOBLAT, Francis. De “poder do juiz” a “convenção das partes”: uma análise da flexibilização procedimental na atual reforma do código de processo civil. In: Revista eletrônica de processo civil – REDP. a.8. V. III, Rio de Janeiro, janeiro a junho de 2014, p. 206-207.

litigantes possam, inclusive quando não seja possível a resolução da própria controvérsia em si, ao menos disciplinar a forma do exercício das suas faculdades processuais conforme suas conveniências, ou até mesmo delas dispor, conforme o caso¹⁸⁵.

Com a promulgação do atual diploma de processo civil, ao inaugurar a democratização do processo, estabeleceu-se o princípio do cooperativismo, que institui aos integrantes do processo um dever de cooperação.

Diante do atual cenário o processo não é determinado nem pelas partes e nem pela postura autoritária do juiz, no cooperativismo o processo situa-se na integração entre partes e magistrado, sendo que, há um fortalecimento do papel do juiz, quanto ao fiscal do cumprimento do devido processo legal, e da consagração da autonomia privada no procedimento, contribuição das partes em criar um procedimento específico.

O papel do juiz, é de administrador do processo, cujo fiscaliza os limites na formação do contrato de procedimento, promovendo a participação das partes em pé de igualdade. O magistrado em razão de sua imparcialidade não é sujeito do negócio jurídico processual, os seus poderes atribuídos pela legislação são deveres e, por essa razão, ele deve se adaptar ao procedimento criado pelas partes para proferir a sentença que o incumbe.

Apesar do magistrado não ser sujeito da relação ele se torna parte dela e, com isso, deve promover a conciliação, isto é, uma solução amigável ao litígio. Também quanto ao contrato de procedimento o magistrado é vinculado a este instrumento para proferir a decisão mais adequada na solução do conflito.

Com relação as partes após estabelecido o procedimento específico, não há como discutir a validade dele, desde que não haja alguma hipótese de invalidade do negócio jurídico.

Assim, o contrato de procedimento pactuado vincula as partes e magistrados no novo procedimento criado, sendo que na hipótese de descumprimento dele o ato praticado que não esteja amparado pelo contrato é tido como inexistente e ineficaz.

¹⁸⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº. 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº. 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº. 5.869, de 1973). **Projetos de Lei nº. 6.025, de 2005, e nº. 8.046, de 2010.** Código de Processo Civil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível:http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1030577&filenae=Tramitacao-PL+6025/2005. Acesso em 21 abril 2016, p. 30.

CONCLUSÃO

Os capítulos do presente trabalho apresentaram o negócio jurídico material e processual a luz da aplicação do princípio da autonomia privada. Objetivou-se demonstrar qual a influência da autonomia privada na formação dos negócios jurídicos, tanto no aspecto material quanto no processual. Também buscou-se analisar qual a importância dos limites propostos para o exercício da autonomia privada.

Contatou-se o negócio jurídico como subespécie dos fatos jurídicos quando preenchido os seus pressupostos de existência, validade e eficácia. Definiu que negócio jurídico é toda a declaração de vontade capaz de produzir efeitos jurídicos, sendo que, o instrumento utilizado para materializar essa relação jurídica é o contrato.

Partindo da ideia de constitucionalização do direito, se identificou que esse movimento refletiu para todos os ramos do Direito, em especial, Civil e Processo Civil, sendo que a partir daí traçou-se uma análise constitucional do contrato.

Com a constitucionalização do contrato se constatou que contrato constitucionalizado é aquele regido sob a égide da função social e da boa-fé objetiva. E, ainda, por meio da análise econômica do direito foi estabelecido que o contrato é o vínculo entre o sistema econômico e o jurídico, que objetiva a formação de negócios jurídicos.

Seguindo este raciocínio, se percebeu que a autonomia da vontade no período liberal implicava num exercício de liberdade irrestrita, sendo que, esse exercício era materializado no contrato, o qual era imutável e aplicável somente em relação ao contratante e contratado, não se preocupando com os efeitos que poderia gerar para terceiros da relação.

Seguindo a linha da constitucionalização se notou que o princípio da autonomia da vontade foi evoluído para a autonomia privada, a qual utiliza-se dos princípios da função social e da boa-fé objetiva para constitucionalizar o autorregramento de vontade estabelecidos no contrato.

Com isso, foi analisada a influência do princípio da autonomia da vontade na formação de negócios jurídicos materiais e processuais.

Com relação aos negócios jurídicos materiais houve constatação da evolução do princípio da autonomia da vontade para a autonomia privada, estabelecendo que este princípio é o principal para a formação dos negócios jurídicos materiais e, ainda, pode ser tratado como

o principal instrumento de constitucionalização do negócio jurídico material por meio do contrato.

Já com relação aos negócios jurídicos processuais se identificou que a partir da entrada em vigor da lei 13.105/2015 foi possível perceber a existência de negócios jurídicos processuais, pois o Código de Processo Civil de 1973 não havia esta previsão, sendo que, a maior parte da doutrina negava a existência deste instituto no ramo de Direito Processual.

Então concluída a existência de negócios jurídicos processuais foi identificado que autonomia privada influencia a formação dos negócios jurídicos, além de estabelecer os limites das convenções processuais atípicas. Desta forma a importância da autonomia privada no negócio jurídico processual é estabelecer os limites dos contratos de procedimento (instrumento de materialização do negócio jurídico processual).

Foi constatado que o contrato de procedimento, por ter natureza jurídica negocial, observa a aplicação dos pilares contratuais da boa-fé objetiva e da função social, limites impostos pela autonomia privada.

Por fim, a autonomia privada no âmbito processual colabora com os princípios constitucionais processuais, tais como devido processo legal, igualdade das partes (contraditório e ampla defesa) e duração razoável do processo, eis que a finalidade das partes alterarem o procedimento é a busca pela efetivação, mais célere e justa, da tutela dos direitos, conforme estabelece o neoprocessualismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os Negócios Processuais. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 193-214.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 245-268.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A liberdade de iniciativa econômica – fundamento, natureza e garantia constitucional. In: **Revista de Direito Civil**. São Paulo:RDCiv 37/95, jul.-set./1986.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado**: direito de exclusividade nas relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 87, n. 750, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teórico e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Campinas: Servanda, 2008, p.88-114.

BINENBOJN, Gustavo. Direitos Humanos e justiça social: as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX. In: TORRES, Ricardo Logo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos da teoria do direito. Tradução de Danieal Beccacia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Barbosa e Renata Negamine. São Paulo: Manole, 2007.

BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 335-352.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 54.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº. 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº. 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº. 5.869, de 1973). **Projetos de Lei nº. 6.025, de 2005, e nº. 8.046, de 2010**. Código de Processo Civil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.
Disponível: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1030577&filenae=Tramitacao-PL+6025/2005. Acesso em 21 abril 2016.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: institui o código civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 28 mar. 2016.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**: institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 15 maio 2016.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**: Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 15 maio 2016.

CAMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de direito processual civil**. 25ª ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARTA DO RIO. III Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Rio de Janeiro, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução Paolo Capittanio. V. 3. Campinas: bookseller, 1998.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. Trad. Eduardo L. Suárez. Cidade do México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

COSTA, José Eduardo da Fonseca. Calendarização processual. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 353-369.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Tradução. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946.

CRETELA JÚNIOR, J. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1993.

CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 27-62.

DELGADO, José Augusto. O Contrato no código civil e a sua função social. **Revista Jurídica**, São Paulo, a. 52, n. 322, p. 7-28, ago. 2004.

DIDIER JR., FREDIE. **Curso de Direito Processual Civil**. 12ª ed, v. 1. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 17ª ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 20-25.

_____. **Revista de Processo**. 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

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

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

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FARIA, Guiomar T. Estrella. **Interpretação econômica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB. 11ª ed. Bahia: JusPodivm, 2013.

_____. **Curso de Direito Civil**: contratos. V. 4, 3ª. ed. Bahia: JusPodivm, 2013.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função social e função ética da empresa. In: **Argumentum**. Revista de Direito da Universidade de Marília. v. 4. Marília: UNIMAR, 2004.

_____. **Teoria crítica do Negócio Jurídico**. Artigo publicado na Revista Diritto & Diritti – revista giuridica on line. Disponível: <http://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/27048.html>. ISSN: 1127-8579, 2008. Acesso em: 06 de jun./2016.

_____. Funcionalização do direito privado e função social. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser, RIBEIRO, Maria de Fátima (org.) **Direito Empresarial Contemporâneo**. São Paulo: Arte e Ciência, 2007.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; HOFFMANN, Glauci Aline. **Relações Negociais**: autonomia privada e a eficácia dos direitos fundamentais. CONPEDI, 2012.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; MAZZETO, Cristiano de Souza. Constitucionalização do Negócio Jurídico e Ordem Econômica. In: **Argumentum – Revista de Direito** Marília:UNIMAR, v. 5, p. 75-92, 2005.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 12ª ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARCÍA, Fernando Flores. **Sobre la Teoria General del Proceso**. Jurídica anuário. Disponível em: <http://www.ebookshift.com/teoria-general-del-proceso-pdf-cipriano-gomez-lara.html>. Acesso em: 02 de out./2016.

GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe do “Leito de Procusto”. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2014, n. 235.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. V. III. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 48-49.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 20ª ed. v. 2. n. 1. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier**. José Miguel Garcia Medina; Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz; Luíz Otávio Sequeira Cerqueira. Luiz Manoel Gomes Júnior (coord.). p. 290-304. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Os Atos de Disposição Processual – primeiras reflexões**. Revista de Direito Processual. Rio de Janeiro. 2007.

JUNIOR, Irineu G. Economia dos Contratos. In: RIBEIRO, Marcia C. P.; KLEIN, Vinicius (coord.) **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KERN, Christoph A. Procedural contracts in Germany. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 179-191.

LEAL, Rosemiro Periera. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. V.I. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Tratado de Los Contratos – Parte General**. Buenos Aires: Rubinzal – Culsoni Editores, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 5 nov. 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. In: **Revista de Direito Civil**. São Paulo: RDCiv59/19, jan.- mar./1992.

_____. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. Plano de existência. São Paulo: Saraiva, 2004.

MERQUIOR, José Guilherme. O liberalismo antigo e moderno. In: MERCADANTE, Paulo (Coord.). **Constituição de 1988: o avanço do retrocesso**. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1990.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, Tomo I. ebook, 2016.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: forense, 1974, t. 3.

MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. **Temas de direito processual – terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NEVES, Alfredo Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação**. Coimbra: Coimbra, 2003.

NOBLAT, Francis. De “**poder do juiz**” a “**convenção das partes**”: uma análise da flexibilização procedimental na atual reforma do código de processo civil. In: Revista eletrônica de processo civil – REDP. a. 8. V. III, Rio de Janeiro, janeiro a junho de 2014.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 81-104.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. O Princípio da boa-fé e a execução contratual. In: **Revista dos Tribunais**. RT 794/56, dez/2001.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de processo**. São Paulo, n. 137, jul/2006.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: V.III - contratos**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Trad.de Eduardo L. Suárez. 2ª ed.. México: FCE, 2007.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada na inovação do CPC/2015. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 269-280.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e n pós-modernidade. In: Revista de informação legislativa. v. 41, n. 163, p.113-130, jul./set. 2004. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/982>. Acesso em: 06 nov. 2016.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A repercussão da causa na teoria do negócio jurídico: um paralelo com a função social dos contratos. In: **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba, n. 58, p.147-171, 2013.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil: processo de conhecimento**. 25^a ed. atual. Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2007.
SAVIGNY, M. F. C. **Sistema del Derecho Romano Actual**, II. Tradução Jacinto Mesia y anuel Poley. Madrid: Góngora y Compañía, 1879.

SILVA, Clóvis do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. Direito Civil e ordem pública na legalidade constitucional. In: **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília: a. 4, n. 17, p. 223-235, out./dez. 2005.

_____. Normas constitucionais e direito civil. In: **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goitacases, v.4/5, n. 4/5, p. 167-175, 2003/2004.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dirle; BAHIA, Alexandre Melo Franco, PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 1^a ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1.

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito & Economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. Negócio jurídico processual. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. v. 54. São Paulo: Saraiva, 1977.

ZANETI JR., Hermes. O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Reconstruindo a teoria geral do processo**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 105-106.