



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIA CAROLINA GOMES VILAS BÔAS

**A (IM)POSSIBILIDADE DE REALIZAR NEGÓCIOS
JURÍDICOS PROCESSUAIS SOBRE LEGITIMIDADE
EXTRAORDINÁRIA**

Salvador
2017

MARIA CAROLINA GOMES VILAS BÔAS

**A (IM)POSSIBILIDADE DE REALIZAR NEGÓCIOS
JURÍDICOS PROCESSUAIS SOBRE LEGITIMIDADE
EXTRAORDINÁRIA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Társis Silva de Cerqueira

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIA CAROLINA GOMES VILAS BÔAS

**A (IM)POSSIBILIDADE DE REALIZAR NEGÓCIOS
JURÍDICOS PROCESSUAIS SOBRE LEGITIMIDADE
EXTRAORDINÁRIA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2017

À Leonardo, Ana Carolina e Rubem (*in
memoriam*) por serem o motivo dos
meus começos, meios e fins.

AGRADECIMENTOS

Existem pessoas que não sabem, mas apenas por um olhar, um sorriso, um abraço confortante, ou um simples presente no meio da maratona de escrita, acabam ajudando mais do que de fato pretendiam. Gente que viveu e compreendeu tantas ausências, sem poupar o incentivo. O meu primeiro “obrigada” é para pessoas que, sem saber, contribuíram tanto para que eu encontrasse forças para continuar esse trabalho monográfico: amigos, colegas de faculdade, colegas do trabalho, funcionários da biblioteca e do setor de fotocópia.

Agradeço, ainda, ao meu orientador, Prof. Tárzis Cerqueira, pelo acolhimento, pela tranquilidade que sempre conduziu nossos diálogos, pelo olhar crítico e pelo enriquecimento através de conselhos construtivos.

À Gabriela Tanajura, irmã que o direito me deu, e Virna, irmã por afinidade, pelo companheirismo, por vibrarem comigo a cada pequena conquista, por se fazerem presentes nos momentos bons e ruins, e por oferecerem os ouvidos para tantos desabafos.

Por fim, mas não menos importante, à minha mãe, Ana Carolina, pelo apoio e paciência inigualáveis, e meu irmão, Leonardo, por, em um momento tão difícil das nossas vidas, ter abraçado todas as preocupações possíveis para que adquirisse a força necessária para conclusão deste trabalho (sem dúvidas, isso não seria possível sem você). Ao meu falecido pai, em quem encontrei forças para seguir em frente, na esperança de jamais decepcioná-lo.

“É o tempo da travessia, e se não ousarmos fazê-la, teremos ficado para sempre à margem
de nós mesmos”

Fernando Pessoa

RESUMO

Uma das grandes inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil foi a consagração da cláusula geral de negociação atípica que, em seu art. 190, faculta às partes estipular mudanças no procedimento da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Diante dessa inovação, surgem novos questionamentos para os estudiosos do processo civil brasileiro: quais os limites para os negócios jurídicos processuais atípicos e quais são aqueles negócios permitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro? Dentre essas ponderações e a extensa gama de negócios jurídicos processuais atípicos que podem ser vislumbrados, surge a dúvida quanto à possibilidade de convencionar a legitimidade extraordinária, que consiste na faculdade de sujeitos que não figuram a relação jurídica de direito material ocuparem posições processuais de autor ou réu, ou seja, participarem da relação jurídica de direito processual. Isso se deve principalmente em razão de ter o art. 18 do Código de Processo Civil de 2015 modificado a fonte normativa deste instituto que era a “lei”, conforme a narrativa literal do artigo equivalente no CPC de 1973, para “ordenamento jurídico”. Diante disso, o presente trabalho monográfico visa analisar a concretização da liberdade prevista na Constituição Federal no âmbito do direito processual, verificando os limites impostos pelo sistema aos negócios jurídicos, até que se alcance o debate sobre a (im)possibilidade de realizar um negócio jurídico processual que trate sobre a legitimidade extraordinária, analisando sobretudo se o negócio jurídico pode ou não ser compreendido como fonte de direito e se seria, portanto, abarcado pelo termo “ordenamento jurídico”.

Palavras-chave: negócio jurídico processual; legitimidade extraordinária; fonte de direito; acordo de procedimento.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
c/c	Combinado com
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
<i>v.g.</i>	<i>verbi gratia</i>
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015
CPC/1973	Código de Processo Civil de 1973
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Civis
CDC	Código de Defesa do Consumidor
PLC	Projeto de Lei Complementar
CPC/1932	Código de Processo Civil de 1939

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 AUTORREGRAMENTO DA VONTADE E OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS	11
2.1 FUNDAMENTOS DO AUTORREGRAMENTO DA VONTADE	11
2.2 O NEGÓCIO ENQUANTO PODER DE AUTORREGULAÇÃO (AUTONOMIA DA VONTADE)	16
2.3 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	20
2.4 LIMITES DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS	28
2.4.1 Limites gerais e a chamada ordem pública processual	28
2.4.2 Valide dos negócios jurídicos	30
2.4.3 Limites específicos aos negócios processuais típicos	32
3 NEGÓCIOS COMO FONTES NORMATIVAS	35
3.1 FONTES NORMATIVAS	36
3.2 NEGÓCIOS COMO FONTES NORMATIVAS	46
3.3 NORMAS PASSÍVEIS DE NEGOCIAÇÃO	51
4 LEGITIMIDADE PROCESSUAL	54
4.1 O QUE É LEGITIMIDADE	55
4.2 FONTES DA LEGITIMIDADE	57
4.3 LEGITIMIDADE PROCESSUAL	58
4.3.1 Legitimidade ordinária	59
4.3.2 Legitimidade extraordinária	61
4.4 LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA NEGOCIAL	65
4.4.1 Legitimidade extraordinária negocial ativa	72
4.4.2 Legitimidade extraordinária negocial passiva	73
5 CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS	77

1 INTRODUÇÃO

A legitimidade consiste na capacidade, conferida pelo ordenamento jurídico, de determinados sujeitos figurarem as posições processuais de autor ou réu. Pode, ainda, ser classificada em ordinária ou extraordinária, de acordo com a (in) coincidência entre as partes da relação jurídica de direito material e da relação jurídica de direito processual.

A legitimidade extraordinária ocorre quando determinado sujeito figura no processo em nome próprio defendendo direito alheio, e, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 derivava apenas e tão somente da lei, em razão da exegese literal do artigo em que estava prevista. Atualmente, possui arrimo no art. 18 do CPC de 2015 que dispõe que “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.

O presente trabalho monográfico tem como núcleo temático a análise do negócio jurídico processual enquanto fonte normativa da legitimidade extraordinária, em face da amplitude do termo “ordenamento jurídico” trazido no escopo do novel código processual civil brasileiro, bem como diante do art. 190 do mesmo diploma que consagra a cláusula geral de negociação atípica, permitindo aos sujeitos do processo “estipular mudanças no procedimento da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”.

A relevância e a contribuição deste estudo para o direito é de, principalmente, avaliar, ainda que especificamente, os limites para as convenções processuais atípicas ante a abertura da cláusula que as estipulam, bem como consagrar o espírito de diversos doutrinadores que rogavam pela existência da legitimidade extraordinária negociada.

Outrossim, o presente trabalho é de grande contribuição para a sociedade haja vista que o tema esbarra com as questões fundamentais da liberdade, dignidade da pessoa humana e, especialmente, a questão do acesso à justiça e inafastabilidade da jurisdição, que é do interesse de todo e qualquer cidadão.

Para tanto, estudou-se a noção e fundamentos do princípio do autorregramento da vontade enquanto consagração da liberdade prevista constitucionalmente, mormente analisando a existência e importância de tal princípio no meio processual.

Demais disso, buscou-se trazer à discussão o regramento dos negócios jurídicos, tendo por base os ensinamentos de Pontes de Miranda, desenvolvidos por Marcos Bernardes de Mello, analisando sua ingerência no âmbito do processo civil, e enfrentando, sobretudo, as suas limitações legais e principiológicas.

O capítulo subsequente se limitou ao estudo das fontes normativas e ao exame do negócio jurídico enquanto fonte de norma jurídica, analisando se, desta forma, poder-se-ia enquadrá-lo como parte do ordenamento jurídico, a ponto de viabilizar a ideia de existência de uma legitimidade extraordinária fruto da convenção das partes.

Por fim, o último capítulo é dedicado ao estudo da legitimidade e suas classificações, e, *a fortiori*, a concretização dos pontos concluídos nos capítulos anteriores, trabalhando com a noção de legitimidade extraordinária convencional e suas nuances, analisando sumariamente como e em quais moldes seria possível a sua ocorrência.

2 AUTORREGRAMENTO DA VONTADE E OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

A noção de autorregramento da vontade, autonomia da vontade ou autonomia privada (conceitos que ora se assemelham, ora se distanciam) guarda relação direta com a figura do negócio jurídico. Conforme os ensinamentos de Pontes de Miranda¹, o entendimento da noção de autonomia privada foi ponto de partida para a reelaboração da teoria do negócio jurídico.

Para o jurista, passou-se a definir o negócio jurídico como ato característico de exercício da autonomia privada, mediante o qual os particulares e as pessoas equiparadas autorregulam os próprios interesses, nas condições permitidas.

Assim, “salienta-se a correlação entre negócio jurídico e autonomia privada, dizendo-se que a autonomia privada é o poder de autodeterminação, e o negócio jurídico é o instrumento através do qual o poder de autodeterminação se concretiza”.²

Nesse sentido, para o estudo dos negócios processuais faz-se imperioso debruçar-se sobre a vontade e o poder de autorregramento das partes, a fim de se obter não somente o significado do aludido conceito, mas os fundamentos jurídicos da sua existência e gênese.

2.1 FUNDAMENTOS DO AUTORREGRAMENTO DA VONTADE

Ab initio, é salutar a adoção de uma terminologia que melhor se insira no estudo da presente tese. Conforme já dito alhures, a noção de autorregramento da vontade por vezes se confunde com as concepções de autonomia da vontade e autonomia privada.

A diferenciação entre os referidos conceitos guarda relação não somente com o emprego dos termos utilizados, mas, ainda, da evolução histórica deste instituto que tem por alicerce a vontade humana.

¹ MIRANDA, Pontes de. *apud* MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.69 *et seq.*

² GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**, 19.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.240.

Autonomia é o contrário de heteronomia, que consiste na sujeição a uma lei exterior ou à vontade de outrem. Assim, o heterônomo é regulado por preceitos exteriores, e o autônomo rege-se por seus próprios preceitos.³ O conceito de autonomia da vontade, por sua vez, defende que o sujeito, mediante sua declaração de vontade, tenha a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos.⁴

Por conseguinte, a noção de autonomia da vontade guarda afinidade com o período do liberalismo calcado na ideia do *laissez faire laissez passer*, ou seja, um Estado de atuação mínima que possui como função garantir as condições macroeconômicas e permitir que os particulares possam regular seus próprios interesses.⁵

O individualismo filosófico e o liberalismo econômico, regentes do período pós-revolução francesa (séculos XVIII e XIX) permitiam uma leitura da autonomia da vontade como expressão da liberdade jurídica, que corresponde a toda manifestação de liberdade tutelada pelo ordenamento jurídico.⁶

Este cenário, portanto, em que havia o predomínio do assim intitulado dogma da vontade, prestigiava a capacidade interna de decisão do indivíduo⁷ que à época era entendida como cerne do contrato⁸, exemplo mais intuitivo de negócio jurídico.

Caberia aos sujeitos, em uso da autonomia que lhes era ressalvada, estabelecer regras particulares, de modo a autorregular a relação contratual ali criada, regulando, ainda, os efeitos jurídicos daquela contratação sem qualquer intervenção do Estado, que se mantinha neutro e inerte, apenas cumprindo a função de garantir a livre manifestação de vontade isenta de vícios ou defeitos.⁹

Assim, consagrava-se a noção de livre manifestação da vontade principalmente com o fito de se concretizar o ideal individualista, a servir ao desenvolvimento do liberalismo econômico e político, propiciando a livre concorrência no mercado,

³ CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. **Revista de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.19, jul./set. 2004, p.85.

⁴ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução, 7.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.383.

⁵ BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: Um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.57, jan./mar. 2014, p.82.

⁶ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.64 *et seq.*

⁷ Definição de vontade para MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Ibidem*, p.100.

⁸ BERTI, Natália. *Op cit*, p.82.

⁹ BERTI, Natália. *Op cit*, p.82 *et seq.*

pautando-se simplesmente nas noções de igualdade formal e liberdade no momento da contratação.¹⁰

A ausência de preocupação com os efeitos de tal manifestação de vontade sem qualquer intervenção estatal, contudo, abriu espaço para discrepantes diferenças econômico-sociais e flagrante abuso de poder, fazendo-se imperioso modificar o contrato tal como era concebido e entendido, a luz do estado do bem estar social, onde a noção de solidariedade predominava, de modo a garantir uma compatibilização entre os interesses privados e da coletividade. Neste momento, a autonomia continua como fundamento contratual, porém é limitada, a fim de que se proteja as classes mais frágeis, sendo compatível com a visão solidarista do novo modelo de estado.¹¹

Ao mesmo passo, o desenvolvimento do capitalismo e a globalização contribuíram para aquilo que Enzo Roppo entende por contratação *standardizada*¹² e a massificação contratual, onde não mais vigora a noção da vontade enquanto critério psicológico existente ao momento de formação do contrato, mas sim a declaração desta vontade. É exemplo disso a ideia de contratos despersonalizados, como máquinas de distribuição de produtos, a emissão de bilhetes (documento) em troca da utilização de um serviço, comportamentos em que não há análise da psique dos pactuantes.¹³

Diante disso, a denominação ‘autonomia da vontade’ perde força, sendo substituída pela terminologia ‘autonomia privada’ com vias de superar a concepção individualista do liberalismo intrinsecamente ligada a ideia de vontade.¹⁴

¹⁰ BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: Um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.57, jan./mar. 2014, p.84.

¹¹ *Ibidem*, p.85 et seq.

¹² “Um fenômeno similar de despersonalização das relações contratuais e de automatismo na actividade destinada a constituí-las é pateteado pela praxe *contratação standardizada*, através do emprego de condições gerais, módulos e formulários predispostos antecipadamente por uma parte para uma massa homogênea e indiferenciada de contrapartes (contratos de massa): aqui a aceitação – do consumidor, do utente, do inquilino etc. – resume-se, no máximo, a um simples acto de *adesão mecânica* e passiva ao esquema pré-formulado muito longe do significado que, na época clássica do liberalismo contratual, se atribuía ao conceito de declaração de vontade (...). No fenômeno dos contratos *standard* há, pois, um outro aspecto saliente, que consiste o abuso do poder econômico que a parte forte (predisponente) exerce em prejuízo das partes débeis, a si contrapostas o mercado (aderentes)”. (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Rio de Janeiro, Almedina, 1947, p. 302 et seq).

¹³ *Ibidem*, p.301.

¹⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.323.

Pontes de Miranda¹⁵, contudo, optou pelo termo autorregramento da vontade em lugar de autonomia privada, defendendo que o uso deste elidiria a ideia de autonomia no campo do direito público, com o que não se pode concordar. Mormente porque, tendo em vista que o objeto do presente estudo tangencia a análise da (in) existência do autorregramento da vontade no direito processual civil, ramo do direito público, não se poderia permitir o fenecimento do debate por mero equívoco no uso da terminologia. Por isso, a terminologia ponteana permeará o presente estudo, respeitando, porém, o termo utilizado pelos autores aqui tratados.

Pois bem. Desta breve análise acerca do instituto, inerente ao estudo de sua evolução histórica, faz-se possível identificar os fundamentos jurídicos que embasam o autorregramento da vontade. Dentre eles, a já citada e mais intuitiva noção de liberdade, inicialmente verificada no ordenamento jurídico pátrio a partir de uma interpretação negativa do princípio da legalidade, consubstanciado no art. 5º, II da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. A exegese literal do referido texto, portanto, permite concluir, *a contrario sensu*, que os sujeitos são livres até os limites impostos pela lei, de modo que essa liberdade é tutelada desde que não seja proibida.¹⁶

Por este exame pode-se ver que a declaração de vontade do sujeito, portanto, estaria submetida a limites externos constituídos pela lei, sendo possível, ainda, expandir para os limites tradicionalmente impostos pela moral e bons costumes. Contudo, não é mais suficiente que os limites ao autorregramento da vontade sejam apenas a lei, a ordem pública, a moral e os bons costumes, posto que o instituto deve promover determinados valores, principalmente aqueles previstos constitucionalmente, tais como a igualdade, a solidariedade, dignidade e justiça social.¹⁷

Exemplo disso é entender a liberdade, pautada nos ideais do liberalismo francês, em que não havia preocupação com a igualdade em seu caráter material. A igualdade formal, portanto, acabava por considerar como iguais os pactuantes de um contrato que seria válido apenas e tão somente em razão da livre manifestação de vontade

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, t.3, p.56.

¹⁶ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.65.

¹⁷ *Ibidem*, p.89 et seq.

dos contraentes. Contudo, o que se percebe é que a grande classe beneficiada por essa ideologia foi a burguesia, já que eram firmados negócios em que não eram consideradas as drásticas diferenças sociais, políticas e econômicas quase sempre presentes.¹⁸ Por isso a importância do já tratado solidarismo, que vem em momento subsequente, com o objetivo de trazer a questão da função social do contrato.

Nesta senda, a liberdade acaba sendo instrumento à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, que passa a ser o principal valor a ser perseguido pela sociedade, o que não é factível se entendida tão somente a partir do viés negativo da legalidade já tratado alhures.¹⁹ Tal raciocínio pode ser explicado pelo que noticia Béatrice Maurer, quando compara situações em que presente a liberdade e não a dignidade. Permitir que um vizinho, no exercício de sua liberdade, apontasse uma arma contra si mesmo seria evidente violação a sua dignidade. Do mesmo modo, o morador de rua, ao passo em que é livre, não vive, por outro lado, em condições mínimas ao exercício de sua dignidade humana.²⁰

Demais disso, tem-se que a autonomia privada, em função da liberdade, pode estar vinculada a negócios jurídicos de cunho patrimonial ou extrapatrimonial²¹, pelo que é razoável concluir que o fundamento que sustenta aquela livre manifestação de vontade que dá vez ao autorregramento das partes será diferente quando tratar-se de uma relação de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, não sendo possível falar em unicidade do seu fundamento.

Nesse sentido, há diversas manifestações da autonomia privada na Magna Carta, como a liberdade de associação, prevista no art. 5º XVII, a liberdade matrimonial, art. 226, a livre iniciativa privada, art. 170, IV²², situações que, em que pese calcadas na liberdade, possuem natureza diversa, não podendo ser consagradas pelo mesmo fundamento constitucional. Em determinados atos de autonomia de cunho

¹⁸ BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: Um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.57, jan./mar. 2014, p.83.

¹⁹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.91 *et seq.*

²⁰ MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Dimensões da dignidade – Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.135.

²¹ CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. **Revista de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.19, jul./set. 2004, p.97.

²² *Ibidem*, p.120.

patrimonial, *verbi gratia*, encontra seu fundamento constitucional na noção de livre iniciativa econômica, enquanto aqueles atos de autonomia de cunho existencial encontram lastro no livre desenvolvimento da pessoa, verificando-se a correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana.²³

Assim, considerando que nem todo ato de autonomia privada possui o mesmo fundamento, deve-se analisar o caso concreto a fim de que se apure qual o valor constitucional predominante, a livre iniciativa privada para os casos de situações patrimoniais, e a dignidade da pessoa humana nos casos em que a negociação tenha por objeto questões existenciais, de natureza subjetiva.

2.2 O NEGÓCIO ENQUANTO PODER DE AUTORREGULAÇÃO (AUTONOMIA DA VONTADE)

Os fatos jurídicos são acontecimentos cujo suporte fático sofre a incidência de uma norma jurídica que, por sua vez, estabelece certas consequências (efeitos jurídicos) que podem ou não ocorrer.²⁴ “Toda relação jurídica, portanto, tem como pressuposto um fato qualificado pela lei como hábil à produção de efeitos”.²⁵

Segundo a doutrina de Pontes de Miranda, o fato jurídico é oriundo do mundo fático, entretanto, nem tudo aquilo que ali ocorre é fato jurídico. Ao momento em que a norma jurídica incide sobre determinado fato, ocorre a discriminação entre aquilo que é jurídico e aquilo que corresponde meramente ao que o autor chama de fatos do mundo. Assim, basta a incidência da norma para que figure seu caráter jurídico, pouco importando se o fato é lícito ou não.²⁶

Dentre as espécies de fatos jurídicos, é possível descrever: a) fato jurídico *stricto sensu*; b) fatos jurídicos ilícitos (contrários a direito) que, por sua vez, compreende os fatos ilícitos *stricto sensu*, atos-fatos ilícitos, atos ilícitos; c) atos-fatos jurídicos; d)

²³ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.96.

²⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – Plano da existência**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.45 *et seq.*

²⁵ GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.19.

²⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, t.2, p.183 *et seq.*

atos jurídicos *stricto sensu*; e) negócios jurídicos²⁷, que serão objeto deste estudo. Em suma, a diferença entre eles está no elemento que compõe o seu suporte fático, que consiste em determinado fato acompanhado de uma qualificação (como, por exemplo, uma omissão, um conhecimento, o silêncio, o não acontecimento).²⁸

Diante da teoria do fato jurídico, a manifestação de vontade é elemento que compõe o suporte fático normativo dos atos jurídicos *stricto sensu* e do negócio jurídico.²⁹ No primeiro, a vontade serve de gatilho para a produção de efeitos jurídicos já instituídos em lei, pelo que não há margem para os particulares estabelecerem regras próprias. Pode-se destacar, a título exemplificativo, a figura da fixação de domicílio, o reconhecimento de filho.³⁰

No caso do negócio jurídico, por outro lado, é necessário que a manifestação de vontade se configure como exercício do poder de autorregramento da vontade.³¹

Assim, o negócio jurídico é classe dos fatos jurídicos cujo suporte fático é a manifestação de vontade após a sua entrada no mundo jurídico, isto é, quando sobre o suporte fático incide norma jurídica. Assim, como visto, nem toda manifestação de vontade, necessariamente constitui negócio jurídico, da mesma forma em que algumas manifestações de vontade, mesmo que juridicizadas, não formam, *ipso facto*, negócio jurídico.³²

Para Pontes de Miranda, é possível que o ato volitivo adeclarativo (aquele em que há declaração de vontade, porém sem *vox*, ou seja, aquele em que não se põe clara a vontade) constitua suporte fático para o negócio jurídico. Assim, para o alagoano, a premissa para avaliar se a declaração de vontade ou o ato volitivo adeclarativo são, no caso concreto, substrato fático do negócio jurídico, é de que se analise a intenção em constituir negócio jurídico, ou seja, a presença de vontade consciente

²⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, t.2, 1983, p.184.

²⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – Plano da existência**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, *passim*.

²⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, t.3, 1983, p.3.

³⁰ CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. **Revista de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.19, jul./set. 2004, p.112.

³¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.180.

³² MIRANDA, Pontes de. *Op cit*, p.3 *et seq.*

no sentido de estabelecer o negócio.³³ Trata-se da chamada vontade negocial, de caráter normativo e vinculante, com o fito de estabelecer as regras de determinada situação jurídica entre os particulares.³⁴

Rose Meireles, ao diferenciar os supracitados institutos, conceitua os atos jurídicos em sentido estrito como aqueles cujo fator volitivo se volta à produção de efeitos determinados em lei e, portanto, imodificáveis pelo consentimento das partes. Noutra senda, o negócio jurídico teria seus efeitos jurídicos reconhecidos pelo ordenamento jurídico, porém, com livre âmbito de disposição.³⁵ Diante disso, é possível depreender que o autorregramento da vontade é traço distintivo entre os negócios jurídicos e os atos jurídicos *stricto sensu*.³⁶

Nos termos do quanto trazido por Marcos Bernardes de Mello, o negócio jurídico:

(...) é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro dos limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha da categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.³⁷

Assim, tem-se que o negócio jurídico é o reconhecimento, pelo sistema jurídico, do poder que os privados possuem de se autorregular, de forma a defender os seus interesses³⁸, regulando, ainda que minimamente o conteúdo eficaz da relação jurídica.

Segundo José de Oliveira Ascensão, é possível encontrar o poder de autorregramento da vontade em quatro momentos, quatro zonas de liberdade, quais sejam: a) a liberdade de negociação (antes da consumação do negócio); b) liberdade de criação (possibilidade de criar negócios que não tipificados em lei de acordo com os interesses das partes); c) liberdade de estipulação (refere-se ao

³³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, t.3, p.6-7.

³⁴ AMARAL, Francisco. **Direito civil: Introdução**. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p.411.

³⁵ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.111.

³⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.136.

³⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – Plano da existência**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.225.

³⁸ AMARAL, Francisco. *Op cit*, p. 410.

conteúdo negocial); e d) liberdade de vinculação (faculdade de celebrar ou não o negócio).³⁹

Daí porque passou-se a ver o negócio jurídico como uma expressão do autorregramento da vontade, vez que seus figurantes, a partir da manifestação de vontade e em decorrência de sua liberdade, podem estabelecer o negócio tal como lhes aprouver, assumindo direitos e contraindo obrigações, bem como determinando os efeitos jurídicos oriundos do *negotium*, ou seja, se autorregulando.⁴⁰

Orlando Gomes ensina que o negócio jurídico é o meio a partir do qual as partes autorregulam seus interesses, determinando as regras a que desejam submeter-se.⁴¹ Não diferente é o entendimento de Emilio Betti, que defende que o negócio jurídico é instrumento da autonomia privada, consistindo no espaço deixado aos particulares pela lei para que organizem seus próprios interesses. Para o autor a ordem jurídica estaria, portanto, delegando, aos figurantes do negócio jurídico, parte de sua competência.⁴²

A noção das partes como detentoras de um poder de autonomia já fora tratada em tópico anterior como definição do que se entende por autorregramento das partes, que é o direito que os sujeitos têm de regular juridicamente os seus interesses, de modo a poder definir aquilo que se reputa melhor ou mais adequado para a sua existência, regulando-a.⁴³ É assim que percebe Francisco Amaral ao definir que o negócio jurídico é instrumento do poder da vontade individual (autorregramento da vontade) no campo da dinâmica jurídica, como poder criador de efeitos jurídicos.⁴⁴

A partir deste entendimento, e diante do funcionalismo que rege a autonomia privada atualmente, o Código Civil de 2002, ao adotar o negócio jurídico como principal espécie de fato jurídico em seus arts. 104 a 184, permite concluir que se tem um negócio jurídico que não se espelha mais no individualismo que o justificava, mas

³⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Teoria Geral**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.2, p.80 *et seq.*

⁴⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – Plano da existência**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.204 *et seq.*

⁴¹ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**, 19.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.240.

⁴² BETTI, Emilio. **Teoria Geral do negócio jurídico**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, t.1, p.72 *et seq.*

⁴³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.1. p.133.

⁴⁴ AMARAL, Francisco. **Direito civil: Introdução**. 8.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p.417.

sim acompanha as transformações qualitativas que a autonomia privada vem sofrendo.⁴⁵

Nota-se, portanto, que o negócio é verdadeira expressão do poder de autorregulação das partes, principalmente por ser a concretização deste. Assim, são institutos que caminham juntos, sendo impossível o estudo de um sem referenciar o outro.

2.3 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

A fim de que estudemos a teoria do fato jurídico no âmbito processual, e, portanto, a possibilidade de tratar do negócio jurídico processual, faz-se necessário ter como premissa que o direito processual deve ser estudado à luz da teoria geral do direito.⁴⁶

O debate acerca dos negócios jurídicos processuais, em que pese não seja inovador, hoje possui mais relevância que outrora, mormente em razão do formalismo procedimental obedecido pela legislação e jurisprudência pátrias ainda regidas pelo manto do CPC de 1973.⁴⁷ A antiga legislação processual civil, porque calcada na noção de protagonismo do juiz na relação processual, evidenciava o publicismo exacerbado, que pouco espaço deixava ao autorregramento das partes.⁴⁸

Assim, tradicionalmente, a legislação processual possui um procedimento já determinado, cujas regras eram, aprioristicamente, cogentes, não sendo possível às partes ou ao juiz modifica-las.⁴⁹

⁴⁵ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.122.

⁴⁶ BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual – plano de existência. *In*: DIDIER JR, Fredie; EHRHARDT JR, Marcos. **Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.445.

⁴⁷ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo código de processo civil: aspectos teóricos e práticos. *In*: **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil**, v.2, Brasília: ESMPU, 2016, p.59.

⁴⁸ REDONDO, Bruno Garcia. Negócios jurídicos processuais: Existência, validade e eficácia *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (coord.). **Panorama atual do novo CPC**, Florianópolis: Empório do direito, 2016, p.27.

⁴⁹ CRUZ e TUCCI, José Rogério. Natureza e objeto das convenções processuais. *In* CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015, p.23.

Vê-se, portanto, que falar de negócio jurídico processual é trazer à discussão a (in) aplicabilidade do princípio do autorregramento da vontade ao processo, questionando se há, no âmbito processual, espaço para que as partes negociem seus interesses relativos ao processo propriamente dito.

O entendimento de alguns doutrinadores de escol é de que, em verdade, não existem os negócios jurídicos processuais. Dentre eles é possível citar Cândido Rangel Dinamarco para quem não é possível considerar a existência dos negócios jurídicos processuais, uma vez que os efeitos dos atos processuais sempre decorrem da lei e não da vontade das partes, de modo que não teriam o efeito da autonomia da vontade inerente aos negócios jurídicos. Para o autor, para existir negócio jurídico processual todo e qualquer efeito deveria advir da vontade das partes, e não o que ocorre em verdade: a intervenção estatal, por meio da lei, estabelecendo as consequências dos atos praticados no processo ou limitando a vontade emanada pelas partes.⁵⁰

No mesmo sentido intercede Alexandre Freitas Câmara, que defende que “os atos de vontade realizados pelas partes produzem no processo apenas os efeitos ditados por lei” o que os incluiria na categoria de atos processuais e não na dos negócios jurídicos.⁵¹

Calmon de Passos, por sua vez, entende que os negócios jurídicos não existem dado que os atos de manifestação de vontade das partes necessitam do pronunciamento integrativo do juiz para produzirem efeitos, de modo que a eficácia destes não decorreria das próprias declarações de vontade das partes.⁵²

Em que pese o princípio do autorregramento da vontade seja mais restrito no campo processual do que nas relações de direito material - isso porque em muitos negócios jurídicos processuais os efeitos já estão previamente estabelecidos na norma processual - não lhe deve ser retirado o caráter negocial, haja vista que existe a liberdade de escolha, mesmo que em grau mínimo.⁵³

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v.2, p.484.

⁵¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2014, v.1, p.276.

⁵² PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboços de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.69 *et seq.*

⁵³ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.180.

Acerca dessa problemática, Flávio Luiz Yarshell leciona que tal questão não impede que as partes declarem vontade dirigida à produção de efeitos jurídicos por eles almejados, de modo que entende ser possível falar em negócios jurídicos processuais.⁵⁴ A ideia de que os negócios processuais carecem de intervenção judicial também não encontra guarida. Para Pedro Henrique Nogueira, não se pode confundir os efeitos processuais do ato do processo e os efeitos da cadeia procedimental. Salienta que a desistência do recurso, *v.g.*, é negócio jurídico onde se reconhece o poder de autorregramento da vontade no processo, sendo que não há necessidade de intermediação do juiz para sua propagação.⁵⁵

Para Bernardo Lima, torna-se difícil diferenciar o negócio jurídico do ato jurídico em sentido estrito no plano processual. Sua alternativa é avaliar a presença da vontade nos planos da existência e da eficácia. Se a vontade apenas existe, estar-se-ia diante de um ato jurídico *stricto sensu*. Se a vontade se faz presente também no plano da eficácia (isto é, se há vontade na produção de efeitos jurídicos), estar-se-ia diante de um negócio jurídico processual. Para ele, o tamanho da vontade que constitui núcleo do ato é o que possibilita identificar a categoria.⁵⁶

Sobre o tema, Fredie Didier Jr. entende que, embora a negociação processual seja mais restrita por envolver uma função pública (jurisdição), deve ser encarada como uma das normas fundamentais do direito processual brasileiro. O jurista, portanto, reconhece a existência dos negócios jurídicos processuais. Outrossim, ainda destaca que o processo que não leva em consideração a vontade das partes,

⁵⁴ “Ponderáveis opiniões repudiaram taxativamente a existência de negócios jurídicos processuais, em síntese, sobre o argumento de que não haveria prevalência da vontade para determinar o conteúdo do processo, determinado antes de tudo pela lei. Mas, quando se assevera que o processo não é um contrato, toma-se como premissa a circunstância de que a jurisdição gera estado de sujeição das partes, de tal sorte que ela se impõe de forma inevitável às pessoas, independentemente de sua vontade. Isso quer dizer apenas que a jurisdição é forma de poder, que envolve a capacidade de decidir e de impor decisões. Isso não parece impedir que os sujeitos parciais declarem vontade dirigida à produção de efeitos jurídicos por eles queridos. Então, na premissa de que o negócio exista, seja válido e eficaz, o que existe é a sujeição do órgão jurisdicional – estatal ou arbitral. Conceitualmente, portanto, é possível admitir negócios jurídicos processuais”. (YARSELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015, p.76 *et seq*).

⁵⁵ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro*. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015, p.97).

⁵⁶ LIMA, Bernardo. *Sobre o negócio jurídico processual*. In: DIDIER JR, Fredie; EHRHARDT JR, Marcos. **Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.119.

limitando-a injustificadamente, não é um processo em conformidade com a noção de devido processo legal consagrada na Constituição Federal (art. 5º, LIV, CF/88).⁵⁷

O entendimento adotado no presente estudo é de existência dos negócios jurídicos processuais, sobretudo sob a égide do CPC de 2015, de modo que se verifica que o reconhecimento do poder de autorregramento da vontade no processo civil, não é apenas possível, mas imperioso, principalmente quando analisamos o modelo cooperativo⁵⁸ de processo que envolve as partes e o juiz, encampado no novel diploma processual, conforme se infere do seu art. 6º.⁵⁹

Segundo Moacyr Amaral Santos, os atos processuais são atos que possuem importância jurídica para o processo, que por sua vez, deve ser entendido como uma série de atos. Assim, para o autor, os atos processuais seriam aqueles cujo efeito é a constituição, conservação, desenvolvimento, modificação ou cessação da relação processual.⁶⁰

A definição de ato processual relevante para a presente tese, contudo, é do ato que surte efeitos dentro do processo sobre matéria processual, pouco importando se o ato se aperfeiçoou dentro ou fora dele. Essa é a tese advogada por Bernardo Lima, para quem o que define o caráter processual do ato é o seu conteúdo, e não sua forma.⁶¹

⁵⁷ DIDIER JR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. *In*: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). **Negócios processuais**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p.32 *et seq.*

⁵⁸ “Há, no novo Código, uma valorização do consenso e uma preocupação em criar no âmbito do Judiciário um espaço não apenas de julgamento, mas de resolução de conflitos. Isso propicia um redimensionamento e democratização do próprio papel do Poder Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido. O distanciamento do julgador e o formalismo típico das audiências judiciais, nas quais as partes apenas assistem ao desenrolar dos acontecimentos, falando apenas quando diretamente questionadas em um interrogatório com o objetivo de obter sua confissão, são substituídos pelo debate franco e aberto, com uma figura que pretende facilitar o diálogo: o mediador ou o conciliador”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. *In* CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015, p.61).

⁵⁹ Art. 6º do CPC/2015: Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

⁶⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v.1, p.283 *et seq.*

⁶¹ “Daí de se perguntar: o que define o caráter processual de um ato jurídico seria a sua forma ou conteúdo? A nosso sentir, sem sombra de dúvida, o conteúdo e o destino da sua eficácia. (...) Veja-se, que, de fato, a forma não pode ser o elemento definidor da natureza jurídica do ato processual, vez que a redação do art. 154 do Código de Processo Civil prevê exatamente que “os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente exigir, reputando-se válidos os que realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”. (LIMA, Bernardo. Sobre o negócio jurídico processual. *In*: DIDIER JR, Fredie; EHRHARDT JR, Marcos.

Ao mesmo passo, para Paula Sarno Braga o que importa é a previsão do fato em hipótese normativa, juridicizando-o e potencializando a produção de efeitos jurídicos no processo.⁶²

Nessa senda, o negócio jurídico processual, assim como o negócio jurídico calcado no âmbito do direito privado, é fato cunhado pela manifestação de vontade com vias a produção de efeitos jurídicos. Entretanto, tais efeitos ocorrem no âmbito processual, não das relações materiais, e são previamente determinados pelas partes.⁶³ Assim, os negócios jurídicos processuais têm como objeto circunstâncias tipicamente processuais.⁶⁴

Por conseguinte, Fredie Didier Jr., em seu magistério, nos traz que existem negócios jurídicos processuais que se referem ao objeto litigioso do processo, a exemplo do reconhecimento da procedência do pedido; e, ainda, negócios jurídicos processuais cujo objeto é o processo em si (como a suspensão convencional do processo).⁶⁵

A doutrina divide os negócios jurídicos de acordo com a quantidade de “lados” que podem ser visualizados *in casu*, estes lados devem ser entendidos como interesses. Para tanto, podem ser subclassificados em unilaterais, em que a vontade emanada possui apenas um sentido (*v.g.* testamento), bilaterais, que são aqueles negócios em que se pressupõe uma reciprocidade de interesses, porém, com a manifestação de vontade distintas. É um exemplo o contrato de compra e venda em que há disposições de ambas as partes. É possível ainda encontrar a figura do negócio plurilateral⁶⁶, em que as vontades manifestadas, apesar de distintas, convergem ao

Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010, p.117 *et seq.*

⁶² BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual – plano de existência. *In*: DIDIER JR, Fredie; EHRHARDT JR, Marcos. **Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello.** São Paulo: Saraiva, 2010, p.462.

⁶³ LIMA, Bernardo. Sobre o negócio jurídico processual. *In*: DIDIER JR, Fredie; EHRHARDT JR, Marcos. **Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello.** São Paulo: Saraiva, 2010, p.117.

⁶⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais.** 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.160.

⁶⁵ DIDIER JR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. **Revista Brasileira da Advocacia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, abr./jun. 2016, p.61.

⁶⁶ O art. 191 do CPC/2015 prevê a figura do calendário processual, fixando em seu parágrafo 1º que este acordo para a prática dos atos processuais vincula as partes e também o juiz. Tal figura se encaixa no quanto entendido como negócio jurídico plurilateral, entretanto esta configuração não é unânime na doutrina. É possível elencar alguns juristas que entendem o calendário processual como negócio jurídico plurilateral: NOGUEIRA, Pedro Henrique *In* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.] **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil,** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.595; CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Flexibilização do procedimento e calendário processual no novo CPC. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais.** 2.ed.

mesmo fim, como o caso do contrato de constituição de sociedade (contrato social ou atos constitutivos).⁶⁷

No âmbito do direito processual, José Rogério Cruz e Tucci classifica os negócios jurídicos processuais em a) negócio jurídico processual *stricto sensu*, quando o objeto é o direito substancial; b) convenção processual, quando o acordo diz respeito a matéria estritamente processual.⁶⁸

Outrossim, mais uma classificação pertinente é aquela que diferencia os negócios jurídicos típicos e atípicos. O negócio jurídico típico ou nominado é aquele que é previsto e regulado pela lei. Já o negócio jurídico atípico, ou inominado, *a contrario sensu*, é aquele que não possui previsão legal.⁶⁹

São exemplos de negócios jurídicos processuais, tipicamente previstos desde o código de processo civil de 1973, a cláusula de eleição de foro (art. 63 do atual CPC, antigo art. 111)⁷⁰, o acordo de suspensão do processo (art. 313, II do CPC de 2015 e antigo art. 265, II)⁷¹, ou a própria desistência do recurso. Percebe-se que os efeitos decorrentes destes negócios jurídicos são produzidos no escopo de um processo, ainda que tenham sido firmados previamente a constituição da lide. Assim, o caráter processual é inegável a estes negócios.⁷²

Inobstante, o novo código de processo civil cuidou, ainda, em ampliar o rol dos negócios jurídicos típicos cujos efeitos incidem, por óbvio, diretamente no âmbito processual. São exemplos; a) a convenção quanto a distribuição do ônus da prova (art. 373, §3º do CPC); b) a calendarização processual (art. 191, §§1º e 2º do CPC);

São Paulo: Editora Juspodivm, 2015, p.506; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.337. Noutro vértice, entende como negócio jurídico bilateral, sob o fundamento de que o juiz cumpriria a função de tão somente homologar o negócio: COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015, p.485.

⁶⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – Plano da existência**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.235 *et seq.*

⁶⁸ CRUZ e TUCCI, José Rogério. Natureza e objeto das convenções processuais. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015, p.26.

⁶⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Op cit*, p.253.

⁷⁰ Art. 63 do CPC/2015: As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.

⁷¹ Art. 313 do CPC/2015: Suspende-se o processo: II – pela convenção das partes.

⁷² NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.160.

c) organização consensual do processo (art. 357, §2º do CPC); d) a escolha consensual do perito (art. 471 do CPC), entre outros.

Contudo, uma das maiores inovações⁷³ trazidas pelo novel diploma processual civil diz respeito a posituação da cláusula geral de negociação atípica, consubstanciada no art. 190 do CPC que prevê que:

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

Segundo o Enunciado n. 257 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, o supracitado artigo permite que as partes mudem o procedimento a que se submeterão, bem como convencionem acerca dos seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.⁷⁴

Ou seja, é factível que as partes convencionem um dado fato, mesmo que não haja previsão, posto que há uma abertura do sistema para essa modalidade de estipulação negocial.

Neste diapasão, tal cláusula permite, *a priori*, que as partes convencionem entre si o desenvolvimento regular do processo/procedimento⁷⁵ a que estarão submetidos para além dos permissivos positivados em lei. Ou seja, em um primeiro momento, o espaço para imaginação das partes é amplo acerca das convenções processuais possíveis.

São exemplos: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais, pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não

⁷³ Parte da doutrina questiona se o art. 190 do CPC/2015 realmente instituiu de forma inovadora a atipicidade dos negócios jurídicos processuais no ordenamento pátrio e o fazem com fundamento no art. 158 do CPC/1973 que fora reproduzido no atual art. 200 do atual código de processo civil: Art. 158. Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais.

⁷⁴ Enunciado 257 do FPPC: O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convencionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

⁷⁵ Cf BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito brasileiro**. 2015. Tese. Orientador: Prof. Fredie Didier Jr. (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador.

promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si.⁷⁶

Assim, o que se denota é que as convenções e negócios jurídicos processuais figuram como um mecanismo de flexibilização e de adaptação procedimental, de modo que se adequa o processo à realidade da relação discutida no processo. Evidencia-se, portanto, um meio de se imprimir maior eficiência ao processo, robustecendo o devido processo legal,⁷⁷ bem como verifica-se uma maior abrangência do ideal de pacificação prometido pelo judiciário aos seus jurisdicionados.⁷⁸

Impende salientar, embora intuitivo seja, que a possibilidade de criação de regras pelas partes deve se prestar a racionalizar o processo, e não o tornar menos eficiente.⁷⁹ Da mesma forma, é essencial notar que a autogestão do judiciário é, também, uma forma de imprimir maior eficiência à prestação de justiça ao jurisdicionado, de modo que não pode ficar sujeita estritamente a interesses meramente particulares.⁸⁰

Diante dessas considerações é que se faz necessário o estudo dos limites aos negócios jurídicos processuais impostos legal e principiologicamente, de modo a filtrar negócios jurídicos processuais inválidos, ineficazes ou, até mesmo, abusivos.

⁷⁶ Negócios jurídicos processuais atípicos possíveis diante da expressão dos enunciados 19 e 21 do FPPC.

⁷⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015, p.70.

⁷⁸ ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – Existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015, p.258.

⁷⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015, p.76.

⁸⁰ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo código de processo civil: aspectos teóricos e práticos. *In*: **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil**, Brasília: ESMPU, 2016, v.2, p.80.

2.4 LIMITES DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

A vontade negocial só tem poderes de escolha dentro dos limites traçados pelo ordenamento jurídico, não sendo, portanto, livre e muito menos absoluta.⁸¹

Tal questão é ainda mais perceptível em sede processual, o que, no entanto, não elide a existência do autorregramento da vontade no processo⁸² mormente porque esse poder não é absoluto em qualquer dos ramos do direito, não fazendo sentido que o fosse logo no Direito Processual Civil onde a liberdade convive com a atribuição de poderes ao órgão jurisdicional.⁸³

Neste sentido, é notório que os negócios jurídicos processuais encontram óbices à sua formação de modo a compatibilizá-los com o ordenamento a que estão submetidos, sendo estes limites impostos tanto pela lei posta, quanto pelos critérios principiológicos regentes do sistema jurídico brasileiro.

Assim, far-se-á uma divisão entre os limites verificáveis no âmbito do negócio jurídico processual típico, que também aplicáveis ao negócio jurídico processual atípico, bem como dos limites que circundam apenas o último, salientando, de tão logo que, dada a extensão do tema, impossível seu exaurimento.

2.4.1 Limites gerais e a chamada ordem pública processual

Os negócios jurídicos processuais encontram seus limites traçados pelo texto positivado em leis, os princípios constitucionais e processuais previstos pelo ordenamento, bem como, no caso dos negócios típicos, os limites impostos pela sua própria previsão.

⁸¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – Plano da existência**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.231.

⁸² Como sugerem Cândido Rangel Dinamarco e Alexandre Freitas Câmara, conforme tratado no tópico 2.3 da presente monografia.

⁸³ DIDIER JR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. *In*: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). **Negócios processuais**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p.34.

Para Fredie Didier, sempre que determinado negócio jurídico for típico, a própria lei determinará os contornos do seu objeto – é o caso do negócio acerca da competência⁸⁴: a própria lei que trata do instituto admite apenas a convenção acerca da competência relativa.⁸⁵

Leonardo Greco ainda trata como limite aos negócios jurídicos a por ele denominada “ordem pública processual”, que consiste no respeito aos direitos fundamentais e o princípio do devido processo legal e seus corolários.⁸⁶

Didier entende, ainda, que existe também o óbice imposto pelo formalismo processual. Isso em razão do fato de não se destacar tão somente os princípios processuais e seus subprincípios tais como o princípio dispositivo, direito de defesa, juiz natural, publicidade, submissão do juiz à lei, mas também as regras que ordenam a atividade processual.⁸⁷

Tal observância é intuitiva. Não se pode crer que a possibilidade das partes autorregularem seus interesses esbarrasse nos princípios garantidos constitucionalmente e regentes do ordenamento pátrio. Da mesma forma que não se pode permitir um negócio jurídico que viole, *v.g.*, as inafastáveis noções de boa fé, lealdade processual, igualdade material, proporcionalidade e razoabilidade.⁸⁸

Assim, verificando-se, casuisticamente, a possibilidade de violação a estes limites gerais e a assim chamada ordem pública processual, estar-se-ia diante de um negócio jurídico alheio ao ordenamento em que se insere, podendo, inclusive, vulnerar frontalmente a Constituição, pelo que seria reputado inconstitucional. É notória, portanto, a observância ao ordenamento jurídico em sua totalidade.

⁸⁴ Enunciado 20 do FPPC: Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância.

⁸⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.1. p.393.

⁸⁶ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. *In*: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* (Coords). **Os poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais** – Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.293.

⁸⁷ DIDIER JR., Fredie. *Op cit*, p.341.

⁸⁸ Enunciado 6 do FPPC: “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”. Enunciado 405 do FPPC: “Os negócios jurídicos processuais devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Enunciado 407 do FPPC: “Nos negócios processuais, as partes e o juiz são obrigados a guardar nas tratativas, na conclusão e na execução do negócio o princípio da boa-fé”.

2.4.2 Validade dos negócios jurídicos

Ab initio, imperioso ressaltar que ao tratar a (in) validade como um limite dos negócios jurídicos não se refere a limites à existência ou eficácia destes, vez que é possível que um negócio jurídico inválido exista e produza efeitos.⁸⁹ O que ora se entende é que, se presente um dos elementos ora tratados, é criado, de certa forma, um óbice ao negócio jurídico, vez que se torna passível de nulidade/anulação.⁹⁰

O regime jurídico de validade dos negócios jurídicos é previsto pelo Código Civil, em seus artigos 104, 166, 167, 171, 177⁹¹, no capítulo regente desta categoria, de modo que, para análise da validade dos negócios jurídicos processuais, faz-se necessário o atendimento dos requisitos impostos pelo art. 104 do CC (agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei); bem como se faz mister a inexistência das hipóteses de nulidade e anulabilidade dos negócios.⁹²

O pressuposto processual subjetivo consiste no sujeito que celebra o negócio processual ter personalidade jurídica e capacidade para o exercício de direitos. Na maioria das vezes, a capacidade de direito e a capacidade processual andam lado a

⁸⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – Plano da validade**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.46 *et seq.*

⁹⁰ Busca-se, portanto, apresentar os limites à perfeição do negócio jurídico: existente, válido e eficaz.

⁹¹ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei.

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I – for celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. § 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados. § 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Art. 177. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.

⁹² ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – Existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. In CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015, p.268

lado. Para fins de negócios jurídicos processuais, exige-se capacidade para estar em juízo e capacidade processual.⁹³

O negócio jurídico não pode, ainda, possuir objeto ilícito, o que perpassa pelo respeito às garantias fundamentais do processo.⁹⁴ É um exemplo a inadmissibilidade da convenção que define uma carta psicografada como meio de prova⁹⁵, uma vez que flagrante sua ilicitude em face da laicidade do Estado.

Outrossim, cumpre notar que, consoante interpretação do art. 104, III c/c art. 166, IV, ambos do Código Civil, o negócio jurídico processual não possui, em regra, forma prescrita, devendo obedecer ao determinado requisito apenas quando a lei expressamente dispuser, sendo vedada a forma que seja defesa em lei.⁹⁶

Contudo, diverso é o entendimento de Yarshell, para quem o negócio jurídico processual, em razão da própria natureza publicista do processo, a sua forma deve, necessariamente, ser escrita. Para o jurista, ainda que a vontade seja eventualmente manifestada oralmente alguma oportunidade em que isso seja possível, ela deve ser reduzida a termo ou, ao menos, deve ser registrada em suporte que permita sua oportuna reprodução, sempre que isso for necessário. Isso porque deve-se garantir o contraditório, bem como que tudo que produzido no processo seja acessível a todos que nele se habilitem durante ou após o encerramento do processo.⁹⁷ Conclui-se, portanto, que, para o autor, cuja crítica é absolutamente razoável, o negócio jurídico processual que não reste consignado por escrito será nulo.

⁹³ O agente capaz para a celebração do negócio jurídico processual há de ter capacidade processual negocial, uma vez que é possível ter capacidade processual e, ao mesmo tempo, incapacidade processual negocial. (DIDIER JR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. **Revista Brasileira da Advocacia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, abr./jun., 2016, p.71).

⁹⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. *In* CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015, p.71.

⁹⁵ Cf DIDIER JR, Fredie. **Carta Psicografada Como Fonte de Prova no Processo Civil**. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/12366/9413>> Acesso em 7 mai. 2017.

⁹⁶ Neste sentido entendem TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo código de processo civil: aspectos teóricos e práticos *In*: **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil**, Brasília: ESMPU, 2016, v.2, p.78; DIDIER JR, Fredie. **Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015**. Revista Brasileira da Advocacia. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, abr./jun, 2016, p.77.

⁹⁷ “O que pode ocorrer é que as partes estabeleçam determinado ônus de manifestação no processo, de sorte a qualificar juridicamente eventual silêncio. Mas, isso já está no campo do conteúdo do negócio e não se confunde com a respectiva forma que, repita-se, deve ser escrita”. (YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *In* CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015, p.77).

Marcos Bernardes de Mello traz que, para a manifestação de vontade integrar o suporte fático do ato jurídico, esta deve ser autêntica, íntegra e hígida, ou seja, tem que ser manifestada por sujeito apto para tanto (o figurante do ato jurídico ou alguém que o represente) e não pode conter defeitos que afetem a sua perfeição (defeitos invalidantes).⁹⁸

Dentre esses defeitos invalidantes estão a simulação, a fraude contra credores e os chamados vícios de vontade: erro substancial, dolo, coação, estado de perigo e lesão e, verificada a presença de um destes, estar-se-á diante de um ato jurídico nulo ou anulável⁹⁹ de modo que a presença de um destes defeitos também constitui um limite a formação do negócio.¹⁰⁰

Ainda, tem-se que é possível considerar as normas cogentes¹⁰¹ como normas nulificantes porque incidem no plano da validade para tornar nulos os atos jurídicos que as infringem.¹⁰²

Diante disso, a verificação de um destes elementos capazes de configurar a invalidade do negócio, portanto, ensejam a sua nulidade ou permitem a sua anulação, desde que se verifique prejuízo às partes compactuantes¹⁰³, tratando-se, portanto, de uma sanção à prática de ato contrário a direito (ilícito).

2.4.3 Limites específicos aos negócios processuais atípicos¹⁰⁴

⁹⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.73.

⁹⁹ *Ibidem*, p.73 et seq.

¹⁰⁰ Enunciado 132 do FPPC: Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 190.

¹⁰¹ O tema será tratado adiante, em tópico 3.3 do presente trabalho.

¹⁰² MELLO, Marcos Bernardes de. Sobre o princípio da respeitabilidade das normas jurídicas cogentes e a invalidade dos negócios jurídicos. *In*: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Jacob de. (coord.) **Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.84

¹⁰³ Enunciado 405 do FPPC: “O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo”.

¹⁰⁴ Daniel Assumpção defende que as condições específicas do negócio jurídico atípico previstas no art. 190 do CPC/2015 não lhe são exclusivas, devendo ser aplicadas também aos negócios jurídicos típicos: “A ausência de situação de vulnerabilidade de um dos contratantes, por exemplo, não está prevista no art. 63 do Novo CPC, mas sendo requisito formal para os negócios jurídicos atípicos, como deixar de aplica-la à cláusula de eleição de foro? Não vejo como isso seja possível”. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.318 et seq.

A autorização legal prevista pelo já citado art. 190 do CPC é atípica porque não há prévia estipulação das adequações que podem ser efetuadas no procedimento, bem como inexistente específica identificação do objeto das convenções das partes em matéria processual (quais direitos, quais ônus, quais faculdades e quais deveres poderiam ser convencionados), nem do alcance e dos limites desses negócios processuais.¹⁰⁵

Contudo, da leitura do referido artigo é possível extrair dois novos requisitos de validade, quais sejam: i) versar o processo sobre direitos que admitam autocomposição (*caput* do artigo); ii) nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou manifesta situação de vulnerabilidade de alguma parte.

Sobre eles Fredie Didier trata: que a negociação deve observar que os direitos admitam a autocomposição, uma vez que modificar a estrutura do procedimento pode afetar inadequadamente a solução de uma causa que não admitiria composição.¹⁰⁶ Entretanto, para o autor é possível o negócio processual em caso de contrato de adesão, desde que não haja abusividade.¹⁰⁷

No que se refere a vulnerabilidade, noutra senda, o autor entende que deve ser demonstrado, *in concreto*, que a vulnerabilidade atingiu a formação do negócio jurídico, desequilibrando-o. Continua aduzindo que a vulnerabilidade se afigura quando a parte não está devidamente assistida por um profissional técnico-jurídico¹⁰⁸, figurando tal fato como indício para aferir essa vulnerabilidade.¹⁰⁹

Coaduna do mesmo entendimento de que o vulnerável é o incapaz processual negocial, entendendo que “pensar de forma diferente seria conceber o consumidor legalmente considerado vulnerável no mercado de consumo (art. 4º, I, do CDC)

¹⁰⁵ REDONDO, Bruno Garcia. Negócios jurídicos processuais: Existência, validade e eficácia *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Coord.). **Panorama atual do novo CPC**, Florianópolis: Empório do direito, 2016, p.28.

¹⁰⁶ Enunciado 135 do FPPT: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração do negócio jurídico processual”.

¹⁰⁷ DIDIER JR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. **Revista Brasileira da Advocacia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, abr./jun. 2016, p.76.

¹⁰⁸ Neste sentido, enunciado 19 do FPPT: Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica.

¹⁰⁹ DIDIER JR, Fredie. *Op cit*, p.73.

como uma pessoa materialmente incapaz para acordos extraprocessuais e processualmente incapaz para acordos processuais”.¹¹⁰

Demais disso, Didier, elenca alguns “limites” aos negócios processuais atípicos, tais como: a) a aplicação do sistema de invalidades do negócio jurídico privado ao processual¹¹¹; b) quando a matéria for de reserva legal, não seria possível a convenção processual; c) não é possível celebrar negócio para afastar regra processual que proteja direito indisponível.¹¹²

Sobre o tema, João Paulo Lordelo ainda entende que não é possível às partes convencionar sobre os poderes e deveres do órgão julgador, uma vez que o dispositivo apenas permite mudanças relativas aos seus próprios poderes e deveres.¹¹³ Coaduna do mesmo entendimento Daniel Assumpção.¹¹⁴

Outrossim, inobstante os requisitos extraídos da letra da lei, tem-se, ainda, que a convenção processual encontra barreira nas matérias de ordem pública, uma vez que se trata de questões que envolvem não somente o direito das partes. Não pode o ordenamento permitir, por exemplo, comportamento que afete a qualidade da decisão proferida pelo órgão julgador, uma vez que a qualidade da prestação jurisdicional interessa a toda a coletividade.¹¹⁵

¹¹⁰ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo código de processo civil: aspectos teóricos e práticos. *In: Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*, v.2, Brasília: ESMPU, 2016, p.78.

¹¹¹ Tratado pelo presente trabalho no subtópico 2.4.2.

¹¹² DIDIER JR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, abr./jun. 2016, p.74-77.

¹¹³ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *Op cit*, p.77.

¹¹⁴ “Segundo o dispositivo legal, elas (as partes) podem negociar as suas posições jurídicas, de forma que o acordo não pode ter como objeto as posições processuais do juiz. Os poderes-deveres do juiz, portanto, não podem ser objeto do acordo entre as partes, porque na realidade elas não podem dispor de uma posição processual da qual não sejam titulares”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.322.

¹¹⁵ *Ibidem*, p.323.

3 NEGÓCIOS COMO FONTES NORMATIVAS

O conceito de fontes do direito, muito embora seja alvo de extenso debate na doutrina, se faz relevante no presente estudo. Busca-se averiguar se o negócio jurídico, enquanto fato que possui como substrato fático a vontade humana, pode ser considerado como fonte normativa e, portanto, parte do ordenamento jurídico.

A parcela tradicionalista da doutrina não admite o negócio jurídico como fonte criadora de norma jurídica, reputando que apenas a lei cria normas. Tratar-se-ia da diferenciação entre a criação e aplicação da norma, sendo, por certo, que o negócio jurídico, por ser aplicação da norma, jamais poderia ser, concomitantemente, ato de criação desta. Para estes pensadores, o negócio jurídico teria por objeto a constituição de relações jurídicas e, assim, formada a relação jurídica, os efeitos jurídicos percebidos seriam aqueles vindouros da lei.¹¹⁶

Noutro vértice, a doutrina moderna, defende que o negócio jurídico é, também fonte de norma jurídica. Esse entendimento é consagrado por Hans Kelsen, que defende que a aplicação do direito, através da criação de uma norma individualizada, não deixa de ser ato de criação do direito: “Uma norma que regula a criação da outra é ‘aplicada’ na criação de outra norma. A criação de direito é sempre aplicação de mesmo. Estes dois conceitos não são, de modo algum, como presume a teoria tradicional opostos absolutos”.¹¹⁷

Por conseguinte, o autor continua aduzindo que:

A criação de uma norma jurídica é – normalmente – uma aplicação da norma superior que regula a sua criação, e a aplicação de uma norma superior é – normalmente – a criação de uma norma inferior determinada pela norma superior. Uma decisão judicial, por exemplo, é um ato pelo qual uma norma geral, um estatuto, é aplicada, mas, ao mesmo tempo, uma norma individual é criada obrigando uma ou ambas as partes que estão em conflito. A legislação é criadora do Direito, mas, levando-se em consideração a constituição, descobrimos que é também aplicação de Direito.¹¹⁸

¹¹⁶ PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. **Normas jurídicas individualizadas: teoria e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 1993, p.21.

¹¹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.193

¹¹⁸ *Ibidem*, p.194

Por esta análise, portanto, o negócio jurídico, enquanto norma individualizada que decorre de norma geral, seria fonte de norma jurídica, e, por isso, faria parte do ordenamento jurídico.

Diante do exposto, este capítulo será reservado ao estudo das fontes normativas, a conceituação de norma e a tentativa de avaliar se o negócio jurídico é formador de norma jurídica ou apenas criador de relações jurídicas.

3.1 FONTES NORMATIVAS

A palavra fonte deriva do termo latim *fōns* ou *fontis* que significa nascente, manancial de água¹¹⁹. Assim, ao estudar as fontes normativas, cuida-se de buscar o “nascimento” do direito, de modo que se estuda os processos de produção das normas jurídicas.

Norberto Bobbio conceitua fontes do direito como fatos ou atos de onde dependem as normas jurídicas, sendo, por certo, que o conhecimento de um ordenamento jurídico começa pelo rol de suas fontes normativas.¹²⁰ Assim, as fontes do direito são, portanto, os meios pelos quais se formam ou se estabelecem as normas jurídicas.

Partindo da noção de pluralismo jurídico¹²¹, reputa-se que o direito pode ser produzido no Estado – pelo Estado – e fora dele. John Griffiths tece uma crítica em

¹¹⁹ HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p.914.

¹²⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos, 10.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p.45.

¹²¹ Wolkmer trabalha com a ideia de dualidade do pluralismo, reconhecendo duas modalidades desse fenômeno, o pluralismo jurídico estatal, sendo o modelo reconhecido, permitido e controlado pelo Estado, do qual se depreende que ainda que se tenha uma norma advinda dos demais estratos sociais, para que prevaleça, seria necessária a autorização do Estado para que tenha, de fato, poder normativo; e o pluralismo comunitário que independe do Estado. “É neste patamar que se processa a dualidade entre um ‘pluralismo jurídico estatal’ e um ‘pluralismo jurídico comunitário’. Concebe-se o primeiro como aquele modelo reconhecido, permitido e controlado pelo Estado. Admite-se a presença de inúmeros ‘campos sociais semi-autônomos’, com relação a um poder político centralizador, bem como múltiplos sistemas jurídicos estabelecidos vertical e hierarquicamente através de graus de eficácia, sendo atribuída a ordem jurídica estatal uma positividade maior. Perante isso os direitos não estatais representam uma função residual e complementar, podendo sua competência ser minimizada ou incorporada pela legislação estatal. No que concerne ao ‘pluralismo jurídico comunitário’, este age num espaço formado por forças sociais e sujeitos coletivos com identidade e autonomia próprias, subsistindo independentemente ao controle estatal” (WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: Novo marco emancipatório na historicidade latino-americana**. Disponível em:

relação as acepções do pluralismo jurídico que não rompem com a ideia do monismo estatal.¹²² O autor defende o direito como a autorregulação de um campo social semi-autônomo, enquanto que o pluralismo jurídico se refere a uma heterogeneidade normativa decorrente do fato de que a ação social sempre acontece num contexto de múltiplos e justapostos campos sociais semi-autônomos.¹²³

Em suma, Antônio Carlos Wolkmer, defende que a noção de pluralismo jurídico, se analisadas todas as suas vertentes, converge para a negação de que “o Estado seja a fonte única e exclusiva de todo o Direito”.¹²⁴

Diante disso, e acatando a premissa de que o direito não emana exclusivamente do Estado, deve-se entender que as fontes normativas podem ser classificadas como estatais, produzidas diretamente pelo Estado e emanam dos poderes legislativo, executivo e judiciário (os dois últimos em suas funções atípicas); e não estatais, criadas fora do âmbito do Estado.

Antes de adentrar à discussão sobre o que pode ser considerado como fonte de direito, faz-se necessário traçar breve distinção entre norma jurídica, lei e enunciado.

O termo ‘norma’, em regra, pressupõe o descritivo de um dever ser, figurando como uma modelagem comportamental que intencionalmente direciona o indivíduo a determinada conduta. “É o sentido de um ato através do qual uma conduta é

<<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/717/250>> Acesso em 06 mai. 2017, p.5).

¹²² Em contraposição ao pluralismo jurídico, tem-se a concepção monista (*legal centralism*) que entende que o direito é e deve ser o direito que emana do Estado, uniforme a todas as pessoas e excluindo qualquer outro direito, e administrado por um único conjunto de instituições estatais. Para se estender aos demais ordenamentos normativos, tais como a igreja, a família, associações voluntárias e organizações econômicas, estas devem ser, e de fato são, hierarquicamente subordinadas ao direito e às instituições do Estado. (Tradução livre: GRIFFITHS, John. **What is legal pluralism?** Disponível em: <<http://commission-on-legal-pluralism.com/volumes/24/griffiths-art.pdf>> Acesso em 04 mai. 2017, p.3)

¹²³ “(...) *it follows that law is the self-regulation of a ‘semi-autonomous social field’ (...)* ‘Legal pluralism’ refers to the normative heterogeneity attendant upon the fact that social action always takes place in a context of multiple, overlapping ‘semi-autonomous social fields’”. (*Ibidem*, p.38).

¹²⁴ “Trata-se de uma visão antidogmática e interdisciplinar que advoga a supremacia de fundamentos ético-sociológicos sobre critérios tecnoformais. Assim, minimiza-se ou exclui-se a legislação formal do Estado e prioriza-se a produção normativa multiforme de conteúdo concreto gerada por instâncias, corpos ou movimentos organizados semi-autônomos que compõem a vida social” (WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3.ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 2011, p.183).

prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém”.¹²⁵

O significado de norma jurídica assume diversas acepções pela doutrina jurídica. Kelsen afirma que a norma é um mandamento, um comando imperativo dirigido aos sujeitos que estão a ela subordinados, podendo, por vezes, ser uma permissão ou atribuição de poder e competência. Para o jurista, a norma é expressa em linguagem, por meio de palavras e proposições, pelo que pode (ou não) aparecer sob forma de enunciado.¹²⁶

Miguel Reale defende que a norma jurídica é “uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória”. Aduz que o significado de uma norma jurídica é obtido a partir de uma integração das proposições nela contidas, devendo o seu respectivo ‘dever ser’ ser imposto com ou contra a vontade dos sujeitos a ela submetidos, uma vez que é próprio do direito o caráter de coercitividade.¹²⁷

André Franco Montoro conceitua norma jurídica a partir das normas morais, religiosas e éticas. A norma jurídica seria aquela dotada de força coercitiva potencial, cujo conteúdo encontra respaldo na noção de justiça. Ou seja, deve estar orientada no sentido de realização daquilo que é justo. Ademais, entende ser característica essencial das normas de direito a sua universalidade, consubstanciada na noção de igualdade. A coerção seria potencial dado que, para que se figure como norma jurídica não é necessária a obediência a norma, mas sim que exista o imperativo para que a regra seja obedecida.¹²⁸

Paulo Nader, por sua vez, define as normas ou regras jurídicas como células da ordem jurídica. Significa dizer que a norma estabeleceria um padrão de conduta ou organização, de modo que passa a atuar como referência para os indivíduos de determinada sociedade.¹²⁹

¹²⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado, 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p.4 *et seq.*

¹²⁶ *Ibidem*, p.79.

¹²⁷ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.95 *et seq.*

¹²⁸ MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 26.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.360 *et seq.*

¹²⁹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil - Parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.1, p.69 *et seq.*

João Maurício Adeodato, em seu turno, trabalha com a noção de norma no sentido de um objeto ideal cujo caráter é sempre geral. A norma seria, portanto, uma imagem, ideia ou significado transmitida por meio de significantes linguísticos, enquanto que o conjunto dessas expressões simbólicas positivadas seria o que se entende por fonte do direito.¹³⁰

O autor, ao definir a estrutura da norma, define que esta se compõe de: a) hipótese, que é a descrição da conduta conflituosa sobre a qual a norma jurídica pode vir a incidir; b) a prestação, a conduta, dentre as descritas na hipótese, que se quer garantir a ocorrência; e c) a sanção, consequência imputada pelo descumprimento da prestação. Demais disso, existiriam dois elementos invariáveis, ou seja, presentes em toda e qualquer norma: d) o functor deôntico, o “dever ser” que une o antecedente e o conseqüente normativos; e o e) conectivo disjuntivo “ou” que demonstra que a norma tem sempre o lado lícito e o ilícito.¹³¹

Bobbio entende a norma jurídica como regra de conduta. Em sua tese, aposta em analisar a norma a partir do seu ponto formal, o que o faz entendendo-a como uma proposição, um conjunto de palavras que tem um significado.¹³² Ou seja, faz-se a interpretação de códigos, leis (que são conjuntos de proposições) e, a partir dessa interpretação, pode-se extrair normas que derivam de apenas um enunciado ou são fruto da interpretação sistemática de vários enunciados.

É em sentido semelhante o conceito adotado por Riccardo Guastini: a norma como discurso prescritivo que pode ser exprimido de determinado dispositivo de uma fonte do direito. Para o autor, “a partir de um dispositivo ou enunciado pode-se extrair mais de uma norma, ou, ainda, é possível inferir uma norma a partir da leitura sistemática de diversos enunciados ou dispositivos”.¹³³

Guastini confronta os demais doutrinadores que utilizam da expressão ‘proposição normativa’. Entende que o termo ‘enunciado’ é mais coerente, tendo em vista que dentro deste pode caber mais de uma proposição. Em seu raciocínio, enunciado não corresponde tão somente às disposições contidas em um texto normativo, mas

¹³⁰ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p.163 *et seq*; 196.

¹³¹ *Ibidem*, p.166 *et seq*.

¹³² BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavau Baptista e Ariani Bueno Serdatti, São Paulo: EDIPRO, 2.ed. 2003, p. 23; 72 *et seq*.

¹³³ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini, São Paulo: QuartierLatin, 2005, p.23 *et seq*.

também seus significados interpretativos (normas). O doutrinador traz ainda a possibilidade de existir norma que não é extraída da interpretação de enunciados, de modo que “não só ocorrem disposições sem normas, como ocorre também normas sem disposições”. Contudo, são fruto de produção ou integração do direito.¹³⁴

Friedrich Müller, entende que para conceituar a norma jurídica é necessário se afastar do positivismo legalista.¹³⁵ O alemão defende que se deve partir do texto da norma até a sua concretização, analisando, portanto, a relação entre o direito (norma) e a realidade, que dialogam de forma circular: ao mesmo passo que a norma influencia o campo da realidade, a recíproca é verdadeira.¹³⁶

Sua teoria estruturante da norma jurídica parte do pressuposto de que as normas jurídicas não são puro dever ser, tal como indica a doutrina positivista.¹³⁷ Demais disso, entende que se deve afastar as noções de norma jurídica e texto da norma (tal como faz Guastini).¹³⁸ A norma jurídica restaria estruturada na conjugação do programa da norma (a ideia normativa orientadora) com o âmbito da norma¹³⁹, a partir de um processo denominado concretização. É o que se explica:

¹³⁴ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini, São Paulo: QuartierLatin, 2005, p.40 *et seq.*

¹³⁵ “Com esse termo só se compreende o direito objetivo vigente como sistema perfeito de normas jurídicas, caracteriza-se a decisão jurídica concreta como aplicação lógica de uma norma jurídica abstrata a um tipo concreto “a ser subsumido”, iguala-se a relevância jurídica à construtibilidade em termos de lógica jurídica, e a ação comunitária dos homens à “aplicação” e “execução” de normas jurídicas abstratas ou a uma infração das mesmas”. (MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.17).

¹³⁶ “Não é possível descolar a norma jurídica do caso jurídico por ela regulamentando nem o caso da norma. Ambos fornecem de modo distinto, mas complementar, os elementos necessários à decisão jurídica. Cada questão jurídica entra em cena na forma de um caso real ou fictício. Toda e qualquer norma somente faz sentido com vistas a um caso a ser (co)solucionado por ela”. (*Ibidem*, p.63).

¹³⁷ “Enquanto uma teoria da (norma) jurídica não incluir inteiramente na investigação da estrutura da norma a estrutura da “coisa” normatizada, a norma no fundo sempre confrontar-se-á ao “ser” como um dever-ser”; será concebida como uma estrutura autônoma e independente da realidade, uma estrutura que está em conexão com a realidade apenas de modo genericamente teórico-jurídico, mas que em suas especificidades, e bem assim para os problemas metódicos, permanece em aberto”. (*Idem*, **Teoria estruturante do direito – I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza, 2.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p.106).

¹³⁸ “A ainda predominante compreensão da norma como um comando pronto, juntamente com seu contexto positivista, corre igualmente o risco de confundir norma e texto normativo; ou então de partir do princípio de que o teor de validade da disposição legal seria fundamentalmente adequado e estaria suficientemente presente no texto literal, ou seja, seria ‘dado’ com a forma linguística da disposição. A realidade como conglomerado de elementos heterogêneos juridicamente desordenados a serem unidos pelo comando normativo pode ser, então, contraposta a uma ‘norma’ assim isolada”. (*Ibidem*, p.192).

¹³⁹ *Idem*, **O novo paradigma do direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes**. Trad. Ana Paula Barbosa [*et al*], 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.40.

O processo de concretização da norma ocorre a partir dos elementos do mundo fático, assim como do texto da lei.¹⁴⁰ O jurista, para elaborar a norma jurídica necessita de elementos reais, que derivariam, portanto, do mundo fático, e elementos linguísticos, que derivariam do texto de lei. O programa da norma¹⁴¹ é expressado pelo teor literal e todos os recursos interpretativos auxiliares da norma, ao passo que o âmbito normativo, ou a área da norma, consiste na estrutura escolhida pelo programa da norma como sua área de regulamentação.¹⁴²

Desta forma, a norma jurídica, para o autor, só é produzida em cada particularidade de solução jurídica de determinado caso.¹⁴³ A concretização seria, portanto, a construção da norma jurídica no caso concreto, de modo que a norma é a formulação geral da decisão jurídica e a norma individualizada é chamada norma de decisão.¹⁴⁴

Contudo, não se pode concordar com a tese mülleriana quando diz que a norma não existe antes da sua concretização, não preexistindo em códigos e leis, uma vez que há norma e há sistema jurídico antes da sua aplicação ou não seria possível adequar sua conduta a fim de atingir os critérios positivados.

Diante do quanto explicado, verifica-se que norma, lei e enunciado não se confundem. A lei é regra geral dotada de sanção, exarada por autoridade competente (poder legislativo), de cunho obrigatório e forma escrita.¹⁴⁵ Assim, é, em verdade, uma das fontes do direito, emanada a partir de enunciados, de onde é possível extrair norma(s) jurídica(s). É a partir da interpretação da fonte do direito que se chega ao comando normativo.

Tercio Sampaio Ferraz Jr. parte do pressuposto de que a teoria das fontes do direito reporta-se à noção de que a existência de antinomias e lacunas no ordenamento jurídico exige a presença de outros centros produtores, entendendo o direito como

¹⁴⁰ “Essa concepção de concretização abrange simultaneamente os fatores da realidade e da norma, são estruturados segundo o âmbito da norma e a ideia normativa orientadora (programa da norma)”. (MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes**. Trad. Ana Paula Barbosa [et al], 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.40).

¹⁴¹ “ele (o programa da norma) indica *espaços de ação metódicamente domináveis*, dentro dos quais o trabalho jurídico deve se legitimar e com base nos quais ele pode ser controlado e criticado”. (*Ibidem*, p.228).

¹⁴² *Ibidem*, p.227.

¹⁴³ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito – I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza, 2.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p.305.

¹⁴⁴ *Ibidem*, loc cit.

¹⁴⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil – parte geral**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011, v.1, p.11 et seq.

uma construção. Ou seja, diante do entendimento de que existe uma necessidade de suplementação das normas positivadas do direito, resta evidente o reconhecimento de novos centros produtores, o que entende o autor por fontes do direito.¹⁴⁶

Hans Kelsen trabalha com a noção de fonte de direito, atrelada a ideia do fundamento de validade de uma ordem jurídica. Para ele, o direito seria formado apenas pelas normas gerais do direito estatal, e a fonte do direito só poderia ser o direito. Assim, a norma geral (fonte) regula a produção de novas normas que são aptas a estatuir direitos e deveres.¹⁴⁷ Nota-se, pois, que o autor confunde a controvérsia acerca das fontes do direito com a questão da validade das normas jurídicas.

Miguel Reale, por sua vez, ao definir as fontes do direito, o faz como estruturas normativas que pressupõem a existência de um sujeito dotado de poder de decisão sobre o conteúdo normativo, de modo que não se poderia falar em fonte de direito sem falar em poder de decidir. Nesta senda, o autor ainda faz questão de extirpar, por exemplo, qualquer sugestão da doutrina como fonte de direito, tendo em vista o fato de que as posições teóricas, em que pese a força cultural de seus expositores, não dispõem do poder de obrigar, ou seja, não detêm a chamada *vis compulsiva*.

Diante de tal raciocínio, pode-se, de tão logo, deduzir que para o autor a norma jurídica é dotada de cogência, isto é, vincula determinados sujeitos. Por isso a necessidade de um sujeito competente a instituir a norma, pois uma vez ausente esse requisito, a norma não terá a mesma eficácia vinculativa. Para isso, entende que existem fontes obrigatórias, cujo efeito é *erga omnes*, como as fontes legal e consuetudinária, e fontes cujo efeito se dá *inter partes*, como as fontes jurisdicional ou negocial¹⁴⁸.

O posicionamento de Machado Neto é de que as fontes de direito são instâncias objetivas de valoração, verdadeiros mecanismos para impedir que o julgador estabeleça uma norma de acordo com o seu juízo de valor referente a determinada conduta. Outrossim, o autor admite como principais fontes de direito a lei, os

¹⁴⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, 5.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.223.

¹⁴⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.258 *et seq.*

¹⁴⁸ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994. p.11 *et seq.*

costumes, a jurisprudência e a doutrina. Somente a partir destas que derivariam os princípios gerais do direito, a equidade, os tratados internacionais, os atos e negócios jurídicos.¹⁴⁹

Paulo Monteiro de Barros, em seu magistério, diante do cenário do direito positivo, trabalha com o conceito de ‘normas introdutoras’ que são aquelas que introduzem determinadas regras jurídicas no ordenamento jurídico que, por sua vez, são chamadas ‘normas introduzidas’. Neste contexto, o autor define fontes de direito como acontecimentos do meio social que são juridicizados em razão da incidência de determinada norma e credenciados a produzir normas introdutoras (que introduzam normas gerais, abstratas ou individuais e concretas).¹⁵⁰

O jurista divide, ainda, as fontes em fontes formais, regras jurídicas de onde se extraem um fundamento de validade, são fórmulas que a ordem jurídica estipula para introduzir regras no sistema (correlaciona-se com o posicionamento proposto por Kelsen, já tratado) e fontes materiais, que são fatos da realidade social aptos a produzir novas proposições prescritivas para integrar o direito posto.¹⁵¹

O que se depreende do debate explanado é que a formulação abstrata de normas é tarefa exclusiva do Estado. Porém, a definição de norma concreta, individual, que será aplicada a determinados particulares, não demanda, necessariamente, a atuação estatal.¹⁵²

Diante disso, nota-se que a doutrina costuma divergir sobre o que pode ser considerado fonte de direito, ou seja, de onde é possível, a partir de uma interpretação, extrair normas jurídicas. Dentre as fontes estatais, por óbvio, tem-se a legislação – leis, regimentos internos de tribunais, medidas provisórias, jurisprudência, dentre outros. No que se refere às fontes não estatais, é possível enumerar, a título exemplificativo, os costumes, a doutrina, o poder normativo dos grupos sociais e, para alguns, o negócio jurídico.

¹⁴⁹ MACHADO NETO, A. L., **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p.197–199.

¹⁵⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.79 *et seq.*

¹⁵¹ *Ibidem*, p.84 *et seq.*

¹⁵² DIDIER JR., Fredie. **Sobre a fundamentação da decisão judicial**. Disponível em: <www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf> Acesso em: 29 out. 2016, p.1.

No que se refere a jurisprudência, impende salientar que o juiz não possui poderes para criar direito, exceto nas hipóteses em que está expressamente autorizado. Isso porque o seu poder é de aplicação do direito, devendo, assim, atender à incidência da norma.¹⁵³

Machado Neto, entretanto, pondera que não se pode confundir a jurisprudência com a sentença, esta última como comando individualizado de onde advém a jurisprudência. Jurisprudência seria, para o autor, o entendimento reiterado dado como solução judicial em casos análogos, o que permite o entendimento da jurisprudência como fonte do direito. O autor crê na jurisprudência como instituto semelhante ao do costume. A diferença entre eles consistiria no fato de que a jurisprudência seria obra de um setor definido na comunidade, qual seja dos membros julgadores (juízes e tribunais). O costume seria a obra de todos os membros da coletividade, de modo que nasce espontaneamente no exercício de direitos e deveres, ao passo que a jurisprudência carece de um conflito para nascer.¹⁵⁴

O costume é, em regra, uma fonte subsidiária ou supletiva, posto que sua utilização só se faz cabível quando estiverem esgotadas todas as potencialidades legais, como forma de preenchimento de lacunas.¹⁵⁵ Consiste, basicamente, no conjunto de práticas sociais reiteradas que acabam por disciplinar direitos e deveres.

A doutrina, por seu turno, seria toda e qualquer produção científica sobre o direito, elaborada pelos estudiosos da ciência jurídica, expressa em livros, artigos e pareceres. Aqueles que defendem a doutrina como fonte do direito¹⁵⁶ o fazem sob a perspectiva de que a doutrina oferece o argumento para o convencimento judicial que, de seu modo, é capaz de emanar a norma individualizada e específica a um caso concreto.

Outrossim, o poder normativo dos grupos sociais consiste no conjunto de prerrogativas que a ordem jurídica confere às diversas instituições sociais para que

¹⁵³ MIRANDA, Pontes de. **Negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova**. 2.ed. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello, Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coleção tratado de direito privado: parte especial, 2012, v.3, p.106.

¹⁵⁴ MACHADO NETO, A. L., **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 212

¹⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.331 *et seq.*

¹⁵⁶ Pode-se citar Abelardo Torr  em: TORR , Abelardo. **Introducción al derecho**. 14.ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

criem os seus respectivos micro ordenamentos jurídicos, como convenções condominiais e regulamentos de empresas. Ou seja, parte do pressuposto de que cada grupo social tem suas regras.

Kelsen, ao ponderar acerca da figura do negócio jurídico gradua que este está apto a produzir direito desde que a ordem jurídica lhe confira esta qualidade, bem como pressuponha determinada sanção para o caso de ato contrário ao negociado. Nesta esteira, entende que qualquer litígio que decorra de um negócio jurídico deve ser, antes de tudo, validado pela norma jurídica geral que deu base ao seu surgimento.¹⁵⁷

Norberto Bobbio entende o poder de negociar como o poder atribuído aos particulares de regular os próprios interesses, sendo, portanto, fonte de normas de um ordenamento jurídico. Pondera, entretanto, se esse poder de negociação trata de um ordenamento jurídico menor, absorvido pelo ordenamento estatal, ou se se trata de um poder delegado pelo Estado aos particulares, hipótese em que tratar-se-ia de uma fonte delegada.¹⁵⁸

Nesta última hipótese, tem-se o poder de se autorregurar pelos indivíduos como algo permitido pelo Estado, ou seja, uma previsão do ordenamento jurídico que faculta às partes estabelecer regras a determinado tipo de relação, de modo que estas prevaleçam sobre as normas estatais, naquilo que não for vedado por lei, ou contrário ao ordenamento de modo geral. Contudo, tal fato, por si só, não retira a natureza de fonte do direito, posto que, ainda assim, ocorre a produção normativa por particulares que deriva desse poder negocial autorizado.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr., as fontes negociais, ao lado da doutrina, da noção de equidade e dos princípios gerais do direito, seriam fontes de baixo grau de objetividade. Isso em razão de sua vinculação com a concepção de autonomia privada e dos contratos. A fonte negocial, então, seria apta a obrigar as partes presentes, possuindo, portanto, caráter normativo. Diante disso, caso se adote a tese de que a expressão fontes do direito abrangeria não somente a emanção de

¹⁵⁷KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.284 *et seq.*

¹⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p.40 *et seq.*

normas gerais, mas também de normas individuais, as fontes negociais seriam fontes de direito como quaisquer outras, observa o autor.¹⁵⁹

Para Érico Cabral, o negócio jurídico é considerado fonte formal do direito e de relações jurídicas, possuindo, portanto, aspecto normativo e configurando-se como fonte de direito objetivo.¹⁶⁰

Nesta senda, faz-se mister analisar se, a partir do regramento privado, formulado um pacto entre os negociantes, que os vincula perante o outro, é possível conferir caráter normativo ao autorregramento da vontade como algo concedido pelo Estado ao particular, de modo que as disposições contidas no *negotium* possuem força e cogência de norma. O aprofundamento deste tema será abordado no tópico subsequente.

3.2 NEGÓCIOS COMO FONTES NORMATIVAS

Como visto, o negócio jurídico, enquanto ato em que protagoniza a vontade das partes, suscita o debate acerca da (não) criação de normas jurídicas, tendo em vista que, *a priori*, criam-se direitos e deveres apenas para as partes componentes de determinada relação jurídica que é formada. É um direito criado pelas partes, para as partes.

Emilio Betti, ao tratar da autonomia privada e seu reconhecimento jurídico, leciona que esta pode ser interpretada de duas formas: a) como fonte de norma jurídica, de forma a fazer parte da própria ordem jurídica que a reconhece como subordinada; b) como causa geradora de relações jurídicas já disciplinadas pelo ordenamento de forma abstrata e geral.¹⁶¹

Outrossim, é possível, ainda, analisar o negócio jurídico a partir da perspectiva das teorias normativa e preceptiva, que o definem enquanto fonte normativa e preceito, respectivamente.

¹⁵⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, **Introdução ao estudo do direito**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.247.

¹⁶⁰ CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. **Revista de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, jul./set. 2004, p. 105.

¹⁶¹ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama, Coimbra: Coimbra Editora, 1969, t.1, p.97 *et seq.*

Ambas as teorias partem do pressuposto de que o negócio jurídico é um fato - social para a teoria preceptiva; jurídico para a teoria normativa - além de ser instrumento do autorregramento da vontade, afastando-se da ideia liberalista de autonomia da vontade. Reconhecem, ainda, que o negócio jurídico é criador de normas jurídicas que disciplinam a relação jurídica das partes negociantes.¹⁶²

A teoria preceptiva consiste na ideia de que o negócio jurídico não é formador de norma jurídica, mas de um preceito. Preceito, aqui, há de ser entendido enquanto disposição que implica o poder de um sujeito de determinar uma linha comportamental obrigatória a outrem.¹⁶³ Sob essa análise, o negócio jurídico não adentraria no ordenamento jurídico, seu conteúdo seria, portanto, formado por regras que o direito considera e que são direcionados aos negociantes.¹⁶⁴

Segundo essa tese, os negócios jurídicos são calcados no âmbito privado e, apenas são reconhecidos pela ordem jurídica e, portanto, têm seus efeitos garantidos em momento posterior, no momento da aplicação de sanções que lhe são próprias. Assim, o preceito jurídico (conteúdo do negócio) é de competência dos indivíduos envolvidos, por poderem dar vida e desenvolvimento a relações jurídicas, desde que dentro do quanto permitido pelo ordenamento jurídico, de onde derivariam seus efeitos jurídicos.¹⁶⁵

Para Orlando Gomes, a teoria preceptiva não encontra razão de ser, uma vez que os particulares não deteriam competência para estatuir preceitos, impondo a outros norma vinculante por força própria, vez que o comando pressupõe determinada posição de supremacia.¹⁶⁶

Já foi visto que a manifestação de vontade, por si só, não pode ser considerada fonte de direito. Primeiro porque não há criação de norma. Segundo porque não há permissivo dentro do ordenamento jurídico para que a vontade manifestada crie efeito jurídico com base nos interesses do particular. Os efeitos jurídicos são aqueles previstos nas normas extraídas da lei.

¹⁶² CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. **Revista de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, jul./set. 2004, p.102-103.

¹⁶³ SCONAMIGLIO, Renato *apud* CABRAL, Érico de Pina. *Ibidem, loc cit.*

¹⁶⁴ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama, Campinas: LZN Editora, 2003, p.91.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p.122 *et seq.*

¹⁶⁶ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**, 19.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.243 *et seq.*

Contudo, para os defensores da teoria normativa, isto é, aqueles que acreditam que o negócio jurídico (e, portanto, o autorregramento da vontade) consiste em fonte de direito, o negócio consiste em fato jurídico, ou seja, faz parte do ordenamento jurídico em sentido amplo.¹⁶⁷

Para essa teoria, defendida por Luigi Ferri, o negócio jurídico é entendido como fonte de direito objetivo, uma vez que contém normas jurídicas particulares.¹⁶⁸ Pode-se dizer que a concepção do negócio jurídico enquanto fonte normativa não é recente, a própria noção do *pacta sunt servanda* expõe isso.¹⁶⁹

Santi Romano pondera que para que se entenda algo como fonte de direito deve-se formar um complexo, um ordenamento mínimo, e não existir, tão somente, o estabelecimento de regras. Por isso entende que uma relação jurídica não é apta a figurar como ordenamento, tão menos fonte de direito.¹⁷⁰ Entretanto, acerca do negócio jurídico, o autor avalia que este não geraria tão somente relações, mas também normas que as regulam e que são jurídicas, ou seja, institucionais. Assim, na concepção do autor, o negócio jurídico pode ser admitido como fonte do direito¹⁷¹.

Para Francisco Amaral, não existem motivos para não considerar a autonomia privada enquanto poder jurídico e, assim, o negócio jurídico como instrumento e expressão deste poder. Para o doutrinador, quando se entende o negócio jurídico enquanto fonte de relação jurídica, pressupõe-se a existência de uma norma jurídica.¹⁷²

¹⁶⁷ CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. **Revista de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, jul./set. 2004, p.102 *et seq.*

¹⁶⁸ FERRI, Luigi *apud* CABRAL, Érico de Pina. *Ibidem*, p.105 *et seq.*

¹⁶⁹ Do latim “cumpram-se os contratos”. MIRANDA, Maria Bernardete. **Pequeno dicionário jurídico de expressões latinas**. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/livros/apostila6.pdf>> Acesso em: 21 nov. 2016. p.22.

¹⁷⁰ “Enquanto a instituição, como ente jurídico, é um ordenamento, a relação não o é. Ao contrário, a relação depende da instituição, sendo quase a atmosfera em que ela vive, ou seja, algo externo a ela. Tal fenômeno explica como um ato jurídico, que gera somente relações, não basta para fazer surgir direito objetivo. Para atingir este efeito, é necessário um ato que não se limite a constituir uma relação que se mova, em todos os seus elementos, no âmbito de um ordenamento já existente, mas tal ato deve gerar, ao menos parcialmente, este último. Já que, como procuramos demonstrar, uma regra tomada isoladamente, em si e por si, não é o direito objetivo, um ato jurídico, para que possa ser considerado fonte de direito, deve estabelecer não só regras, mas uma organização social mais ou menos completa.” (ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p.108 *et seq.*)

¹⁷¹ *Idem*, **Princípios de direito constitucional geral**. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p.116.

¹⁷² AMARAL, Francisco. **Direito civil** – Introdução. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.421 *et seq.*

Inclusive, o autor confronta o argumento de que o negócio jurídico vincula as partes porque o ordenamento jurídico assim permite, sob o fundamento de que o sistema jurídico é composto por normas de diferentes graus, sendo algumas subordinadas as outras mormente em razão da hierarquia entre as fontes.¹⁷³

Francisco, ainda, discute o problema da norma jurídica negocial, avaliando os critérios adotados por Mário Allara¹⁷⁴ necessários a identificar a norma enquanto jurídica. O autor explica que o direito não pode estar sujeito ao Estado, de modo que para ser jurídica a norma não deve, necessariamente, advir deste. No que se refere à sua generalidade e abstração, entende que não deve a norma jurídica ser geral e sim a lei.¹⁷⁵ Veja-se caso em que uma sentença é apta a formar norma jurídica, mesmo que individualizada a determinada pessoa, em determinado caso.

Outrossim, não necessita ser imperativa a norma jurídica, principalmente porque existem normas que são, em verdade, juízos hipotéticos, e não comandos. Por fim, a coatividade existe no negócio jurídico vez que, conforme já tratado alhures, o seu descumprimento acarreta ou em sanção prevista pelo próprio ordenamento, ou na própria invalidade do negócio convencionado.¹⁷⁶

Ocorre que, no mesmo sentido que tratou da teoria preceptiva, Orlando Gomes entende que o particular não detém poder normativo, não sendo possível considerar o negócio jurídico como fonte jurídica, mormente porque a cogência do negócio, isto é, a vinculatividade das partes não existe em razão do negócio em si, mas por motivo do ordenamento jurídico que permite o negócio e que este vincule as partes.¹⁷⁷

Entretanto, não assiste razão ao doutrinador. Isso porque, no momento em que o ordenamento jurídico permite que os particulares instituem regras de caráter vinculativo entre as partes de determinada relação, acaba por delegar poder normativo aos negociantes, de modo que é possível trabalhar com a noção do negócio jurídico enquanto fonte jurídica, de onde emanam normas jurídicas.

¹⁷³ AMARAL, Francisco. **Direito civil** – Introdução. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.424.

¹⁷⁴ Mário Allara define como habituais características da norma jurídica ou da lei: a estatalidade, a bilateralidade, a generalidade ou universalidade, a abstração, a imperatividade e a coatividade. Assim, presente todos estes requisitos, estar-se-ia diante de norma jurídica. (ALLARA, Mário *apud* AMARAL, Francisco. *Ibidem*, p.425).

¹⁷⁵ *Ibidem*, p.426.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p.427.

¹⁷⁷ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**, 19.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.243 *et seq.*

Antônio Carlos de Campos cuida em analisar as normas sob o prisma de normas genéricas e normas individualizadas, que seriam extraídas daquelas a partir de uma relação de delegação, sendo que ambas são origem de prescritivos aptos a disciplinar o comportamento humano.¹⁷⁸

A norma genérica seria aquela que regula situações de fato abstratamente e cujo alcance é geral, enquanto que a norma individualizada, por óbvio, possui alcance particular, referindo-se às especificidades de determinada relação.¹⁷⁹

Para o autor, o negócio jurídico – típico ou atípico – decorreria da autonomia da vontade, que apenas se manifesta dentro dos limites impostos pela lei,¹⁸⁰ ou seja, de acordo com as margens fixadas pelas normas genéricas que viabilizam a sua existência, evidenciando, portanto, a existência de uma relação de delegação traçada entre a lei e o negócio jurídico. O raciocínio do autor assemelha-se, portanto, com a já tratada doutrina kelseniana, uma vez que defende que a norma negocial (individual) encontra sua razão de validade nas normas genéricas.

Elucida, contudo, que a norma negocial não possui os elementos da generalidade e abstração, o que, no entanto, não lhe retira o caráter normativo, uma vez que possui coercitividade em relação às partes compactuantes, através de imperativos próprios, ainda que a regulamentação em análise valha, em princípio, apenas *inter partes*.¹⁸¹

O jurista defende, portanto, que o negócio jurídico consiste em fonte do direito, uma vez que decorrem de uma estrutura de poder e devem ser emanadas em compatibilidade com a teleologia do sistema, obedecendo, assim, a uma hierarquia.¹⁸²

Desta forma, diante do raciocínio obtido da concepção moderna de Kelsen, conclui-se que o negócio jurídico pode ser considerado fonte do direito, uma vez que produz normas individualizadas que ingressam no ordenamento jurídico por meio do seu fundamento de validade. Logo, o negócio jurídico não somente encontra legitimidade nas normas genéricas hierarquicamente superiores que o estatuem e conferem às

¹⁷⁸ PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. **Normas jurídicas individualizadas: teoria e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 1993, p.16 *et seq.*

¹⁷⁹ *Ibidem*, p.20.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p.19.

¹⁸¹ *Ibidem*, *loc cit.*

¹⁸² *Ibidem*, *passim*.

partes o poder de autorregulação, mas, ainda, guardam consonância com a teleologia do sistema jurídico.

3.3 NORMAS PASSÍVEIS DE NEGOCIAÇÃO

O ordenamento jurídico, ao fixar o conteúdo das relações jurídicas, pode regulá-lo exhaustivamente (de forma cogente), de modo a não deixar à vontade das partes qualquer espaço¹⁸³, hipótese em que à vontade resta apenas a escolha da categoria negocial, não lhe sendo facultado escolher os possíveis efeitos jurídicos da relação. Noutra vertice, pode, ainda, permitir que a vontade negocial escolha o conteúdo eficaz da relação jurídica¹⁸⁴, desde que os efeitos convencionados estejam previstos e/ou sejam admitidos pelo sistema.¹⁸⁵

Assim, a liberdade de convenção das partes só pode existir quando diante de um ordenamento que reconheça os interesses privados e os regule.¹⁸⁶

Isso posto, depreende-se que as normas cogentes são aquelas que a lei impõe aos sujeitos, pouco importando sua vontade, o que permite a conclusão de que acerca delas não é possível convencionar.¹⁸⁷ Nesta senda, há dispositividade no momento em que o ordenamento jurídico decide conferir espaço ao autorregramento das partes de determinada relação, como um permissivo à vontade negocial.¹⁸⁸

¹⁸³ “Quando nada pode a vontade dos figurantes, ou do figurante único, há cogência da lei (*ius cogens*)”. (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, t.3, p.45).

¹⁸⁴ “Se os efeitos provêm, na espécie, da lei, ou do que se quis, depende da natureza das regras jurídicas que incidem, - da lei, se não deixou à vontade dos figurantes, ou se é dispositiva e o figurante não dispôs, ou os figurantes não dispuseram, ou da vontade, se a lei o deixou à vontade do figurante ou dos figurantes”. (MIRANDA, Pontes de. *Ibidem*, p.8); “Não há efeito jurídico *ex voluntate*. Todos são *ex lege* no sentido de que sempre decorrem de imputação feita aos fatos, inclusive atos, pelas normas jurídicas. Assim, no negócio jurídico a vontade não cria efeitos, porque estes são definidos pelo ordenamento; apenas, dentro de uma amplitude variável, as normas jurídicas concedem às pessoas certo poder de escolha da categoria jurídica”. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – Plano da existência**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.218).

¹⁸⁵ *Ibidem*, p.217.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p.219.

¹⁸⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.331.

¹⁸⁸ A norma dispositiva, por sua vez, é aquela que determina algo quando as partes não se autorregramam. Neste sentido, percebe-se que no caso dessas normas o direito deixa uma margem aos interessados para que estipulem seu vínculo. (NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015, p.161).

O direito cogente, segundo Pontes de Miranda, opera impositiva ou proibitivamente, de maneira que as pessoas têm a obrigação de fazer ou de não fazer, o que, por sua vez, elimina a escolha, mesmo nos casos em que a regra jurídica cogente contenha a alternativa de fazer isso ou aquilo; ou de não fazer isso, ou de não fazer aquilo; e vice-versa.¹⁸⁹

Noutro lado, o autor trata da norma dispositiva:

Quando a regra jurídica é supletiva, isto é, estabelece que se entenda disposto *a* (*ius dispositivum*) se não foi disposto *não-a*, não se limita o autorregramento da vontade: tais regras jurídicas, ditas *regras dispositivas*, deixam incólume o autorregramento da vontade. A forma de tais regras é: “Se não foi dito *não-a* entende-se *a*, ou “Se nada se disse quanto a *a*, entende-se, *a*”.¹⁹⁰

Os negócios jurídicos, por terem em seu suporte fático o poder de autorregramento da vontade, por óbvio, esbarram nas regras cogentes processuais, de modo que esse poder acaba sendo reduzido ou suprimido.¹⁹¹ Por isso se diz que o espaço para o exercício do autorregramento da vontade é aquele deixado pelas normas cogentes.¹⁹²

Marcos Bernardes de Mello entende como primeiro pressuposto de validade do negócio jurídico a violação ou não de norma cogente, desde que a própria norma, seja ela impositiva ou proibitiva, não traga, por si só, sanção diversa da nulidade do ato.¹⁹³ Para o autor, trata-se da existência implícita no ordenamento jurídico do princípio da respeitabilidade das normas cogentes.¹⁹⁴

Assim, a norma cogente consiste na norma imperativa à qual a lei, desde sua constituição, convencionou atribuir obrigatoriedade, tornando-a incondicionalmente impositiva aos indivíduos. Partindo do pressuposto de que não há como afastar a

¹⁸⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, t.3, p.61.

¹⁹⁰ *Ibidem*, *loc cit*.

¹⁹¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015, p.160 *et seq*.

¹⁹² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – Plano da existência**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.221.

¹⁹³ *Idem*, **Teoria do fato jurídico – Plano da validade**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.53.

¹⁹⁴ *Idem*, Sobre o princípio da respeitabilidade das normas jurídicas cogentes e a invalidade dos negócios jurídicos. *In*: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra Jacob de. (Coord.) **Estudos de direito privado e processual civil**: em homenagem a Clóvios do Couto e Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.95.

ideia de descumprimento das normas jurídicas, o direito se utiliza da coercibilidade para repelir tais atos de descumprimento a partir da instituição de sanções.¹⁹⁵

Do mesmo modo, é possível considerar as normas cogentes como normas nulificantes porque incidem no plano da validade para tornar nulos os atos jurídicos que as infringem.¹⁹⁶

Por isso, resta evidente que uma das principais limitações à formação do negócio jurídico é a sua permissão legal, ou seja, a existência ou não de normas cogentes que delimitam o poder de autorregramento das partes, sendo passíveis de negociação apenas as normas dispositivas, isto é, aquelas em que há margem para que as partes estipulem sua relação.

¹⁹⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. Sobre o princípio da respeitabilidade das normas jurídicas cogentes e a invalidade dos negócios jurídicos. *In*: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra Jacob de. (Coord.) **Estudos de direito privado e processual civil**: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.81.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p.84

4 LEGITIMIDADE PROCESSUAL

Ao momento de instauração do processo pela parte através da petição inicial, o juiz, no exercício de sua jurisdição, deve examinar requisitos básicos para a viabilidade da ação. Isto é, elementos cuja verificação da ausência no momento preliminar do processo impede o seu prosseguimento regular, e que existem de modo a evitar que os sujeitos desarrazoadamente levem à juízo toda e qualquer pretensão.

Sob a égide do CPC de 1973, estes requisitos eram as denominadas condições da ação (legitimidade *ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido)¹⁹⁷, que no CPC de 2015 se desvencilham da terminologia adotada pelo antigo diploma, mas, à exceção da possibilidade jurídica do pedido, continuam a figurar como requisitos de admissibilidade do processo¹⁹⁸, diante das hipóteses de extinção do processo sem resolução meritória previstas no art. 485 do novel código processual civil.¹⁹⁹

O interesse de agir é requisito objetivo extrínseco positivo, posto que se refere ao objeto do processo, enquanto que a legitimidade *ad causam* consiste em requisito

¹⁹⁷ Conforme se infere do CPC/1973: Art. 267: Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

¹⁹⁸ Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara travam interessante debate acerca do fim (?) da categoria "condições da ação". Para Fredie, a omissão do novo código em relação a expressão "condições da ação" sugere que a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir passariam a ser estudados com suporte no repertório teórico dos pressupostos processuais. Neste sentido, o autor não economiza elogios à mudança proposta, sustentando que o inciso VI do art. 472 do PLC 8.046/2010 (Art. 485, VI do CPC/2015), que trata da extinção do processo sem resolução meritória, diz respeito apenas à falta de legitimidade extraordinária, de modo que a legitimidade ordinária seria questão de mérito. (DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria "condição da ação"? Um elogio ao projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.197, 2011, p.255 *et seq*). Alexandre Câmara, por sua vez, em resposta ao artigo elaborado por Didier, defende a subsistência das "condições da ação", ainda que o legislador tenha quedado omissos quanto à expressão. Para o jurista, para que se possa analisar o mérito, faz-se necessário analisar a existência de "requisitos de admissibilidade do provimento de mérito", repelindo, ainda, a opinião de Fredie no sentido de que todas as questões atinentes à admissibilidade deveriam possuir a mesma natureza ou categoria jurídica. Outrossim, para o autor, tratar as condições da ação e pressupostos processuais como se da mesma categoria fossem, impõe que se tenha como semelhantes as noções de ação e processo, principalmente por ser juízo comum na doutrina brasileira que a ação deve ser vista como um dos institutos fundamentais do direito processual, autônomo e distinto do processo. Assim, imperiosa a distinção entre condições da ação, que a esta se remontam, e pressupostos processuais, que se referem aos requisitos de existência e validade do processo e só deste. (CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria "condição da ação"? Uma resposta a Fredie Didier Junior. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.197, 2011, p.261 *et seq*)

¹⁹⁹ Art. 485 do CPC/2015: O juiz não resolverá o mérito quando: VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual.

subjetivo porque relaciona-se às partes do processo.²⁰⁰ A esta última dar-se-á mais atenção no presente estudo.

4.1 O QUE É LEGITIMIDADE

Segundo Barbosa Moreira, legitimidade consiste na coincidência entre a situação jurídica a que determinado sujeito está submetido e a situação legitimante²⁰¹ de determinada posição processual ocupada por este sujeito.²⁰² Assim, entende-se que para um sujeito ser legitimado a ocupar determinada posição processual é preciso que sua situação jurídica corresponda a situação legitimante daquela posição.

Neste mesmo sentido explica Araken de Assis que defende a legitimidade como a coincidência entre a posição processual da parte e a situação legitimadora decorrente de determinada previsão legal referente àquele sujeito e ao objeto do litígio.²⁰³

A legitimidade é requisito para qualquer ato postulatório do processo.²⁰⁴ Ou seja, é imprescindível ser parte legítima para interpor recurso, arguir impedimento ou suspeição do juiz, chamar ao processo, suscitar os incidentes processuais. A legitimidade para ser parte no processo, por sua vez, é denominada legitimidade *ad causam* e pressupõe a existência de um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica alegada.²⁰⁵

Calmon de Passos entende a legitimação para agir como a relação de pertinência entre a ação e aquele que a propõe em confronto à contraparte.²⁰⁶ Donaldo Armelin, noutro giro, defende que a legitimidade, apesar de ser qualidade do sujeito, não

²⁰⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.1, p.344.

²⁰¹ “Essa qualidade (a legitimidade para agir) emerge de uma situação jurídica legitimante e dá colorido a uma situação processual oriunda, obviamente, de um processo existente, ou seja, a situação de parte nesse processo”. (ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p.80)

²⁰² BARBOSA MOREIRA, Antonio Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos tribunais**, São Paulo: Revista dos tribunais, v.404, jun. 1969, p.9.

²⁰³ ASSIS, Araken de. **Substituição processual**. Revista dialética de direito processual, São Paulo: Dialética, v.9, dez 2003, p.9.

²⁰⁴ Art. 17 do CPC/2015: Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

²⁰⁵ DIDIER JR., Fredie. *Ibidem*, p.344-345.

²⁰⁶ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **A ação no direito processual civil brasileiro** – Tese apresentada à faculdade de direito da Universidade da Bahia, concorrendo à cátedra de direito judiciário civil. Oficinas gráficas da imprensa oficial da Bahia, 1960, p.25.

pode ser analisada apenas sob o prisma subjetivo, devendo-se analisar a relação de pertinência sujeito-objeto, uma vez que deve ser constatada frente ao ato que vai ser praticado. O autor aproveita para diferenciar o instituto da noção de capacidade. Para ele, a ausência de legitimidade sugere a ineficácia do ato praticado, enquanto que a capacidade insinua a invalidade do ato.²⁰⁷

Impende ressaltar que não é necessário, *prima facie*, que se comprove a legitimidade para que o processo seja admitido pelo juiz, tão menos há que se falar em procedência ou improcedência da demanda (julgamento de mérito). É necessário, ao menos, a alegação da legitimidade pela parte.²⁰⁸ Neste diapasão, é possível, ainda, que a parte argua sua própria ilegitimidade, de modo a obter perante o judiciário tal reconhecimento com vias a ter provida a sua exclusão (quando se analisa o mérito) ou extinção daquela relação processual.²⁰⁹

Nesta senda, o controle de legitimidade pode ser promovido pelo réu, ou, ainda, *ex officio*, de acordo com a leitura do art. 337 (vide inciso XI e §5º) e art. 485 (vide inciso VI e §3º) ambos do CPC de 2015²¹⁰. Tal questão permite, portanto, em comparativo com a lição de Arruda Alvim quando da análise dos artigos a estes correspondentes no código de 1973 (art. 301 e 267), verificar que a questão da legitimidade é matéria de ordem pública.²¹¹

²⁰⁷ ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p.12 *et seq.*

²⁰⁸ “Logo, acode à mente duas observações: em primeiro lugar, a veracidade desta alegação e a existência da respectiva relação integram o objeto do processo, e, portanto, nenhum juízo de certeza, *a priori*, o órgão judiciário emitirá a este respeito, contentando-se com uma correspondência hipotética”. ASSIS, Araken de. Substituição processual. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo: Dialética, v.9, dez. 2003, p.12.

²⁰⁹ ASSIS, Araken de. *Ibidem*, p.9. Também neste sentido DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18.ed., Salvador: Juspodivm, 2016, v.1, p.358 *et seq.*

²¹⁰ Art. 337 do CPC/2015: Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: XI – ausência de legitimidade ou de interesse processual. §5º Excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo. Art. 485 do CPC/2015: O juiz não resolverá o mérito quando: VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual. §3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

²¹¹ “O problema da legitimidade ativa *ad causam* e da legitimidade *ad processum* reside na oficiosidade do juiz, vale dizer, é assunto a respeito do qual as partes não podem, absolutamente, pretender dispor. A lei se refere com ênfase, em diversos dispositivos, à oficiosidade dos poderes do juiz, tangentemente à legitimidade. Assim, no art. 301, n. X, disciplinam a carência de ação, como matéria de defesa e carência de ação haverá, se incorrer legitimidade *ad causam* o próprio art. 301, todavia, em seu §4º refere-se ao poder oficioso do juiz, sobre os assuntos nele discriminados. Se não bastasse o texto do art. 301, §4º, o §3º do art. 267 dispõe que ‘o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI...’, e, devemos salientar que, justamente no n. VI do mesmo art. 267, alude, expressamente, a lei, à legitimidade das partes. Constatamos, portanto, a mais absoluta

Entendida como condição da ação, a *legitimatío ad causam* figura como requisito exigido para que o processo possa chegar a um provimento final de mérito, de modo que sua ausência acarreta em sentença terminativa, que não contém resolução meritória.²¹²

Noutra senda, não é uníssona a doutrina acerca do caráter de condicionante da legitimidade para a existência do processo. Isso porque, para a parcela dissonante dos estudiosos do direito, a legitimidade estaria baseada em regras do direito material.²¹³ A própria diferenciação entre suas modalidades ordinária e extraordinária (ou anômala)²¹⁴ tem por base a relação de direito material que originou o litígio posto em juízo. E mais. Considerando que basta a alegação de legitimidade e não sua comprovação, tem-se que, de qualquer sorte, cria-se a situação processual, isto é, ocorre a formação do processo.²¹⁵

É isso que também defende Calmon de Passos, quando analisa que o problema da legitimidade não condiciona a ação, uma vez que a sua ausência não impede, por si só, a formação do processo.²¹⁶

4.2 CLASSIFICAÇÃO

Como visto, em regra, há no processo a condição legitimante ativa, que coloca o sujeito em posição de autor; a condição legitimante passiva, correspondente a

intransigência do legislador a respeito do assunto da legitimidade das partes. Se assim é, se tal poder tão grande se outorgou ao juiz, do qual não pode ele abdicar, segue-se que a norma consubstanciada no art. 6º do mesmo CPC, é norma de ordem pública, e que, portanto, quaisquer ajustes que pretendam afastar sua incidência são nulos e írritos de pleno direito". (ALVIM, Arruda. Impossibilidade de substituição Processual voluntária face ao Código de Processo Civil. **Revista de processo**, v.5, jan./mar. 1977, p.219 *et seq.*)

²¹² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2012, v.1, p.148.

²¹³ ASSIS, Araken de. Substituição processual. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo: Dialética, v.9, dez. 2003, p.10.

²¹⁴ O tema será melhor tratado no tópico subsequente.

²¹⁵ ASSIS, Araken de. *Op cit, loc cit.*

²¹⁶ "Não esclarecendo Liebman a natureza da atividade, nem a natureza dos atos que o magistrado realiza em tais casos (inépcia da inicial e ilegitimidade para agir), nem se na hipótese há ou não um processo, consequência única é a de que não se saberia jamais quando começava um processo, enquanto não se tivesse demonstrado haver fundamentação e legitimação (...) haveria dúvida sobre a existência da ação". (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **A ação no direito processual civil brasileiro** – Tese apresentada á faculdade de direito da Universidade da Bahia, concorrendo à cátedra de direito judiciário civil. Oficinas gráficas da imprensa oficial da Bahia, 1960, p.26-27).

posição de réu, e as condições legitimantes dos possíveis sujeitos que intervirão no processo.²¹⁷

Contudo, para a mesma posição processual é possível que exista uma pluralidade de situações legitimantes²¹⁸, ou seja, mais de uma situação legitimante para a mesma posição processual, fato que enseja a classificação da legitimidade em suas modalidades ordinária e extraordinária.

4.2.1 Legitimidade Ordinária

É evidente a conexão entre a relação de direito material e a relação jurídica processual, motivo pelo qual é em função da primeira que ajuízam-se as ações, fazendo da legitimidade ordinária a regra.²¹⁹

Fala-se em legitimado ordinário quando o sujeito da relação material é o mesmo sujeito da relação processual que daquela decorre. Isto é, quando há coincidência entre a titularidade da ação e a titularidade do direito vindicado.²²⁰

Para Barbosa Moreira, a legitimidade ordinária faz a regra, onde a situação legitimante é definida pela situação que fora posta à apreciação do poder judiciário como objeto do processo.²²¹

Exemplo claro é imaginar situação em que um sujeito A causa dano a B, que ingressa em juízo em face de A com o objetivo de ver ressarcido o dano sofrido. Nota-se que a titularidade das posições processuais são as mesmas das posições da relação jurídica de direito material, ocupadas por A (causador do dano - réu) e B (vítima do dano - autor).

Por isso a doutrina majoritária costuma definir, *grosso modo*, que nos casos de legitimidade ordinária se atua, perante o processo, em nome próprio, arguindo a tutela de qualquer direito próprio.

²¹⁷ BARBOSA MOREIRA, Antonio Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos tribunais**, São Paulo: Revista dos tribunais, ano 58, v.404, jun 1969, p.9.

²¹⁸ *Ibidem*, *loc cit*.

²¹⁹ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v.1, p.421.

²²⁰ GODINHO, Robson Renault. **O Ministério Público como substituto processual no processo civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.14.

²²¹ BARBOSA MOREIRA, Antonio Carlos. *Op cit*, p.10.

4.2.2 Legitimidade Extraordinária

A legitimidade extraordinária, *a contrario sensu*, satisfaz o cenário em que a situação legitimante não corresponde a situação da parte na relação jurídica material. Trata-se, portanto, de uma exceção à regra. Aqui a doutrina defende que se atua em nome próprio, em defesa de direitos alheios.

Parcela da doutrina assemelha o conceito ao termo substituição, embora o tema suscite controvérsias que não serão analisadas pormenorizadamente no presente estudo, por serem irrelevantes ao seu objeto. Assim, far-se-á a utilização de ambos os termos como se semelhantes fossem.²²²

Barbosa de Moreira entende que a legitimação extraordinária pode ser subdividida. O autor entende por legitimidade extraordinária autônoma aquela em que o contraditório é regularmente instaurado apenas com a presença do legitimado extraordinário no processo, que atuaria como se parte do processo fosse.²²³

Dentro da legitimidade extraordinária autônoma seria possível, ainda, trabalhar com a noção de legitimidade extraordinária exclusiva, quando ao legitimado extraordinário é reservada a posição processual que pertenceria ao titular da relação de direito material, excluindo-o da posição de parte principal e tornando sua presença insuficiente para a regular instauração do contraditório; e da legitimidade extraordinária concorrente, em que não há prevalência entre os legitimados, sendo indiferente qual deles constituirá determinado polo do processo.²²⁴

²²² Adotam o termo substituição como semelhante a legitimidade extraordinária: DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.1, p.348 *et seq*; ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v.1, p.429. Noutra senda, discordam do uso do termo: BARBOSA MOREIRA, Antonio Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos tribunais**, São Paulo: Revista dos tribunais, v.404, jun. 1969, p.12, que entende que a substituição corresponde a legitimidade extraordinária autônoma exclusiva; MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, t.1, p.185, que defende que não ocorre “substituição”, mas sim a atribuição de uma posição no processo; OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. **Substituição processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p.89 *et seq*. que entende ser mais adequada a utilização do termo equiparado.

²²³ “Processo de contraditório regularmente instaurado é expressão equivalente a processo cujas partes são legítimas”. (BARBOSA MOREIRA, Antonio Carlos. *Op cit*, p.10.)

²²⁴ *Ibidem*, p.11.

Noutro giro, em contraposição à legitimidade extraordinária autônoma, a legitimidade extraordinária subordinada ocorreria nos casos em que a presença do titular do direito fosse imprescindível para a ocorrência do processo, de modo que ao legitimado extraordinário não seria facultado figurar no processo sozinho.²²⁵

Assim, o substituto ingressa no processo como se parte fosse, lhe sendo facultado exercer amplos poderes no processo, à exceção de dispor do direito material em controvérsia.²²⁶ Waldemar Mariz, em que pese reconheça que o substituto é parte do processo, entende que não pode, ainda, praticar atos de disposição processual tais como confessar, renunciar, desistir da ação, uma vez que estes atos importam em disposição do direito do substituído.²²⁷

A doutrina parece ser unânime no sentido de entender que a sentença prolatada em face do substituto é também válida para o substituído (quando diante da legitimidade extraordinária exclusiva), de modo que o manto da coisa julgada alcança ambos, sob pena de vulnerar a tão estimada segurança jurídica.²²⁸ Demais disso, entender em sentido contrário é o mesmo que fazer fenecer o sentido do instituto, de modo que o comando sentencial sempre restaria ineficaz seja perante o substituto, seja perante o substituído.²²⁹

Não é diferente mesmo para os casos em que a legitimidade extraordinária se dá em sua modalidade concorrente, quando as legitimidades do substituto e substituído coexistem. O raciocínio é de que se a lei permite que um dos sujeitos acione o judiciário individualmente não é possível impedir a eficácia *ultra partes* do comando sentencial dali oriundo. Para ter eficácia para o sujeito que participou do processo deve ter para o sujeito que se ausentou, por ser o objeto da sentença uno e indivisível.²³⁰

²²⁵ BARBOSA MOREIRA, Antonio Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos tribunais**, São Paulo: Revista dos tribunais, ano 58, v.404, jun 1969, p.10 *et seq.*

²²⁶ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v.1, p.429.

²²⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. **Substituição processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p.164 *et seq.*

²²⁸ DELGADO, José Augusto. Aspectos controvertidos da substituição processual. **Revista de processo**, v.47, jul./set. 1987, p.13.

²²⁹ ASSIS, Araken de. Substituição processual. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo: Dialética, v.9, dez. 2003, p.22.

²³⁰ "Ou é, ou não é: se não é (não tiver eficácia) para os outros que não agiram, também não é (não tem eficácia) para o legitimado que agiu. E vice-versa: se é (tem eficácia) que o legitimado agiu,

O substituto, em regra, deve ser o responsável pelas despesas do processo.²³¹ Entretanto, aponta Waldemar Mariz, em entendimento dissonante, que tais despesas podem ser objeto de regresso em face do substituído.²³²

Em tempo, Mariz contribui para o estudo da legitimidade extraordinária no que se refere ao instituto da reconvenção, atualmente previsto no art. 343 do CPC/2015²³³, defendendo que, figurando o substituto no polo ativo da ação, é possível ao réu reconvir em face do legitimado ordinário desde que presentes os requisitos para reconvir. Ao réu seria vedado, contudo, reconvir com base em direito que tenha em razão de relação substancial que mantenha com o substituto. Isso pela razão intuitiva de que a relação discutida no processo é entre o substituído e o réu reconvinido.²³⁴

Inobstante, importante destacar que a legitimidade extraordinária, não se confunde com as figuras da sucessão processual e da representação. Na primeira, o sucessor atua em nome próprio, defendendo direito próprio, passando a atuar como sujeito da relação processual.²³⁵ Assim, há uma troca de sujeitos do processo, como ocorre em caso de morte (art. 110 do CPC/2015²³⁶), em que o espólio sucede o *de cujus*, assumindo sua posição processual.²³⁷

também é (tem eficácia) para os outros que não agiram". CAMPOS JÚNIOR, Ephraim. **Substituição Processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p.22

²³¹ ASSIS, Araken de. Substituição processual. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo: Dialética, v.9, dez. 2003, p.22. Também neste sentido aponta CAMPOS JÚNIOR, Ephraim. **Substituição Processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p.74.

²³² OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. **Substituição processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p.166. Araken de Assis não concorda com esse posicionamento, entendendo que não cabe ação regressiva do substituto contra o substituído. (ASSIS, Araken de. Substituição processual. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo: Dialética, v.9, dez. 2003, p.22).

²³³ Art. 343 do CPC/2015: Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa. § 1º Proposta a reconvenção, o autor será intimado, na pessoa de seu advogado, para apresentar resposta no prazo de 15 (quinze) dias. § 2º A desistência da ação ou a ocorrência de causa extintiva que impeça o exame de seu mérito não obsta ao prosseguimento do processo quanto à reconvenção. § 3º A reconvenção pode ser proposta contra o autor e terceiro. § 4º A reconvenção pode ser proposta pelo réu em litisconsórcio com terceiro. § 5º Se o autor for substituto processual, o reconvinte deverá afirmar ser titular de direito em face do substituído, e a reconvenção deverá ser proposta em face do autor, também na qualidade de substituto processual. § 6º O réu pode propor reconvenção independentemente de oferecer contestação.

²³⁴ OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. *Op cit*, p.166 *et seq*.

²³⁵ DELGADO, José Augusto. Aspectos controvertidos da substituição processual. **Revista de processo**, v.47, jul./set. 1987, p.14.

²³⁶ Art. 110 do CPC/2015: Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a sucessão pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no art. 313, §§ 1º e 2º.

²³⁷ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.1, p.358.

Tecidas breves ponderações acerca dos poderes e faculdades do substituto no processo, faz-se imperioso analisar qual(is) a(s) fonte(s) normativa(s) da legitimidade extraordinária.

4.3 FONTES DA LEGITIMIDADE

Fredie Didier Jr. entende que, à época do Código de Processo Civil de 1939, existia espécie de legitimidade extraordinária negocial. Trata-se do fenômeno intitulado chamamento ao processo²³⁸ em que se convocava um terceiro (legitimado extraordinário) para defender direito alheio em nome próprio.²³⁹ Tratar-se-ia, portanto, de uma legitimidade extraordinária que derivaria da mera liberalidade da parte, ou seja, da sua vontade em chamar um terceiro para substituí-lo no processo.

O instituto funcionava de forma que o terceiro, ao aceitar o chamamento ao processo, passaria a assumir a posição processual do chamante, para defender os interesses deste em juízo, porém em nome próprio. Nota-se, portanto, que ocorria negócio jurídico no âmbito do processo que, inclusive, era oponível à contraparte, cuja concordância da substituição não era necessária.²⁴⁰

Contudo, a legislação processual civil de 1973, em seu art. 6º, ao tratar da legitimidade extraordinária definia que esta decorreria apenas da lei.²⁴¹ Da sua exegese, inúmeros foram os doutrinadores que reputaram impossível a legitimidade extraordinária que não prevista taxativamente em lei.

Em parecer jurídico, Arruda Alvim concluiu pela nulidade de cláusula em contrato de compra e venda que previa a substituição processual voluntária (acordada entre as partes do contrato), obrigando a vendedora a ajuizar ação de despejo em face dos ocupantes de um dos imóveis da área negociada, mesmo após transferida de

²³⁸ Art. 95 do CPC/1939: Aquele que demandar ou contra quem se demandar acerca de coisa ou direito real, poderá chamar à autoria a pessoa de quem houve a coisa ou o direito real, afim de resguardar-se dos riscos da evicção. Art. 97 do CPC/1939: Vindo a juízo o denunciado, receberá o processo no estado em que este se achar, e a causa com ele prosseguirá, sendo defeso ao autor litigar com o denunciante.

²³⁹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.1, p.357.

²⁴⁰ *Ibidem, loc cit.*

²⁴¹ Art. 6º do CPC/1973: Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

imediatamente a posse da área objeto do contrato.²⁴² O fundamento utilizado foi a inequívoca interpretação do art. 6º do Código de Processo Civil de 1973 que, expressa e taxativamente, tornava inviável a referida negociação em razão de a legitimidade extraordinária *sub examine* não decorrer da lei. Permitir tal fato, seria, portanto, admitir cláusula contratual *contra legem*.²⁴³ Assim, era sempre necessária lei consubstanciando as hipóteses de substituição, para que a parte não fosse considerada ilegítima.

Neste mesmo sentido são os comentários do autor ao Código de Processo Civil:

O direito brasileiro, à semelhança do direito italiano vigente, conquanto tenha acolhido o instituto da substituição processual, o fez negativamente, de forma a que a ocorrência efetiva da substituição será sempre excepcional, só nos casos em que a lei expressamente o admita. Consequentemente, advertimos liminarmente, há que se afastar a ideia da chamada substituição processual voluntária, que, na doutrina do Código de 1939 era, por alguns, admitida.²⁴⁴

Comunga do mesmo entendimento Celso Neves, ao prelecionar que “a fórmula negativa do enunciado dá ênfase à excepcionalidade da permissão, de um direito estrito, infensa, portanto, a aplicações analógicas ou extensivas”.²⁴⁵

José Augusto Delgado, influenciado pela doutrina de Kazuo Watanabe²⁴⁶, não concordava que a legitimidade apenas fosse admitida se advinda da lei. O jurista

²⁴² Para melhor elucidação, segue resumo da consulta a que se deu parecer “1. Aos 4.6.1973, a Mitra Arquiodicesana de São Paulo, por meio de escritura pública, lavrada no 26º Cartório de Notas da Capital, compromissou à venda, de forma irrevogável e irretroatável, sob a égide da Lei n. 649, de 1949, à Kobayashi Habitacional Industrial do Brasil Ltda., o imóvel situado à Rua Pio XII, n. 379. (...) 3. A outorgante cedeu à outorgada, então, e desde o momento da escritura, toda a posse sobre o imóvel referido. 4. Por outro lado, a outorgada tinha ciência de que uma casa, dentro da área vendida, de frente para à Rua Arthur Prado, de n. 637, estava ocupada por força de contrato de locação. Tanto é assim que a outorgante, pela cláusula 11ª do compromisso de compra e venda, se obrigou a fazer com que fosse desocupado o imóvel no prazo de seis meses. (...) ficou a outorgante obrigada, ‘tão logo lhe chegue às mãos a documentação do projeto de construção no local, devidamente aprovado pela Prefeitura Municipal de São Paulo, a, dentro do prazo máximo de 15 (quinze) dias, a contar da entrega da mencionada documentação, sob pena de incorrer na multa diária de Cr\$ 500,00 (quinhentos cruzeiros), às suas expensas e responsabilidades, mover uma ação judicial própria contra os atuais ocupantes do imóvel, comprometendo-se a entregá-lo inteiramente desocupado’. Tendo em vista esses fatos, consulta-nos o advogado da Mitra Arquiodicesana de São Paulo sobre o que se segue: 1º É a Mitra competente para acionar a Casa das Universitárias, ocupantes do imóvel em referência, objeto das cláusulas 11ª, do compromisso, e 7ª, da escritura definitiva, tendo em vista: a) o novo Código de Processo Civil”. (ALVIM, Arruda. Impossibilidade de substituição Processual voluntária face ao Código de Processo Civil. **Revista de processo**, v.5, jan./mar. 1977, p. 215 *et seq.*).

²⁴³ *Ibidem*, *loc cit.*

²⁴⁴ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v.1, p.426.

²⁴⁵ Tratando sobre o art. 6º do CPC/1973. NEVES, Celso. Legitimação processual e a nova Constituição. **Revista de processo**, v.56, out./dez. 1989, p.50.

²⁴⁶ “Parece-me que é possível interpretar-se o art. 6º do CPC com maior abertura e largueza, extraindo de seu texto a legitimação ordinária das associações e outros corpos intermediários, que

reputa que nenhuma norma há de ser apreciada e interpretada isoladamente, de modo que todo o ordenamento haveria de ser interpretado na análise das fontes da legitimidade com vias de efetivar o disposto na Carta Magna. Assim, embora o autor entendesse que a legitimidade voluntária não possuía substrato no direito brasileiro, não concordava com tal posicionamento, haja vista que deveriam ser levados em consideração os princípios e normas constitucionais com vias a estimular a criação de associações que, se possuem como fim lícito a defesa de interesses difusos, deveriam possuir legitimidade para defendê-los.²⁴⁷

Com isso havia diversas hipóteses de legitimidade extraordinária oriundas da lei, tal como permanece até então na legislação vigente. É possível, em breve levantamento, apresentar as hipóteses de: i) legitimidade para ações coletivas (art. 5º da Lei 7.347/1985 e art. 82 do CDC); ii) legitimidade para a propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade (art. 103 da CF/88); iii) legitimidade para impetrar mandado de segurança do terceiro titular de direito líquido e certo que depende do exercício do direito por outrem (art. 3º da Lei 12.016/2009); iv)

sejam criados para a defesa de interesses difusos. (...) A Constituição Federal, no art. 153, §28 (“É assegurada a liberdade de associação para fins lícitos...”) e no art. 166 (“É livre a associação profissional ou sindical...”), procura estimular a criação de associações e sindicatos. Afirmando ser um dos direitos fundamentais a liberdade de associação, a Constituição não está inscrevendo uma mera norma de permissão. Cuida-se, na verdade, de enunciação do perfil que o Constituinte quis fosse efetivamente adotado pela sociedade civil. Sabemos que, para a realização de todos os objetivos e metas sociais colimados, o Estado não tem condições de agir sozinho e por isso convoca o auxílio de todos os membros da coletividade, procurando estimular a criação espontânea de corpos sociais que possam apoiar inúmeros propósitos. A Constituição, portanto, procura também esboçar o modelo de organização social, não se limitando a traçar apenas a estrutura político-institucional do Estado. Nessa mesma linha de argumentação, é também interessante constatar que a Carta Fundamental procura estimular a solidariedade, no art. 160 (“A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: I – liberdade de iniciativa; II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III – função social da propriedade; IV – harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; V – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros; e VI – expansão das oportunidades de emprego produtivo”) e no art. 176 (“A educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e dever do Estado, e será dada no lar e na escola”). Não posso deixar de extrair dessas normas uma consequência importante: se a Constituição recomenda a solidariedade e estimula a organização das associações, não o faz, por certo, apenas retoricamente e para fins recreativos, mas sim com reais propósitos promocionais, para a realização do bem-estar da coletividade (vale ressaltar que os objetivos claramente enunciados no art. 160 são o “desenvolvimento nacional” e a “justiça social”). Se procura estimular a criação de associações, que são reconhecidas também a nível de lei ordinária, e se é fim lícito as associações se proporem à defesa do meio ambiente, dos valores culturais, à defesa do consumidor, enfim, dos interesses difusos, não seria, acaso, discrepante de todo esse sistema constitucional a conclusão que negue às mesmas associações a possibilidade de promover a defesa desses interesses difusos perante o Judiciário?”. (WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: A legitimação para agir. *Revista de Processo*, v.34, abr./jun. 1984, p.200 *et seq.*

²⁴⁷ DELGADO, José Augusto. Aspectos controvertidos da substituição processual. *Revista de processo*, v.47, jul./set 1987, p.11.

legitimidade do denunciado à lide para defender os interesses do denunciante (arts. 127 e 128 do CPC); v) legitimidade do Ministério Público na propositura de ação de investigação de paternidade (art. 2º, §4º da Lei 8.560/1992); vi) legitimidade do capitão do navio para pedir arresto (art. 527 do Código Comercial); vii) legitimidade do credor e do Ministério Público para propor ação revocatória falimentar (art. 132 da Lei 11.101/2005), dentre outras, conforme aventado por Fredie Didier Jr.²⁴⁸

Contudo, o CPC de 2015, ao tratar do tema, prevê em seu art. 18 que “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”. A alteração, em que pese ter sido apenas do termo lei para ordenamento jurídico, é de crucial importância para análise das fontes da legitimidade extraordinária no direito pátrio, pelo que pode implicar grande inovação no processo brasileiro.

Assim, à primeira vista, tem-se que a legitimidade extraordinária não emana tão somente da lei, podendo ser exprimida de outros diplomas normativos, desde que autorizado pelo ordenamento jurídico.

Dito isso, em análise cumulada com o já estudado art. 190 do CPC que consagra a atipicidade dos negócios jurídicos processuais, é possível, *prima facie*, trabalhar com a noção de uma legitimidade extraordinária fruto do autorregramento da vontade das partes do processo, ou seja, de origem negocial. O tema será melhor abordado em tópico subsequente.

4.4 LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA NEGOCIAL

A legitimidade extraordinária de origem negocial, em que pese tenha ganhado força em razão do novo código de processo civil e a já exposta disposição do art. 190 do diploma, não é assunto de todo inovador nos debates do direito processual brasileiro.

Conforme se aduziu em tópicos anteriores, o código de 1973 e a redução das fontes normativas da legitimidade extraordinária à lei, extraída da exegese literal do art. 6º

²⁴⁸ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.1, p.352

do antigo diploma, fadava o debate à conclusão de que a legitimidade extraordinária apenas e tão somente derivaria do diploma legal.

Contudo, é possível encontrar doutrina que defendesse a possibilidade de legitimidade extraordinária convencional, mesmo diante do óbice imposto pela expressão adotada pelo legislador. É o caso de Renato Resende Beneduzi, que entendeu pela possibilidade de convenção acerca deste instituto, uma vez que defende que o direito deve tutelar a liberdade do alegado titular do direito vindicado. Para o autor, a interpretação do referido dispositivo não deveria ser literal, mas sim de forma a identificar o objetivo da letra da lei. Em suas palavras, “o que este dispositivo quer é proibir a substituição processual contra a vontade daquele que é originariamente legitimado, salvo quando esta substituição excepcional for autorizada por lei”.²⁴⁹

Contudo, o entendimento adotado pelo presente estudo é de que a legitimidade extraordinária de origem negociada não seria de possível visualização sob a égide do CPC de 73, apenas sendo factível sua discussão a partir da leitura em combinado dos arts. 18 e 190 do atual CPC. Entende-se que o legislador de 73, se quisesse dar interpretação diversa ao art. 6º do diploma, apenas e simplesmente se valeria de outro termo que não lei, para ampliar o discurso sobre a possibilidade ou não de uma legitimidade extraordinária convencionalizada pelas partes, tal como o fez em 2015, o que se cogita, inclusive, ter ocorrido por uma questão de clamor da doutrina.²⁵⁰

A grande preocupação ao se cogitar um negócio jurídico processual atípico deve ser de se evitar a euforia causada pelo novo, de modo a impedir que se formem um exacerbado número de negócios jurídicos processuais inválidos ou ineficazes.²⁵¹ Portanto, ao ponderar acerca de uma legitimidade extraordinária de origem negocial faz-se mister, *ab initio*, analisar a existência de algum óbice ou limite a sua formação.

²⁴⁹ BENEDUZI, Renato Resende. Legitimidade extraordinária convencional. **Revista brasileira de direito processual**, Belo Horizonte, v.59, jul./set. 2007, p.132.

²⁵⁰ Fredie Didier, acerca da fonte normativa da legitimação extraordinária e diante da alteração do dispositivo que prevê o referido instituto, sustenta que a inspiração legislativa é clara. (DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.1, p.352).

²⁵¹ ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – Existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015, p.259.

Falar em legitimidade extraordinária negocial resume-se a trabalhar com a ideia de que o negócio jurídico, e, portanto, o autorregramento da vontade, pode ser fonte normativa e, *a fortiori*, pode ser fonte normativa da legitimidade extraordinária.

Fredie Didier Jr. preleciona que é possível, de acordo com a alteração do art. 18 do CPC, a legitimidade extraordinária de origem negocial. Pauta-se no argumento de que o negócio jurídico pode ser considerado como fonte normativa, pelo que ingressa no conceito de ordenamento jurídico utilizado no *caput* do supracitado dispositivo. Demais disso, evidencia o permissivo do ordenamento jurídico para a realização deste negócio jurídico, que seria encontrado na cláusula de negociação geral atípica.²⁵²

Também neste sentido entende Daniela Santos Bonfim, que defende que o contexto da nova legislação processual cível deixou às partes o espaço para o autorregramento no que se refere a legitimidade processual. Trata-se, contudo, de um permissivo genérico da convenção processual que tenha por objeto a legitimidade extraordinária, não sendo analisado, contudo, as peculiaridades referentes ao objeto e eficácia do *negotium*.²⁵³

Daniel Assumpção defende, *a priori*, que as condições da ação e pressupostos processuais, por serem matéria de ordem pública, não são passíveis de convenção pelas partes. Contudo, o autor tece uma ponderação acerca da legitimidade, aduzindo que não verifica qualquer obstáculo para a admissão da legitimidade de origem negocial, mormente em razão de não trazer, a vontade das partes, qualquer prejuízo ou oneração ao Poder Judiciário.²⁵⁴

Também a favor da convenção ora analisada é o entendimento de Leonardo Carneiro da Cunha, que fundamenta seu raciocínio em razão da alteração do termo 'lei' para 'ordenamento jurídico' quando da edição do novo código.²⁵⁵

²⁵² DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.1, p.353.

²⁵³ BONFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015, p.461.

²⁵⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.332.

²⁵⁵ "É bem de ver que o termo 'lei' foi substituído por 'ordenamento jurídico'. Tal alteração, aliada à valorização da autonomia da vontade, permite concluir que é possível haver legitimação extraordinária negociada, ou seja, por um negócio jurídico, que constitui fonte integrante do ordenamento jurídico, é possível atribuir a alguém a legitimação para defender interesses de outrem em juízo". (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil

Inobstante, alguns doutrinadores, mesmo em face da alteração promovida pela nova legislação, não encontraram permissivo para a legitimidade extraordinária negociada, repetindo o entendimento sedimentado em sede do CPC de 1973, no sentido de que a legitimidade extraordinária deve decorrer de lei.²⁵⁶

Impende destacar que não se trata de cessão do direito material, mas sim da posição processual e a possibilidade de defender o direito do legitimado ordinário.²⁵⁷ Consoante entendimento de Didier, é possível ao legitimado ordinário ativo estender a legitimidade (de modo que as legitimidades coexistiriam) ou transferir de forma que apenas o legitimado extraordinário poderia propor a demanda (exclusividade), devendo-se entender que a transferência implica renúncia da posição jurídica, pelo que, em caso de silêncio da parte, reputa-se a opção pela extensão da legitimidade.²⁵⁸

Contudo, resiste-se a esta última hipótese, questionando se é possível à parte afastar seu direito de acesso ao judiciário, consagrado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal²⁵⁹, pelo que o negócio jurídico não poderia ser oponível a uma garantia constitucional. Conforme tratado em tópico 2.4.1 do 3º capítulo da presente monografia, vislumbrou-se os direitos fundamentais como limites à formação do negócio jurídico, estando-se, portanto, diante de um deles. A resposta para tal questionamento é negativa e imperiosa.

No que concerne a legitimidade extraordinária passiva, entretanto, o jurista entende ser impossível a transferência exclusiva da posição processual, sob pena de figurar espécie de fuga do processo, prejudicial ao autor que, supostamente, teve seu direito violado.²⁶⁰

brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015, p.62)

²⁵⁶ Elenca-se: SCHENK, Leonardo Faria. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.] **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.102. e NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.254.

²⁵⁷ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18.ed., Salvador: Juspodivm, 2016, v.1, p.354. e BONFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015, p.462.

²⁵⁸ DIDIER JR, Fredie. *Ibidem*, p.354.

²⁵⁹ Trata-se do princípio da inafastabilidade do poder judiciário. Art. 5º da CF/88: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

²⁶⁰ DIDIER JR, Fredie. *Op cit*, p.356.

Em sentido diverso, e que não se concorda, entende Renato Beneduzi ser possível a referida transferência, desde que o adversário tenha sido regular e previamente notificado. “É a cientificação que torna esta alienação oponível a terceiros”.²⁶¹

Outrossim, o negócio jurídico que tenha por objeto a legitimidade extraordinária deve respeitar os requisitos de validade gerais do negócio jurídico, bem como os específicos constantes do art. 190 do CPC no qual encontra seu substrato jurídico (vide tópico 2.4.3).

Daniela Bonfim salienta que a convenção processual acerca dos legitimados extraordinários se trata de negócio jurídico bilateral, isto é, a exteriorização da vontade deve ser da parte substituída e do substituto, ressaltando, ainda, que deve o legitimado ordinário compor um dos polos do negócio jurídico processual. Contudo, reputa ser possível que o substituto cuja qualidade de legitimado lhe foi conferida por negócio jurídico, transfira para outros a situação jurídica, desde que haja tal permissivo ao momento do primeiro negócio, em que houve participação do legitimado ordinário.²⁶²

É razoável, contudo, secundando o que sugere Barbosa Moreira para o estudo da legitimidade extraordinária, transladar a ideia de estudo das razões jurídicas²⁶³ que justificam as hipóteses de legitimidade extraordinária escolhidas pelo legislador, para o âmbito da legitimidade extraordinária de origem negociada, como forma de impor limite a esta. Isso porque, o legislador, ao atribuir legitimidade a terceiro alheio à relação jurídica de direito material, pressupõe-se que o substituto tem, em verdade, interesse no direito do substituído.²⁶⁴

²⁶¹ BENEDUZI, Renato Resende. Legitimidade extraordinária convencional. **Revista brasileira de direito processual**, Belo Horizonte, v.59, jul./set. 2007, p.134.

²⁶² BONFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015, p.462.

²⁶³ “Em primeiro lugar, cumpriria proceder à sistematização da matéria sob o ponto de vista, por assim, dizer, etiológico: isto é, averiguar as possíveis razões jurídicas que explicam a atribuição de eficácia legitimante a determinadas situações subjetivas diversas daquelas que constituem, em cada caso, o objeto do Juízo. Ter-se-ia, para tanto, de passar em revista o rol dessas situações legitimantes, a fim de verificar se se pode identificar em todas uma nota comum fundamental, ou pelo menos se se podem reduzir as classes homogêneas, cada uma das quais caracterizada por uma nota comum fundamental”. (BARBOSA MOREIRA, Antonio Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos tribunais**, São Paulo: Revista dos tribunais, v.404, jun. 1969, p.17 *et seq*).

²⁶⁴ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v.1, p.431.

Também segue este raciocínio Celso Neves, ao tratar que seria um interesse qualificado de terceiro o fundamento para a legitimação atribuída pelo legislador aos substitutos processuais. Seria, assim, em função desse interesse que a lei teria excepcionalizado a pertinência subjetiva da ação.²⁶⁵

Assim, não vulnera a liberdade das partes, garantida pela cláusula de negociação atípica do processo civil, que estas, ao convencionarem determinada hipótese de legitimidade extraordinária, ao menos apresentem fundamentação razoável²⁶⁶ para a escolha do substituto.²⁶⁷

Analisando por tais aspectos, tem-se que não há, *prima facie*, qualquer impeditivo à permissão de convencionar os legitimados extraordinários. Dos limites aos negócios processuais supra postos²⁶⁸, não se constata motivo robusto apto a invalidar o referido negócio, mormente em razão de ser possível considera-lo como norma e, portanto, parte do ordenamento, sendo abraçado, portanto, pelo texto do art. 18 do CPC/2015. Inobstante, o fato de ser a legitimidade *ad causam* matéria de ordem pública e, portanto, do interesse da coletividade, não é possível concordar com a imposição do óbice apenas e tão somente por este pretexto.

Explica-se. O respeito às normas fundamentais do processo restou expressamente consagrado no novo CPC, em especial nas normas elencadas nos arts. 1º a 12 do

²⁶⁵ NEVES, Celso. Legitimação processual e a nova Constituição. **Revista de processo**, v.56, out./dez. 1989, p.50 *et seq.*

²⁶⁶ Donaldo Armelin, em estudo acerca da substituição processual, elencou motivações comuns a hipóteses de legitimação extraordinária positivadas em lei que podem servir de exemplos para a fundamentação que ora se propõe: “a) casos de legitimidade extraordinária outorgada em função da predominância do interesse público sobre o particular, máxime no que tange a direitos indisponíveis; b) casos de legitimidade extraordinária atribuída em decorrência de comunhão de direitos ou conexão de interesses onde coexistem legitimidade ordinária e extraordinária; c) casos em que, em decorrência de vinculação, em função do direito questionado, atribui-se tal legitimidade tanto ao legitimado ordinariamente como ao legitimado extraordinariamente; d) casos em que se outorga a legitimidade extraordinária a um terceiro, em decorrência de uma situação jurídica por este ocupada que lhe impõe, direta ou indiretamente, deveres de guarda e conservação de direitos alheios”. ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p.122).

²⁶⁷ Reputa-se que a adoção deste raciocínio é desencadeamento da noção de boa fé, devendo todo e qualquer negócio jurídico atípico possuir em seu cerne razão robusta (fundamento) para sua ocorrência de modo a evitar um abuso do direito de autorregramento das partes. A ideia resta mais clarificada a partir de exemplo apontado por Daniel Assumpção: “(...) se não houver qualquer especialidade na causa que justifique a alteração procedimental, não terá cabimento tal acordo e o juiz deverá anulá-lo. Por exemplo, numa causa simples, de despejo por falta de pagamento, as partes convencionam que seus prazos processuais serão contados em quádruplo. Nesse caso, não haverá qualquer especialidade da causa que justifique um tratamento diferenciado quanto aos prazos processuais, conclusão que seria distinta diante de uma demanda mais complexa, como uma dissolução parcial de sociedade com apuração de haveres com vários litisconsortes”. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.321).

²⁶⁸ Cf tópico 2.4 da presente monografia.

diploma. Dentre elas, tem-se o respeito ao contraditório (que, inclusive, foi analisado como, à primeira vista, um dos limites ao negócio jurídico processual²⁶⁹). Contudo, sabe-se que há expressiva parcela da doutrina que defende possibilidade de inúmeros negócios jurídicos que suprimem o contraditório, tais como a renúncia ao direito de recorrer, e, ainda mais importante, a convenção acerca do ônus probatório.²⁷⁰

Diante disso, não se afigura razoável que o fato de consistir, a legitimidade *ad causam*, em matéria de ordem pública seja imposto como óbice à convenção processual que a tenha por objeto. Destaca-se, inclusive, que, considerando que o negócio jurídico processual não carece de homologação do juiz²⁷¹, a inexistência de prejuízo às partes por si só impediria, de certa forma, a invalidade desta convenção processual²⁷² – exceto se o julgador avaliasse, *in casu*, a necessidade de declará-la de ofício (contudo, ao presente momento, foge à criatividade deste estudo situação em que a legitimidade extraordinária negociada implique tal conduta pelo julgador).

Por este e pelos demais motivos aqui expostos, o presente trabalho monográfico conclui pela possibilidade de se convencionar acerca da legitimação extraordinária, desde que seja também acertado que tal convenção (assim como as demais) deve obedecer aos critérios de razoabilidade e guardar alguma razão de ser, de modo que seja verificável que determinada convenção processual existe em razão de um critério ponderativo razoável.

²⁶⁹ Cf tópico 2.4.1 da presente monografia.

²⁷⁰ Sobre o primeiro OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015, p.555-580. E sobre o segundo: GODINHO, Robson Renault. **A possibilidade de negócios processuais atípicos em matéria probatória**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015, p.545-554.

²⁷¹ “O juiz se vincula aos acordos celebrados pelas partes, seja os relacionados ao procedimento, seja os relacionados a ônus, poderes e deveres processuais, devendo promover a implementação dos meios necessários ao cumprimento do que foi avençado entre as partes. Não há, outrossim, necessidade de homologação judicial para que a convenção produza efeitos, já que o art. 200 do novo CPC, as declarações bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais, dispensando-se qualquer ato homologatório do juiz para a sua eficácia seja produzida”. (NOGUEIRA, Pedro Henrique. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.] **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.591); Enunciado 261 do FPPC: O art. 200 aplica-se tanto aos negócios unilaterais quanto aos bilaterais, incluindo as convenções processuais do art. 190. Enunciado 133 do FPPC: Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do caput do art. 190 não dependem de homologação judicial.

²⁷² Enunciado 405 do FPPC: “O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo”.

Traçadas tais ponderações, resta salutar, por fim, compreender que a legitimidade extraordinária pode ser vista sob dois aspectos: o do polo ativo (autor da ação) e do polo passivo (réu da ação). Assim, considerando que, naturalmente, as posições processuais requerem tutela distinta, há de se estudar a legitimidade extraordinária negocial por cada um desses ângulos de forma separada.

4.4.1 Legitimidade Extraordinária Negocial Ativa

Fredie Didier Jr. entende que a legitimidade extraordinária negocial ativa deve ser examinada de acordo com o direito a ser defendido, podendo se tratar de direito relativo, em que o sujeito é determinado, ou absoluto, cujo sujeito é indeterminado. No que se refere ao direito relativo, invoca, por analogia, o regramento da cessão de crédito, prevista no Código Civil em seus arts. 216 a 296.²⁷³

A cessão de crédito é uma modalidade de transferência de obrigações em que ocorre a alteração subjetiva do credor de determinada obrigação sendo que, para tanto, faz-se necessária a notificação da contraparte, sem, contudo, a necessidade de autorização deste.²⁷⁴

Noutra senda, no que se refere ao direito absoluto, não entende pela notificação do réu, uma vez que desconhecido. Assim, o réu não faria parte da relação processual, não havendo sequer possibilidade de cientificá-lo.²⁷⁵ Fredie traz exemplo elucidativo:

Nos Juizados Especiais, o comparecimento do autor à audiência de conciliação é obrigatório; se o autor não comparecer, o processo é extinto sem exame de mérito (art. 51, I, Lei 9.099/1995). Há pessoas que têm sérias dificuldades de comparecer à audiência de conciliação, mas são obrigadas a isso. Basta pensar em pessoas idosas, ou muitos doentes, ou com dificuldades de locomoção, ou cuja profissão exige viagens constantes etc. É comum que pessoas muito doentes se valham dos Juizados para obter providência de urgência relacionada ao direito à saúde; ela está acamada e não tem como comparecer à audiência; muita vez a solução é simplesmente adiar *sine die* a realização da audiência, tudo para cumprir o disposto na Lei dos Juizados, que, nesse aspecto, dificulta o acesso à justiça. Pois a legitimação extraordinária negocial resolveria esse problema:

²⁷³ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.1, p.354.

²⁷⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 351 *et seq.*

²⁷⁵ DIDIER JR, Fredie. *Op cit*, p.355.

o legitimado extraordinário não só compareceria à audiência, como autor, como também conduziria todo o restante do processo.²⁷⁶

Daniela Bonfim, por sua vez, concorda com Didier no que se refere aos direitos relativos. No que concerne, contanto, os casos de direitos absolutos, defende que para que a transferência tenha oponibilidade para terceiros, faz-se necessário que seja concedida eficácia real ao negócio jurídico, o que deve ser feito por meio do registro do instrumento.²⁷⁷

Sendo assim, para fins de negociação que tenha por objeto a legitimidade extraordinária ativa, entende-se ser possível a aplicação do regramento da cessão de crédito, no que lhe couber, em se tratando de direitos relativos. No que se refere a direitos absolutos, conclui-se tal como defende Daniela Bonfim, que entende que deve ser realizado o registro do instrumento como meio de imprimir eficácia ao negócio jurídico.

4.4.2 Legitimidade Extraordinária Negocial Passiva

No que se refere à legitimidade extraordinária negocial passiva, esta seria admitida desde que as legitimidades coexistam. Isso porque, conforme já dito alhures, não poder-se-ia permitir que o réu se eximisse de sua responsabilidade. Assim, diante desta hipótese, Fredie Didier, mais uma vez, sugere a aplicação de analogia com o direito material, sendo, desta vez, em relação ao instituto da assunção de dívida.²⁷⁸

A assunção de dívida é negócio jurídico em que ocorre a transmissão de determinado débito, isto é, um terceiro se obriga perante o credor para a quitar a prestação do devedor original e possui como requisito o consentimento do credor²⁷⁹ (transladando-se para a questão processual, portanto, do autor).

Traz-se, mais uma vez, exemplos para trazer clareza ao raciocínio:

²⁷⁶ DIDIER JR, Fredie. *Ibidem, loc cit.*

²⁷⁷ BONFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015, p.463.

²⁷⁸ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.1, p.356.

²⁷⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. e ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil – Obrigações**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.327;333.

Pode o locador atribuir à administradora do imóvel, com quem mantém contrato, a legitimação extraordinária para também poder ser ré em ação de revisão do valor dos alugueres ou de ação renovatória.²⁸⁰

Uma sociedade empresária adquire outra. Os alienantes responsabilizam-se pelas condenações impostas à sociedade alienada, mesmo após a alienação. Em razão disso, alienantes e adquirentes resolvem atribuir aos alienantes a legitimação extraordinária para defender os direitos da sociedade, mesmo após a venda – atribuição de legitimação bem interessante e útil, pois as alienantes, como responsáveis, poderão, ao defender os interesses da sociedade alienada, evitar futura responsabilização.²⁸¹

Nota-se que, em verdade, a ocorrência da legitimação extraordinária negocial passiva é ônus do réu informar ao autor, para seu próprio benefício, pois lhe é vantajoso que o credor saiba que tem mais de um sujeito a quem cobrar seu direito. Inobstante, se verificam apenas benesses ao autor, que encontra neste instituto mais uma garantia de satisfação do seu direito, haja vista a ampliação de sujeitos em face de quem pode propor a ação.²⁸²

Assim sendo, ainda que se entenda pela necessidade de consentimento pela contraparte, entende-se que este seria o desenrolar natural, uma vez que a promoção do referido negócio não acarretaria prejuízo a nenhuma das partes.

²⁸⁰ DIDIER JR, Fredie. *Op cit, loc cit*.

²⁸¹ BENEDUZI, Renato Resende. Legitimação extraordinária convencional. **Revista brasileira de direito processual**, Belo Horizonte, v.59, jul./set. 2007, p.138.

²⁸² DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.1, p.356.

5 CONCLUSÃO

Por todo exposto neste trabalho monográfico, podem ser extraídas as seguintes ilações acerca dos negócios jurídicos processuais e legitimidade extraordinária:

i) nem todo ato de autonomia privada possui o mesmo fundamento. Deve-se analisar o caso concreto a fim de que se apure qual o valor constitucional predominante, a livre iniciativa privada para os casos de situações patrimoniais, e a dignidade da pessoa humana nos casos em que a negociação tenha por objeto questões existenciais, de natureza subjetiva;

ii) negócio jurídico é verdadeira expressão do poder de autorregulação das partes, principalmente por ser uma forma de concretização deste. Falar em negócio jurídico implica pressupor, necessariamente, que há uma relação de autodeterminação entre as partes, ainda que mínima seja;

iii) resta patente a aplicabilidade do princípio do autorregramento da vontade ao processo, e, portanto, incontestada a existência de negócios jurídicos processuais, de modo que há espaço para que as partes negociem seus interesses relativos ao processo propriamente dito. Este princípio está ainda mais evidente diante do art. 190 do CPC/2015 que consagra a cláusula de negociação atípica, permitindo que as partes firmem negócios jurídicos não previstos em lei e relativos ao procedimento processual;

iv) as convenções e negócios jurídicos processuais figuram como um mecanismo de flexibilização e de adaptação procedimental, de modo que se adequa o processo à realidade da relação discutida no processo. Contudo, é imperioso que se estude os limites aos negócios jurídicos processuais impostos legal e principiologicamente, de modo a filtrar negócios jurídicos processuais inválidos, ineficazes ou, até mesmo, abusivos. Pode-se citar livremente como limites: aqueles impostos pela lei que prevê o negócio típico; aqueles impostos pelo próprio negócio; a ordem pública processual (normas processuais fundamentais e princípios processuais); aqueles impostos pelo formalismo processual; os requisitos de validade dos negócios jurídicos materiais (art. 105, CC) e os defeitos invalidantes. Ainda, são limites específicos aos negócios jurídicos atípicos: a matéria do negócio envolver ou não direito que admite autocomposição; nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou

manifesta situação de vulnerabilidade de alguma parte; a vulnerabilidade da parte; envolver o negócio matéria de ordem pública.

v) entende-se por fonte do direito aquilo do qual é possível extrair norma jurídica. Esta, por sua vez, no entendimento de Riccardo Guastini, consiste no discurso prescritivo que pode ser exprimido, através de interpretação, de determinado dispositivo de uma fonte do direito;

vi) a formulação abstrata e geral de normas é tarefa do Estado. Contudo, tal fato não retira o caráter normativo da norma individualizada, uma vez que, existindo o fundamento de validade para a instituição da norma particular, reconhece-se a legitimidade de tal norma, que vincula as partes. Dessa forma, é possível entender o negócio jurídico como fonte de direito e, assim, produtor de norma jurídica individualizada (parte do ordenamento);

vii) as normas dispositivas são aquelas que o ordenamento permite o autorregramento da vontade. *A contrario sensu*, a norma cogente é aquela que não é passível de negociação;

viii) é possível estipular convenção processual acerca da legitimação extraordinária em razão da alteração do texto do atual art. 18 do CPC/2015 que consagra que o ordenamento é fonte da legitimação extraordinária, quando no CPC de 1973 o artigo apenas faria referência a lei. Ao lado disso, tal convenção só é possível em face do permissivo legal previsto no art. 190 do CPC que inaugura a possibilidade de convenções processuais não tipificadas em lei. Contudo, o presente estudo concluiu que, inobstante não haja impeditivo legal para a referida convenção, a existência de um fundamento razoável que justifique a referida convenção é medida que se impõe.

ix) em tempo, concluiu-se, ainda, que a legitimidade extraordinária de origem negociada deve ser ter regramento específico de acordo com o polo em que se encontra a figura do legitimado extraordinário. No caso do polo ativo, deve-se aplicar por analogia o regramento do instituto da cessão de crédito, enquanto que no polo passivo devem ser aplicados os contornos do instituto da assunção de dívida.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil** – Introdução. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v.1.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Teoria Geral**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.2.
- ASSIS, Araken de. Substituição processual. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo: Dialética, v.9, dez. 2003.
- ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – Existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed, São Paulo: Editora Juspodivm, 2015.
- BARBOSA MOREIRA, Antonio Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos tribunais**, São Paulo: Revista dos tribunais, v.404, jun. 1969.
- BENEDUZI, Renato Resende. Legitimidade extraordinária convencional. **Revista brasileira de direito processual**, Belo Horizonte, v.59, jul./set. 2007.
- BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: Um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.57, jan./mar. 2014.
- BETTI, Emilio. **Teoria Geral do negócio jurídico**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama, Campinas: LZN Editora, 2003, t.1.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavau Baptista e Ariani Bueno Serdatti, São Paulo: EDIPRO, 2.ed. 2003.
- _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BONFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015.

BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito brasileiro**. 2015. Tese. Orientador: Prof. Fredie Didier Jr. (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador.

_____. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual – plano de existência. *In*: DIDIER JR, Fredie; EHRHARDT JR, Marcos. **Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. **Revista de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, jul./set. 2004.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **A ação no direito processual civil brasileiro** – Tese apresentada á faculdade de direito da Universidade da Bahia, concorrendo à cátedra de direito judiciário civil. Oficinas gráficas da imprensa oficial da Bahia, 1960.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2012, v.1.

_____. Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma resposta a Fredie Didier Junior. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.197.

_____. **Lições de direito processual civil**. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2014, v.1.

CAMPOS JÚNIOR, Ephraim. **Substituição Processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. Natureza e objeto das convenções processuais. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Flexibilização do procedimento e calendário processual no novo CPC. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015.

DELGADO, José Augusto. Aspectos controvertidos da substituição processual. **Revista de processo**, v.47, jul./set. 1987.

DIDIER JR, Fredie. **Carta Psicografada Como Fonte de Prova no Processo Civil**. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/12366/9413>> Acesso em 7 mai. 2017.

_____. **Curso de direito processual civil**. 18.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.1.

_____. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. **Revista Brasileira da Advocacia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, abr./jun. 2016.

_____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. *In*: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). **Negócios processuais**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.197, 2011.

_____. **Sobre a fundamentação da decisão judicial**. Disponível em: <www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf> Acesso em: 29 out. 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v.2.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de. e ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil – Obrigações**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, **Introdução ao estudo do direito**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios processuais atípicos em matéria probatória. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015.

_____. **O Ministério Público como substituto processual no processo civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**, 19.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. *In*: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* (Coords). **Os poderes do Juiz e o Controle das**

Decisões Judiciais – Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRIFFITHS, John. **What is legal pluralism?** Disponível em: <<http://commission-on-legal-pluralism.com/volumes/24/griffiths-art.pdf>> Acesso em 04 mai. 2017.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini, Apresentação: Heleno Tôrres, São Paulo: QuartierLatin, 2005.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**, Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

_____. _____. Trad. João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Bernardo. Sobre o negócio jurídico processual. *In*: DIDIER JR, Fredie; EHRHARDT JR, Marcos. **Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO NETO, A. L., **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade – Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. Sobre o princípio da respeitabilidade das normas jurídicas cogentes e a invalidade dos negócios jurídicos. *In*: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra Jacob de. (coord.) **Estudos de direito privado e processual civil**: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Teoria do fato jurídico – Plano da existência**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Teoria do fato jurídico – Plano da validade**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Maria Bernardete. **Pequeno dicionário jurídico de expressões latinas**. Disponível em: < <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/livros/apostila6.pdf>> Acesso em: 21 nov. 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova**. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello, Marcos Ehrhardt Jr, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.ed. 2012 v.3.

_____. **Tratado de direito privado**, 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, t.3.

_____. **Tratado de direito privado**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, t.2.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, t.1.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 26.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **O novo paradigma do direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Teoria estruturante do direito – I**. 2.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil - Parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v 1.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Celso. Legitimação processual e a nova Constituição. **Revista de processo**, v.56, out./dez. 1989.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.] **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015.

OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. **Substituição processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2 ed, São Paulo: Editora Juspodivm, 2015.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboços de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. **Normas jurídicas individualizadas: teoria e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios jurídicos processuais: Existência, validade e eficácia. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (coord.). **Panorama atual do novo CPC**, Florianópolis: Empório do direito, 2016, p.27.

ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

_____. **Princípios de direito constitucional geral**. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Rio de Janeiro, Almedina. 1947.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 2007.

SCHENK, Leonardo Faria. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.] **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo código de processo civil: aspectos teóricos e práticos. *In*: **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil**, Brasília: ESMPU, 2016, v.2.

TORRÉ, Abelardo. **Introducción al derecho**. 14.ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil** – parte geral. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011, v.1.

WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdiccional dos interesses difusos: A legitimação para agir. **Revista de Processo**, v.34, abr./jun. 1984.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3.ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 2011.

_____. **Pluralismo jurídico: Novo marco emancipatório na historicidade latino-americana**. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/717/250>> Acesso em 06 mai. 2017.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015.