



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**PROJEÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO PROCESSUAL
CIVIL E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A PRESTAÇÃO DE UMA
TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Autor: Lucas Mello Rodrigues

Orientador: Professor Doutor Carlos Carranho Proença

Número do candidato: 30001980

Setembro de 2019

Lisboa

DEDICATÓRIA

Dedico esta dissertação a Deus, ser supremo e de infinita misericórdia; à minha esposa Tânia e a meus descendentes Lucas Emanuel e Isabelly, pela união, apoio e carinho; aos membros da Ferreira e Associados, pela motivação; à minha sobrinha, Advogada Jéssica Borges, com quem tive produtivos debates sobre o tema.

“É missão do processualista auxiliar o Poder Judiciário e a ciência processual neste desafiador momento de transformação, revisitando velhos institutos e propondo a criação de novos, ou mesmo apresentando um olhar diferente sobre o contexto presente, tudo na linha de colaborar com a busca da tão sonhada efetividade processual.”

Elias Marques

RESUMO

Esta dissertação discorre sobre a projeção da autonomia privada no Direito Processual Civil e sua contribuição para a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva. O ponto nevrálgico diz respeito ao negócio jurídico processual atípico ou cláusula geral de negociação processual, que consistente numa importante inovação do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015. A autonomia privada desponta como corolário lógico desse instituto. As partes deixam de ser meras coadjuvantes e passam a exercer protagonismo no processo civil. Ao permitir alterações e adaptações no procedimento mediante acordo entre as partes, o negócio jurídico processual atípico pode contribuir para a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva e sob medida. O processo inalterável, com fórmulas pré-definidas, deve ter um tratamento diferenciado sobre os procedimentos e os interesses das partes, máxime tratando-se de direitos que admitem autocomposição. Na condição de destinatárias do provimento jurisdicional, às partes deve ser facultado o direito de participar tanto na construção da decisão de mérito como na construção dos procedimentos que atendam seus interesses processuais legítimos. O protagonismo das partes, no processo civil, não elide a autoridade do Estado, na qualidade de detentor do monopólio da jurisdição, personificado na pessoa do juiz. Trata-se da concepção de um processo democrático cujas partes têm participação não somente no tocante à matéria de mérito, mas também sobre os procedimentos que conduzirão a lide ao seu desfecho final. Ademais, a autonomia das partes, no âmbito negocial, suporta restrições legais nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. Portanto, as partes não podem exercer sua autonomia como ocorria no Estado Liberal, quando o Estado adotava uma postura de inércia em relação às transações particulares. Isso vale para os negócios jurídicos processuais, que também estão submetidos a limites definidos em lei, isto é, o negócio jurídico processual atípico não consiste em fornecer crédito total às partes. Deve-se observar os requisitos impostos pela lei, cabendo ao juiz o controle de sua validade.

Palavras-chave: Processo civil. Autonomia privada. Negócios jurídicos processuais atípicos. Tutela jurisdicional efetiva.

ABSTRACT

This essay discusses the projection of private autonomy in Civil Procedural Law and its contribution to the provision of effective judicial protection. The sore point concerns the legal business atypical procedural or general clause of negotiation procedure, which is consistent in a major innovation of the Brazilian Civil Procedure Code of 2015. The private autonomy emerges as a logical corollary of this institute. The parties shall cease to be mere supporting actors and go to exercise leadership in civil proceedings. To allow changes and adaptations in the procedure by agreement between the parties, the atypical procedural legal business can contribute to the provision of effective judicial protection and under the measure. The unalterable process, with pre-defined formulas, should have a differentiated treatment on the procedures and the interests of the parties, maximum in the case of rights that allow self-composition. In the condition of recipients of the dismissed court, the parties should be granted the right to participate both in the construction of the decision of merit as the construction of the procedures that meet their legitimate procedural interests. The role of the parties in civil procedure, not elide the authority of the State, in his capacity as holder of the monopoly of jurisdiction, personified in the person of the judge. This is the conception of a democratic process whose parts have participation not only regarding the matter of merit but also about the procedures that lead to the handle to its outcome. Also, the autonomy of the parties, in the framework of negotiations, supports legal restrictions in Portuguese and Brazilian legal systems. Therefore, the parties may not exercise their autonomy as occurred in the Liberal State, while the State adopted a posture of inertia concerning individual transactions. This is true for the procedural legal business, which is also subject to limits defined in the law, that is, the atypical procedural legal business is not to provide full credit to the parties. You must observe the requirements imposed by law, and to judge the control of its validity.

Keywords: Civil Procedure. Private autonomy. Atypical procedural legal business. Effective judicial protection.

ÍNDICE

DEDICATÓRIA.....	2
RESUMO	4
ABSTRACT	5
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	8
INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 – O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA E A INGERÊNCIA ESTATAL	11
1.1. CONCEITOS E DISTINÇÕES DOUTRINÁRIAS ENTRE AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA	11
1.2. REVOLUÇÃO FRANCESA: UM MARCO HISTÓRICO DA AUTONOMIA DA VONTADE	19
1.3. INGERÊNCIA DO ESTADO NO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA.....	21
1.3.1. Limitações no Código Civil Português	24
1.3.2. Limitações no Código Civil Brasileiro	26
1.3.3 Plausibilidade da intervenção estatal	26
CAPÍTULO 2 – MITIGAÇÃO DO FORMALISMO PROCESSUAL COMO FORMA DE IMPRIMIR MAIS EFETIVIDADE À TUTELA JURISDICIONAL.....	29
2.1. TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL.....	29
2.1.1. Positivção supraconstitucional nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro	32
2.1.1.1. Positivção supraconstitucional, constitucional e infraconstitucional no ordenamento jurídico português	32
2.1.1.2. Positivção supraconstitucional, constitucional e infraconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro	34
2.1.2. Tutela jurisdicional efetiva e razoável duração do processo: uma combinação inexorável.....	37
2.1.3. Necessidade de observância de outras garantias processuais de idêntico <i>status</i> constitucional.....	40
2.2. MITIGAÇÃO DO FORMALISMO PROCESSUAL	41
2.2.1. Princípio da adaptabilidade ou elasticidade processual e sua contribuição para a efetividade da tutela jurisdicional	42
2.2.2. Influxo no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015	48
2.2.3. Em busca da efetividade do processo	50
CAPÍTULO 3 – NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO COMO CONTRIBUTO PARA UMA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA.....	57

3.1. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL TÍPICO.....	57
3.1.1. Alguns exemplos no Código de Processo Civil Português.....	58
3.1.2. Alguns exemplos no Código de Processo Civil Brasileiro	58
3.2. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO OU CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL	58
3.2.1. Inovação do Código de Processo Civil Brasileiro	59
3.2.2. Inspiração proveniente do Direito Francês (<i>contrat de procédure</i>).....	63
3.2.3. Alguns exemplos de sua aplicação prática apresentados pela doutrina.....	64
3.2.4. Mitigação do publicismo processual.....	65
3.2.4.1. Breve retrospectiva histórica: do processo como “coisa das partes” até sua publicização	65
3.2.4.2. Processo sob medida: uma quebra de paradigma	67
3.3. AUTONOMIA PRIVADA, PROCESSO E TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA: O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO COMO CONTRIBUTO PARA ESSE DESIDERATO	71
3.3.1. Autonomia privada como corolário do direito fundamental à liberdade e do princípio da dignidade da pessoa humana.....	72
3.3.2. Coexistência harmônica dos direitos e garantias processuais em rota de colisão... 74	
3.3.3. Limites à celebração de negócio jurídico processual.....	77
3.3.4. A contribuição do negócio jurídico processual atípico para a efetividade da tutela jurisdicional.....	80
CONCLUSÃO	85
REFERÊNCIAS	87

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – Artigo

art. - artigo

CADH - Convenção Americana de Direitos Humanos

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CPCB – Código de Processo Civil Brasileiro

CPCP – Código de Processo Civil Português

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

FPPC – Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis

PIDCP – Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

INTRODUÇÃO

O Direito Processual hodierno, compreendido como ramo de direito público e autônomo, desponta, *primo ictu oculi*, inconcebível com a submissão do Estado-Juiz à autonomia privada das partes. Com efeito, um olhar distraído, sem grandes digressões, poderia facilmente concluir pela impossibilidade do exercício da autonomia privada no processo civil, afinal, o Direito Processual é positivado por normas cogentes e imperativas, insuscetíveis, em tese, de serem derogadas mediante acordo entre as partes.

Ocorre que o Estado tem um grande desafio: prestar uma tutela jurisdicional efetiva. Para concretizar esse desiderato, devem-se quebrar paradigmas e ceder espaço para uma releitura do processo civil contemporâneo, sobretudo em termos de direitos disponíveis.

Não se pode olvidar de que o Direito Processual e a Autonomia Privada passaram por significantes alterações de cunho epistemológico. Isso repercutiu diretamente na concepção desses institutos jurídicos. O Direito Processual já foi concebido como contrato, fruto da vontade das partes. A autonomia da vontade, por seu turno, foi marcada pela ausência de interferência do Estado nas relações particulares. Esses eventos foram fortemente percebidos com o advento do Estado Liberal. Todavia, atualmente o Direito Processual é um ramo de direito público e autônomo, caracterizado pelo publicismo processual, ao passo que a autonomia da vontade teve forte ingerência estatal, tornando-se mais adequada à denominação “autonomia privada”.

Nesse contexto, percebe-se que se partiu do privatismo processual à sua publicização, cuja autonomia privada das partes não tem mais lugar, salvo raríssimas exceções. Mas será que conferir maior autonomia privada às partes no processo civil não poderia contribuir para a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva? O exercício dessa autonomia poderia violar direitos ou garantias processuais?

Em linhas gerais, o presente trabalho busca responder essas indagações, apontando o negócio jurídico processual atípico (inovação do Código de Processo Civil Brasileiro) como o *locus* do exercício da autonomia privada das partes no processo em que se pode contribuir para a tão almejada tutela jurisdicional efetiva. Para tanto, perpassa-se pela análise de alguns pontos imprescindíveis para a esmerada compreensão da matéria.

Com efeito, no primeiro capítulo, abordam-se as distinções doutrinárias entre autonomia da vontade e autonomia privada, apontando-se a Revolução Francesa como um relevante marco histórico da autonomia da vontade. No entanto, percebeu-se que a autonomia da vontade concebida no Estado Liberal (igualdade meramente formal) deu margem a arbitrariedades. Sobreveio, portanto, a necessidade de o Estado limitar o exercício da autonomia dos particulares na celebração de negócios jurídicos.

O segundo capítulo tem como foco a mitigação do formalismo processual visando imprimir mais efetividade à tutela jurisdicional, atentando-se para a necessidade de observância de outros direitos e garantias constitucionais, sobretudo porque a tutela jurisdicional efetiva consiste num direito fundamental basilar, não podendo, pois, ser violado a pretexto de imprimir celeridade ao processo.

No terceiro e último capítulo, apresenta-se o negócio jurídico processual atípico como contributo para uma tutela jurisdicional efetiva. São abordados seus principais aspectos, cuja autonomia privada é a principal característica. Trata-se de uma inovação do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 sem precedentes no direito comparado. Outorgou-se às partes autonomia para criar verdadeiras normas processuais que, uma vez preenchidos os requisitos legais, devem ser observadas pelo juiz. O negócio jurídico processual atípico é celebrado sem a aquiescência prévia do juiz, o que o distingue dos institutos similares previstos em outros ordenamentos jurídicos.

O tema é intrigante, relevante e contemporâneo. Merece, portanto, a atenção da comunidade jurídica, notadamente porque todos os institutos que possam contribuir para a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva merecem cuidado redobrado.

O resultado foi alcançado mediante pesquisa doutrinária, artigos, acórdãos de Tribunais, enunciados doutrinários e normas jurídicas.

CAPÍTULO 1 – O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA E A INGERÊNCIA ESTATAL

A vontade das partes pode ser compreendida como o fundamento do negócio jurídico¹. Todavia, ao contrário do que ocorria no Estado Liberal, contemporaneamente a vontade das partes não pode ser exercida ao seu livre alvedrio. A exteriorização da vontade apta a ensejar efeitos no plano jurídico exige a observância de limites impostos pelo Estado.

Neste capítulo serão abordados aspectos relevantes concernentes ao exercício do interesse das partes na celebração do negócio jurídico e à necessidade de ingerência estatal com o escopo de impor limites aos pactos particulares.

1.1. CONCEITOS E DISTINÇÕES DOUTRINÁRIAS ENTRE AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA

Ao estabelecer o vínculo contratual, a autonomia ou discricionariedade de cada parte no negócio jurídico é a primeira característica a ser notada. Trata-se do poder de dispor sobre seus direitos disponíveis. Esse elemento do negócio jurídico pode ser considerado como o mais relevante, porquanto representa a concretização das aspirações que permaneciam na esfera subjetiva das partes até sua exteriorização².

Não resta dúvida de que a autonomia privada, como nunca, é utilizada pelos indivíduos em suas relações habituais com os outros membros da sociedade por razões diversas em prol das suas necessidades³.

Com relação à gênese, a autonomia negocial sobreveio da necessidade social do autorregramento, motivado, sobretudo, pela especialização do comércio, da indústria e das

¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique – **Negócios Jurídicos Processuais**. 3.^a ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. ISBN: 978-85-442-2341-3. p. 124.

² CATALAN, Marcos Jorge – **Descumprimento Contratual – Modalidades, Consequências e Hipóteses de Exclusão do Dever de Indenizar**. Curitiba: Juruá, 2005. ISBN: 85-362-1024-9. p. 32.

³ CATALAN, Marcos Jorge – **Op. Cit.**, p. 101.

relações sociais somando-se aos fatores de desenvolvimento da noção da propriedade privada⁴. Essa espécie de revolução cultural incidiu mormente pelas limitações antes impostas pelo Estado totalitário. As restrições eram impostas a qualquer espécie de trânsito jurídico ou econômico sem a participação estatal. Considerando o Direito como cíclico, a sociedade experimenta um progresso e uma retomada de conceitos sempre com efetivas evoluções, seja por cobranças da própria sociedade, seja pelos avanços doutrinários e jurisprudenciais.

Ana Prata demonstra que o avanço histórico e a implantação do sistema capitalista exigiram uma nova definição da autonomia privada traduzindo a ideia de capacidade negocial. O negócio jurídico deixa de representar uma simples forma de troca de bens para espelhar a realização de uma liberdade econômica. O negócio jurídico tem como característica diferenciadora o poder jurídico da vontade. Lado outro, o poder negocial abarca somente as situações que expressem um conteúdo diretamente patrimonial. A autonomia privada diz respeito à atividade de todas as pessoas físicas e jurídicas, constituindo instrumento de concretização e defesa de interesses privados⁵.

Nesse contexto, a noção de autonomia privada desdobra-se nos aspectos do direito subjetivo e da liberdade negocial. Vale lembrar que o interesse público constitui elemento intrínseco dos conceitos de negócio jurídico e de direito subjetivo. Por estarem ligados e considerando que o direito objetivo obedece fundamentalmente às finalidades de interesse público, sua proteção atende a esse interesse. Diante disso, afirma Ana Prata que não há direito (subjetivo) que possa concentrar-se unicamente no interesse privado. Em conclusão, a autora frisa que o conceito de autonomia privada não é atemporal tampouco imutável: dependerá da realidade social do momento de sua concepção e análise⁶.

Na doutrina tradicional, a autonomia da vontade está introduzida como princípio fundamental do direito contratual. Impende ressaltar que é um elemento essencial para as partes poderem entabular negócios jurídicos que sejam de seu interesse. Nessa esteira, Francisco Amaral Neto dispõe que “a autonomia da vontade é princípio de direito privado pelo qual o

⁴ AMARAL NETO, Francisco dos Santos – A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectiva estrutural e funcional. **Revista de Direito Civil**. Brasília: Senado Federal. **Revista de Informação Legislativa**, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun., 1989. pp. 221-223.

⁵ PRATA, Ana – **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 2017. ISBN: 978-972-40-6184-9. p.11.

⁶ PRATA, Ana – **Op. Cit.**, p. 11.

agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos”⁷. Por esse princípio, tem-se a implementação da liberdade atribuída às partes para escolherem a melhor situação para o encaminhamento da controvérsia, sendo, portanto, amplamente vista como princípio na formação do negócio jurídico.

O jurista italiano Emílio Betti procura situar a autonomia privada no campo do terreno social, definindo-a como a “autorregulação de interesses particulares”. Para o autor, a autonomia privada consiste num elemento de recepção, pelo qual o regulamento ajustado entre as partes para os seus interesses entra na esfera do direito constituindo-se um preceito jurídico. Nessa perspectiva, o negócio jurídico é composto de um preceito obrigatório antes mesmo do seu reflexo no plano do direito⁸.

Em contraposição a esse entendimento, Luigi Ferri sustenta que sem o direito não se pode conceber a autonomia privada. O direito subjetivo supõe a existência de uma norma, ou seja, um dever correspondente. Portanto, não se deve confundir o direito subjetivo com o poder, tendo em vista que este é dinâmico e se liga à criação de novos mandatos jurídicos. Já o direito objetivo é criado pelo homem mediante atos normativos, que deverão emanar dos poderes normativos, nos moldes que constituiria a autonomia privada um poder normativo “oficioso” atuando na esfera de direito privado⁹.

O ato jurídico é definido, segundo Luigi Ferri, como todo comportamento humano valorado pelo direito, comportamento consciente e voluntário. O autor liga o conceito de poder à criação de direito (no âmbito discricionário) e assenta a autonomia privada como poder de atuar livremente mesmo que certas limitações sejam impostas pela lei. Dentro dos limites negativos da autonomia privada, as normas negociais (na esfera privada) podem ter qualquer conteúdo, seguindo uma racionalidade acidental, isto é, sem imposição como diretiva. A autonomia privada caracteriza-se como fonte de poder normativo.

⁷ AMARAL NETO, Francisco dos Santos – A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal. v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun., 1989. p. 207.

⁸ BETTI, Emílio – **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tradução Servanda Editora. Campinas: Servanda Editora, 2008. ISBN: 978-85-874-8485-7. pp. 91-92.

⁹ FERRI, Luigi – **La Autonomia Privada**. Tradução de Luis Sancho Mendizabal. Granada: Comares, 2001. ISBN: 84-844-4341-8. p. 259.

No direito português sobrepõe-se o ensino de Carlos Alberto da Mota Pinto¹⁰ sobre o princípio da liberdade contratual como manifestação da autonomia da vontade no domínio dos contratos. O Código Civil Português, a partir do art. 405.º, dispõe sobre o princípio da liberdade contratual. O predito autor enfatiza que a citada norma consagra a liberdade de modelação (ou liberdade de fixação, ou liberdade de estipulação do conteúdo contratual, a *Gestaltungsfreiheit* dos autores alemães) e faz despontar o reconhecimento da liberdade de celebração ou conclusão dos contratos.

Na Itália, Enzo Roppo leciona que a liberdade contratual é um princípio ideológico e “ao mesmo tempo, princípio de real organização das relações sociais - que vimos ser essencial a qualquer ordenamento capitalista e a qualquer sistema de mercado livre”. O autor italiano reconhece que a configuração geral da liberdade contratual se coloca sob dois momentos. O primeiro, na liberdade de determinação do conteúdo do contrato, consoante a conveniência do mercado; o segundo, na decisão de efetuar ou não certa operação no que concerne a outra parte no contrato ou mesmo no gênero do objeto¹¹.

No Brasil, José de Abreu Filho define a autonomia privada como “os poderes que o ordenamento outorga ao indivíduo, permitindo-lhe a criação de normas vinculantes, de conteúdo negocial, capazes de provocar efeitos jurídicos pela prática de atos de diversas espécies”. Isso depois de aprofundada análise da doutrina existente sobre o tema, o que auxiliou na reprodução do seu conceito com inclusão dos institutos jurídicos de propriedade e de negócio jurídico (contrato). Por isso, tudo o que se aludir a tais institutos estará vinculado à autonomia privada, ao passo que a liberdade contratual estará, por essa razão, também inserida no campo (maior) da autonomia privada¹².

Nesse cenário, a liberdade contratual dos indivíduos é colocada pela autonomia da vontade como poder de autorregulamentação dos interesses. Noutras palavras, equivale a dizer

¹⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.ª ed. (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN: 972-32-1325-7. pp. 107-108.

¹¹ ROPPO, Enzo – **O Contrato** – Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. p. 132.

¹² ABREU FILHO, José de – **O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral**. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. ISBN: 978-850-20-1629-5. p. 41.

que é a liberdade de firmar obrigações, visto que atribui às partes o poder de convencionar livremente o acordo de vontades ao disciplinar seus interesses¹³.

Todavia, essa colocação enaltece o individualismo acentuado que marcou a concepção do Código Civil francês e, do mesmo modo, o brasileiro na visão da doutrina clássica do direito civil¹⁴. Não há qualquer dúvida de que o princípio da autonomia da vontade foi reconhecido como válvula propulsora dos negócios jurídicos. Entretanto, há quem afirma que a autonomia da vontade foi substituída pela autonomia privada¹⁵, pois sua concepção é mais organizada, com apoio na teoria do negócio jurídico, entendendo-se esta como o adequado embasamento para a possibilidade de firmarem-se normas jurídicas individuais.

Na interpretação de Giovanni Ettore Nanni, o individualismo era a causa predominante no direito privado para a formação dos negócios. Era sintetizado pela autonomia da vontade, porquanto a simples vontade bastava para outorgar a possibilidade de constituir-se uma obrigação¹⁶.

Esse entendimento sofreu críticas da doutrina, pois, conforme preleciona Orlando Gomes¹⁷, ao admitir a força criadora da vontade individual, estar-se-ia consagrando o arbítrio.

O estudo da teoria do negócio jurídico trouxe a noção de autonomia privada, buscando-se uma teoria muito mais atualizada do que a mera interpretação fundada na vontade individual.

Acerca da distinção que merece ser feita entre autonomia privada e liberdade de ação humana, a primeira não indica toda a liberdade jurídica privada, mas somente a liberdade

¹³ Consoante as lições de Vicente Ráo, “da autonomia da **vontade** ou autonomia **privada**, que é poder de autorregulação ou autodisciplina dos interesses próprios (ou, em certo sentido, dos interesses representados) resultam a função dispositiva e a estrutura preceptiva dos atos jurídicos: - nos atos unilaterais, como nos bilaterais, os agentes ou partes ditam e podem ditar, dentro dos acenados limites, as regras a que se hão de subordinar as relações a que dão vida” (RÁO, Vicente – **Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais, o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração**. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 46).

¹⁴ NANNI, Giovanni Ettore – A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In LOTUFO, Renan. **Cadernos de Direito Constitucional Civil**. Caderno 2. Curitiba: Juruá Editora, 2001. p. 168.

¹⁵ GODINHO, Robson – **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. ISBN: 978-85-203-6380-5. p. 112.

¹⁶ NANNI, Giovanni Ettore – *Op. Cit.*, p. 168.

¹⁷ GOMES, Orlando – **Contratos**. 20.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 6-7.

negocial, sendo esta um aspecto daquela, o que conduz a autonomia privada no sentido do poder de criar normas negociais¹⁸.

Conforme lições de Pietro Perlingieri, a autonomia privada, conquanto inserta no campo da atividade normativa dos particulares, deve ser exercida com estrita observância do ordenamento jurídico. Isso permite concluir que as normas legais são a sua fonte de validade e, por essa razão, devem ser obedecidas para o exercício do poder individual de criar normas singulares desinentes da autonomia privada¹⁹.

A respeito do conceito e da extensão da autonomia privada, verifica-se nítida diferença em relação à autonomia da vontade, conforme demonstra Francisco Amaral. Em sua análise, o autor observa que, embora grande parte da doutrina contemporânea utilize os termos autonomia da vontade e autonomia privada como sinônimos, um não se confunde com o outro em razão da existência de sensível diferença: a autonomia da vontade compreende uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada denota o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real²⁰.

No sentido de firmar negócios jurídicos, a forma mais adequada e atualmente mais utilizada ao expressar-se se refere à autonomia privada, porquanto “a autonomia da vontade encontra-se superada como ranço do dogma da vontade que não mais reflete a atual feição do direito obrigacional”²¹. Por esse motivo, deixou de prevalecer a vontade interna do sujeito, cedendo espaço para a vontade observada externa e objetivamente perante o ordenamento jurídico, confluindo com a autonomia privada²².

Essa larga visão ganha destaque na teoria do negócio jurídico, pois atualmente constitui-se um desalinho com a moderna doutrina que estuda a matéria ao se falar em autonomia da vontade, quando se pretende discorrer sobre a possibilidade de firmar negócios jurídicos. Por

¹⁸ PRATA, Ana – *Op. Cit.*, p. 9.

¹⁹ PERLINGIERI, Pietro – **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. ISBN: 978-85-714-7604-2. p. 17.

²⁰ AMARAL, Francisco – **Direito civil: introdução**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. ISBN: 85-7147-553-9. p. 345.

²¹ NANNI, Giovanni Ettore – *Op. Cit.*, p. 172.

²² NANNI, Giovanni Ettore – *Op. Cit.*, p. 172.

essa razão, deve-se reconhecer que chegou o momento de todos perceberem que o direito civil ganhou novos contornos pós-liberalismo²³.

Com efeito, a autonomia privada abrange limites cuja imposição se justifica para garantir que as relações jurídicas sejam revestidas dos aspectos que decorrem da constitucionalização do direito civil, como a liberdade, a justiça social, a igualdade e a solidariedade. Nesse sentido, incide uma brusca mudança no enfoque antes dado pelo direito civil tradicional. A vontade passa a ser analisada no sentido objetivo, com os olhos postos nos elementos externos que valoram e abrangem a autonomia privada.

É com base nessa alteração de direcionamento que Joaquim de Sousa Ribeiro assinala uma tendência evolutiva na teoria do negócio jurídico, contemporaneamente valorada por aspectos objetivos externos à vontade declarada²⁴.

Levando em consideração esses fatos, a autonomia da vontade deixou de constituir um princípio essencial na formação dos negócios jurídicos, ou mais designadamente, ao firmar-se uma relação obrigacional. A autonomia privada alcança um novo paradigma muito além do simples subjetivismo.

De tão relevante, essa posição vai atingindo toda a doutrina contemporânea, chegando inclusive à França, pioneira na concepção do voluntarismo, lugar em que a doutrina civilista tende a ser contrária a mutações de ordem conceitual.

Considerando a concepção de Jacques Ghestin, a autonomia da vontade constitui o exercício de um poder soberano paralelo e concorrente à lei, sendo, portanto, conflitante com o estado atual do direito positivo. Por isso, é possível falar-se de uma determinada autonomia da vontade, indissociável de uma determinada liberdade contratual, advertindo, no entanto, que se deveria determinar exatamente quais são os justos limites dessa autonomia e da liberdade contratual para não se estabelecer um único princípio na teoria geral do contrato²⁵. Nesse contexto, ainda que o referido autor francês não faça alusão à autonomia privada, trouxe uma

²³ NANNI, Giovanni Ettore – *Op. Cit.*, p. 172.

²⁴ RIBEIRO, Joaquim de Sousa – **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Editora Almedina, 1999. p. 243.

²⁵ GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: la formation du contrat*, p. 164-167, *apud* NANNI, Giovanni Ettore – *Op. Cit.* pp. 174-175.

conotação distante da pura vontade do agente, em busca de uma harmonização dos limites postos pelo ordenamento jurídico.

Nota-se, pois, que a autonomia da vontade e a autonomia privada têm seus aspectos discutidos em vários países. A autonomia da vontade desponta como de ordem subjetiva, psicológica. Restringe-se ao posicionamento que pode vir a ser concreto, podendo ser exteriorizado, ou seja, constitui a manifestação da liberdade individual na esfera do Direito²⁶. Lado outro, a autonomia privada desponta com uma perspectiva diferente, porquanto é afeta ao poder conferido aos particulares de, mediante a exteriorização de sua vontade, criar normas jurídicas com o objetivo de regulamentar seus interesses nos limites impostos pelo ordenamento jurídico.

As regras jurídicas criadas pelas partes são tidas como cláusulas que se complementam pelas leis. Logo, no seu silêncio, ou na impossibilidade de aplicação da diretriz particular, aplica-se a norma estatal²⁷. Nesse sentido, as normas jurídicas impostas pelo Estado devem ser mais abertas e predispostas (cláusulas gerais) com a finalidade de abranger o maior número de situações fáticas. Essa generalidade favorece o juiz, notadamente porque deixa uma margem mais ampla de interpretação e aplicação das normas estatal e negocial.

A autonomia das partes na relação negocial está limitada pela ordem pública e pelos bons costumes. Alguns fatores podem ser os pilares estabelecidos, tais como viver honestamente, não lesar terceiros e respeitar a norma. Inclusive, tais limites são ligados à função social da autonomia²⁸. Respeitando-se os ditames da ordem pública, consequentemente a vontade das partes harmonizará os interesses dos particulares com os interesses de terceiros e o da comunidade. Assim sendo, a adequada utilização da autonomia privada promove uma série de efeitos muito além dos ambicionados pelas partes. Isso demonstra a importância de identificar o desenvolvimento do princípio da autonomia segundo sua aplicação nas relações negociais tendo em vista a evolução social e jurídica das civilizações.

²⁶ Noção retirada das linhas de Francisco Amaral, onde deixa bem claro seu posicionamento de que existem grandes diferenças entre as duas expressões e que parte da doutrina não as reconhece (AMARAL, Francisco – *Op. Cit.*, p. 345).

²⁷ GOMES, Orlando – *Op. Cit.*, p. 23.

²⁸ GOMES, Orlando – *Op. Cit.*, pp. 24-25.

1.2. REVOLUÇÃO FRANCESA: UM MARCO HISTÓRICO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Se hoje o princípio da autonomia privada é visto como corolário lógico das relações contratuais, na Revolução Francesa esse instituto foi ainda mais marcante. Com efeito, com a Revolução Francesa, o contrato assume importância ímpar, e a liberdade contratual ampla, sem a intervenção efetiva do Estado foi o meio encontrado para acompanhar a evolução industrial. Partia-se da premissa de que as partes eram formalmente iguais e, conseqüentemente, podiam contratar livremente²⁹.

Nesse período histórico, a liberdade contratual ganha contornos econômicos, não somente no que tange à negociação de bens, como também no que diz respeito à negociação da força de trabalho, afinal, para poder produzir, os empresários precisavam de mão de obra que garantisse a operação das máquinas. Daí porque “todos passam a ser sujeitos jurídicos, todos passam a ter capacidade negocial.”³⁰.

A liberdade e igualdade preconizadas pela Revolução Francesa confluíram com a ideia de autonomia da vontade. A liberdade era inerente à própria noção de autonomia da vontade. A igualdade, por sua vez, era presumida, vale dizer, todos eram considerados formalmente iguais para contrair obrigações³¹.

A base da igualdade formal que sustentou a Revolução Francesa justifica-se em virtude da conjuntura histórica na qual ocorreu o processo de codificação do direito civil, intermediário à queda do absolutismo e à ascensão burguesa. Com o objetivo de garantir a tutela dos interesses da classe dominante contra a ingerência do Poder Público, idealizou-se, de forma absoluta, a igualdade formal³².

²⁹ CARVALHO, Jorge Morais – **Os Limites à liberdade contratual: comentários ao art. 280.º do Código Civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 2017. ISBN: 978.972-40-6470-3. p. 20.

³⁰ PRATA, Ana – **Op. Cit.**, p. 11.

³¹ CARVALHO, Jorge Morais – **Op. Cit.**, p. 20.

³² CATALAN, Marcos Jorge – **Op. Cit.**, p. 99.

Partindo-se da premissa de que o contrato era o mecanismo jurídico capaz de promover a circulação de riquezas, defendia-se que ele traria consigo a equidade, na medida em que serviria de instrumento hábil a promover a harmonia social e econômica.

Nesse contexto, observado o direito como instrumento de manipulação pela classe dominante³³⁻³⁴, a autonomia da liberdade surge para legitimar as aspirações da burguesia em relação ao poder. O desiderato da burguesia era afastar a ingerência estatal para exercer de modo absoluto o direito de propriedade e justificar a exploração da base operária. A liberdade que a sustentava era ilusória, pois amparada na igualdade formal³⁵.

A respeito dessa ideia de ampla liberdade contratual, Immanuel Kant afirmava que “uma pessoa não pode ser submetida a outras leis que não sejam aquela que ela se atribui a si próprio [e que] qualquer obrigação cuja fonte não fosse ela própria seria contrária à dignidade humana”³⁶.

A vontade das partes ganhou tanta relevância que o Código Napoleônico atribuiu aos contratos força de lei em relação aos contratantes³⁷.

Com a evolução da organização social, também evoluiu o direito. Com efeito, tornaram-se inadequados os ideais pautados no individualismo. Desponta-se a precariedade da noção impingida pelo individualismo face à realidade, o que auxiliou na transformação da compreensão de negócio jurídico em seu ponto de vista filosófico e fenomenológico³⁸. Com isso, foi mitigada a amplitude do valor da vontade como condição que lhe dá origem e eficácia.

³³ COELHO, Luiz Fernando – **Teoria crítica do direito**. 3.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. ISBN: 85-730-8562-2. p. 263.

³⁴ “No Estado Liberal, o direito contratual traz em seu bojo a concepção iluminista da autonomia da vontade, essa última confundida com a própria liberdade. O direito contratual é reflexo do momento histórico por que passa a sociedade, e no liberalismo a tendência era o individualismo e o apoio em uma sociedade burguesa”. (MOOR, Fernanda Stracke – Liberdade contratual como direito fundamental e seus limites. **Revista de Informação Legislativa**. v. 38, n. 152, p. 276, out./dez. 2001).

³⁵ MOOR, Fernanda Stracke. Liberdade contratual como direito fundamental e seus limites. **Revista de Informação Legislativa**. v. 38, n. 152, p. 277, out./dez. 2001.

³⁶ FARJAT, Gérard – *Droit prive de l'économie, 2, Théorie des obligations*, Paris, 1975, p. 48, *apud* PRATA, Ana – *Op. Cit.*, p. 78.

³⁷ Código Civil Francês, art.º 1.334.º.

³⁸ ESPÍNOLA, Eduardo – **Dos contratos nominados no direito civil brasileiro**. Atualização Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2002. ISBN: 85-746-8087-7. p. 8-9.

Embora o modelo de mercado que se principiou ainda demande céleres transações comerciais e, por conseguinte, a autonomia privada ainda seja latente, o Estado ultimou tendo que interferir nessas relações impondo limites à autonomia privada. Percebeu-se que a igualdade formal não garante, nem de longe, equidade nas relações negociais, notadamente porque muitas vezes uma das partes está em manifesta condição de hipossuficiência (técnica, financeira, psicológica, etc.) em relação à outra³⁹.

Nesse contexto, sobrevém a necessidade de o Estado (tentar) equilibrar efetivamente as relações negociais privadas. Conforme leciona Luiz Edson Fachin, o negócio jurídico contratual contemporâneo pressupõe “de um lado, a transsubjetivação (quem contrata não mais contrata somente com quem contrata), e de outro, a transobjetivação (quem contrata não mais contrata apenas o que contrata)”⁴⁰. Logo, a liberdade negocial deve respeitar os limites impostos pela Lei, tal como previsto no ordenamento jurídico brasileiro e português.

1.3. INGERÊNCIA DO ESTADO NO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA

O declínio do mito da igualdade meramente formal adveio, sobretudo, do fortalecimento do Estado diante da evolução do direito público como centro do sistema jurídico, sendo a Constituição sua base⁴¹, ressaltando-se o enraizamento da concepção de normas de ordem pública e de sua natureza cogente. Nesse cenário, surge a ideia de que é imprescindível um direito privado – diferentemente do direito dos particulares -, de modo que a intervenção estatal se legitima ao se idealizar que a autonomia da vontade deve ser limitada para que não infeste “territórios socialmente sensíveis”⁴².

³⁹ CARVALHO, Jorge Morais – *Op. Cit.*, p. 20-21.

⁴⁰ FACHIN, Luiz Edson – **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio De Janeiro: Renovar, 2015. ISBN: 978-85-7147-891-6. p. 39.

⁴¹ ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de – Constituição de codificação: a dinâmica atual do binômio. In COSTA, Judith Martins (Org.) – **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revistados dos Tribunais, 2002. ISBN: 978-85-203-2162-1. p. 75.

⁴² LORENZETTI, Luis Ricardo – **Fundamentos do Direito privado**. São Paulo: Revistados Tribunais, 1998. ISBN: 85-203-1616-6. p. 540.

Essa ideia foi absorvida pelo Código Civil Brasileiro de 2002, atualmente em vigor. Tanto é assim que traz em seu bojo regras que impõem a mudança do foco do patrimônio individual para o homem enquanto ser, num processo de repersonalização do direito privado.

Com base nessas premissas, infere-se que o ramo do direito civil passou a suportar interferências das ideologias fertilizadas no decorrer do século XX, porquanto o espírito de justiça coletiva sobrepõe-se ao superado ideal individualista. O aumento da ingerência estatal põe em situação difícil a percepção liberal da economia⁴³. Logo, “o individualismo exacerbado da fase clássica do negócio jurídico é abandonado em prol de uma nova ordem composta de inúmeras normas de natureza cogente”⁴⁴, permitindo identificar a nova postura seguida pelo legislador, justificada pela variedade de argumentos que prevalecem no Estado Social.

A sociedade atual está inserida em uma conjuntura bastante diversa da que imperava alguns séculos atrás. A popularização dos contratos ofende a confiança na igualdade formal, que até então prevalecia e, por essa razão, faz-se cogente à intervenção do Estado.

A confiança nascida na autonomia da vontade, antes base de qualquer negócio, encontra-se abalada diante do desenvolvimento das relações comerciais. Conduto, isso não elimina a autonomia privada. A ingerência estatal visa apenas corrigir distorções inerentes à autonomia privada erigindo-a ao *status* de instrumento de concreção de diretrizes constitucionais⁴⁵.

As mudanças sociais ocorridas, considerando a propagação e a complexidade das novas relações sociais, motivaram o Estado a participar mais ou menos intensivamente, por meio da intervenção estatal, na vida privada dos indivíduos, sobretudo para proporcionar mais igualdade nas relações negociais.

Na prática, deve-se levar em consideração que essas interferências constituem a estrutura íntima do novo sistema econômico que, na busca pelo bem-estar geral, vale-se dos instrumentos da iniciativa econômico-privada e pública. De tal modo, as limitações abrangem

⁴³ LOURENÇO, José – O dirigismo contratual, a publicização do direito privado pela intervenção do Estado e a heteronomia da vontade como princípio do contrato. In DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coords.) – **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003. 978-85-020-4275-9. p. 336.

⁴⁴ CATALAN, Marcos Jorge - **Descumprimento Contratual – Modalidades, Consequências e Hipóteses de Exclusão do Dever de Indenizar**. Curitiba: Juruá, 2005. ISBN: 85-362-1024-9. p. 106.

⁴⁵ CATALAN, Marcos Jorge – *Op. Cit.*, 106.

a fase organizadora da atividade econômica (iniciativa econômica), que atualmente se engrandece por razões múltiplas que abrangem os interesses dos quais o Estado assume a tutela, bem como pelo fato de as normas limitarem a autonomia negocial, vale dizer, o gozo dos direitos subjetivos. Tais interferências tutelam os interesses da sociedade como um todo, ou mesmo de algumas categorias sociais, como os consumidores ou os trabalhadores, sob pena de a autonomia da vontade sacrificá-los.

Assim sendo, o Direito privado socializa-se diversamente do exemplo oitocentista⁴⁶, tendo em vista que inseriu na disciplina da atividade privada a perspectiva do interesse coletivo⁴⁷. Nesse cenário, torna-se evidente as limitações impostas pelo Poder Público à esfera privada, antes tida como inviolável, em especial nos contratos.

A ideia de igualdade foi introduzida pelos ares das revoluções sociopolíticas advindas nos séculos passados. Nesse período histórico, predominava um conceito de igualdade que equiparava todos os cidadãos, não importando sua situação social, psicológica, cultural, entre outras. Para as primeiras lições de liberdade, igualdade e fraternidade, tais conceitos até foram aproveitados, mas em razão da mencionada complexidade atual das relações sociais, atualmente esses conceitos perderam um pouco da antiga credibilidade⁴⁸.

Muito raramente, em uma relação de Direito, as partes dispõem de uma igualdade absoluta de condições. Como ensina Georges Ripert, trata-se de uma igualdade que “não se encontra nunca, mesmo quando é aparente; ela não pode existir entre dois seres que têm um pensamento, uma vontade e um fim diferentes”⁴⁹.

⁴⁶ LORENZETTI, Luis Ricardo – *Op. Cit.*, p. 537.

⁴⁷ Para Giordanini, o uso dos termos “publicização” ou “socialização” é fruto da constatação do fenômeno intervencionista do Estado na economia. Quer-se indicar que o domínio da vontade no particular no terreno da economia, como era consagrado pelos Códigos oitocentistas, é cada vez mais insidiado pelos poderes públicos. Portanto, não são rótulos convencionais, mas refletem uma verdadeira crise do Direito privado, fazendo ressurgir a necessidade de inspeção de seu território para avaliação do significado atual e controle de suas fronteiras. (GIORDANINI, Michele – O Direito privado e suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, a. 87, n. 747, 1988. pp. 35-55).

⁴⁸ Para Luiz Edson Fachin, o conceito de uma igualdade meramente formal não pode mais informar o sistema de direito, sob pena de violar outros princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa (FACHIN, Luiz Edson – **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. ISBN: 85-714-7198-3. p. 284).

⁴⁹ RIPERT, Georges – **A regra moral nas obrigações civis**. 2.^a ed. São Paulo: Bookseller, 2000. ISBN: 85-746-8036-2. p. 89.

Para reverter esse desequilíbrio entre as partes, o meio encontrado foi a interferência do Estado por meio de um dirigismo, sendo conceituado como a interferência estatal, que impõe limites ao livre exercício de contratar na tentativa de minimizar os desequilíbrios constantes de uma relação negocial. Tais interferências são realizadas por meio de normas que regulam especificamente estas relações contratuais, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, que tenta, por meio das suas regras protetoras, diminuir ou minimizar o desequilíbrio nas relações de consumo.

1.3.1. Limitações no Código Civil Português

O Código Civil Português consagra, em seu art.º 405.⁵⁰, o princípio da liberdade contratual, assinalando a possibilidade de as partes deliberarem livremente sobre o conteúdo e forma do contrato, desde que o faça “dentro dos limites da lei”.

Nota-se, pois, que “os particulares, na área dos contratos, podem agir por sua própria e autónoma vontade. Os limites que a lei imponha constituem a exceção”⁵¹.

Infere-se da própria Lei que o princípio da liberdade contratual é a pedra angular do direito privado⁵².

Sob a matiz constitucional, a autonomia privada aflora como elementar da iniciativa privada, consoante dicção dos artigos 1.º, 27.º, n.º 1 e 61.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), consistente no direito de autodeterminação de cada indivíduo⁵³. Outrossim,

⁵⁰ Art. 405.º (Liberdade Contratual): “1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver [...]”.

⁵¹ AFONSO, Orlando Relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, com o n.º 6427/09.5TVLSB.L1.S1, 20 de maio de 2015. [Em linha]. [Consult. 22 fev. 2018]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b0bb533f1d36080680257e4b00535c50?OpenDocument>.

⁵² José de Oliveira Ascensão, por sua vez, referindo-se ao direito português, assevera que o princípio da autonomia privada “é um dos pilares da nossa ordem jurídica (ASCENSÃO, José de Oliveira, *apud* CARVALHO, Jorge Morais – *Op. Cit.*, p. 10). Não discrepando, para Carlos Alberto da Mota Pinto “A autonomia privada é um princípio fundamental do direito civil.” (PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Op. Cit.*, p. 103).

⁵³ ROQUE, Hélder Relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, com o n.º 884/09.7YXLSB.L1.S1, 1 de fevereiro de 2011. [Em linha]. [Consult. 24 fev. 2018]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fba31312c594cb3880257b900033eb4c?OpenDocument>.

a autonomia privada também tem baldrame no art. 26.º, n.º 1 da CRP, conforme aponta Carlos Alberto da Mota Pinto⁵⁴.

Ainda sob o manto constitucional, a autonomia privada consiste num dos desdobramentos do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana. Para viver com dignidade, a pessoa precisa seguir sua vida de acordo com suas próprias escolhas. Portanto, conforme afirma Francisco Hupsel⁵⁵, “a autonomia privada recebe a tutela constitucional e está ao abrigo do *princípio da dignidade* (...)”.

Embora na contemporaneidade a autonomia privada ainda se revista de significativa proteção estatal, a validade (ou existência, a depender do caso) do negócio esbarra na obrigatoriedade de observância à lei, cujos limites constituem exceção à autonomia privada.

Em termos gerais, as principais barreiras à autonomia privada defluem do art. 280.º do Código Civil Português, que acoima de nulo o negócio jurídico “cujo objecto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável” (n.º 1), bem como, quando “contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes” (n.º 2)⁵⁶.

Vislumbra-se que o contrato não se trata pura e simplesmente de um instrumento que expressa, formal e definitivamente, a vontade das partes. Perpassa, antes disso, por um arcabouço normativo a ser observado. Se uma das partes perceber, *a posteriori*, que o contrato está acoimado de vícios face o ordenamento jurídico, pode postular, judicialmente, sua nulidade ou anulação, a depender do caso.

Dessa forma, ao mesmo passo que a autonomia privada recebe significativa proteção no Direito português, desde e inclusive na órbita constitucional, também ocorrem limitações. O propósito parece claro: harmonizar o exercício da autonomia privada com um sistema de autotutela que lhe é próprio⁵⁷.

⁵⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Op. Cit.*, p. 102.

⁵⁵ HUPSEL, Francisco – **Autonomia Privada na Dimensão Civil-Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016. ISBN: 978-85-442-0568-6. p. 88.

⁵⁶ O artigo seguinte, 281.º, apresenta algumas exceções, as quais não condizem com a finalidade deste estudo. Confira-se o teor desse dispositivo: Artigo 281.º (Fim contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes): “Se apenas o fim do negócio jurídico for contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes, o negócio só é nulo quando o fim for comum a ambas as partes”.

⁵⁷ Essa autotutela resulta da necessidade de o Estado criar mecanismos que permitam o “controle” da vontade das partes, afinal, a vontade registrada num contrato, *v. g.*, nem sempre é a vontade subjetiva da ou das partes. Daí a

1.3.2. Limitações no Código Civil Brasileiro

Assegura-se aos contratantes, pela autonomia privada, o poder de autodisciplinarem as relações jurídicas que travarem entre si. Também permite o direito de utilizarem figuras contratuais atípicas, desde que respeitadas as normas gerais salvaguardadas no Código Civil de 2002⁵⁸.

Em evidência que todos têm a liberdade para administrar seus interesses, de modo a determinarem no sentido de contratar ou não, de escolher a pessoa com quem contratar, para decidir quando contratar, o conteúdo do contrato.

Todavia, pela redação do art. 421 do Código Civil⁵⁹ está consagrado o princípio da função social do contrato. Este instituto jurídico é o novo *standard* jurídico de limitação da autonomia dos contratantes.

Assim, não precisa grandes digressões para perceber que o Código Civil Brasileiro sujeita o exercício da autonomia privada à observância do princípio da função social do contrato.

1.3.3 Plausibilidade da intervenção estatal

A autonomia da vontade passou por profundas mudanças ao longo do tempo. Na concepção clássica, existia a presunção de igualdade entre os contratantes, porquanto se vinculavam diante da sua liberdade de contratar⁶⁰. Nesse período, havia a crença de que a

existências de limites inexpugnáveis com o intento de expurgar aquilo que não representa a genuína vontade dos contratantes ou, de alguma forma, contrarie a Lei.

⁵⁸ “Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: senado Federal, DOU de 11.1.2002).

⁵⁹ “Art.421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: senado Federal, DOU de 11.1.2002).

⁶⁰ Acerca da incidência direta nas relações entre os particulares, Ricardo Henrique leciona: “No primeiro momento, o Estado era liberal-burguês, de uma sociedade individualista e patrimonialista. A autonomia privada e a liberdade e a igualdade formal eram um imperativo categórico, em que se firmaram os direitos subjetivos fundamentais frente à lei. O Estado tinha de se abster de praticar atos, não podia interferir nos interesses da vida privada. Neste modelo de Estado é que foram consolidados os direitos fundamentais subjetivos de defesa” (WEBER, Ricardo Henrique – **Defesa do consumidor: o direito fundamental nas relações privadas**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. 978-85-362-4374-0. p. 101).

contratação se dava diante de uma equidade entre as partes. A autonomia da vontade era a expressão máxima do liberalismo contratual e econômico.

A concepção de autonomia da vontade ocorreu num momento histórico quando o Estado não intervinha nas relações privadas por deter função mais política que econômica ou social, valendo-se do ideal de liberdade e de igualdade. Como a igualdade era meramente formal, sucederam abusos por parte dos poderosos em detrimento dos desfavorecidos. Sobrevém, portanto, a necessidade de o Estado equilibrar as relações negociais⁶¹.

De modo a justificar a plausibilidade da intervenção estatal, Darcy Bessone ensina que foi necessário o Estado intervir nas relações negociais particulares com o escopo de criar mecanismos de defesa e garantias em favor dos mais fracos e, ao mesmo passo, a preponderância do interesse social sobre os interesses individuais⁶².

Assim, o contrato não é mais concebido como dogma do liberalismo. O binômio liberdade-igualdade, pilar da autonomia da vontade no Estado Liberal, cede espaço à intervenção estatal⁶³. Embora se prestigie os interesses dos indivíduos envolvidos na relação jurídico-negocial, esses interesses encontram limites.

Conforme José Miguel Garcia Medina, “a interferência estatal acaba sendo maior como meio de compensar o desequilíbrio entre as partes, o que gera uma regulação em vários setores, inclusive com a submissão à legislação própria, cujo exemplo maior reside no Código de Defesa do Consumidor”⁶⁴.

Por fim, a autonomia privada, tida como um poder de reconhecimento pelo ordenamento jurídico para que se estabeleçam regras no sentido de melhor otimizar essas atividades⁶⁵, passa, dessa forma, a constituir pilar importante não só na esfera civil, mas também no campo do

⁶¹ PINTO, Cristiano Vieira Sobral – **Direito Civil Sistematizado**. 4.^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. ISBN: 978-85-309-4169-7. pp. 283-284.

⁶² BESSONE, Darcy – **Do contrato: teoria geral**. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 85-020-2276-8. p. 35.

⁶³ VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 4.^a ed. São Paulo: Atlas, 2004. ISBN: 85-224-3720-3. p. 383.

⁶⁴ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de – **Código Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. ISBN 978-85-203-5069-0. pp. 391-392.

⁶⁵ CABRAL, Érico de Pina – A “autonomia” no direito privado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 5, n. 19, p. 93, jun./set. 2004.

direito processual civil, sobretudo quando se estão em discussão os negócios jurídicos processuais, nos quais as partes transacionam sobre o direito adjetivo, vale dizer, sobre os procedimentos inerentes ao processo.

CAPÍTULO 2 – MITIGAÇÃO DO FORMALISMO PROCESSUAL COMO FORMA DE IMPRIMIR MAIS EFETIVIDADE À TUTELA JURISDICIONAL

Os ordenamentos jurídicos português e brasileiro enaltecem o direito à tutela jurisdicional efetiva nas esferas infraconstitucional, constitucional e supraconstitucional.

O cidadão deve ter à sua disposição uma tutela efetiva e célere, atenta à diversidade de situações concretas para que o formalismo exacerbado não imponha óbice à concretização do direito vindicado em Juízo.

Por outro giro, não pode haver uma busca desenfreada por efetividade de modo a sacrificar outros direitos e garantias fundamentais.

Neste capítulo serão abordadas essas nuances com o objetivo de apontar que a mitigação pontual do formalismo processual pode contribuir para a prestação de uma tutela jurisdicional mais efetiva.

2.1. TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

A tutela jurisdicional efetiva consiste num genuíno direito fundamental. E não se trata de qualquer direito; trata-se, em verdade, do direito dos direitos, porquanto é ele que garante a efetividade dos demais direitos positivados no ordenamento jurídico⁶⁶. Justamente por isso, José Gomes Canotilho leciona que o direito à tutela jurisdicional efetiva “é inerente à ideia de Estado de direito”⁶⁷. Aliás, a tutela jurisdicional efetiva já foi elegida ao *status* de direito fundamental mais importante, notadamente por estar imbuída na missão de salvaguardar todos os demais direitos⁶⁸.

⁶⁶ Pedro Luiz Pozza define a tutela jurisdicional efetiva como o direito fundamental mais importante dos direitos, pois “é aquele que faz valer os demais” (POZZA, Pedro Luiz – **Sentença parcial de mérito: cumulação de pedidos e o formalismo-valorativo para a celeridade da prestação jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2015. ISBN: 978-85-362-5058-8, p. 39).

⁶⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 1.^a ed. brasileira. 4.^a ed. portuguesa rev. Volume 1. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN: 978-85-203-3044-9, p. 410.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme – **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. ISBN: 978-85-3265-8, p. 144.

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva decorre da vedação da autotutela⁶⁹. Ao chamar para si o monopólio da jurisdição, o Estado conferiu aos cidadãos o acesso aos tribunais⁷⁰ para concretizar o direito material vindicado. Noutras palavras, aquele direito, que seria objeto de autotutela no estado de natureza, agora deve ser assegurado pelo Estado.

As constantes exigências sociais decorrentes do *Welfare State*⁷¹ demandaram uma intensa provocação ao Poder Judiciário como instrumento de efetivação e tutela dos direitos. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre a estrutura legal do processo, o que significa sua incidência sobre os procedimentos e técnicas processuais que permitam a concretização das tutelas prometidas pelo direito material. Nada obstante, afirma ainda que restringir tal direito meramente como a estruturação técnica do processo é insuficiente, posto que o legislador nem sempre consegue atender as necessidades sociais e as tutelas prometidas pelo direito material da maneira idealizada⁷².

O Processo Civil⁷³, nesse panorama, busca se desenvolver consoante as novas exigências, que se proliferam em progressão geométrica, cobrando do Judiciário, que evolui em progressão aritmética, soluções céleres e eficientes. No tocante à hodierna sociedade democrática pluralista, o cidadão, ciente de seus direitos, postula-os em juízo à medida de sua violação.

O direito fundamental de acesso à justiça, nos ensinamentos de Theodoro Júnior, antes tido como a simples possibilidade dada a qualquer pessoa de ter seu litígio apreciado pelo Judiciário, atualmente é reconhecido como o direito a uma tutela efetiva e justa assegurada a qualquer cidadão que deseja levar seus interesses particulares à apreciação do Poder Judiciário.

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme – **Técnica processual e tutela dos direitos**, pp. 140-141.

⁷⁰ Atualmente o Estado também fornece, nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, meios alternativos de resolução de conflitos, a exemplo da arbitragem.

⁷¹ Tradução livre: Estado de bem-estar social.

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. ISBN: 978-85-203-7241-8. p. 133.

⁷³ De modo relevante, menciona Antônio V. Peleja Junior que: “Vários autores de renome, como Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei, Enrico Tullio Liebman e Adolf Wach enriqueceram a ciência processual, desenvolvendo teorias essenciais para a afirmação da autonomia científica do Processo civil. São desta fase as teorias do direito concreto à tutela e do direito abstrato à tutela”. (PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso – **Conselho Nacional de Justiça e a Magistratura Brasileira**. 2.^a ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá Editora, 2011. ISBN: 978-85-362-3406-9. p. 33).

No atual momento em que a justiça e a efetividade são metas do processo democrático, passa-se a exigir que “o processo assegure o pleno acesso à justiça e a realização das garantias fundamentais traduzidas nos princípios da legalidade, liberdade e igualdade”⁷⁴.

No cenário brasileiro, as mudanças encetadas no processo civil, sobretudo na década final do século XX e limiar do século XXI, refletiram a preocupação com o conflito entre a efetividade e a segurança. O legislador priorizou a efetividade sem desfavorecer a segurança, por meio de uma técnica de aceleração da entrega da prestação jurisdicional⁷⁵. Já no panorama português, o reconhecimento do direito à tutela jurisdicional efetiva, como ensina Gomes Canotilho, surgiu como norma-princípio estruturante do Estado de Direito democrático e de uma Comunidade de Estados (União Europeia) informada pelo respeito dos direitos do homem, das liberdades fundamentais e do Estado de Direito⁷⁶.

Em qualquer dos ordenamentos jurídicos, a tutela jurisdicional somente será considerada efetiva quando o vencedor da demanda obtiver o bem da vida pleiteado no processo num prazo razoável⁷⁷. O que denota dizer que as demandas devem ser solucionadas num prazo cujo processo não tenha dilações indevidas, tendo em vista que esse é um direito pertencente aos membros de toda a coletividade. Vale ressaltar que a efetividade tem íntima relação com a tutela dos direitos material e processual, em razão do caráter instrumental do direito processual⁷⁸.

Todavia, o maior entrave persiste nos postulados antagônicos da segurança jurídica e da celeridade processual: sendo maior a segurança jurídica, menor será, em tese, a celeridade processual⁷⁹. No entanto, o processualista moderno tem demonstrado um olhar diferenciado

⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto – **Curso de Direito Processual Civil**. 59.^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN: 978-85-309-7775-7. pp. 74-85.

⁷⁵ PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso – **Conselho Nacional de Justiça e a Magistratura Brasileira**, p. 27.

⁷⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes – **Op. Cit.**, pp. 408-409.

⁷⁷ COELHO, Fábio Alexandre – **Direito Processual Civil**. 3.^a ed. Volume 1. Bauru: Spessotto, 2018. ISBN: 978-85.597-3055-5. p. 30.

⁷⁸ “Considerando que hoje o processo civil vivencia a fase instrumentalista, conforme ensina Dinamarco, deve o processualista dedicar seus esforços no sentido de descobrir meios de melhorar o exercício da prestação jurisdicional, para torná-la mais segura e, na medida do possível, mais célere e próxima da concepção ideal de justiça” (PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso – **Conselho Nacional de Justiça e a Magistratura Brasileira**, p. 33).

⁷⁹ COELHO, Fábio Alexandre – **Op. Cit.**, pp. 31-32.

sobre a forma de resolução de conflitos, objetivando o equilíbrio entre os valores em busca da tão sonhada efetividade processual.

2.1.1. Positivção supraconstitucional nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro

No tocante à positivção supraconstitucional do direito à tutela jurisdicional efetiva, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH)⁸⁰ e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP)⁸¹ abrangem os ordenamentos jurídicos português e brasileiro, de sorte que produzem efeitos jurídicos em ambos. A clássica doutrina identifica como “tendência mundial” o ingresso nos textos internacionais e nacionais, em nível supraconstitucional, constitucional e infraconstitucional, do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, cujo trâmite processual seja em prazo razoável ou sem dilações indevidas⁸².

2.1.1.1. Positivção supraconstitucional, constitucional e infraconstitucional no ordenamento jurídico português

O direito à tutela jurisdicional efetiva no ordenamento jurídico português tem previsão supraconstitucional na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)⁸³ e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)⁸⁴. O ordenamento jurídico português, desde o momento da adesão à CEDH, restou obrigado a dar cumprimento ao direito a uma decisão em prazo razoável ou sem dilações indevidas.

⁸⁰ **Artigo 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem:** “toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja **equitativa** e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial [...]”.

⁸¹ **Artigo 14.º, n.º 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos:** “todos são iguais perante os tribunais de justiça”, bem como, “todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida **equitativa** e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial [...]”.

⁸² GÓES, Gisele Santos Fernandes – Razoável duração do processo. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.) – **Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. ISBN: 978-85-203-2731-9, p. 265.

⁸³ **Artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem:** “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial [...]”.

⁸⁴ **Artigo 47.º, parág. 2.º, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia:** “toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei.”

Assim como a doutrina e a jurisprudência portuguesas, também a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) se referem ao direito a uma decisão sem dilações indevidas, isto é, num prazo razoável, como uma dimensão constitutiva do direito à tutela jurisdicional efetiva. No mesmo sentido, pronunciou o Tribunal Constitucional, nas lições de Ricardo Pedro, definindo-o como um dos “momentos distintos da proteção jurisdicional eficaz ou de uma tutela judicial efetiva”, considerando-o “um segundo momento”, depois de “concretizado o acesso a um tribunal” e antes do “direito à execução das decisões dos tribunais ou no direito à efetividade das sentenças”⁸⁵.

No tocante ao âmbito constitucional, dispõe o n.º 1 do art. 20º⁸⁶ da Constituição da República Portuguesa (CRP) sobre o direito de ação, o qual abrange o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos direitos e interesses legítimos e igualmente assevera que a justiça não pode ser negada por insuficiência de meios económicos⁸⁷. Não se pode deixar de observar que, nos ensinamentos de Gomes Canotinho, “o reconhecimento do direito de recorrer aos tribunais seria meramente teórico para muitas pessoas se não se garantisse que o direito à justiça não pode ser prejudicado pela insuficiência de meios económicos”⁸⁸.

Em outros momentos, o Tribunal Constitucional já pronunciou sobre as reivindicações do princípio do contraditório e do direito a um processo equitativo, expresso no n.º 4 do art. 20º da CRP⁸⁹, desde a revisão constitucional de 1997. A respeito das pronunciações, leciona Francisco Almeida que o acórdão nº 330/2001 (DR, IIª Série, de 12-10-2011), por reporte à doutrina firmada no acórdão do mesmo Tribunal nº 259/2000 (DR IIª Série, de 7-11-2000),

⁸⁵ PEDRO, Ricardo – **Contributo para o estudo da responsabilidade civil extracontratual do Estado por violação do direito a uma decisão em prazo razoável ou sem dilações indevidas**. Lisboa: AAFDL, 2011. ISBN: 560-69-390-0687-5. p.49.

⁸⁶ **Artigo 20.º, nº 1, da Constituição Portuguesa**: “a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa de seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.”

⁸⁷ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de – **Direito Processual Civil**. Volume I. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN: 978-972-40-7071-1. p. 13.

⁸⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes – *Op. Cit.*, p. 411.

⁸⁹ **Artigo 20.º, nº 4, da Constituição Portuguesa**: “todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.”

admitem-se os princípios da igualdade das partes e do contraditório como emanções da dignidade constitucional, já que estes derivam do princípio do Estado de Direito⁹⁰.

Considerando as normas constitucionais e infraconstitucionais relativas aos direitos fundamentais, a interpretação e a integração dessas normas devem harmonizar-se com a DUDH), consoante o disposto no art. 16.º, n.º 2, da CRP⁹¹. Isso porque é por intermédio da integração com o art. 10º dessa Declaração que se pode, tão logo, extrair-se do art. 20.º da CRP o princípio da equidade, segundo suas tendências da contraditoriedade e da igualdade de armas, assim como ainda o princípio do prazo razoável, sendo este contemplado explicitamente no art. 6.º da CEDH⁹².”

Na esfera infraconstitucional, o art. 2.^o⁹³ do vigente Código de Processo Civil Português (CPCP) reitera o princípio da tutela jurisdicional efetiva, ao estabelecer que a proteção jurídica por meio dos tribunais implica o direito de obter uma decisão judicial que aprecie, em prazo razoável, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de executá-la⁹⁴.

2.1.1.2. Positivção supraconstitucional, constitucional e infraconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro

Antes mesmo de ingressar os estudos nos diplomas legais que abrangem a positivção do direito à tutela jurisdicional efetiva no ordenamento jurídico brasileiro, mister apresentar a relevância das supramencionadas “ondas renovatórias do acesso à justiça”, as quais passaram a ser estudadas de forma especialmente intensa após a tradução para o português do trabalho de

⁹⁰ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de – *Op. Cit.*, p. 93.

⁹¹ **Artigo 16.º, nº 2, da Constituição Portuguesa:** “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.”

⁹² ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de – *Op. Cit.*, p. 14.

⁹³ **Artigo 2.º, do Código de Processo Civil Português:** “1 - A proteção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar. 2 - A todo o direito, exceto quando a lei determine o contrário, corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação.”

⁹⁴ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de – *Op. Cit.*, p. 15.

Cappelletti e Garth, de 1978, pela Ex-Ministra do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie Northfleet, no ano de 1988. Assim, somente uma década depois de seu lançamento, é que foi publicada a tradução do relatório final do projeto, tempo em que o Brasil se tornava um Estado Democrático de Direito por meio da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Dessa forma, pode-se afirmar que o contexto político e social da época foi certamente decisivo para sua receptividade enquanto marco teórico do debate sobre a facilitação do acesso à justiça e da defesa de direitos⁹⁵.

No tocante à norma infraconstitucional, ainda na década de 1980, foram editadas leis que reconheceram direitos individuais e transindividuais garantindo o amplo acesso à justiça, as quais foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988. Entre elas, a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347 de 24.07.1985), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 13.07.1990), o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11.09.1990), a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099 de 26.09.1995), a Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259 de 12.07.2001), as quais visam garantir o acesso à justiça.

No âmbito constitucional, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) consagrou um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, sendo considerada como um marco para a garantia do acesso à justiça. Passou a consolidar as garantias processuais inerentes à noção de “devido processo legal”, bem como assegurou amplo acesso às instâncias jurisdicionais conforme previsão em seu art. 5º, XXXV⁹⁶, entre outros direitos fundamentais relativos ao acesso à justiça.

Nesse sentido, o movimento de acesso à justiça no Brasil culminou na positivação de direitos fundamentais dos cidadãos, bem como no estabelecimento de mecanismos processuais e garantias processuais que assegurassem a efetivação desses direitos. Uma forte prevalência

⁹⁵ ASPERTI, Maria Cecília de Araujo; OLIVEIRA, Michel Roberto. In SOUZA, Michel Roberto O. de (organizador) – **Mediação & o Novo Código de Processo Civil**. Curitiba: Juruá, 2018. ISBN: 978-85-362-7571-0. p. 19.

⁹⁶ **Artigo 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988**: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou grave ameaça a direito”.

da noção ampla de acesso à justiça marcou a redemocratização do país, reservando-se um amplo papel ao Judiciário enquanto arena de interpretação e concretização de direitos⁹⁷.

Sensibilizado a essa realidade, no ano de 1992, o Estado brasileiro incorporou à sua ordem jurídica a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), conhecida como tratado de São José da Costa Rica, o qual dispõe em seu art. 8.º, n.º 1⁹⁸, sobre as garantias que toda pessoa tem à tutela jurisdicional efetiva⁹⁹. Ato contínuo, para fiel implemento do compromisso então assumido, a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, incluiu o inciso LXXVIII¹⁰⁰ no art. 5º da CRFB. Com isso, o legislador constituinte demonstrou sua preocupação em garantir a qualidade do cumprimento dessa missão estatal.

E agora, bem mais recentemente, o Código do Processo Civil Brasileiro (CPCB) vigente reforça, em seus artigos 3.º¹⁰¹ e 4.º¹⁰², que não há que se falar em processo justo sem efetividade para se alcançar o quanto o antes a solução do mérito¹⁰³. Tendo em conta a evolução dessas positivamente, é preciso reconhecer, portanto, que se está em busca de um sistema equilibrado

⁹⁷ ASPERTI, Maria Cecília de Araujo; OLIVEIRA, Michel Roberto. In SOUZA, Michel Roberto O. de (organizador) – **Mediação & o Novo Código de Processo Civil**. Curitiba: Juruá, 2018. ISBN: 978-85-362-7571-0. p. 24.

⁹⁸ **Artigo 8º, nº 1, da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos**: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

⁹⁹ Em análise à positivação, Nery e Nery Júnior sinalizam: “A interpretação restrita da CIDH 8.º 1 pode levar à ideia de que a duração razoável seria garantia prevista para o processo penal, no tocante à comunicação ao preso a respeito da acusação que pesa ou pesará contra ele. Entretanto, dada a circunstância de que as garantias judiciais da CIDH 8.º, além dos aspectos penais, têm, igualmente, situações aplicáveis aos processos civil e administrativo, e de que os direitos humanos e fundamentais devem merecer interpretação ampliada, empregando-se esse método aliado ao da interpretação sistemática, chega-se ao resultado de que a garantia da duração razoável do processo incide no processo judicial (penal e civil *lato sensu*) e no processo administrativo”. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – **Código de Processo Civil Comentado**. 16.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. ISBN: 978-85-203-6759-9. pp. 209-210).

¹⁰⁰ **Artigo 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal de 1988 (EC 45/2004)**: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

¹⁰¹ **Artigo 3º, caput, do Código de Processo Civil Brasileiro**: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.”

¹⁰² **Artigo 4º, do Código de Processo Civil Brasileiro**: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

¹⁰³ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho – **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. 3.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018. ISBN 978-85-392-0406-9. p. 56.

com vista à utilização de mecanismos que garantam o acesso à justiça e ao mesmo tempo a resolução do mérito em prazo razoável¹⁰⁴.

2.1.2. Tutela jurisdicional efetiva e razoável duração do processo: uma combinação inexorável

A tutela jurisdicional efetiva ultrapassa o mero acesso à justiça e, ao mesmo tempo, também reclama um processo sem dilações indevidas. Isso porque o jurisdicionado tem direito de obter, em tempo razoável, a solução integral do mérito. Embora positivado como garantia fundamental, o jurisdicionado enfrenta a evidente demora judicial cuja origem parte de particularidades de natureza técnica bem como de segmentos de ordem política, econômica e cultural. Para modificar essa questão da morosidade na prestação jurisdicional, é preciso alterar vários institutos legais e processuais, tendo como desiderato imprimir maior resultado ao processo na busca pela prestação da tutela jurisdicional em um tempo mínimo e razoável para o positivo desfecho da discussão entre os litigantes¹⁰⁵.

Fabiano Mendonça salienta que “A Justiça tardia não é Justiça, como a lei injusta não é lei”¹⁰⁶. Essa afirmação muito se assemelha às sábias lições de Rui Barbosa, para quem “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”¹⁰⁷. Não destoando, Miguel Teixeira de Sousa assevera que “justiça tardia é uma justiça mais falível e cuja utilidade está diminuída, se não mesmo completamente perdida”¹⁰⁸.

¹⁰⁴ ASPERTI, Maria Cecília de Araujo; OLIVEIRA, Michel Roberto. In SOUZA, Michel Roberto O. de (organizador) – **Mediação & o Novo Código de Processo Civil**. Curitiba: Juruá, 2018. ISBN: 978-85-362-7571-0. p. 39.

¹⁰⁵ GIOLO JÚNIOR, Cildo – **Morosidade da Justiça**. Curitiba: Juruá Editora, 2012. ISBN: 978-85-362-3884-5. p. 162.

¹⁰⁶ MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Responsabilidade do Estado por ato judicial inconstitucional. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 738, p. 11-31, abr.1997. p. 25.

¹⁰⁷ BARBOSA, Rui – **Oração aos moços**. 5.ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. ISBN: 85-7004-187-X. p. 40.

¹⁰⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de – **Introdução ao Processo Civil**. 2.ª ed. Lisboa: Lex, 2000. 978-97-286-3402-5. p. 30.

Realmente, uma justiça que não age a tempo e modo, transmuda-se numa injustiça que aflora, a um só tempo, a impotência do jurisdicionado e a incompetência do Estado-Juiz no exercício da jurisdição.

Nesse aspecto, sobrevêm várias preocupações. Uma delas diz respeito às várias modificações fáticas no curso do processo. Se a decisão da causa demorar a ser definitivamente julgada, o provimento jurisdicional pode ser inócuo, pois a celeuma instaurada pelos jurisdicionados pode ou já não existir ou estar totalmente alterada em relação à realidade dos fatos ¹⁰⁹. Por isso é essencial que a entrega da resposta judicial ao caso concreto do jurisdicionado seja rápida, porquanto o julgamento somente será realmente justo se somar o elemento brevidade.

Nesse contexto, é insuficiente o acesso à justiça como princípio constitucional, pois não basta somente o acesso ao judiciário. O Estado deve ter um judiciário eficiente e capaz de solucionar os conflitos dos jurisdicionados em tempo razoável¹¹⁰, incluindo-se a isto que seja harmonizado com o tipo da lide instaurada. A entrega tardia da justiça é o que evidencia a ineficiência do sistema de prestação jurisdicional. A morosidade processual gera a instabilidade. Evidencia-se, ainda, uma crise social e na própria instituição pública¹¹¹, já que “a morosidade, sem sombra de dúvida, viola direito fundamental da pessoa, que consiste na tutela jurisdicional sem dilações indevidas”¹¹².

Nesse diapasão, em que pese haver uma ampla positivação que abrange os vastos ordenamentos jurídicos assegurando ao cidadão amplo acesso ao direito e aos tribunais para defesa de seus direitos e interesses legalmente protegidos, a tutela jurisdicional efetiva não compreende somente o acesso à justiça. Também tem como desiderato disponibilizar aos jurisdicionados procedimentos adequados e céleres que permitam uma prestação jurisdicional sem dilações indevidas e, além disso, possibilitem a satisfação da prestação jurisdicional “no

¹⁰⁹ GIOLO JÚNIOR, Cildo – *Op. Cit.*, p. 162.

¹¹⁰ “É bem de ver que o fator tempo, que permeia a noção de processo, constitui, desde há muito tempo, o principal motivo da crise da Justiça, uma vez que a excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera ex radice o direito à tutela jurisdicional, acabando por ocasionar uma série de gravíssimos inconvenientes para as partes e para os membros da comunhão social” (TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia da Prestação jurisdicional sem Dilações Indevidas como corolário do Devido Processo Legal. **Revista de Processo**. São Paulo. v.66, abr./jun. 1992, p. 73)

¹¹¹ GIOLO JÚNIOR, Cildo – *Op. Cit.*, p. 163.

¹¹² ARAÚJO, Francisco Fernandes de – **Responsabilidade objetiva do estado pela morosidade da justiça**. Campinas: Copola, 1999. ISBN: 85-857-8958-1. pp. 57-58.

mundo dos fatos”. Em síntese, não basta o acesso ao judiciário. É preciso que os jurisdicionados tenham acesso a procedimentos que assegurem a obtenção, em tempo razoável, do resultado prático almejado.

Em um primeiro momento, o livre acesso à jurisdição é a primeira consequência do direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional, vale dizer, é o primeiro e necessário passo para a prestação jurisdicional. Não se pode obter tutela à prestação jurisdicional, ou seja, resolução que ponha fim ao processo, se impossibilitar ao jurisdicionado de alguma forma que se tenha acesso aos juízes e tribunais. Nessa análise, extrai-se que o acesso é requisito fundamental ao exercício do direito à prestação jurisdicional.

No Brasil, a positivação constitucional foi além de assegurar a mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, já que passou a garantir a todos os cidadãos o efetivo acesso à ordem jurídica justa. A título de esclarecimento do que seja o “direito de acesso à justiça”, Luiz Guilherme Marinoni dispõe que essa expressão, na verdade, significa garantia de realização concreta de todos os demais direitos, o que exige sejam preordenados procedimentos destinados a conferir ao jurisdicionado o direito à tutela adequada, tempestiva e efetiva¹¹³.

A prestação da tutela jurisdicional não pode ser descompromissada, pois se assim o for, muito em breve estará mais próxima de sua inexistência. Deve-se garantir o direito à obtenção de mecanismos que sejam apropriados para promover, nos planos jurídico e empírico, as modificações requeridas pelas partes e garantidas pelo sistema. Reitera-se, não mais basta a mera tutela formal dos direitos. A produção de seus efeitos práticos produzidos tempestivamente é essencial para atender a regra constitucional garantidora do acesso à justiça, visto que “o direito ao processo significa direito a um processo cujo resultado seja útil em relação à realidade dos fatos”¹¹⁴.

Nesse panorama evolutivo insere-se também o valor da efetividade tendo em conta o caráter público do processo, valor igualmente significativo na sua conformação e cada vez mais

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme – **Manual do processo de conhecimento**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. ISBN: 85-203-2546-7. p. 72.

¹¹⁴ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo – A efetividade do processo e a nova regra do art. 14 do CPC Judicial. In CALMON, Eliana e BULOS, Uadi Lammêgo (coordenadores) – **Direito processual – Inovações e perspectivas: estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. São Paulo: Saraiva, 2003. ISBN: 85-020-4272-6. p. 356.

destacado nas preocupações da doutrina¹¹⁵. Em semelhante inclinação, proveniente das reais necessidades da sociedade moderna, ampliando o objeto da tutela jurisdicional, contribui ao mesmo tempo para a concepção de novos meios jurisdicionais¹¹⁶, mais eficientes, eficazes e congruentes com o amparo da pretensão aforada¹¹⁷.

2.1.3. Necessidade de observância de outras garantias processuais de idêntico *status* constitucional

A pretexto de uma tutela jurisdicional efetiva, não se pode violar outros direitos de idêntica envergadura constitucional, como o devido processo legal, ampla defesa, contraditório, entre tantos outros, o que implica dizer que a almejada celeridade processual não pode vulnerar as garantias constitucionais entre as quais se colocam a ampla defesa e a produção de provas¹¹⁸. Deve haver uma harmonização entre esses direitos, afinal, em direito, os fins não podem justificar os meios.

¹¹⁵ A respeito da efetividade processual, José Roberto Bedaque leciona que: “Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos – **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. ISBN: 978-85-392-0035-1. p. 49).

¹¹⁶ Humberto Theodoro Júnior tece algumas ponderações envolvendo algumas polêmicas surgidas após a divulgação do projeto do novo código de processo civil brasileiro, respectivamente no tocante à efetividade da tutela jurisdicional e aprimoramento dos procedimentos: “Em vez de ampliar sempre mais o detalhamento das medidas procedimentais, penso que a virtude de um novo código de processo deva residir na valorização dos princípios fundamentais, numa parte geral da codificação e na singeleza e clareza com que os procedimentos serão disciplinados, sempre atentos ao compromisso com a verdade real, com a justiça dos provimentos, com o contraditório e ampla defesa, com a duração razoável do processo, com a superação de todos os riscos justificadores de tutelas diferenciadas e de urgência, com os poderes do juiz para reprimir a litigância de má-fé, e, enfim, realizar a verdadeira efetividade do processo justo.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Algumas polêmicas surgidas após a divulgação do projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista Jurídica**, Sapucaia do Sul, v. 58, n. 395, p. 22, set. 2010. p. 21).

¹¹⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de – **Do formalismo no processo civil**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003. ISBN: 85-020-4197-5. p. 70.

¹¹⁸ MARQUES, Elias – Notas sobre a Efetividade do Processo e o Princípio da Proporcionalidade. In MEDEIROS NETO, Elias Marques de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coordenadores) – **Direito dos negócios aplicado. Volume II: direito processual**. Coimbra: Livraria Almedina, 2016. ISBN: 978-85-849-3081-4. p. 22.

É possível flexibilizar o procedimento no que toca ao rito para satisfazer o resultado pretendido pelas partes, pois seria injusto fazer prevalecer o rito sobre a substância do objeto da demanda, desde que não restarem sacrificados o contraditório e a ampla defesa das partes¹¹⁹.

No mesmo sentido, posiciona José Roberto Bedaque sobre a possibilidade de adaptações do procedimento. Para o autor, poderão ocorrer adaptações do procedimento em razão das necessidades de cada caso concreto, de modo que se atendem à ideia do processo justo, desde que observado o contraditório e não sejam prejudiciais a qualquer das partes¹²⁰.

2.2. MITIGAÇÃO DO FORMALISMO PROCESSUAL

Embora tenha sua importância dimensionada pelos objetivos que a determinam, a forma não pode constituir entrave à pacificação social. Tanto a obediência ao rigor técnico elaborado pelo legislador processual quanto às regras formais do processo são determinantes para garantir igualdade de tratamento aos sujeitos processuais, de sorte que lhes assegurem liberdade de intervir sempre que necessário. Isso para que o instrumento consiga atingir seu desígnio final com justiça. Todavia, o apego exagerado ao formalismo pode transformar o processo num mecanismo burocrático e, conseqüentemente, será conduzido pelo juiz burocrata. Não é essa realidade nem esse instrumento que se almejam. Por isso é preciso conferir aos sujeitos processuais a capacidade para adequar o mecanismo às especificidades do caso concreto, que não é sempre o mesmo¹²¹.

¹¹⁹ No tocante à prevalência do rito sobre a substância do objeto da demanda, Theodoro Júnior corrobora com o entendimento de Nancy Andriighi: “Numa adequada concepção de processo” justo e numa real compreensão da efetividade da tutela jurisdicional, o voto primoroso da Ministra Nancy Andriighi no acórdão já referido relativiza as conseqüências de erro meramente formal, a que se acham expostos os advogados, mesmo os mais competentes e estudiosos, advertindo que não seria justo, quase sempre, fazer prevalecer o rito sobre a substância do objeto da demanda, mormente quando o contraditório e a ampla defesa não tenham sido sacrificados. “O direito das partes [direito substancial] não pode depender de tão pouco” (THEODORO JÚNIOR, Humberto – **Curso de Direito Processual Civil**, p. 55).

¹²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos – *Op. Cit.*, p. 63.

¹²¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos – *Op. Cit.*, p. 45.

2.2.1. Princípio da adaptabilidade ou elasticidade processual e sua contribuição para a efetividade da tutela jurisdicional

O princípio da adaptabilidade, também conhecido como elasticidade processual, possibilita ao juiz que molde o procedimento devido a particularidades da causa quando se deparar com situação procedimental-fática não prevista na lei¹²².

Na doutrina italiana, Piero Calamandrei analisa as reformas no Código de Processo Civil e comenta que o princípio da adaptabilidade ou da elasticidade reflete uma maior mobilidade de forma a atenuar a unicidade procedimental estática¹²³. Parece que o princípio da adaptabilidade ou elasticidade processual, nas lições de Calamandrei, constitui uma miscigenação do princípio da legalidade com o da pluralidade das formas. O autor defende a necessidade de previsão expressa de lei e, por vezes, concordância entre as partes para que seja operacionalizada a modificação.

Peleja Júnior, levando em consideração os ensinamentos de Piero Calamandrei, sintetiza a análise acima da seguinte forma: “o juiz e as partes devem seguir, em geral, as formas estabelecidas pela lei, mas podem escolher, em cada caso, entre os vários tipos de formas que a lei deixa à sua disposição”¹²⁴. Ou seja, para Calamandrei é a lei que sinaliza a possibilidade de aplicação do princípio da adequação, num misto de legalidade e pluralidade das formas.

¹²² NALINI, José Renato. Processo e Procedimento distinção e a celeridade da prestação jurisdicional, p. 686. In GAJARDONI, Fernando da Fonseca – **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**. São Paulo: Atlas 2008. 978-85-224-5035-0. pp. 134-135.

¹²³ Para Piero Calamandrei: “A rigidez de um procedimento regulado de um – a adaptabilidade do procedimento como maneira de temperar a legalidade das formas – modo uniforme para todas as causas possíveis, tem o grande inconveniente de não prestar-se a satisfazer simultaneamente a exigência de cuidadosas e exaustivas investigações, que se sente especialmente em certas causas mais complicadas e difíceis, e a exigência de uma rápida resolução, que predomina nas causas mais simples e urgentes. [...] Assim, os escritos preparatórios – exemplos de adaptabilidade – podem ser mais ou menos complicadas; as audiências da fase de instrução podem ser uma ou várias, segundo as provas a praticar a preclusão das deduções pode ser mais ou menos rigorosa segundo os casos; o juiz instrutor pode remeter preliminarmente ao colégio a decisão das questões prejudiciais mais graves, ou bem prover com ordenança para continuar ininterruptamente a instrução até o final; as partes podem entrar em acordo para atribuir ao juiz o poder de decidir segundo equidade, ou recorrer diretamente em cassação pulando a fase de apelação.” (CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drima Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999, Vol. I, pp. 299-300).

¹²⁴ PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. A adaptabilidade do Procedimento: Regra ou Princípio? In **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Magister, v. 30, p. 47, maio/jun. 2009.

Embora seja de grande contribuição para a doutrina processualista, o entendimento de Calamandrei desperta divergência no tocante à exigência de previsão expressa em lei no sentido de permitir a adaptabilidade. Nesse caso, Fernando Gajardoni defende que o “legislador não pode prever, com perfeição, procedimentos específicos para todas as soluções cotidianas, o que rende ensejo à aplicação do princípio da adaptabilidade”, sendo certo que existem distintas modalidades de flexibilização procedimental, entre as quais estão a flexibilização por força de lei, que se dá quando o legislador autoriza o juiz a proceder à adaptação do procedimento à causa; a flexibilização procedimental judicial, que ocorre quando não há lei específica para disciplinar o caso concreto, o que permite que o juiz modele o procedimento para a obtenção da tutela adequada; e a flexibilização voluntária das regras de procedimento, na qual as partes elegem os procedimentos a serem seguidos¹²⁵.

No tocante à flexibilização legal, o legislador outorga ao órgão judicial a possibilidade de escolha nos casos em que não consegue antever a solução adequada ao grande número de casos concretos.

A título ilustrativo, no Brasil, a Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem) autoriza em seu § 1º do art. 21¹²⁶ o disciplinamento do procedimento pelo árbitro ou tribunal acaso não haja estipulação expressa. Também o CPCB vigente, no capítulo em que trata da jurisdição voluntária, em seu parágrafo único do art. 723¹²⁷, possibilita o juízo de equidade ao autorizar o juiz a decidir sem apego ao formalismo e aos rigores da lei. No Código de Defesa do Consumidor, mormente na parte que trata da execução das obrigações de fazer ou não fazer caracterizadas pela atipicidade das medidas, consoante o art. 84, § 5º¹²⁸, permite ao juiz, de maneira genérica, manejar seus poderes conforme a especialidade do caso concreto.

¹²⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca – **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**. São Paulo: Atlas 2008. 978-85-224-5035-0. pp.141-146.

¹²⁶ **Artigo 21, da Lei nº 9.307, de 1996:** “A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. § 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.”

¹²⁷ **Artigo 723, do Código de Processo Civil Brasileiro:** “O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna.”

¹²⁸ **Artigo 84, § 5º do Código de Defesa do Consumidor:** “[...] § 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão,

Já na flexibilização procedimental judicial, não há lei específica para disciplinar o caso concreto. Por isso existe a possibilidade de o juiz modelar o procedimento para a obtenção da tutela adequada. Em evidência, liga-se ao princípio da adaptabilidade, o qual admite que o juiz adeque o procedimento à situação concreta, “para fazer valer o princípio constitucional do devido processo legal, sob a ótica de um processo justo”¹²⁹.

O CPCP positivou, expressamente, o princípio da adequação formal. Este princípio pode ser compreendido como uma espécie de flexibilização judicial, pois dispõe que “O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo”¹³⁰. Trata-se do princípio da adaptabilidade ou elasticidade processual, embora concebido no ordenamento português com outra nomenclatura.

Considerando as lições de Dinamarco, “o que caracteriza fundamentalmente o processo é a celebração contraditória do procedimento, assegurada a participação dos interessados mediante o exercício das faculdades e poderes integrantes da relação jurídica processual”¹³¹, pois ainda que “a observância do procedimento [...]... é que legitima o ato final do processo, vinculativo dos participantes”¹³², não há qualquer impedimento para aplicação do princípio em situações distintas e excepcionais, mesmo não havendo a previsão legal. Nessa perspectiva, direciona-se para que, na visão abrangente do devido processo legal, seja possível garantir aos jurisdicionados oportunidades idênticas.

remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.”

¹²⁹ PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso – **Manual de Processo Civil - Fase Postulatória**. 2.^a ed. rev. atual. Curitiba: Juruá Editora, 2012. 978-85-362-3570-7. p. 84.

¹³⁰ Código de Processo Civil Português, artigo 547.º.

¹³¹ DINAMARCO, Cândido – **A Instrumentalidade do Processo**. 11.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003. ISBN: 85-742-0520-6. pp. 78-79.

¹³² Para Cândido Dinamarco, a estrita legalidade dos atos do processo não significa que seus resultados sejam benéficos ao processo. Além do mais, a “liberdade das formas, deixada ao juiz entre parâmetros razoavelmente definidos e mediante certas garantias fundamentais aos litigantes é que, hoje, caracteriza os procedimentos mais adiantados.” (DINAMARCO, Cândido – **A Instrumentalidade do Processo**, p. 79).

Percebe-se que, nos últimos tempos, a forma quase sempre se sobrepõe ao direito material¹³³, enquanto as interpretações, com algumas exceções, são avarentas, de maneira que deveriam ser mais generosas e suaves. Impõe-se, por isso, a adoção mais sofisticada de técnicas com rejeição ao formalismo exacerbado com vista à viabilização do desenvolvimento normal das diretrizes, sobretudo no tocante à existência dos acordos processuais¹³⁴.

A regra da instrumentalidade das formas está inserta nos arts. 188¹³⁵ e 277¹³⁶ do CPCB, donde se extrai que não serão decretadas nulidades se o ato tiver atingido a sua finalidade e não houver causado prejuízo a alguma das partes, mesmo que praticado de forma distinta da prescrita em lei. Veja-se que a pretensão não é extirpar a formalidade e, sim, o seu excesso, porquanto o formalismo exacerbado não somente burocratiza, mas, sobretudo, atrasa via deturpação das formas. Nesse diapasão, o juiz não decretará a nulidade nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta se não prejudicar a parte (art. 282, § 1º, CPCB)¹³⁷ ou se puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade (art. 282, § 2º, CPCB)¹³⁸.

¹³³ Em crítica ao fetichismo à forma, obcecado e irracional, Dinamarco leciona que: “Não é enrijecendo as exigências formais, num fetichismo à forma, que se asseguram direitos; ao contrário, o formalismo obcecado e irracional é fator de empobrecimento do processo e cegueira para os seus fins. No processo civil brasileiro, temos a promessa da liberdade das formas em normas programáticas dos dois sucessivos Códigos de Processo Civil nacionais, mas só a promessa: ambos foram tão minuciosos quanto à forma dos atos processuais (aliás, segundo os tradicionais modelos europeus) que com segurança se pode afirmar ser o princípio da legalidade formal o que realmente prepondera. No contexto processual bastante amplo afirmado pela doutrina moderna, *due process of law* é mais que uma garantia: é ‘o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição’. Na sua redução mais sintética, é uma garantia de justiça e consiste no direito ao processo, ou seja, ao direito ao serviço jurisdicional corretamente prestado e às oportunidades que o conjunto de normas processuais-constitucionais oferece para a defesa judicial de direitos e interesses”. (DINAMARCO, Cândido. **A Instrumentalidade do Processo**, p. 135).

¹³⁴ CORDEIRO, Adriano C – **Negócios jurídicos processuais no novo CPC: das consequências do seu descumprimento**. Curitiba: Juruá Editora, 2017. ISBN: 978-85-362-6791-3. p.97.

¹³⁵ **Artigo 188, do Código de Processo Civil brasileiro**: “Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial.”

¹³⁶ **Artigo 277, do Código de Processo Civil brasileiro**: “Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.”

¹³⁷ **Artigo 282, § 1º, do Código de Processo Civil brasileiro**: “§ 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.”

¹³⁸ **Artigo 282, § 2º, do Código de Processo Civil brasileiro**: “§ 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.”

O processo não é um simples instrumento de atuação do direito material; também não é um fim em si mesmo, de modo a reprimir o direito material e o desígnio principal da jurisdição, que é a pacificação social¹³⁹. Muito pelo contrário, passa a ser enxergado como um instrumento de que se serve o Estado cujo intento é alcançar seus fins sociais, jurídicos e políticos.

Para o processualista alemão Leo Rosenberg, o Estado, via processo, desempenha uma de suas mais respeitáveis funções, uma tarefa cultural, de modo que o processo não se restringe às partes no que toca à consecução de seus direitos, mas, principalmente, ao interesse estatal na manutenção do ordenamento jurídico, estabelecimento e conservação da paz jurídica. Este, pois, “é o fim da instituição processual para o que se criou pelo Estado”¹⁴⁰. Isso aponta que o objetivo do processo é o interesse público estatal na manutenção da paz social, mesmo regulando interesses privados.

Considerando que a jurisdição tem como fim a resolução de conflitos, aspirando à obtenção da paz social, o princípio da efetividade do processo, evidentemente, torna-se verdadeiro cerne da jurisdição; sobretudo “porque um processo tardio, ineficaz e sem real impacto no mundo dos fatos”, falhando na tutela bem como na concretização do direito material, não terá propiciado nem a paz social, tampouco o fim esperado da resolução de conflitos¹⁴¹.

¹³⁹ Nas lições de Cândido Dinamarco: “O lado negativo da instrumentalidade do processo já é um conquista metodológica da atualidade, uma tomada de consciência de que ele não é um fim em si mesmo e portanto as suas regras não têm valor absoluto que sobrepuje as do direito substancial e as exigências sociais de pacificação de conflitos e conflitantes. O significado do valor metodológico da instrumentalidade, vista assim como fator limitativo do valor do próprio sistema processual, constitui, porém, apenas um dos aspectos ou desdobramentos que ela é capaz de assumir ou proporcionar. O endereçamento positivo do raciocínio instrumental conduz à ideia de efetividade do processo, entendida como capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico-social e político. O empenho em operacionalizar o sistema, buscando extrair dele todo o proveito que ele seja potencialmente apto a proporcionar, sem deixar resíduos de insatisfação por eliminar e sem se satisfazer com soluções que não sejam jurídica e socialmente legítimas, constitui o motivo central dos estudos mais avançados, na ciência processual da atualidade. Essa é a postura metodológica preconizada de início e caracterizada pela tônica na instrumentalidade do sistema processual”. (DINAMARCO, Cândido – **A Instrumentalidade do Processo**, pp. 325-326).

¹⁴⁰ ROSENBERG, Leo – **Da jurisdição no Processo Civil**. São Paulo: Impactus, 2005. 85-982-9823-9. p. 12.

¹⁴¹ MARQUES, Elias – Notas sobre a Efetividade do Processo e o Princípio da Proporcionalidade. In MEDEIROS NETO, Elias Marques de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coordenadores) – **Direito dos negócios aplicado. Volume II: direito processual**. Coimbra: Livraria Almedina, 2016. ISBN: 978-85-849-3081-4. p. 18.

Nesse segmento, Othmar Jauerning ensina que qualquer processo, seja penal, cível ou administrativo, tem a incumbência de instituir a paz jurídica via materialização do direito objetivo, da ordem jurídica¹⁴².

A forma, portanto, não pode constituir obstáculo à pacificação social, primado maior do processo. Daí por que “é necessário impedir que a cega observância da forma sufoque a substância do direito”¹⁴³. Deve-se conferir ao juiz uma maior dose de liberdade, para acelerar os procedimentos ou freá-los, “de acordo com a necessidade concreta e sempre atendida a garantia dos superiores princípios do processo”¹⁴⁴.

Sob esse prisma, o princípio da adaptabilidade ou elasticidade processual (ou, ainda, adequação formal, conforme concebido no CPCP), guarda íntima relação com a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva.

Em linhas gerais, a forma constitui somente o meio de garantir o desenvolvimento apropriado da relação processual, assegurando aos litigantes absoluta igualdade de condições e ampla oportunidade de participação. Nesse ponto, ganha relevo o papel do processualista, considerando que ele consiga extrair do sistema positivo soluções aptas a compatibilizar o formalismo necessário e os objetivos do processo, para evitar que a estrita observância daquele não comprometa estes¹⁴⁵.

¹⁴² Nessa análise, Othmar Jauerning remonta o período em que houve a substituição da justiça privada pelo processo estatal, momento em que o processo confere-lhe o seu primeiro e natural fim, concluindo que: “[...] Qualquer processo, seja processo penal, civil ou administrativo, serve, como instituição, quer à paz jurídica, quer à realização e verificação do direito objetivo, da ordem jurídica. A verificação da ordem jurídica pelo veredicto do juiz significa, muitas vezes, o seu progresso”. (JAUERNIG, Othmar – **Direito Processual Civil**. 25.^a ed. Coimbra: Almedina, 2002. 978-97-240-1561-3. p. 35-36).

¹⁴³ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil I. In GAJARDONI, Fernando da Fonseca – **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**. São Paulo: Atlas 2008. 978-85-224-5035-0. p. 132.

¹⁴⁴ NALINI, José Renato. Processo e Procedimento distinção e a celeridade da prestação jurisdicional, p. 686. In GAJARDONI, Fernando da Fonseca – **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**. São Paulo: Atlas 2008. 978-85-224-5035-0. p. 134.

¹⁴⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos – *Op. Cit.*, p. 42-43.

2.2.2. Influxo no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015

Nos últimos tempos, o campo do processo civil voltou seus estudos para os resultados a serem efetivamente conquistados pela prestação jurisdicional, caminhando a doutrina no sentido de ir além dos clássicos conceitos considerados como fundamentais ao direito processual, mostrando sua preocupação em adotar remédios e medidas de modo que possam melhorar os serviços forenses. Segundo lições de Theodoro Júnior, a instrumentalidade e a efetividade, como ideais, passaram a revigorar o processo hodierno. Deve preponderar a “garantia de um processo justo” em comparação ao “processo legal”, “colocando, em primeiro plano, ideias éticas em lugar do estudo sistemático apenas das formas e solenidades do procedimento”¹⁴⁶.

No Brasil, deveras, houve uma grande reforma nos últimos anos no tocante aos textos do revogado CPCB de 1973, com o escopo de desburocratizar o procedimento de modo a agilizar o resultado da prestação jurisdicional. Como já mencionado em tópicos anteriores, tanto a legislação constitucional quanto a infraconstitucional buscaram ampliar a imagem da tutela jurisdicional. A legislação extravagante criou ações novas e remédios acauteladores com o escopo de ampliar a tutela jurisdicional. O objetivo é possibilitar uma melhor concreção da garantia de amplo e irrestrito acesso à justiça. O acesso à justiça, pois, tornou-se direito fundamental pelas Constituições democráticas, tanto no Brasil quanto em Portugal, de sorte que suas constituições incluíram no rol dos direitos fundamentais a tutela de uma duração razoável para o processo e a adoção de técnicas procedimentais visando a aceleração da prestação jurisdicional.

No tocante à legislação processual em vigor, o CPCB trouxe em maior evidência sua preocupação com a satisfação do jurisdicionado em se tratando do resultado prático da resposta jurisdicional, tendo como ponto nevrálgico a existente guerra judicial, de modo que deu maior valor à celeridade processual para se conseguir uma justiça mais humanizada. Entre seus objetivos, o Código buscou incluir novos procedimentos judiciais para desburocratização do processo, privilegiando, sobretudo os negócios jurídicos processuais, visando reduzir a duração temporal do processo¹⁴⁷.

¹⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto – **Curso de Direito Processual Civil**, p. 8.

¹⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto – **Curso de Direito Processual Civil**, pp. 9-10.

Para ilustrar, o CPCB prevê negócios jurídicos processuais os quais privilegiam a autonomia privada, tais como eleição de foro (art. 63), calendário para a prática dos atos processuais (art. 191), suspensão do processo (art. 313, inc. II), acordo para não realização de audiência de conciliação (art. 334, § 4º, inc. I), adiamento de audiência (art. 362, I), escolha do perito (art. 471). Considerando que estão expressamente previstos nos respectivos Códigos (Português e Brasileiro), tais negócios são denominados pela doutrina de negócios jurídicos processuais típicos¹⁴⁸.

Conforme refere Theodoro Júnior, as reformas modernizadoras do CPCB almejam a simplicidade das formas, já que buscaram simplificar a atuação da jurisdição no âmbito da efetiva consumação do direito material. Isso porque o direito material é responsável pela instalação dos litígios e, além disso, materializa a solução esperada pelos litigantes sob o comando da ordem jurídica. A doutrina especializada, leciona o autor, igualmente mostrou atenta e firmou entendimento em direção à protuberância da simplificação no tocante a interpretação e aplicação dos dispositivos da legislação processual civil, dando ênfase que deve o referido diploma colocar em primeiro plano, como objetivo maior, a viabilidade da decisão sobre o mérito das causas¹⁴⁹.

Nos tribunais brasileiros, o entendimento é de que o procedimento deve pautar-se na simplicidade tendo como escopo aumentar a viabilidade do processo e as chances de julgamento da causa. As reformas modernizadoras do CPC devem priorizar não somente as mudanças legislativas, mas, sobretudo as leis devem sensibilizar o julgador, pois se inspira em uma fase de viabilização dos julgamentos de mérito¹⁵⁰. O atual CPCB tem cabais condições de impedir qualquer descomedimento no campo do formalismo valorativo, assim como impedir exageros

¹⁴⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção – **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. Salvador: JusPodivm, 2017. ISBN: 978-85-442-0990-5. p. 389.

¹⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto – **Curso de Direito Processual Civil**, pp. 54-55.

¹⁵⁰ Theodoro Júnior menciona o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, instância superior dos tribunais brasileiros, segundo os votos da Ministra Nancy Andrighi: “Complicar o procedimento quando é possível simplificá-lo, seria para a Ministra Nancy Andrighi, do STJ, “um desserviço à administração da justiça” (Julgado da 3ª Turma do STJ, proferido sob relato da Min. Nancy Andrighi, no REsp 975.807/RJ -ac. 02.09.2008, DJe20.10.2008) Conclamando para a fiel interpretação do espírito e o objetivo das reformas modernizadoras do Código de Processo Civil, o importante julgado do STJ sob comento conclui que, “nas questões controvertidas [em torno de regras procedimentais], convém que se adote, sempre que possível, a opção que aumente a viabilidade do processo e as chances de julgamento da causa. Não a opção que restringe o direito da parte”. Enfim: “As Reformas Processuais têm de ir além da mudança das leis. Elas têm de chegar ao espírito de quem julga. Basta do processo pelo simples processo. Que se inicie uma fase de viabilização dos julgamentos de mérito”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto – **Curso de Direito Processual Civil**, pp. 54-55).

sobre o procedimento previsto, requerendo-se dos processualistas, mormente dos magistrados e dos advogados, uma postura aberta na sua aplicação¹⁵¹.

2.2.3. Em busca da efetividade do processo

Na atualidade, o processualista deve se preocupar em descobrir meios adequados de garantir uma prestação jurisdicional capaz de trazer resultados satisfatórios ao titular que busca no Judiciário resguardo para suas pretensões. Isso porque, segundo Elias Marques, as mudanças provenientes da globalização econômica, a velocidade da troca de informações e a complexa propagação de litígios impõem ao processualista moderno o dever de um olhar individualizado sobre a forma de resolução de conflitos¹⁵². Em busca da efetividade do processo, o processualista desponta como melhor colaborador, porquanto ele pode eliminar ou atenuar o problema buscando meios destinados a simplificar o processo eliminando os obstáculos postos pela técnica que impedem o desenvolvimento da relação processual¹⁵³.

Em um primeiro aspecto, em busca da efetividade do processo, sobretudo para fazer valer a efetivação da justiça, assegura-se, ainda que de forma lenta, a reforma do Judiciário, que abrange pontos controversos como o controle externo¹⁵⁴. Ainda que paulatinamente, como costuma sobrevir quando há transformações estruturais no Estado, a justiça vai se concretizando, assim como aconteceu no Brasil, por exemplo, com a extinção dos juízes classistas e, presentemente, com a aprovação do Conselho Nacional de Justiça por meio da

¹⁵¹ CORDEIRO, Adriano C – *Op. Cit.*, p. 98.

¹⁵² MARQUES, Elias – Notas sobre a Efetividade do Processo e o Princípio da Proporcionalidade. In MEDEIROS NETO, Elias Marques de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coordenadores) – **Direito dos negócios aplicado. Volume II: direito processual**. Coimbra: Livraria Almedina, 2016. ISBN: 978-85-849-3081-4. p. 29.

¹⁵³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos – *Op. Cit.*, p. 25.

¹⁵⁴ Sobre o tema, adverte Dinamarco: “De minha parte, afirmei que o controle externo, como pretendido, poderia revelar-se um autêntico cavalo de Tróia recheado de bravos guerreiros que se instalariam nas praças do Poder Judiciário com armas em punho para dominá-lo e reduzi-lo à docilidade – e nessa figuração fui honrosamente prestigiado por um alerta que o Min. Franciulli Netto lançou na imprensa de Brasília. Veio depois a Reforma do Poder Judiciário, que em 2004 instituiu um órgão misto, o Conselho Nacional de Justiça, de cujos quinze membros nove são oriundos do Poder Judiciário. O controle que já vai sendo realizado pelo Conselho, que não chega a ser externo, pode ser um legítimo e seguro fator de eliminação dos males relacionados com o comportamento dos magistrados e isso, se não é suficiente para colocar os serviços judiciais em uma rota de eficiência perante o universo dos jurisdicionados, ao menos constitui uma outra fundada esperança de renovação e aperfeiçoamento institucional”. (DINAMARCO, Cândido Rangel – **A nova era do processo civil**. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007. ISBN: 978-85-742-0770-4. p. 17).

Emenda 45 de 2005, que trouxe o art. 103-A à CRFB brasileira disciplinando esse novo “órgão” do Poder Judiciário. Respectivo Poder enfrenta um desafio institucional, razão pela qual necessita de estar pronto para concretamente garantir e satisfazer o direito material a ser tutelado, não bastando mais somente conferir meras formas e tardias respostas jurisdicionais aos demandantes, lembrando que grande parte delas falham em aplicabilidade no real “mundo dos fatos”¹⁵⁵.

Em um segundo plano, em busca da efetividade da justiça, pauta-se pela simplificação procedimental em que o Brasil está na vanguarda, mencionando-se, como ilustração, a informalidade que propaga nos Juizados Especiais, cuja previsão na Lei nº 9.099/95 adota o procedimento sumaríssimo em que se tem uma quase-total renúncia das formalidades¹⁵⁶. Igualmente se menciona o princípio da instrumentalidade das formas. Extrai-se deste princípio a máxima segundo a qual não serão decretadas nulidades se o ato tiver atingido a sua finalidade e não prejudicado nenhuma das partes, ainda que praticado de forma diversa da prescrita em lei¹⁵⁷. O propósito não é erradicar a formalidade, porquanto deve o processo ser formal. Porém, deve-se atenuar o formalismo exacerbado, ou seja, o exagero formalista com a extrema distorção das formas.

E é encargo do processualista auxiliar a ciência processual bem como ao Poder Judiciário neste momento de mudanças, devendo revisitar antigos institutos ao mesmo tempo em que propõe a criação de novos, ou ainda proporcionando uma visão díspar sobre a atual conjuntura, tudo isso alinhado a colaborar pela busca da tão idealizada efetividade da justiça e do processo¹⁵⁸.

Ademais, no âmbito do atual enfoque de efetivação e acesso à justiça, os meios paraestatais de solução de conflitos têm ganhado notável valor como os chamados “sucedâneos da jurisdição”. A arbitragem, a mediação, a conciliação e outros são de grande proeminência

¹⁵⁵ MARQUES, Elias – Notas sobre a Efetividade do Processo e o Princípio da Proporcionalidade. In MEDEIROS NETO, Elias Marques de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coordenadores) – **Direito dos negócios aplicado. Volume II: direito processual**. Coimbra: Livraria Almedina, 2016. ISBN: 978-85-849-3081-4. p. 29.

¹⁵⁶ PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso – **Manual de Processo Civil - Fase Postulatória**, p. 106.

¹⁵⁷ DINAMARCO, Cândido – **A Instrumentalidade do Processo**, p. 325.

¹⁵⁸ MARQUES, Elias – Notas sobre a Efetividade do Processo e o Princípio da Proporcionalidade. In MEDEIROS NETO, Elias Marques de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coordenadores) – **Direito dos negócios aplicado. Volume II: direito processual**. Coimbra: Livraria Almedina, 2016. ISBN: 978-85-849-3081-4. p. 29.

para que se torne possível a completa satisfação do jurisdicionado, não se confundindo, contudo, acesso ao judiciário com acesso à justiça¹⁵⁹.

De acordo com Dinamarco, “a grande lição a extrair da obra de Cappelletti é a de que o acesso à justiça é o mais elevado e digno dos valores a cultivar no trato das coisas do processo”¹⁶⁰. Em síntese, o acesso à justiça é mais amplo, no sentido de uma tutela jurisdicional adequada, porque de nada basta ao Estado “assegurar o acesso ao órgão sem ter que se preocupar com o resultado”¹⁶¹. Nessa esteira, o processualista deve desvendar meios para assegurar, sempre, o amplo acesso à ordem jurídica justa.

No atual contexto, a mitigação do formalismo processual pode contribuir sobremaneira para a tutela jurisdicional efetiva, notadamente porque o núcleo existencial do processo deve consistir no privilégio da decisão de mérito em detrimento da forma. O excessivo formalismo na solução jurisdicional dos conflitos sociais tem assoberbado os órgãos jurisdicionais pela quantidade e complexidade técnico-formal das normas jurídicas, o que dificulta a interpretação e, muitas vezes, obsta a própria solução dos casos concretos.

A partir do momento em que o Estado chamou para si o monopólio da jurisdição, a tutela jurisdicional ganhou destaque entre os direitos positivados em nível de garantia fundamental, valorizando o processo como “instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes”¹⁶². Em evidente evolução, restou superada a fase da justiça privada, tempo em que a justiça era feita pelas próprias partes, portanto, nem sempre justas, ingressando a fase da justiça pública porquanto passou a eliminar os conflitos via atuação do Estado-Juiz, de forma a cumprir o preceito jurídico relacionado a cada caso que lhes é posto em busca de solução¹⁶³.

¹⁵⁹ LOUREIRO, Caio Márcio – **Ação Civil Pública e o Acesso à Justiça**. São Paulo: Método, 2004. ISBN: 85-864-5679-9. p. 87.

¹⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel – **A nova era do processo civil**, pp. 22-23.

¹⁶¹ LOUREIRO, Caio Márcio – **Op. Cit.**, p. 87.

¹⁶² DINAMARCO, Cândido; GRINOVER; Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos – **Teoria Geral do Processo**. 14.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 85-742-0008-5. p. 33.

¹⁶³ A esse respeito, Luiz Fux ressalva: “Compete ao Estado, por meio do processo, repor as coisas ao status quo ante, utilizando-se de meios de sub-rogação capazes de conferir à parte a mesma utilidade que obteria pelo descumprimento espontâneo do direito. A essa finalidade genética adjunte-se inegável celeridade na prestação jurisdicional, integrante da efetividade, tanto que só se considera uma justiça efetiva aquela que confere o

A partir do momento que a figura estatal ganhou força como pessoa jurídica, passou a intervir no âmbito dos interesses individuais dos litigantes em busca de soluções para propiciar e assegurar a paz social. Nessa fase evolutiva, começou a evidenciar o problema do controle jurisdicional indispensável, considerado regra no direito pátrio e comparado, quando se trata de direitos indisponíveis. No caso de direitos disponíveis, o atual ordenamento jurídico estabelece regras para uma solução alternativa – por exemplo, a autocomposição – o que dispensa o ingresso no campo judicial, e que também incide no juizado especial cível e criminal, importante instrumento para um acesso breve cujas soluções são rápidas¹⁶⁴.

Em contínua busca pela efetividade do processo e da justiça, a ciência processual tem se empenhado em reformas e passa por programas de modernização da justiça. É preciso, deusas, fugir do tecnicismo exagerado com o objetivo de eliminar entraves burocráticos dos procedimentos legais¹⁶⁵. Exatamente por considerar essa moderna necessidade de concretizar a efetividade da prestação jurisdicional, dentro da duração razoável do processo e da observância de regras tendentes à celeridade procedimental, o ordenamento jurídico, como um todo, busca criar programas de modernização da justiça, tendo em vista impedir postergações conflitantes com a garantia de pleno acesso à justiça prometida pelas constituições brasileira e portuguesa¹⁶⁶.

A principal função dessa modernização, no tocante a solucionar um conflito de interesses, é assegurar o acesso à justiça que deve sempre ser o objetivo prevalente de qualquer ordenamento jurídico, seja o caso de controle jurisdicional indispensável, sejam as questões em que se admite a autocomposição como busca de alternativa de solução do conflito¹⁶⁷. Deve-se, pois, buscar para os litigantes o acesso à justiça, designadamente adotado por muitos

provimento contemporaneamente à lesão ou ameaça de lesão ao direito”. (FUX, Luiz – **Teoria Geral do Processo**. 2.^a ed. Forense: Rio de Janeiro, 2016. 978-85-309-6247-0. p. 43-44).

¹⁶⁴ ARAÚJO, José Henrique Mouta – **Acesso à Justiça e Efetividade do Processo**. Curitiba: Juruá Editora, 2001. 85-739-4878-7. pp. 33-34.

¹⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto – **Curso de Direito Processual Civil**, p.56.

¹⁶⁶ Gomes Canotilho, comentando os preceitos constitucionais relacionados ao tema, leciona que a Constituição Portuguesa: “[...] impõe-se ao legislador a criação (ou adaptação) de procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade. A norma em referência constitui uma imposição legiferante, obrigando o legislador a criar novos processos ou a adaptar processos existentes de forma a institucionalizar uma via judiciária preferente e sumária, ou, nos termos constitucionais, célere e prioritária, indispensável à protecção em tempo útil dos direitos, liberdades e garantias [...]”. (CANOTILHO, J. J. Gomes – **Op. Cit.**, p. 419).

¹⁶⁷ ARAÚJO, José Henrique Mouta – **Op. Cit.**, pp. 33-34.

doutrinadores como “acesso à ordem jurídica justa”, expressão cunhada por Kazuo Watanabe como “forma mais significativa das preocupações da doutrina processual moderna”¹⁶⁸.

Levando em consideração que a própria expressão “acesso à justiça” não é de fácil aceção, como bem ponderou Cappelletti¹⁶⁹, viu-se necessário trazer uma abordagem teórica visando delinear a questão desse acesso para, em seguida, demonstrar a existência de obstáculos que impedem ou dificultam sua efetivação no plano prático. Assim, fica menos difícil demonstrar que a mitigação do formalismo desmedido contribui na efetivação da tutela jurisdicional, notadamente porque seu núcleo existencial consiste no privilégio da decisão de mérito em detrimento da forma. Sob essa mesma perspectiva, Jorge Augusto Pais de Amaral aponta que as diversas reformas no âmbito do processo civil têm procurado assegurar a justiça material sobre a justiça formal¹⁷⁰.

No tocante à discussão a respeito da prestação jurisdicional, o que não se restringe tão somente à tutela judicial, o tema relacionado ao acesso à justiça prende sua origem à própria adequação da prestação estatal, que busca a efetividade da tutela jurisdicional¹⁷¹. Logo, deve haver uma adequação ao sistema processual impondo a adoção de procedimentos direcionados à atenuação da demora na efetivação da tutela jurisdicional que atinge vários países. Por isso o caminho a ser trilhado, seguramente, é o da simplificação do procedimento e da flexibilização das exigências formais com o desiderato de possibilitar que sejam adequadas aos fins pretendidos, ou mesmo ignoradas nos casos em que não se mostrarem indispensáveis em certas situações. O procedimento, pois, deve ter regras simples “regulando o mínimo necessário à

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme – **Novas linhas do Processo Civil**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 85-7420-101-4. p. 28.

¹⁶⁹ Segundo Cappelletti: “[...] serve para determinar duas finalidades básicas do ordenamento jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant – **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002. ISBN: 85-882-7829-4. p. 8).

¹⁷⁰ AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito Processual Civil**. Coimbra: Almedina, 2016. Reimpressão. ISBN: 978-972-40-5952-5. p. 31.

¹⁷¹ Jorge Miranda traz importante observação: “Tutela jurisdicional não significa o mesmo que tutela judicial. No nosso ordenamento, há diferentes categorias de tribunais ou de ordens de jurisdição: além do Tribunal Constitucional, há tribunais judiciais, tribunais administrativos e tributários e o Tribunal de Contas (art. 209.º, nº 1); em estado de guerra são constituídos tribunais militares (art. 213.º); e podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgadores de paz (art. 209.º, nº 2)”. (MIRANDA, Jorge – **Curso de Direito Constitucional**. Volume 1. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. ISBN: 978-97-254-0512-3. p. 317).

garantia do contraditório, mas, na medida do possível, sem sacrifício da cognição exauriente”¹⁷².

O entendimento do processo civil moderno repudia o formalismo irracional, caminhando no sentido da flexibilização das formas e da interpretação racional das normas que a exigem, segundo os objetivos a atingir, mormente o que substancialmente interessa é o resultado obtido¹⁷³. É com esse propósito que se evidencia a necessidade da adoção de tutelas mais específicas, de procedimentos adequados e céleres objetivando o valor maior do direito: a justiça.

Sob essa perspectiva é que se deve primar todo ordenamento jurídico: a busca do alcance efetivo da tutela jurisdicional. Esse primado será alcançado por meio do acesso à justiça conjugado aos procedimentos que privilegiem a rápida solução do mérito, em observância aos direitos constitucionais que visam o alcance da justiça efetiva e breve¹⁷⁴. Em linhas gerais, a tutela jurisdicional efetiva demanda, além do acesso à justiça, adoção de procedimentos adequados e céleres. É nesse aspecto que a mitigação do formalismo exacerbado empresta não somente celeridade ao processo, mas, sobretudo, coerência normativa, tendo em vista a rápida solução do mérito sem, contudo, violar outros direitos.

Com base nas premissas lançadas, evidente que um dos grandes desafios da atualidade é encontrar mecanismos que contribuam para a tão perseguida tutela jurisdicional efetiva, mormente diante das formalidades – muitas vezes exacerbadas – existentes no processo. No caso de mitigar o formalismo processual existente nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, cogita-se a possibilidade de se garantir a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva.

O negócio jurídico processual atípico, marcado pelo exercício da autonomia privada no processo, pode ser um dos instrumentos que, ao mesmo tempo que mitiga o formalismo

¹⁷² BEDAQUE, José Roberto dos Santos – *Op. Cit.*, pp.51-52.

¹⁷³ Segundo a moderna doutrina: “É de grande importância a regra da instrumentalidade das formas, concebida para conduzir a essa interpretação e consistente na afirmação de que, quando atingido por algum modo o objetivo e determinado ato processual e não ocorrendo prejuízo a qualquer dos litigantes ou ao correto exercício da jurisdição, nada há a anular ainda quando omitido o próprio ato ou realizado com transgressão a exigências formais (CPC, arts. 277 e 282, § 1º - infra, n. 135). As exigências formais estão na lei para assegurar a produção de determinados resultados, como meios preordenados a determinados fins: o que substancialmente importa é o resultado obtido, ou o fim atingido, e não tanto a regularidade formal no emprego dos meios”. (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho – **Teoria Geral do Novo Processo Civil**, p.31).

¹⁷⁴ ARAÚJO, José Henrique Mouta – *Op. Cit.*, p. 36.

processual, calcado em normas procedimentais pré-estabelecidas, contribui para a tutela jurisdicional efetiva sem sacrificar direitos e garantias fundamentais.

CAPÍTULO 3 – NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO COMO CONTRIBUTO PARA UMA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

Enfim, o terceiro e último capítulo, no qual será abordado o negócio jurídico processual atípico e sua contribuição para a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva.

Antes de abordar o pano de fundo, necessário perpassar por alguns aspectos relevantes para a escoreita compreensão da temática em testilha.

Evidentemente, o negócio jurídico processual atípico não é uma solução definitiva e única para a problemática alusiva à tutela jurisdicional efetiva. Entrementes, pode constituir um poderoso instrumento que, a um só passo, privilegia a autonomia privada no processo e a possibilidade da prestação de uma tutela jurisdicional sob medida.

3.1. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL TÍPICO

Diante do publicismo impingido ao Direito Processual, soa estranho falar em autonomia privada na seara processual, contudo trata-se de uma realidade. Essa assertiva se mostra bem presente quando se atenta para os denominados negócios jurídicos processuais. A confissão, desistência do pedido e transação, *v. g.*, são exemplos de negócios processuais com vista a autocomposição do litígio e, como tais, “se inserem no âmbito da autonomia privada (...)”¹⁷⁵.

Considerando que estão expressamente previstos nos respectivos Códigos (Português e Brasileiro), tais negócios são denominados pela doutrina de negócios jurídicos processuais típicos¹⁷⁶.

Dessa forma, sempre que a lei tratar de forma expressa um negócio jurídico processual, tem-se ali um negócio jurídico processual classificado como típico¹⁷⁷.

¹⁷⁵ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de – *Op. Cit.*, p. 618.

¹⁷⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção – *Op. Cit.*, p. 389.

¹⁷⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção – *Op. Cit.*, pp. 387-388.

3.1.1. Alguns exemplos no Código de Processo Civil Português

O CPCP prevê outros negócios jurídicos processuais cuja autonomia privada desponta nítida. À guisa de exemplos, confira-se: pactos privativo e atributivo de jurisdição (art.º 94.º), competência convencional (art.º 95.º), prorrogabilidade dos prazos (art.º 141.º), suspensão do processo por acordo das partes (art.º 272.º), mediação e suspensão da instância (art.º 273.º), inquirição de testemunhas por acordo das partes (art.º 517.º), acordo sobre garantia do crédito exequendo (art.º 807.º), etc.

3.1.2. Alguns exemplos no Código de Processo Civil Brasileiro

O CPCB também prevê negócios jurídicos processuais que privilegiam a autonomia privada, tais como eleição de foro (art. 63), calendário para a prática dos atos processuais (art. 191), suspensão do processo (art. 313, inc. II), acordo para não realização de audiência de conciliação (art. 334, § 4º, inc. I), adiamento de audiência (art. 362, I), escolha do perito (art. 471), etc.

3.2. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO OU CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL

Como se pôde observar nos tópicos anteriores, o negócio jurídico processual típico precede de expressa e específica previsão legal.

Lado outro, o negócio jurídico processual atípico, como o próprio nome sugere, não está previamente tipificado. Resulta de uma cláusula geral de negociação processual.

A despeito da relevância dos negócios processuais típicos, atualmente os holofotes tendem a voltarem-se para o negócio jurídico processual atípico ou cláusula geral de negociação processual, consoante ver-se-á a seguir.

3.2.1. Inovação do Código de Processo Civil Brasileiro

Trata-se de um instituto inovador previsto no art. 190¹⁷⁸ do CPCB, que permite a realização de negócios jurídicos antes ou durante o processo, versando sobre mudanças no procedimento, ajustando os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes. Para tanto, as partes devem ser plenamente capazes, e o direito substantivo adjacente ao negócio jurídico admitir autocomposição¹⁷⁹. Outrossim, o juiz pode, de ofício ou a requerimento do prejudicado, reputar inválido o negócio celebrado “nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.” Quanto aos seus requisitos de validade, são os mesmos concernentes ao direito material¹⁸⁰⁻¹⁸¹.

O negócio processual atípico tem como objeto os procedimentos inerentes ao processo e não o direito substantivo em discussão, isto é, “negocia-se sobre o processo, alterando suas regras, e não sobre o objeto litigioso do processo.”¹⁸².

O CPCP dispõe de dispositivo cujo resultado prático é o mesmo, ou seja, permite a adequação do processo às especificidades do caso concreto¹⁸³. Contudo, a adequação formal do processo consiste num dever do Juiz. “Deve, assim, o juiz, *oficiosamente*, quando a forma legal

¹⁷⁸ Código de Processo Civil Brasileiro, 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.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”

¹⁷⁹ Deve-se ter em mente que direitos que admitem autocomposição diferem de direitos indisponíveis. Com efeito, existem direitos indisponíveis que admitem autocomposição, ou seja, nem todos os direitos que admitem autocomposição são disponíveis.

¹⁸⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – *Op. Cit.*, p. 761.

¹⁸¹ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero ressaltam que o negócio processual não pode incidir ou limitar os poderes do juiz, sob pena de nulidade (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Código de Processo Civil Comentado*, p. 320).

¹⁸² DIDIER JR., Fredie – *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Volume I. 19.^a ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. ISBN: 978-85-442-1010-9. p. 430.

¹⁸³ Código de Processo Civil, art. 547.º (Adequação Formal): “O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo”.

não for a que *melhor* se adequa às especificidades do caso concreto, adaptar a tramitação abstratamente prevista na lei, pela prática de atos que melhor se ajustem ao fim do processo.”¹⁸⁴

O predito princípio foi introduzido no art. 265-A do CPCP/1961 pelo Decreto-Lei nº 329-A/95, com a seguinte redação: “quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente e com o acordo das partes, adaptar o processado”¹⁸⁵.

Antes mesmo de entrar em vigor, ou seja, no prazo da *vacatio legis*, a redação do sobredito dispositivo foi alterada pelo Decreto-Lei nº 180/96, passando a prever o seguinte: “quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática de actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações”¹⁸⁶⁻¹⁸⁷.

Atualmente, no CPCP/2013, a redação é a seguinte: “O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo”¹⁸⁸.

Verifica-se que houve uma evolução antagônica com a autonomia privada das partes no processo. Inicialmente, era imprescindível o acordo das partes. Depois, mas antes mesmo do

¹⁸⁴ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de – *Op. Cit.*, p. 84.

¹⁸⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca – O princípio da adequação formal do direito processual civil português. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 1 (2012), No. 11. p. 6665-6685. [Em linha]. [Consult. 12 ago. 2019]. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/11/2012_11_6665_6685.pdf.

¹⁸⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca – O princípio da adequação formal do direito processual civil português. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 1 (2012), No. 11. p. 6665-6685. [Em linha]. [Consult. 12 ago. 2019]. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/11/2012_11_6665_6685.pdf.

¹⁸⁷ Essa alteração teve a seguinte justificativa, que deixa claro o afastamento da autonomia privada das partes no tocante ao princípio da adequação formal: “No âmbito do princípio da adequação formal, a que dá guarida o artigo 265.º-A, princípio que é expressão do carácter funcional e instrumental da tramitação relativamente à realização do fim essencial do processo, regressa-se à formulação do projecto, condicionando a adequação à prévia audição — mas não ao acordo — das partes. Efectivamente, a adequação não visa a criação de uma espécie de processo alternativo, da livre discricionariedade dos litigantes, mas possibilitar a ultrapassagem de eventuais desconformidades com as previsões genéricas das normas de direito adjectivo” (DECRETO-LEI N.º 180/96, de 25 de Setembro. **Diário da República - Série I-A**. [Em linha]. N.º 223/1996 (1996-05-29). Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/214238>).

¹⁸⁸ CPCP, artigo 547.º.

dispositivo entrar em vigor, as partes deveriam ser apenas ouvidas. Atualmente, a oitiva das partes é dispensada.

Portanto, infere-se que, embora o *Codex* Português permita a adequação formal do processo às especificidades da causa, esse procedimento consiste num dever do Juiz, subordinado, portanto, à sua iniciativa e/ou aquiescência¹⁸⁹. Vale dizer, a autonomia privada não desponta como fator marcante nesse instituto. Noutras palavras, as partes não possuem autonomia para, com o influxo da sua comunhão de vontade, alterar a marcha processual. Isso demonstra claramente que, no tocante aos negócios jurídicos processuais atípicos, o publicismo processual ainda prepondera no CPCP¹⁹⁰.

É de bom alvitre registrar, ademais, que o princípio da adequação formal não se confunde com o dever de gestão processual previsto no art. 6.º do CPCP. A esse respeito, Jorge Augusto Pais do Amaral leciona que “Basta atentar em que o Código faz uma referência autônoma à adequação formal no artigo 547.”¹⁹¹⁻¹⁹².

Este modelo português, de atribuir somente ao Juiz a decisão sobre a adequação do processo às especificidades da causa, recebe críticas doutrinárias, notadamente porque, sendo uma decisão que afetará todas as partes, não poderia ser tomada ao livre alvedrio do Juiz¹⁹³.

Por outro giro, a cláusula geral de negociação processual prevista no *Codex* brasileiro coloca a autonomia privada como o núcleo do instituto, isto é, uma *conditio sine qua non*. Em última análise, o dispositivo em tela permite que as partes criem normas processuais¹⁹⁴, vale

¹⁸⁹ Nota-se que o dever de adequação formal correlaciona-se com o dever de gestão processual, previsto no art. 6.º do CPCP.

¹⁹⁰ CÂMARA, Helder Moroni – **Negócios processuais: condições, elementos e limites**. São Paulo: Almedina, 2018. ISBN: 978-858-49-3276-4. pp. 60-61.

¹⁹¹ AMARAL, Jorge Augusto Pais de – *Op. Cit.*, p. 25.

¹⁹² Sobre o dever de gestão processual, Jorge Augusto Pais de Amaral salienta que, ao atribuir ao juiz a direção ativa do processo, “impõe-lhe o dever de organizar o trabalho do tribunal por forma a que o litígio termine por uma resolução justa com a celeridade possível. Para alcançar tal desiderato, o juiz deve praticar e mandar praticar os atos necessários à simplificação e agilização do processo (AMARAL, Jorge Augusto Pais de – *Op. Cit.*, pp. 24-25).

¹⁹³ FARIA, Guilherme Henrique Lage – **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: Juspodivm. ISBN: 978-85-442-1213-4. pp. 208-209.

¹⁹⁴ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti – **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. 1.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN: 978-85-309-7984-3. p. 116.

dizer, a vontade das partes passa a ser fonte de direito processual¹⁹⁵. E mais: “São negócios que derrogam normas processuais”¹⁹⁶.

Para Fredie Didier Jr., essa autonomia privada consagra o “princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo”¹⁹⁷ visando “tornar o processo jurisdicional um espaço propício para o exercício da liberdade”¹⁹⁸.

Como se vê, o novo CPCB, seguindo as inclinações do direito inglês e do direito francês, positivou, além do já conhecido negócio jurídico processual típico, o negócio processual atípico, na forma de uma verdadeira cláusula geral de negociação processual¹⁹⁹.

A cláusula geral de negociação processual trazida pelo novo CPCB despertou extremo interesse doutrinário. Aliás, uma parcela da doutrina tem defendido que essa novidade deu ensejo a um novo princípio: o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil²⁰⁰.

Oportuno salientar que o negócio jurídico processual atípico independe de qualquer ato homologatório judicial. A despeito disso, cabe ao magistrado exercer o controle de validade deste, seja de ofício, seja por requerimento das partes²⁰¹.

Nota-se, pois, que o ordenamento jurídico brasileiro positivou um instituto de extrema relevância para o processo civil, privilegiando a autonomia privada numa seara marcada pelo publicismo processual. Com isso, permite que as partes pratiquem “autênticos atos de autorregulação dos próprios interesses”²⁰².

¹⁹⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca ... [et al.] – **Execução e Recursos: comentários ao CPC 2015**. Volume 3. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. ISBN: 978-85-309-8175-4. p. 28.

¹⁹⁶ DIDIER JR., Fredie – *Op. Cit.*, p. 430.

¹⁹⁷ DIDIER JR., Fredie – *Op. Cit.*, p. 149.

¹⁹⁸ DIDIER JR., Fredie – *Op. Cit.*, p. 151.

¹⁹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção – *Op. Cit.*, p. 389.

²⁰⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção – *Op. Cit.*, p. 389.

²⁰¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção – *Op. Cit.*, p. 394.

²⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho – **Teoria Geral do Novo Processo Civil**, p. 188.

3.2.2. Inspiração proveniente do Direito Francês (*contrat de procédure*)

Embora não encontre precedente idêntico no direito comparado, o legislador brasileiro teve forte inspiração no Direito Francês na formulação do negócio jurídico processual atípico ou cláusula geral de negociação processual²⁰³.

Antonio do Passo Cabral²⁰⁴ aborda os aspectos históricos dos negócios jurídicos processuais na França. O autor salienta que os negócios jurídicos processuais tiveram seu nascedouro na jurisprudência. Surgiram com o escopo de imprimir maior flexibilidade ao processo diante do fracasso decorrente da rigidez processual e da sucumbência dos meios de adaptação existentes.

Ainda, segundo o autor, o ano de 1985 foi marcado pelo surgimento de acórdãos da Corte de Cassação apreciando a temática e, naquele mesmo ano, foi realizado um relevante colóquio sobre os negócios jurídicos processuais.

Os primeiros negócios processuais, provenientes de entendimento jurisprudencial, tiveram como foco a celebração de “acordos coletivos”, denominados protocolos de procedimento. Tais acordos processuais eram celebrados entre o Tribunal e a Ordem dos Advogados, como também entre o Tribunal e outras classes profissionais relacionadas à administração da justiça (peritos, p. ex.). O escopo era adaptar os procedimentos às peculiaridades regionais.

Consoante o citado autor, num segundo momento surgiram negócios jurídicos processuais cujo objetivo foi a informatização do processo judicial. Esses acordos, considerados coletivos, dispunham sobre prazos processuais, comunicação dos atos processuais, regras sobre audiências, etc. À guisa de exemplo, foi celebrado negócio jurídico processual com a Ordem dos Advogados dispondo sobre regras atinentes à comunicação e ao compartilhamento eletrônico de documentos e dados em processos civis e penais.

²⁰³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção – *Op. Cit.*, p. 389.

²⁰⁴ CABRAL, Antonio do Passo – **Convenções Processuais**. 2.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2018. ISBN 978-85-442-1943-0. p. 130.

Como fruto de construção jurisprudencial e doutrinária, o negócio jurídico processual, no que se pode denominar de “terceira fase”, passou a integrar o direito positivo, culminando na expressa previsão do calendário processual no art. 764 do CPC francês de 2005²⁰⁵.

Insta consignar que o Direito Inglês também permite adequação do procedimento às especificidades da causa, como fruto de um ambiente cooperativo com a participação das partes e do juiz, afastando-se, por conseguinte, do publicismo processual decorrente do protagonismo estatal²⁰⁶.

Todavia, o sistema inglês está assentado no poder-dever de gestão processual conferido ao juiz (*case management*). Logo, conquanto também tenha influído no sistema brasileiro, percebe-se uma menor intensidade em comparação com o sistema francês, haja visto que este último diz respeito, precisamente, a negócio jurídico processual fruto de acordo de vontades.

3.2.3. Alguns exemplos de sua aplicação prática apresentados pela doutrina

Para melhor compreensão acerca do negócio processual atípico, Fredie Didier Jr. enumera alguns exemplos, o que vale conferir: “acordo de instância única, acordo de ampliação ou redução de prazos, acordo para superação de preclusão, acordo de substituição de bem penhorado, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória, acordo para dispensa de caução em execução provisória, acordo para limitar número de testemunhas, acordo para autorizar intervenção de terceiro fora das hipóteses legais, acordo para decisão por equidade ou baseada em direito estrangeiro ou consuetudinário, acordo para tornar ilícita uma prova, litisconsórcio necessário convencional, etc.”²⁰⁷.

Os Enunciados 19 e 21 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis (FPPC) também apresentam alguns exemplos de negócios jurídicos processuais atípicos: Enunciado 19: “São admissíveis os seguintes negócios processuais, entre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas

²⁰⁵ CABRAL, Antonio do Passo – *Op. Cit.*, p. 135.

²⁰⁶ FARIA, Guilherme Henrique Lage – *Op. Cit.*, p. 173.

²⁰⁷ DIDIER JR., Fredie – *Op. Cit.*, pp. 430-431.

processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogorias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal.” Enunciado 21: “São admissíveis os seguintes negócios, entre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais.”

Esses exemplos, que não constituem um rol *numerus clausus*, demonstram a vasta possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos.

3.2.4. Mitigação do publicismo processual

3.2.4.1. Breve retrospectiva histórica: do processo como “coisa das partes” até sua publicização

Embora exista consenso no reconhecimento do Direito Processual como “um ramo de direito público próprio e autônomo (...)”²⁰⁸, nem sempre foi compreendido assim. Nos séculos XVIII e XIX, v. g., o processo ganhou contornos de contrato, oriundo da vontade das partes. Época na qual o Estado não interferia efetivamente na vida privada das pessoas, cabia aos particulares, em comum acordo, se sujeitarem ou não ao processo. A vontade das partes tinha um papel fundamental para o processo. Aliás, sem o consenso das partes nem sequer existia processo²⁰⁹.

²⁰⁸ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de – *Op. Cit.*, p. 22.

²⁰⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção – *Op. Cit.*, p. 158.

Segundo Miguel Teixeira de Sousa, durante o liberalismo, o processo reunia os mesmos aspectos do contrato. Tal qual o contrato era concebido como expressão da autonomia privada das partes, com a confluência das vontades dos contraentes, assim também era o processo, que era subordinado à vontade das partes. Ao juiz era atribuído um papel passivo e não interveniente²¹⁰.

Ainda segundo o autor, o *Code de Procédure Civile* de 1806, que recebeu o influxo da codificação napoleônica, demonstrou claramente o aspecto liberal do processo. O referido diploma adjetivo conferia meridiano protagonismo às partes, ao passo que o juiz atuava como mero coadjuvante²¹¹.

O Direito Processual concebido como ramo de direito público e autônomo foi construído entre o final do século XIX e o fim do século XX²¹². Houve relevantíssima contribuição do processualista alemão Oskar von Bülow que, no século XIX (ano 1968), publicou a clássica obra “*Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*”, a partir da qual fora reconhecida a “autonomização” do processo enquanto relação jurídica processual²¹³.

A partir de então, passou a existir consenso na publicização do processo. Partiu-se do privatismo processual e construiu-se, paulatinamente, o publicismo processual, enquadrando-o cientificamente como ramo de direito público e autônomo.

Uma crítica que se faz ao publicismo processual é o desprezo à vontade das partes²¹⁴, sendo que, ao considerar-se o princípio dispositivo, sem exteriorização da vontade das partes nem sequer existiria lide a ser submetida à apreciação do Poder Judiciário.

No entanto, consoante veremos adiante, apesar da passagem do privatismo ao publicismo processual, vislumbra-se o surgimento de novos traços de privatismo no direito processual.

²¹⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de – *Op. Cit.*, pp. 24-25.

²¹¹ SOUSA, Miguel Teixeira de – *Op. Cit.*, p. 25.

²¹² DIDIER JR., Fredie – *Op. Cit.*, p. 150.

²¹³ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de – *Op. Cit.*, p. 24.

²¹⁴ CABRAL, Antonio do Passo – *Op. Cit.*, p. 122.

3.2.4.2. Processo sob medida: uma quebra de paradigma

Nota-se que o negócio processual atípico permite profundas alterações nas regras processuais. Em verdade, trata-se de uma quebra de paradigma. Normalmente os procedimentos afetos ao processo estão previamente previstos, cabendo à parte submeter o seu caso concreto ao procedimento positivado. Ao admitir-se o negócio jurídico processual atípico, ocorre o oposto, ou seja, ao invés de o caso concreto se amoldar ao processo, o processo que se amolda ao caso concreto.

O mais marcante neste instituto é que seu núcleo existencial reside na autonomia privada. Noutros tempos, notadamente após a concepção do Direito Processual como ramo de direito público e autônomo, a coexistência de regras processuais e a autonomia privada seria algo considerado teratológico.

Aliás, Oskar von Bülow, precursor do publicismo processual, defendia a tese de que os negócios jurídicos processuais não poderiam subsistir. O processo deveria ser regido por normas públicas e imperativas, que não poderiam ser alteradas pelas partes. Noutra palavras, as regras processuais jamais poderiam ceder espaço ao exercício da autonomia privada. Com baldrame nesse entendimento, surgiu a assertiva no sentido de que o denominado “processo convencional” deveria ser proibido²¹⁵.

O exercício da autonomia privada no processo, tal como concebido no art. 190 do CPCB, não encontra paralelo idêntico no direito comparado. Consiste, pois, numa genuína inovação que rompe com a concepção extremamente publicista inerente ao processo²¹⁶.

Os negócios jurídicos processuais, com a flexibilização processual que lhe é própria, defluem do processualismo constitucional democrático²¹⁷. O processo democrático reclama algo muito além do mero protagonismo do juiz. Às partes, na condição de destinatárias do provimento jurisdicional, deve ser assegurado maior protagonismo.

²¹⁵ CABRAL, Antonio do Passo – *Op. Cit.*, p. 110.

²¹⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et. al.] - **Teoria geral do processo: comentários ao CPC 2015: parte geral**. 2.^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. ISBN: 978-85-309-7711-5. pp. 1186-1187.

²¹⁷ FARIA, Guilherme Henrique Lage – *Op. Cit.*, p. 27.

Se é lícito às partes renunciarem ao próprio direito material vindicado; com muito mais razão, deve-se permitir às partes o direito de definir o melhor caminho a ser percorrido para o deslinde da causa²¹⁸⁻²¹⁹. Essa conduta das partes não subtrai do juiz o seu poder-dever de decidir conforme o seu livre convencimento motivado.

Veja que, segundo o princípio dispositivo, somente existe processo se a parte acionar o Poder Judiciário. Trata-se de um ato jungido pela autonomia privada, permitindo concluir que, sem exercício da autonomia privada, não existe processo judicial.

Em verdade, o princípio dispositivo é uma regra fundamental no processo civil, traduzindo o respeito à liberdade e à iniciativa privada²²⁰⁻²²¹.

Para Mariana França Gouveia, o princípio dispositivo, sob a óptica processual, traduz-se no princípio constitucional do direito à propriedade e à autonomia privada. O processo, embora autônomo ao direito material, não é um fim em si mesmo. Tem como escopo solucionar um litígio de direito material que, quando disponível, compreende o exclusivo interesse da parte na sua judicialização. Nesta perspectiva, o interesse público está adstrito ao dever de aplicar o direito ao caso concreto. Todavia, são as partes que delimitam o objeto da demanda²²².

²¹⁸ OLIVEIRA, Pedro Miranda de - **Novíssimo Sistema Recursal Conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. ISBN: 978-85-9477-029-5. p. 297.

²¹⁹ Para José Eduardo Carreira Alvim, as partes, na condição de titulares de direitos materiais vindicados em juízo, também são, na condição de sujeitos no processo, titulares de direitos processuais sobre os quais podem dispor (ALVIM, J. E. Carreira – **Teoria geral do processo**. 21.^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN: 978-85-309-7755-9. pp. 217-218).

²²⁰ GOUVEIA, Mariana França – O princípio dispositivo e a alegação de factos em processo civil: a incessante procura da flexibilidade processual. **Revista da Ordem dos Advogados**. 2013, Vol. II/III, No. 73. p. 595-617 (p. 9). [Em linha]. [Consult. 17 fev. 2019]. Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7Bede93150-b3ab-4e3d-baa3-34dd7e85a6ef%7D.pdf>.

²²¹ Segundo Marcus Vinicius Rios Gonçalves, o Novo Código de Processo Civil Brasileiro da real “validade ao princípio dispositivo permitindo que, nos processos em que seja lícita a autocomposição, as partes negociem não apenas sobre o direito material discutido, mas sobre o próprio procedimento, estabelecendo convenções sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Isso pode ocorrer antes ou durante o processo. Pode, por exemplo, ser estabelecido por contrato, cabendo ao juiz controlar a validade da convenção, na forma do parágrafo único do art. 190” (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios – **Novo curso de direito processual civil**. Volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1^a parte). 15.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 978-85-472-2368-7. pp. 271-272).

²²² GOUVEIA, Mariana França – O princípio dispositivo e a alegação de factos em processo civil: a incessante procura da flexibilidade processual. **Revista da Ordem dos Advogados**. 2013, Vol. II/III, No. 73. p. 595-617 (p. 8). [Em linha]. [Consult. 17 fev. 2019]. Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7Bede93150-b3ab-4e3d-baa3-34dd7e85a6ef%7D.pdf>.

Nesse contexto, é o princípio dispositivo “que estabelece os limites de decisão do juiz — aquilo que, dentro do âmbito de disponibilidade das partes, estas lhe pediram que decidisse. Só dentro desta limitação se admite a decisão”²²³.

À medida que as partes – com baldrame na sua autonomia privada – têm o direito potestativo de iniciar uma ação judicial e delimitar o objeto da demanda, parece não existir ingerência desarrazoada na definição, pelas próprias partes, dos procedimentos inerentes ao processo que melhor atendam seus interesses. Afinal, ao juiz será preservado o exercício da jurisdição, consistente na máxima *da mihi factum, dabo tibi ius*.

Em reforço, como bem refere João de Castro Mendes, as partes podem até mesmo renunciar antecipadamente ao direito de recorrer mediante contrato ou convenção nos próprios autos do processo²²⁴. Veja-se que, segundo a doutrina majoritária, o princípio do duplo grau de jurisdição consiste numa garantia constitucional²²⁵.

Ademais, os negócios processuais devem respeitar o ordenamento jurídico, principalmente no que diz respeito à possibilidade de autocomposição sobre o direito em litígio, capacidade processual e adequada representação.

A simples exigência de o direito material subjacente admitir autocomposição já demonstra a plausibilidade jurídica do negócio jurídico processual atípico. Significa dizer que a celeuma poderia ser solucionada por intermédio da arbitragem²²⁶. Logo, se a lide poderia ser solucionada à revelia do Poder Judiciário, mediante procedimento convencionado pelas partes,

²²³ GOUVEIA, Mariana França – O princípio dispositivo e a alegação de factos em processo civil: a incessante procura da flexibilidade processual. **Revista da Ordem dos Advogados**. 2013, Vol. II/III, No. 73. p. 595-617 (p. 8) [Em linha]. [Consult. 17 fev. 2019]. Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7Bede93150-b3ab-4e3d-baa3-34dd7e85a6ef%7D.pdf>.

²²⁴ As lições de João de Castro Mendes foram tecidas sob a óptica do art. 681.º do CPCP de 1961 (n.º 1) (MENDES, João de Castro – **Direito Processual Civil – Recursos**. Lisboa: AAFDL, 1985. p. 48), mas o atual Códex possui idêntico dispositivo no seu art. 632.º (n.º 1).

²²⁵ DONIZETTI, Elpídio - **Curso didático de direito processual civil**. 21.ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. ISBN: 978-85-97-01519-5. p. 1347.

²²⁶ Nas lições de Manuel Pereira Barrocas: “são arbitráveis todos os litígios relativos a interesses patrimoniais ou mesmo os não patrimoniais [...], salvo quando lei especial expressamente não o admita em favor do exclusivo dos tribunais do Estado ou, em relação à determinada matéria específica, em favor da arbitragem necessária” (BARROCAS, Manuel Pereira – **Lei de Arbitragem Comentada**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN: 978-972-40-7584-6. p. 27).

por que não poderia ser solucionada, com cunho de definitividade, por um juiz de primeiro grau investido na jurisdição estatal?

Ao ensejo, torna-se digno de nota o magistério doutrinário de José Lebre de Freitas e Cristina Máximo dos Santos que, comentando entendimento do Tribunal Constitucional Português, registram que as decisões dos tribunais arbitrais são dotadas “da estabilidade e da força características do caso julgado”. Ressaltam, ainda, que tais “características em nada restringem o acesso ao direito e aos tribunais garantido pelo artigo 20.º da CRP”²²⁷.

Se os litígios que admitem autocomposição podem ser solucionados por intermédio da arbitragem, com força de coisa julgada, com muito mais razão as partes podem convencionar regras processuais que serão inexoravelmente submetidas ao crivo do Poder Judiciário que, verificando sua nulidade, reputar-lhes-ão inválidas.

Inegavelmente, a autonomia privada das partes reveste-se de hialina relevância na seara dos direitos que admitem autocomposição. Nas palavras de Jorge Morais Carvalho, a “autonomia privada permite, por exemplo, a alienação de um bem que se é proprietário, mas também permite a sua utilização ou destruição”²²⁸.

Percebe-se não existe justificativa juridicamente plausível para reprochar os negócios jurídicos processuais atípicos, mormente porque estão circunscritos a direitos que admitem autocomposição e, portanto, eventual litígio poderia ser solucionado via arbitragem. Nada obstante, tratando-se de direitos disponíveis, as partes podem, no campo da sua autonomia privada, dispor como melhor lhe aprouver. Podem, inclusive, conforme apontado por Jorge Morais, até mesmo destruir os bens de sua propriedade.

Ademais, consoante ver-se-á em tópico próprio, o negócio jurídico processual atípico não está imune ao controle judicial. O juiz tem o dever de, inclusive oficiosamente, reputar inválido o negócio jurídico processual que atente contra a ordem jurídica.

Deve-se ter em mente que o provimento jurisdicional (sentença ou acórdão), embora seja um ato do juiz ou do tribunal, é fruto de intensa dialeticidade das partes e, em regra, somente a elas surte efeitos. Segundo o magistério doutrinário de José Alberto dos Reis, “para

²²⁷ FREITAS, José Lebre de; SANTOS, Cristina Máximo dos – **O Processo Civil na Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN: 978-972-32-1575-5. pp. 279-280.

²²⁸ CARVALHO, Jorge Morais – *Op. Cit.*, p. 12.

o bem ou para o mal, a sentença, se é um acto do Juiz, é ao mesmo tempo o produto de intensa e activa colaboração das partes. Por isso a sentença tem, como destinatários naturais, as partes e só as partes”²²⁹.

Assim, no atual modelo de processo, regido por regras que privilegiam, v. g., a cooperação processual, a figura do juiz autocrático deve ceder espaço para um processo no qual as partes também possam, em comum acordo, deliberar sobre o rumo do processo.

3.3. AUTONOMIA PRIVADA, PROCESSO E TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA: O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO COMO CONTRIBUTO PARA ESSE DESIDERATO

Incumbe ao processualista, na busca da tão almejada tutela jurisdicional efetiva, auxiliar o Poder Judiciário e a ciência processual. Para tanto, é necessário revisitar velhos institutos e propor a criação de outros. Também é necessário um olhar diferenciado para o contexto atual²³⁰.

É necessária uma releitura do conceito de processo. Este não pode ser mais concebido como um instrumento presidido pelo juiz como seu sujeito mais importante. O processo deve ser participativo. O resultado final deve ser produzido pelas partes em conjunto com o juiz²³¹.

Desponta perceptível a necessidade da democratização do processo. As partes, na condição de destinatárias do provimento final, merecem respeito à sua autonomia privada. O exercício desta autonomia, mediante a celebração de negócio jurídico processual atípico, desprende-se da ideia de protagonismo judicial, ao mesmo passo que não chega ao ponto de

²²⁹ REIS, José Alberto dos – **A Figura do Processo Cautelar - Eficácia do Caso Julgado em Relação a Terceiros**. Porto Alegre: AJURIS, 1985. p. 80.

²³⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de – **Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo**. 8.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN: 9788547230616. p. 29.

²³¹ Para Alexandre Freitas Câmara, “O processo não pode mais ser compreendido como um mecanismo a ser conduzido pelo juiz como seu sujeito mais importante. É preciso ter do processo uma visão participativa, policêntrica, por força da qual juiz e partes constroem, juntos, seu resultado final. Não existe, pois, uma relação processual entre Estado-Juiz e partes, com o Estado em posição de superioridade. O que existe é um procedimento em contraditório destinado à construção dos provimentos estatais, em que todos os sujeitos interessados participam, em igualdade de condições, na produção do resultado. Este procedimento participativo, policêntrico, que se desenvolve em contraditório é, precisamente, o processo”. (CÂMARA, Alexandre Freitas – **O novo processo civil brasileiro**. 4.^a ed. - São Paulo: Atlas, 2018. ISBN: 978-85-97-01436-5. p. 27).

inaugurar uma nova fase do privatismo processual. Trata-se, em verdade, de uma perspectiva de processo híbrido²³².

Sob esse prisma, as partes tornam-se protagonistas. Não são mais concebidas como meras coadjuvantes. A autonomia privada, como conceito constitucional, impera sobre uma antiga ideologia processual marcada pelo arbítrio e centralismo do órgão judicante frutos do apego exacerbado ao publicismo impingido ao processo”²³³.

O exercício da autonomia privada no processo apresenta-se “como uma das respostas possíveis à crise da justiça, à saturação dos Tribunais e à demora dos processos”²³⁴.

Nesse contexto, torna-se oportuno e pertinente, ante a relevância que a doutrina atribui ao tema, a análise da coexistência de autonomia privada e processo como forma de contribuir para uma tutela jurisdicional efetiva.

3.3.1. Autonomia privada como corolário do direito fundamental à liberdade e do princípio da dignidade da pessoa humana

Para Leonardo Carneiro da Cunha, o exercício da autonomia privada no processo decorre do princípio fundamental da liberdade, previsto no art. 5.º da CRFB. Ainda, segundo o autor, o direito ao autorregramento está inserto no direito fundamental à liberdade, o que justifica o denominado princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo”²³⁵.

No mesmo sentido, Helena Najjar Abdo assevera que, a despeito da inexistência de previsão constitucional expressa sobre a liberdade das partes no processo, esta deflui do direito

²³² FARIA, Guilherme Henrique Lage – *Op. Cit.*, p. 115.

²³³ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César; THIBAU, Vinícius Lott (Coord.) – **O Direito Privado e o novo Código de Processo Civil: repercussões, diálogos e tendências**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. ISBN 978-85-450-0456-1. p. 311.

²³⁴ RAATZ, Igor – **Autonomia Privada e Processo Civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto**. Salvador: JusPodivm, 2016. ISBN 978-85-442-1277-6. p. 232.

²³⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da – **A Fazenda Pública em Juízo**. 15.ª ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN: 978-85-309-7968-3. pp. 1018-1019.

fundamental à liberdade, esculpido no art. 5.º da CRFB, somada às garantias do devido processo legal (art. 5.º, LIV) e da legalidade (art. 5.º, II)²³⁶.

Deveras, no Estado Democrático de Direito, outorga-se ao cidadão a liberdade de realizar suas próprias escolhas e de autorregular seus interesses²³⁷. Claro que a autonomia da vontade concebida no modelo liberal econômico não tem lugar na atualidade. Todavia, com uma “dose de bom senso jurídico”, o exercício da autonomia privada no âmbito processual pode trazer muitos benefícios.

Sob a matiz constitucional portuguesa, a autonomia privada aflora como elementar da iniciativa privada, consoante dicção dos artigos 1.º, 27.º, n.º 1 e 61.º da CRP, consistente no direito de autodeterminação de cada indivíduo²³⁸. Outrossim, a autonomia privada também tem baldrame no art. 26.º, n.º 1 da CRP, conforme aponta Carlos Alberto da Mota Pinto²³⁹.

Ainda sob o manto constitucional, a autonomia privada consiste num dos desdobramentos do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana. Para viver com dignidade, a pessoa precisa seguir sua vida de acordo com suas próprias escolhas. Portanto, conforme afirma Francisco Hupsel²⁴⁰, “a autonomia privada recebe a tutela constitucional e está ao abrigo do *princípio da dignidade (...)*”.

De acordo com Igor Raatz²⁴¹, “a importância atribuída aos negócios jurídicos processuais caminha lado a lado com o reconhecimento da autonomia privada como princípio fundamental do processo, que decorre diretamente da dignidade da pessoa humana e do princípio da liberdade”.

²³⁶ ABDON, Helena Najjar – **O abuso do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. ISBN: 978-85-203-3095-1. p. 77.

²³⁷ RAATZ, Igor – *Op. Cit.*, pp. 233-234.

²³⁸ ROQUE, Hélder Relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, com o n.º 884/09.7YXLSB.L1.S1, 1 de fevereiro de 2011. [Em linha]. [Consult. 24 fev. 2018]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstjf.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fba31312c594cb3880257b900033eb4c?OpenDocument>.

²³⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Op. Cit.*, p. 102.

²⁴⁰ HUPSEL, Francisco – *Op. Cit.*, p. 88.

²⁴¹ RAATZ, Igor – *Op. Cit.*, p. 231.

Verifica-se, portanto, que a autonomia privada encontra eco no direito fundamental à liberdade e no princípio da dignidade da pessoa humana.

3.3.2. Coexistência harmônica dos direitos e garantias processuais em rota de colisão

Quando se fala em tutela jurisdicional efetiva, surge um grande dilema: de um lado, o Estado deve garantir uma tutela jurisdicional efetiva; de outro lado, a pretexto de uma tutela jurisdicional efetiva, o Estado não pode suprimir direitos e garantias dos jurisdicionados.

Sobre o contraste entre tutela jurisdicional efetiva e garantias processuais, não se olvidando de que a tutela jurisdicional efetiva também é uma garantia processual-constitucional. O Professor Carlos Carranho Proença assevera que “A tutela jurisdicional efetiva não prescinde de um *processo legal devido* ou *processo justo definido por lei* (*due process of law*), o que apela à necessidade, consagrada no segundo parágrafo do art. 47.º da CDFUE^[242], dos processos judiciais serem, através da lei, adequados, eficazes e equitativos.”²⁴³.

Nada obstante, o Professor Carlos Carranho Proença alerta para outro ponto de extrema relevância: deve-se privilegiar as decisões de mérito em detrimento das decisões de forma, mesmo porque é a decisão de mérito que resolve o litígio à luz do direito material²⁴⁴. Deveras, o apelo exacerbado às formas acaba por tornar o processo demasiadamente moroso, deixando de priorizar a resolução do mérito em prazo razoável.

Sobre a necessidade de superar o formalismo processual, quando nocivo à efetividade do processo, Elias Marques leciona que “A visão meramente formal da ciência processual, a qual deveria ser autônoma e apenas reger com precisão técnica o fluxo dos autos praticados em um determinado processo, não é mais pauta do dia”²⁴⁵.

²⁴² CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

²⁴³ PROENÇA, Carlos Carranho – **Tutela Jurisdicional Efetiva no Direito da União Europeia / Dimensões Teóricas e Práticas**. Lisboa: Petrony, 2017. ISBN: 978-972-685-242-1. pp. 675-676.

²⁴⁴ PROENÇA, Carlos Carranho – **Op. Cit.**, p. 676.

²⁴⁵ MARQUES, Elias – Notas sobre a Efetividade do Processo e o Princípio da Proporcionalidade. In MEDEIROS NETO, Elias Marques de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coordenadores) – **Direito dos negócios aplicado. Volume II: direito processual**. Coimbra: Livraria Almedina, 2016. ISBN: 978-85-849-3081-4. p. 17.

A prevalência do fundo sobre a forma também decorre do princípio/dever de gestão processual conferido ao Juiz no art. 6.º, n.º 1 e 2, do CPCP. Incumbe ao Juiz o poder/dever de afastar as filigranas burocráticas e focar no escopo último do processo, que é justamente a “justa composição do litígio em prazo razoável”²⁴⁶.

No tocante, a questão que se coloca é como assegurar, a um só passo, a tutela jurisdicional efetiva e as garantias fundamentais. Uma coisa pode colidir frontalmente com a outra: uma tutela jurisdicional efetiva cujo único desiderato seja a decisão de mérito pode privar os jurisdicionados de direitos fundamentais de ordem processual (ampla defesa, contraditório, devido processo legal, etc.). Por outro prisma, o apego exacerbado aos direitos fundamentais (a exemplos dos elencados acima) pode resultar numa decisão tardia, que não atenda mais o fim a que se destina.

Diante dessa verdadeira dicotomia processual, parece-nos que privilegiar a autonomia privada na seara processual pode contribuir para a solução desse dilema. Embora não consista numa solução única e definitiva para a problemática alusiva à prestação jurisdicional sob o enfoque da efetividade, o exercício da autonomia privada no processo pode se tornar uma poderosa ferramenta a serviço das partes e do Estado-Juiz com vista a contribuir para a efetividade do processo, consubstanciando-se num meio-termo entre garantias processuais e tutela jurisdicional efetiva.

Na França, *v. g.*, o exercício da autonomia privada na seara processual está relacionado à frustração do centralismo estatal. Despontou-se, pois, como uma contribuição para a solução da problemática alusiva ao crescente número desordenado de processos, sendo certo que o aumento exacerbado do número de processos tem como consequência imediata a morosidade da justiça²⁴⁷. A morosidade da justiça, por seu turno, vai de encontro à tutela jurisdicional efetiva.

Consoante exposto no início deste tópico, a busca desenfreada por efetividade processual pode sacrificar garantias processuais. Por outro giro, o apego exacerbado às garantias processuais pode comprometer a efetividade que se espera do processo.

²⁴⁶ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de – *Op. Cit.*, p. 82.

²⁴⁷ RAATZ, Igor – *Op. Cit.*, p. 232.

Os negócios processuais atípicos não fogem dessa realidade. Conquanto constituam eloquente inovação no Direito Brasileiro, contribuindo sobremaneira para a flexibilização do processo e, por conseguinte, para uma prestação jurisdicional “sob medida”, não se pode olvidar da possibilidade de conflitos entre direitos de idêntico *status* constitucional.

Mesmo assim, perpassando a questão pelo critério da ponderação, os negócios processuais atípicos ainda despontam como um meio-termo que permite a coexistência harmônicas dos princípios em rota de colisão.

Não se trata, *tout court*, de submeter o juiz à vontade das partes, nem o oposto. Busca-se, com o negócio jurídico processual, equilíbrio, dando a cada parte o papel que lhe cabe no processo²⁴⁸.

Os negócios processuais não têm o condão de reprimar o processo enquanto “coisa das partes”, conforme concebido nos séculos XVIII e XIX. Tenciona-se, isso sim, um tratamento mais equânime entre os papéis processuais do juiz e das partes, reduzindo o protagonismo do juiz típico do publicismo processual²⁴⁹⁻²⁵⁰.

Portanto, conquanto o processo tenha ganhado traços privatistas em razão dos negócios processuais, isso não aboliu seu caráter publicista, afinal, o exercício da jurisdição é uma atividade intrínseca ao Estado-Juiz.

O direito deve acompanhar a evolução social-econômica. Sendo o processo um meio para a “materialização” do direito vindicado, com a entrega da prestação jurisdicional, deve-se estudar mecanismos capazes de imprimir celeridade e, por conseguinte, efetividade à tutela jurisdicional.

Nesse contexto, os negócios jurídicos processuais sobressaem como um poderoso instrumento que contribuem para uma tutela jurisdicional efetiva sem fustigar direitos e garantias processuais.

²⁴⁸ CABRAL, Antonio do Passo – *Op. Cit.*, p.153.

²⁴⁹ CABRAL, Antonio do Passo – *Op. Cit.*, p.153.

²⁵⁰ Sobre esse aspecto, vale a pena conferir as lições de Ricardo Villas Bôas Cueva: “O juiz, obviamente, desempenha papel central na gestão dos processos, mas as partes têm agora ampliada, por meio das convenções processuais, a possibilidade de interferir no modo e no tempo de condução do procedimento a fim de amoldá-lo às necessidades do caso concreto” (CARVALHO FILHO, Antônio (Coord.); SAMPAIO JUNIOR, Herval (Coord.) – **Os Juízes e o novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2017. ISBN: 978-85-442-1362-9. p. 196).

Em verdade, os negócios processuais vão ao encontro e contribuem diretamente para a asseveração de vários direitos de cunho processual. A esse respeito, Antonio do Passo Cabral²⁵¹ aponta, entre outros, os seguintes benefícios: (a) processo cooperativo e igualdade entre as partes; (b) eficiência processual; (c) acesso à justiça voltado para as necessidades das partes mediante a flexibilização e adaptação cooperativa do processo; (d) possibilidade de flexibilização e adaptação pelo juiz; (e) duração razoável e economia processual; (f) processo antes do processo e planejamento contratual.

Constata-se, portanto, que a priorização dos negócios jurídicos processuais atípicos resulta num meio-termo que contribui para a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva sem vergastar direitos e garantias processuais. Antes disso, os negócios processuais acabam por homenagear vários direitos de índole processual.

3.3.3. Limites à celebração de negócio jurídico processual

O negócio jurídico processual atípico não perpassa pelo juízo de conveniência do órgão judicante. Logo, o juiz vincula-se ao negócio jurídico entabulado entre as partes, limitando-se a examinar sua validade²⁵²⁻²⁵³⁻²⁵⁴. Noutras palavras, “O negócio jurídico processual trata da liberdade conferida às partes para transacionarem mudanças no procedimento, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, com fulcro no art. 190 do CPCB, e configura fonte de norma jurídica processual, vinculando, assim, o órgão julgador, que, em um Estado de Direito, deve observar e fazer cumprir as normas jurídicas válidas, inclusive as convencionais”²⁵⁵.

²⁵¹ CABRAL, Antonio do Passo – *Op. Cit.*, pp. 215-237.

²⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto – **Código de Processo Civil Anotado**. 21.^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN: 978-85-309-7700-9. p. 257.

²⁵³ MEDINA, José Miguel Garcia – **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 5.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7268-8. p. 344.

²⁵⁴ Para **Elpídio Donizetti** o negócio jurídico “vincula, na composição do litígio, partes, juiz e demais participantes da relação processual” (DONIZETTI, Elpídio – **Curso didático de direito processual civil**. 21.^a ed. São Paulo: Atlas, 2018. ISBN 978-85-97-01519-5. p. 197).

²⁵⁵ Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Agravo de Instrumento 10000190262774001 MG, Relator: João Cancio, Data de Julgamento: 30/07/2019, Data de Publicação: 30/07/2019.

Entretanto, existem limites à celebração dos negócios processuais. Assim como a autonomia privada sobre limitações no direito material, de outro modo não poderia ser no Direito Processual, sob pena de resgatar o processo compreendido pura e simplesmente como “coisa das partes”.

Com efeito, Fernando da Fonseca Gajardoni afirma a existência de seis requisitos de validade/eficácia dos negócios jurídicos processuais atípicos, sendo eles: (1) a situação jurídica transacionada seja de titularidade das partes negociantes; (2) a licitude do objeto do negócio jurídico processual; (3) a forma escrita; (4) a observância da autonomia privada das partes, devendo o juiz negar sua aplicação no caso de nulidade (erro, dolo, coação, etc.), inserção abusiva em contrato de adesão ou manifesta vulnerabilidade de uma das partes²⁵⁶; (5) as partes civilmente capazes; e (6) o direito subjacente ao negócio jurídico processual possa ser objeto de autocomposição²⁵⁷.

Como se vê, a maioria dos requisitos elencados por Gajardoni são extraídos do próprio dispositivo legal (CPCB, art. 190 e seu parágrafo único). Somente os requisitos alusivos à titularidade da situação jurídica e a licitude do objeto do negócio jurídico processual atípico não estão expressamente previstos no texto legal, sendo certo que a forma escrita é um consectário lógico da natureza do instituto em evidência.

Oportuno, pois, tecer algumas considerações sobre a titularidade da situação jurídica transacionada e a licitude do objeto do negócio processual.

²⁵⁶ Sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu pela invalidade do negócio jurídico processual atípico que privilegiava desproporcionalmente apenas uma das partes. Confira-se: AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO – NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL – INOBSERVÂNCIA DA BOA -FÉ – RELAÇÃO JURÍDICA DIAGONAL Cláusula que previu o "negócio jurídico processual" que se limitou a prever benefícios ao locador, como a redução dos prazos, desocupação do imóvel de forma imediata e sem garantia, recursos apenas com efeito devolutivo e custeio de eventuais provas sempre pelo locatário, a quem não foi prevista qualquer garantia ou vantagem. Em verdade, não se configurou negócio processual fruto de autonomia de vontades, mas sim de um modo de afastar a aplicação da lei específica quando esta se mostrava desfavorável ao autor da ação de despejo ou credor dos respectivos alugueis. Cláusula que dispensa o dever de prestar caução para fins de liminar que deve ser afastada. Declaração de invalidade que pode ser feita de ofício pelo julgador. RECURSO IMPROVIDO (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Agravo de Instrumento 2233478-88.2017.8.26.0000, Relator: Maria Lúcia Pizzotti, Data de Julgamento: 21/03/2018, 30ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/03/2018).

²⁵⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca ... [et al.] – **Execução e Recursos: comentários ao CPC 2015**, p. 28.

A primeira premissa a ser observada consiste na vedação de negócios jurídicos processuais atípicos dispondo sobre poderes e deveres do juiz ou do Tribunal²⁵⁸⁻²⁵⁹.

Evidentemente, não se pode, a ferro e fogo, engessar o juiz. Enquanto investido na jurisdição estatual, o julgador não pode ter suas funções alteradas pela vontade das partes, vale dizer, as partes não podem transacionar sobre deveres/poderes do juiz, salvo se este figurar no negócio jurídico processual (calendário processual, v. *g.*)²⁶⁰.

No que diz respeito à ilicitude do objeto, é de bom alvitre aduzir que os negócios jurídicos processuais não podem violar as garantias constitucionais do processo. A propósito, o Enunciado 37 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) apresenta um rol exemplificativo de hipóteses de vedações: “São nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) autorizem o uso de prova ilícita; b) limitem a publicidade do processo para além das hipóteses expressamente previstas em lei; c) modifiquem o regime de competência absoluta; e d) dispensem o dever de motivação”.

Assim, pode-se fixar uma segunda premissa no sentido da invalidade do negócio jurídico processual que viole, direta ou indiretamente, as garantias constitucionais dos litigantes²⁶¹.

²⁵⁸ A esse respeito, Humberto Teodoro Júnior leciona que “o juiz tem funções no processo que são inerentes ao exercício da jurisdição e à garantia do devido processo legal, sobre as quais, é óbvio, as partes não exercem o poder de dispor (THEODORO JÚNIOR, Humberto – **Curso de direito processual civil**, p. 829-830).

²⁵⁹ Sobre essa temática, a Ministra Nancy Andrighi proferiu decisão no Recurso Especial n. 1.698.696-SP apontando para a impossibilidade de as partes celebrarem convenções que afetam as atribuições dos órgãos judicantes. No caso concreto, as partes tencionavam que o acórdão não fosse publicado no Diário de Justiça. No entanto, a Ministra Nancy Andrighi asseverou “descabe as partes negociar sobre a dispensa de publicação de acórdão no Diário de Justiça, seja por se tratar de dever legal do órgão judiciário (art. 943, §2º, do CPC/15), seja porque a publicização do acórdão permite o controle social do conteúdo das decisões judiciais e a extração da *ratio decidendi* para a formação de precedentes, seja ainda porque as funções nomofilática, uniformizadora e paradigmática dos julgamentos proferidos nesta Corte superam quaisquer eventuais interesses subjetivos” (STJ - REsp: 1698696 SP 2017/0133311-4, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Publicação: DJ 14/08/2018).

²⁶⁰ Sobre o tema, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) aprovou o Enunciado 36, com a seguinte redação: “A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância ímproba; b) subtraíam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de *amicus curiae*; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei”.

²⁶¹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios – **Direito processual civil esquematizado**. 9.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN: 9788547230586. p. 297.

Cumpra registrar, para efeitos de documentação, que, em linhas gerais, no tocante à nulidade do negócio jurídico processual, aplicam-se as mesmas normas atinentes aos negócios jurídicos versando sobre direitos substantivos²⁶².

3.3.4. A contribuição do negócio jurídico processual atípico para a efetividade da tutela jurisdicional

É de sabença geral, entre os operadores do direito, que o Direito Processual se encarrega, primordialmente, de estipular os procedimentos a serem seguidos por quem teve seu direito substantivo violado. E, contemporaneamente, não basta estipular os procedimentos, deve-se, antes e acima de tudo, além de garantir efetivo acesso às vias processuais-judiciais²⁶³, garantir que os procedimentos disponibilizados gozem de efetividade²⁶⁴.

Os negócios jurídicos processuais atípicos, à medida que permitem a flexibilização da marcha processual, contribuem para a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva.

Registre-se que a flexibilização não está adstrita somente à adequação do procedimento às especificidades da causa. Mesmo que a causa não possua singularidades que justifiquem a alteração do procedimento, ainda assim as partes podem dispor sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, mesmo que isso importe – e na maioria das vezes importará – alteração procedimental²⁶⁵.

A flexibilidade processual conferida pelo dispositivo em tablado tem como desiderato imprimir maior efetividade ao direito material discutido e, por conseguinte, maior efetividade à tutela jurisdicional²⁶⁶.

²⁶² Tais requisitos, que não fazem parte da essência do presente trabalho, não serão abordados.

²⁶³ Constituição da República Portuguesa, Art. 20.º, n.º 1 e 2.

²⁶⁴ Constituição da República Portuguesa, Art. 20.º, n.º 4; Código de Processo Civil Português, Art. 2.º.

²⁶⁵ A esse respeito, impende **transcrever** os seguintes enunciados do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis: “Enunciado 257: O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Enunciado 258: As partes podem convençionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa.”

²⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto – **Curso de direito processual civil**, p. 825.

Essa flexibilização é capaz de tornar os atos processuais mais eficazes, notadamente porque harmoniza os interesses processuais das partes²⁶⁷.

Em termos de tutela jurisdicional efetiva, o legislador brasileiro procurou, com a positivação dos negócios processuais atípicos, “caminhar na direção da resolução de conflitos homenageando o princípio da razoável duração do processo e da efetividade da tutela jurisdicional”²⁶⁸⁻²⁶⁹.

Permitindo-se que as partes, embora valendo-se do aparato jurisdicional, aperfeiçoem os atos processuais segundo seus interesses e conveniências, o próprio órgão judicante tende a ter seu trabalho reduzido e, por conseguinte, focar em causas que não admitem esse tipo de transação processual²⁷⁰.

Imperioso salientar que os negócios jurídicos processuais atípicos podem ser celebrados em audiência de conciliação ou mediação²⁷¹. Assim, durante uma audiência de conciliação ou mediação, malgrado não haja acordo tangente ao direito material vindicado, pode ocorrer um acordo sobre o procedimento, os ônus, os poderes, as faculdades e os deveres processuais das partes, o que pode tornar o processo mais adequado à realidade das partes e, por conseguinte, contribuir para uma tutela jurisdicional efetiva. Ganham as partes; ganha o Estado-Juiz.

O negócio processual atípico também pode ser celebrado noutras audiências no curso do processo, reservando-se ao juízo, conforme já enfatizado, somente a análise de sua validade²⁷².

²⁶⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN: 9788547230616. p. 43.

²⁶⁸ SILVA; João Calvão da; CUNHA, Leonardo Carneiro da; CAPELO, Maria José; THOMAZ, Osvir Guimarães – **Processo Civil Comparado: análise entre Brasil e Portugal**. p. 250.

²⁶⁹ Corroborando, Elpidio Donizetti também saliente que o negócio processual “pode trazer maior efetividade ao processo.” (DONIZETTI, Elpidio – *Op. Cit.*, p. 486).

²⁷⁰ BUENO, Cassio Scarpinella - Manual de direito processual civil, 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN: 9788547231224.pp. 496-497.

²⁷¹ Este entendimento está consubstanciado no Enunciado 628 do FPPC: “As partes podem celebrar negócios jurídicos processuais na audiência de conciliação ou mediação”.

²⁷² Nesse sentido: NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL. O CPC/2015, consagrando o princípio do autorregramento, admite que as partes convençionem sobre normas procedimentais. A esse respeito, o Código de Processo Civil estabelece: “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

Outra circunstância digna de nota consiste na possibilidade de o negócio jurídico processual atípico ser celebrado antes do processo, isto é, antes de existir processo, sem saber quem será autor ou réu – ou mesmo se existirá processo – as partes podem delinear um futuro e eventual processo.

Talvez a fase pré-processual ou antecedente seja o momento mais oportuno para celebração do negócio jurídico processual atípico. Isso porque, após a instauração da lide, as partes tendem a se verem como “gladiadores no Coliseu”, dificultando a realização de acordo, mesmo que circunscrito ao processo.

Nada obstante, os negócios jurídicos processuais atípicos também influem positivamente no acesso à justiça.

Com efeito, para Ludmilla Camacho Duarte Vidal, o negócio jurídico processual consiste numa terceira via de acesso à jurisdição estatal. Isso importa na ampliação do acesso à justiça. As outras duas vias seriam a arbitragem e a judicial. Ao contrário dessas duas, a terceira via, ou seja, o negócio jurídico processual, reveste-se de significativas vantagens, notadamente porque não teria o mesmo custo do procedimento arbitral e, na via judicial, permitiria a adaptação do procedimento de modo a tornar o procedimento tão célere quanto na arbitragem. Ademais, o provimento final se revestiria de maior legitimidade diante da efetiva participação das partes na sua construção²⁷³.

Antonio do Passo Cabral advoga a mesma tese. Para ele, os negócios jurídicos processuais consistem numa terceira via de acesso à justiça, cujo objetivo é flexibilizar o processo conferindo às partes maior autonomia para decidir quais os procedimentos mais adequados para a resolução judicial do litígio. Fica a encargo das partes, enquanto destinatárias

convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade". No caso, em audiência, as Partes convencionaram que o exame da responsabilidade subsidiária da segunda Reclamada ficaria condicionada ao inadimplemento do acordo de f. 40/40-v, não se cogitando de nulidade da referida cláusula, tendo em vista que a tomadora dos serviços esteve presente na audiência, acompanhada de advogado, sem, contudo, manifestar objeções. A nulidade do negócio jurídico processual condiciona-se à abusividade da cláusula ou à incapacidade das Partes, o que não é a hipótese dos autos. Assim, devolvo os autos à origem, para regular apreciação da responsabilidade subsidiária da segunda Ré (Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região - RO: 0000727-88.2013.5.03.0035, Relator: Marcio Ribeiro do Valle, Oitava Turma, Data de Publicação: 09/07/2019).

²⁷³ VIDAL, Ludmila Camacho Duarte – **Convenções processuais no paradigma do processo civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Gramma, 2017. ISBN: 978-85-5968-276-2. pp. 73-74.

da prestação jurisdicional, a definição dos procedimentos que melhor atendam a seus interesses²⁷⁴.

Nessa perspectiva de processo negociado, talvez a efetiva satisfação da tutela jurisdicional - com a entrega do bem da vida vindicado em juízo - torne-se mais natural, sem grandes empecilhos pela parte sucumbente.

Exatamente por ter participado espontaneamente da definição do procedimento que entendia justo para a solução da causa, a parte sinta maior apreço pela decisão final.

Ao ser submetido ao crivo do Poder Judiciário com a observância de um procedimento construído com sua aquiescência prévia, poder-se-ia questionar o mérito da decisão, mas não haveria, em tese, questionamento quanto ao procedimento pré-fixado pelas partes.

Inegavelmente, são inúmeros os processos cujas partes suscitam sua nulidade. No processo negociado, uma vez seguidos os procedimentos legalmente avençados entre as partes, a hipótese de vício processual estaria afastada, mesmo porque ninguém pode arguir nulidade a qual tenha dado causa (CPCB, art. 276²⁷⁵; CPCP, art. 197.º, n.º 2²⁷⁶)²⁷⁷.

Haveria, pois, uma forte carga de conformismo com o procedimento, capaz, eventualmente, de repercutir positivamente no acatamento do provimento jurisdicional meritório.

Dessa forma, um olhar mais atento revela que, ao possibilitar a adequação do processo às singularidades do caso concreto, a consagração da autonomia privada no bojo do processo favorece toda a tríade processual, sobretudo o Estado-Juiz, pela possibilidade de prestar uma jurisdição “sob medida”. Ademais, os jurisdicionados “deixam de ser compreendidos como

²⁷⁴ CABRAL, Antonio do Passo – *Op. Cit.*, p. 237.

²⁷⁵ Art. 276. Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.

²⁷⁶ Art. 197.º. [...] 2 - Não pode arguir a nulidade a parte que lhe deu causa ou que, expressa ou tacitamente, renunciou à arguição.

²⁷⁷ O Enunciado 16 do FPPC prescreve que “O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo”. Assim, à mingua de comprovação de prejuízo, o negócio jurídico processual também não pode ser invalidade.

“curatelados” ou “incapazes” de saber qual o método e a forma adequada para resolver seus próprios litígios”²⁷⁸.

²⁷⁸ CABRAL, Antonio do Passo – *Op. Cit.*, p.193.

CONCLUSÃO

A autonomia das partes contratantes, tal como concebida no Estado Liberal, não tem mais lugar na atualidade. A igualdade meramente formal deu azo ao cometimento de arbitrariedades. A ausência do Estado no regramento dos negócios jurídicos, a par de favorecer a circulação de bens e riquezas, deu azo a verdadeiras injustiças. Em razão disso, foi necessária a intervenção do Estado com o escopo de (tentar) equilibrar as relações jurídicas avençadas entre particulares.

A celebração de negócio jurídico prescinde da observância das normas vigentes. No Brasil, além dos requisitos específicos de validade, o contrato deve atender sua função social. Em Portugal, a liberdade contratual também deve observar os limites impostos pela lei, com principal enfoque para a observância à ordem pública e aos bons costumes.

Assim, embora o contrato seja fruto da autonomia das partes, trata-se de uma autonomia condicionada ao direito posto. Difere, portanto, da autonomia preconizada no Estado Liberal, segundo a qual a vontade das partes externadas no contrato fazia lei entre as partes, mesmo que uma das partes estivesse em manifesta situação de hipossuficiência em relação a outra.

No tocante à tutela jurisdicional efetiva, constatou-se que esta não pode ser compreendida como o direito de mero acesso aos tribunais. Precisa-se assegurar, antes e acima de tudo, que as partes tenham ao seu dispor meios processuais adequados para obter o bem da vida vindicado em juízo num prazo razoável.

O princípio da adaptabilidade ou elasticidade processual corresponde à mitigação do formalismo processual com o objetivo de permitir a adequação do procedimento às especificidades da causa. Inegavelmente, a adoção desse princípio em casos pontuais contribui para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. O seu paralelo, no Direito Português, consiste no princípio da adequação formal.

O Código de Processo Civil Brasileiro também positivou um instituto similar ao princípio da adequação formal. Entretanto, deu alguns passos avante: outorgou às partes plenamente capazes a autonomia de, em sede de direitos que admitem autocomposição, convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Podem, ainda,

promover mudanças no procedimento com o escopo de ajustá-los às especificidades da casa. Isso pode ocorrer antes ou durante o processo.

O respeito à autonomia privada das partes é latente. A vontade das partes acaba criando normas processuais que devem ser observadas pelo Juiz. Aliás, o Juiz somente pode reputar inválido o negócio jurídico processual que descumprir os preceitos legais. Vale dizer, o Juiz não pode deliberar sobre a invalidade do negócio jurídico processual ao seu livre alvedrio.

Caminhou bem o legislador brasileiro. O comportamento das partes no processo não precisa estar circunscrito à dialeticidade contra-argumentativa. Na qualidade de destinatárias do provimento jurisdicional, as partes merecem mais protagonismo. Esse protagonismo não deve estar adstrito à participação na construção da decisão de mérito. As partes também merecem protagonismo na construção dos procedimentos que melhor atendam seus legítimos interesses processuais.

A multiplicidade de situações fáticas insuscetíveis de serem antevistas pelo legislador depõem em favor da autonomia privada das partes na construção do procedimento mais adequado ao caso concreto.

Talvez o negócio jurídico processual atípico seja mais eficaz quando celebrado antes do processo. Isso porque, depois da instauração da lide, o consenso, mesmo em relação aos procedimentos, torna-se menos amistoso. Isso não significa, todavia, que em audiência de conciliação ou de mediação, por exemplo, não haja acordo quanto ao mérito, mas que possa ter acordo entre as partes sobre o procedimento mais adequado para a rápida solução da lide.

Deve-se partir da premissa de que a ausência de acordo quanto ao mérito não significa a impossibilidade de acordo quanto aos procedimentos, seja antes ou durante o processo. A adequação ou a alteração dos procedimentos pode resultar na rápida resolução da lide sem vergastar as garantias processuais a ela inerentes e, por conseguinte, contribuir para a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva e sob medida.

REFERÊNCIAS

1. Fontes Documentais

CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia. **Diário da República - Série I-A**. [Em linha]. N.º 250/2000 (2000-10-28). Disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/621512/details/maximized>.

CÓDIGO Civil Brasileiro: Lei n.º 10.406/2002. **Diário Oficial da União - Seção 1** (11/1/2002), p. 1.

CÓDIGO Civil Português: Decreto-Lei n.º 47344. **Diário do Governo - Série I**. [Em linha]. N.º 274/1966 (1966-11-25). Disponível em <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view?q=c%C3%B3digo+civil>.

CÓDIGO de Processo Civil Brasileiro: Lei n.º 13.105/15. **Diário Oficial da União - Seção 1** (17-03-2015), p. 1.

CÓDIGO de Processo Civil Português: Lei n.º 41/2013. **Diário da República - Série I**. [Em linha]. N.º 121/2013 (2013-06-26). Disponível em <http://data.dre.pt/eli/lei/41/2013/p/cons/20171229/pt/html>.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União - Seção 1** (05/10/1988), p. 1.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. **Diário da República - Série I**. [Em linha]. N.º 86/1976 (1976-04-10). Disponível em <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view?q=constitui%C3%A7%C3%A3o+da+rep%C3%BAblica>.

CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Diário Oficial da União - Seção 1** (9/11/1992), p. 15562.

CONVENÇÃO Europeia dos Direitos do Homem. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. N.º 236/1978 (1978-10-13). Disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/->

</search/328440/details/normal?q=Conven%C3%A7%C3%A3o+Europeia+dos+Direitos+Humanos>.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem. **Assembleia Geral da ONU**, 1948.

DECRETO-LEI N.º 180/96, de 25 de Setembro. **Diário da República - Série I-A**. [Em linha]. N.º 223/1996 (1996-05-29). Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/214238>.

LEI N.º 24/96, de 31 de Julho (Lei de Defesa do Consumidor). **Diário da República - Série I-A**. [Em linha]. N.º 176/1996 (1996-07-31). Disponível em <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34491075/view?q=Lei+24%2F96>.

LEI N.º 8.078/90, de 11 de Setembro (Código de Defesa do Consumidor). **Diário Oficial da União - Seção 1** - Suplemento (12/09/1990), p. 1.

LEI N.º 10.259/01 de 12 de julho (Lei dos Juizados Especiais Federais): **Diário Oficial da União - Seção 1** (13/7/2001), p. 1.

LEI N.º 7.347/85, de 24 de julho (Lei da Ação Civil Pública): **Diário Oficial da União - Seção 1** (25/7/1985), p. 10649.

LEI N.º 8.069/90 de 13 de julho (Estatuto da Criança e do Adolescente): **Diário Oficial da União - Seção 1** (16/7/1990), p. 13563.

LEI N.º 9.099/95 de 26 de setembro (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais): **Diário Oficial da União - Seção 1** (27/9/1995), p. 15033.

LEI N.º 9.307/96, de 23 de setembro (Lei de Arbitragem): **Diário Oficial da União - Seção 1** (24/9/1996), p. 18897.

PACTO Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. N.º 133/1978 (1978-06-12). Disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa//search/426144/details/normal?q=Pacto+Internacional+sobre+os+Direitos+Civis+e+Pol%C3%ADticos>.

2 Enunciados doutrinários

Enunciados provenientes do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC). [Em linha]. [Consult. 22 fev. 2019]. Disponível em <http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>.

Enunciado proveniente da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). [Em linha]. [Consult. 22 fev. 2019]. Disponível em <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>.

3 Bibliografia

ABDO, Helena Najjar – **O abuso do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. ISBN: 978-85-203-3095-1.

ABREU FILHO, José de – **O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral**. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1995. ISBN: 978-850-20-1629-5.

AFONSO, Orlando Relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, com o n.º 6427/09.5TVLSB.L1.S1, 20 de maio de 2015. [Em linha]. [Consult. 22 fev. 2018]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b0bb533f1d36080680257e4b00535c50?OpenDocument>.

ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de – **Constituição de codificação: a dinâmica atual do binômio**. In COSTA, Judith Martins (Org.) – A reconstrução do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. ISBN: 978-85-203-2162-1.

ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de – **Direito Processual Civil**. Volume I. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN: 978-972-40-7071-1.

ALVIM, J. E. Carreira – **Teoria geral do processo**. 21.^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN: 978-85-309-7755-9.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos – **A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal. v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun., 1989.

AMARAL, Francisco – **Direito civil: introdução**. 6.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. ISBN: 85-7147-553-9.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito Processual Civil**. 12.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. Reimpressão. ISBN: ISBN 978-972-40-5952-5.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de – **Responsabilidade objetiva do estado pela morosidade da justiça**. Campinas: Copola, 1999. ISBN: 85-857-8958-1.

ARAÚJO, José Henrique Mouta – **Acesso à Justiça e Efetividade do Processo**. Curitiba: Juruá Editora, 2001. 85-739-4878-7.

CARVALHO, Jorge Morais – **Os Limites à liberdade contratual: comentários ao art. 280.º do código civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 2017. ISBN: 978.972-40-6470-3.

ASPERTI, Maria Cecília de Araujo; OLIVEIRA, Michel Roberto. In SOUZA, Michel Roberto O. de (organizador) – **Mediação e o Novo Código de Processo Civil**. Curitiba: Juruá, 2018. ISBN: 978-85-362-7571-0.

BARBOSA, Rui – **Oração aos moços**. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. ISBN: 85-7004-187-X.

BARROCAS, Manuel Pereira – **Lei de Arbitragem Comentada**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN: 978-972-40-7584-6.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos – **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. ISBN: 978-85-392-0035-1.

BESSONE, Darcy – **Do contrato: teoria geral**. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 85-020-2276-8.

BETTI, Emílio – **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tradução Servanda Editora. Campinas: Servanda Editora, 2008. ISBN: 978-85-874-8485-7.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César; THIBAU, Vinícius Lott (Coord.) – **O Direito Privado e o novo Código de Processo Civil: repercussões, diálogos e tendências**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. ISBN 978-85-450-0456-1.

BUENO, Cassio Scarpinella - **Manual de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN: 9788547231224.p. 496-497.

CABRAL, Antonio do Passo – **Convenções Processuais**. 2.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2018. ISBN 978-85-442-1943-0.

CABRAL, Érico de Pina – A “autonomia” no direito privado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 5, n. 19, p. 93, jun./set. 2004.

CALAMANDREI, Piero – **Direito Processual Civil**. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drima Fernandez Barbery. Volume I. Campinas: Bookseller, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas – **O novo processo civil brasileiro**. 4.^a ed. - São Paulo: Atlas, 2018. ISBN: 978-85-97-01436-5.

CÂMARA, Helder Moroni – **Negócios processuais: condições, elementos e limites**. São Paulo: Almedina, 2018. ISBN: 978-858-49-3276-4.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti – **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. 1.^a ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN: 978-85-309-7984-3.

CANOTILHO, J. J. Gomes – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 1.^a ed. brasileira. 4.^a ed. portuguesa rev. Volume 1. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN: 978-85-203-3044-9.

CANCIO, João – Agravo de Instrumento n.º 10000190262774001. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Data de Julgamento: 30/07/2019. Data de Publicação: 30/07/2019.

CARVALHO FILHO, Antônio (Coord.); SAMPAIO JUNIOR, Herval (Coord.) – **Os Juízes e o novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2017. ISBN: 978-85-442-1362-9.

CARVALHO, Jorge Moraes – **Os Limites à liberdade contratual: comentários ao art. 280.º do código civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 2017. ISBN: 978-972-40-6470-3.

CATALAN, Marcos Jorge – **Descumprimento Contratual – Modalidades, Consequências e Hipóteses de Exclusão do Dever de Indenizar**. Curitiba: Juruá, 2005. ISBN: 85-362-1024-9.

COELHO, Fábio Alexandre – **Direito Processual Civil**. 3.^a ed. Volume 1. Bauru: Spessotto, 2018. ISBN: 978-85-597-3055-5.

COELHO, Luiz Fernando – **Teoria crítica do direito**. 3.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. ISBN: 85-730-8562-2.

CORDEIRO, Adriano C – **Negócios jurídicos processuais no novo CPC: das consequências do seu descumprimento**. Curitiba: Juruá Editora, 2017. ISBN: 978-85-362-6791-3. p. 98.

CUNHA, Leonardo Carneiro da – **A Fazenda Pública em Juízo**. 15.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN: 978-85-309-7968-3. p. 1018-1019.

DIDIER JR., Fredie – **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Volume I. 19.^a ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. ISBN: 978-85-442-1010-9.

DINAMARCO, Cândido Rangel – **A Instrumentalidade do Processo**. 11.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003. ISBN: 85-742-0520-6.

_____ – **A nova era do processo civil**. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007. ISBN: 978-85-742-0770-4.

_____; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho – **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2018. ISBN 978-85-392-0406-9.

_____; GRINOVER; Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos – **Teoria Geral do Processo**. 14.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 85-742-0008-5.

DONIZETTI, Elpídio – **Curso didático de direito processual civil**. 21.^a ed. São Paulo: Atlas, 2018. ISBN 978-85-97-01519-5. p.

ESPÍNOLA, Eduardo – **Dos contratos nominados no direito civil brasileiro**. Atualização Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2002. ISBN: 85-746-8087-7.

FACHIN, Luiz Edson – **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio De Janeiro: Renovar, 2015. ISBN: 978-85-7147-891-6.

_____ – **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. ISBN: 85-714-7198-3.

FARIA, Guilherme Henrique Lage – **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: Juspodivm. ISBN: 978-85-442-1213-4.

FARJAT, Gérard – Droit prive de l'économie, 2, Théorie des obligations, Paris, 1975, p. 48, *apud* PRATA, Ana – **A Tutela Constitucional Da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 2017. ISBN: 978-972-40-6184-9.

FERRI, Luigi – **La Autonomia Privada**. Tradução de Luis Sancho Mendizabal. Granada: Comares, 2001. ISBN: 84-844-4341-8.

FREITAS, José Lebre de; SANTOS, Cristina Máximo dos – **O Processo Civil na Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN: 978-97-232-1575-5.

FUX, Luiz – **Teoria Geral do Processo**. 2.^a ed. Forense: Rio de Janeiro, 2016. 978-85-309-6247-0.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca – **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**. São Paulo: Atlas 2008. 978-85-224-5035-0.

_____ – O princípio da adequação formal do direito processual civil português. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 1 (2012), No. 11. p. 6665-6685. [Em linha]. [Consult. 12 ago. 2019]. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/11/2012_11_6665_6685.pdf.

_____ [et al.] – **Execução e Recursos: comentários ao CPC 2015**. Volume 3. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. ISBN: 978-85-309-8175-4.

_____ [et. al.] - **Teoria geral do processo: comentários ao CPC 2015: parte geral**. 2.^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. ISBN: 978-85-309-7711-5.

GIOLO JÚNIOR, Cildo – **Morosidade da Justiça**. Curitiba: Juruá Editora, 2012. ISBN: 978-85-362-3884-5.

GIORDANINI, Michele – **O Direito privado e suas atuais fronteiras**. *Revista dos Tribunais*, A. 87, n. 747, 1988.

GODINHO, Robson – **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. ISBN: 978-85-203-6380-5.

GÓES, Gisele Santos Fernandes – Razoável duração do processo. *In* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.) – **Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. ISBN: 978-85-203-2731-9.

GOMES, Orlando – **Contratos**. 20.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios – **Direito processual civil esquematizado**. 9.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN: 9788547230586.

_____ – **Novo curso de direito processual civil**. Volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1^a parte). 15.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 978-85-472-2368-7.

GOUVEIA, Mariana França – O princípio dispositivo e a alegação de factos em processo civil: a incessante procura da flexibilidade processual. **Revista da Ordem dos Advogados**. 2013, Vol. II/III, No. 73. p. 595-617 (p. 9). [Em linha]. [Consult. 17 fev. 2019]. Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7Bede93150-b3ab-4e3d-baa3-34dd7e85a6ef%7D.pdf>.

HUPSEL, Francisco – **Autonomia Privada na Dimensão Civil-Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016. ISBN: 978-85-442-0568-6. p. 88.

JAUERNIG, Othmar – **Direito Processual Civil**. 25.^a ed. Coimbra: Almedina, 2002. 978-97-240-1561-3.

LIEBMAN, Enrico Tullio – Manual de Direito Processual Civil I. *In* GAJARDONI, Fernando da Fonseca – **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**. São Paulo: Atlas 2008. 978-85-224-5035-0. p. 132.

LORENZETTI, Luis Ricardo – **Fundamentos do Direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. ISBN: 85-203-1616-6.

LOUREIRO, Caio Márcio – **Ação Civil Pública e o Acesso à Justiça**. São Paulo: Método, 2004. ISBN: 85-864-5679-9.

LOURENÇO, José – O dirigismo contratual, a publicização do direito privado pela intervenção do Estado e a heteronomia da vontade como princípio do contrato. *In* DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coords.) – **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003. 978-85-020-4275-9.

MARINONI, Luiz Guilherme – **Manual do processo de conhecimento**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. ISBN: 85-203-2546-7.

_____ – **Novas linhas do Processo Civil**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 85-7420-101-4.

_____ – **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. ISBN: 978-85-3265-8.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. ISBN: 978-85-203-7241-8.

MARQUES, Elias – Notas sobre a Efetividade do Processo e o Princípio da Proporcionalidade. *In* MEDEIROS NETO, Elias Marques de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coordenadores) – **Direito dos negócios aplicado**. Volume II: direito processual. Coimbra: Livraria Almedina, 2016. ISBN: 978-85-849-3081-4.

MEDINA, José Miguel Garcia – **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 5.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7268-8.

_____; ARAÚJO, Fábio Caldas de – **Código Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. ISBN 978-85-203-5069-0.

MENDES, João de Castro – **Direito Processual Civil – Recursos**. Lisboa: AAFDL, 1985.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza – **Responsabilidade do Estado por ato judicial inconstitucional**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 738, p. 11-31, abr.1997.

MIRANDA, Jorge – **Curso de Direito Constitucional**. Volume 1. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. ISBN: 978-97-254-0512-3.

MOOR, Fernanda Stracke. Liberdade contratual como direito fundamental e seus limites. **Revista de Informação Legislativa**. v. 38, n. 152, p. 277, out./dez. 2001.

NALINI, José Renato – Processo e Procedimento distinção e a celeridade da prestação jurisdicional, p. 686. In GAJARDONI, Fernando da Fonseca – **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**. São Paulo: Atlas 2008. 978-85-224-5035-0.

NANNI, Giovanni Ettore – A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In LOTUFO, Renan. **Cadernos de Direito Constitucional Civil**. Caderno 2. Curitiba: Juruá Editora, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – **Código de Processo Civil Comentado**. 16.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. ISBN: 978-85-203-6759-9.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção – **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. Salvador: JusPodivm, 2017. ISBN: 978-85-442-0990-5.

NOGUEIRA, Pedro Henrique – **Negócios Jurídicos Processuais**. 3.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2018. ISBN: 978-85-442-2341-3.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de – **Do formalismo no processo civil**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003. ISBN: 85-020-4197-5.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de - **Novíssimo Sistema Recursal Conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. ISBN: 978-85-9477-029-5.

PEDRO, Ricardo – **Contributo para o estudo da responsabilidade civil extracontratual do Estado por violação do direito a uma decisão em prazo razoável ou sem dilações indevidas**. Lisboa: AAFDL, 2011. ISBN: 560-69-390-0687-5.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso – **Conselho Nacional de Justiça e a Magistratura Brasileira**. 2.^a ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011. 978-85-362-3406-9.

_____ – **Manual de Processo Civil - Fase Postulatória**. 2.^a ed. rev. atual. Curitiba: Juruá Editora, 2012. 978-85-362-3570-7.

_____ – A adaptabilidade do Procedimento: Regra ou Princípio? *In Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Magister, v. 30, p. 47, maio/jun. 2009.

PERLINGIERI, Pietro – **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. ISBN: 978-85-714-7604-2.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de – **Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo**. 8.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN: 9788547230616.

PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.^a ed. (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN: 972-32-1325-7.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral – **Direito Civil Sistematizado**. 4.^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. ISBN: 978-85-309-4169-7.

PIZZOTTI, Maria Lúcia – Agravo de Instrumento n.º 2233478-88.2017.8.26.0000. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 30ª Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 21/03/2018. Data de Publicação: 26/03/2018.

POZZA, Pedro Luiz – **Sentença parcial de mérito: cumulação de pedidos e o formalismo-valorativo para a celeridade da prestação jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2015. ISBN: 978-85-362-5058-8.

PRATA, Ana – **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 2017. ISBN: 978-972-40-6184-9.

PROENÇA, Carlos Carranho – **Tutela Jurisdicional Efetiva no Direito da União Europeia / Dimensões Teóricas e Práticas**. Lisboa: Petrony, 2017. ISBN: 978-972-685-242-1.

RAATZ, Igor – **Autonomia Privada e Processo Civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto**. Salvador: JusPodivm, 2016. ISBN 978-85-442-1277-6.

RÁO, Vicente – **Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais, o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração**. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

REIS, José Alberto dos – **A Figura do Processo Cautelar - Eficácia do Caso Julgado em Relação a Terceiros**. Porto Alegre: AJURIS, 1985.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa – **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Editora Almedina, 1999.

RIPERT, Georges – **A regra moral nas obrigações civis**. 2.^a ed. São Paulo: Bookseller, 2000. ISBN: 85-746-8036-2.

ROPPO, Enzo – **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

ROQUE, Hélder Relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, com o n.º 884/09.7YXLSB.L1.S1, 1 de fevereiro de 2011. [Em linha]. [Consult. 24 fev. 2018]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstjf.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fba31312c594cb3880257b900033eb4c?OpenDocument>.

ROSEMBERG, Leo – **Da jurisdição no Processo Civil**. São Paulo: Impactus, 2005. 85-982-9823-9.

SILVA; João Calvão da; CUNHA, Leonardo Carneiro da; CAPELO, Maria José; THOMAZ, Osvir Guimarães – **Processo Civil Comparado: análise entre Brasil e Portugal**. São Paulo: Forense, 2017. ISBN: 978-85-309-7696-5.

SOUSA, Miguel Teixeira de – **Introdução ao Processo Civil**. 2.^a ed. Lisboa: Lex, 2000. 978-97-286-3402-5.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo – A efetividade do processo e a nova regra do art. 14 do CPC Judicial. In CALMON, Eliana e BULOS, Uadi Lammêgo (coordenadores) – **Direito processual – Inovações e perspectivas: estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. São Paulo: Saraiva, 2003. ISBN: 85-020-4272-6.

THEODORO JÚNIOR, Humberto – **Código de Processo Civil Anotado**. 21.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN: 978-85-309-7700-9.

_____ – **Curso de direito processual civil**. 59.^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN: 978-85-309-7775-7.

_____. Algumas polêmicas surgidas após a divulgação do projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista Jurídica**, Sapucaia do Sul, v. 58, n. 395, p. 22, set. 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e – Garantia da Prestação jurisdicional sem Dilações Indevidas como corolário do Devido Processo Legal. **Revista de Processo**. São Paulo. v.66, abr./jun. 1992.

VALLE, Marcio Ribeiro do – Recurso Ordinário n.º 0000727-88.2013.5.03.0035. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Oitava Turma, Data de Publicação: 09/07/2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 4.^a ed. São Paulo: Atlas, 2004. ISBN: 85-224-3720-3.

VIDAL, Ludmila Camacho Duarte – **Convenções processuais no paradigma do processo civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Gramma, 2017. ISBN: 978-85-5968-276-2.

WEBER, Ricardo Henrique – **Defesa do consumidor: o direito fundamental nas relações privadas**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. 978-85-362-4374-0.