XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

NEFI CORDEIRO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Maria Dos Remédios Fontes Silva, Nefi Cordeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-197-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXV Encontro Nacional do CONPEDI, foi realizado em Brasilia-DF, em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Brasília, da Universidade Católica de Brasília e do Centro Universitário do Distrito Federal, no período de 06 a 09 de julho de 2016, sob a temática Direito e Desigualdades:diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I desenvolveu suas atividades no dia 07 de julho/16, na sede da Universidade Federal de Brasília, e contou com a apresentação de vinte e cinco trabalhos que, por seus diferentes enfoques e fundamentos teóricos, oportunizaram acalorados debates acerca dos seus conteúdos.

Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções de jurisdição e de processo, principalmente quanto ao novo Código de Processo Civil, seus fundamentos, exposição de motivos e desdobramentos.

Os escritos que tratam dessa instigante temática compreendem a discussão do processo como meio de justiça e de cidadania, desde formas alternativas de soluções de conflitos, à necessidade de transparência e aprofundamento das decisões judiciais, às dificuldades enfrentadas pelo Judiciário para, com celeridade e qualidade, realizar o justo social.

Há também, nos textos apresentados, férteis discussões sobre as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, as críticas já surgidas e os elogios às influências que devem gerar para um processo mais eficiente e mais comprometido com os reclamos sociais.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, agradecem aos autores dos trabalhos, pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a

elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-¬graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Profa. Doutora Maria dos Remédios Fontes Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Prof. Doutor Nefi Cordeiro - Universidade Católica de Brasília

Coordenadores do Grupo de Trabalho

DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL NEGOCIO JURÍDICO PROCESAL EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL BRASILEÑO

Rafael Albuquerque da Silva

Resumo

Este artigo pretende fundamentar a figura do negócio jurídico processual, previsto de maneira inovadora no Novo Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/2015), como mecanismo de consagração do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, tendo por base teórica a teoria de justiça de John Rawls.

Palavras-chave: Negócio jurídico processual, Novo código de processo civil, Direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, John rawls

Abstract/Resumen/Résumé

Este artículo tiene por objeto demostrar cómo el negocio jurídico procesal, un instituto previsto de una forma innovadora en el Nuevo Código Procesal Civil (Ley no. 13.105 / 2015), es mecanismo de consagración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con la base fundamentada en la teoría de la justicia de John Rawls.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Negocio jurídico procesal, Nuevo código procesal civil, Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, John rawls

1 INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/2015), dada a importância de suas disposições e, consequentemente, do impacto das mesmas no cenário jurídico, vem despertando inúmeras pesquisas com o escopo de melhor perquirir as inovações que estabelece.

Um dos temas que merece atenção é o negócio jurídico processual, não por estar previsto com pioneirismo na novel legislação, mas por se tratar de um instrumento que, em verdade, passa a contar com uma tratativa muito mais abrangente, admitindo de maneira ampla que os sujeitos processuais (por vezes unicamente as partes) possam celebrar acordos tendo por objeto o procedimento ou os ônus, as faculdades e os deveres processuais.

Este ensaio tem como objetivo principal demonstrar a importância do negócio processual como mecanismo de contribuição para o implemento do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Não se pretende, portanto, dissecar a referida figura e aprofundar no debate acerca de sua tipologia, requisitos de existência, validade e eficácia ou, ainda, dos limites legais à sua estipulação.

Seguindo essa premissa, busca-se, inicialmente, justificar a teoria de justiça de John Rawls como base teórica a fundamentar o modelo de distribuição e aplicação dos direitos fundamentais no Brasil.

Isso para que, em seguida, seja possível alcançar os contornos da consagração do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, notadamente no cenário contemporâneo que exige uma adequação procedimental capaz de satisfazer os distintos anseios da realidade social.

Dessa forma é que se almeja invocar a figura do negócio jurídico processual, notadamente a cláusula geral de atipicidade de espécies (prevista no novo Código Processual), a fim de se verificar de que modo esta previsão pode servir como instrumento para a consagração do direito a uma tutela jurisdicional efetiva.

2 A TEORIA DE JUSTIÇA DE JOHN RAWLS COMO JUSTIFICADORA DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO E APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Quando do estudo de temas relacionados aos direitos fundamentais, faz-se importante uma análise calcada num teoria de justiça capaz de subsidiar toda e qualquer conclusão. Não há como se discutir, pois, o fundamento, a consagração, a aplicabilidade, a extensão, a interpretação ou mesmo as hipóteses de afastamento de um direito fundamental num caso concreto, sem ter sólidas bases doutrinárias.

Afinal, compreendem-se os direitos fundamentais como aqueles resguardados por certo ordenamento jurídico, aos indivíduos a este inseridos, de maneira a propiciar uma proteção à dignidade da pessoa humana e uma limitação do poder (MARMELSTEIN, 2014, p. 17). Trata-se, pois, de considerável gama de direitos, essenciais para o bom funcionamento de uma sociedade.

Nesse cenário, a filosofia política é o ramo desta ciência que se propõe a discutir qual a forma mais adequada das instituições distribuírem os direitos dentro da sociedade, tendo como escopo o bem estar dos indivíduos, capaz de garantir-lhes a possibilidade de cumprirem com o seu plano de vida.

Por esta razão, antes de se adentrar nos pontos centrais deste ensaio, que se destina, como adiante melhor se demonstrará, a analisar um direito fundamental específico, mister se faz apresentar a teoria que, no ponto de vista deste autor, é capaz de fundamentar a postura adotada pelo legislador constituinte pátrio ao estabelecer o rol dos direitos fundamentais e, por consequência, a que deve orientar as técnicas de interpretação de normas jurídicas dotadas de fundamentalidade.

Entende-se que o liberalismo de princípio é a teoria capaz de sustentar as futuras conclusões, notadamente as ideias de seu maior expoente, John Rawls, que apresentou as ideias iniciais de sua teoria de justiça no livro "*A Theory of Justice*", de 1971.

Trata-se, não há como se negar, de uma das mais importantes obras de filosofia política do século passado, ainda repercutindo na atualidade. Grande parte das discussões posteriores gira em torno das ideias do filósofo norte-americano, professor de Harvard.

Não à toa que Will Kymlicka, em seu livro "Filosofia política contemporânea", afirma que é geralmente aceito que o recente renascimento da filosofia política começou com a publicação da teoria rawlsiana, a qual "domina os debates contemporâneos, não porque todos a aceitem, mas porque visões alternas muitas vezes são apresentadas como respostas a ela" (KYMLICKA, 2006, p. 11).

Rawls, ao apresentar suas ideias, busca identificar os meios de se distribuir de modo justo os benefícios e encargos para o alcance de um bem estar social. Para tanto, refuta as

ideias defendidas pelos utilitaristas, para os quais um ato ou procedimento tido por correto é aquele capaz de potencializar os benefícios da maioria, mesmo que isso traga prejuízos ou simplesmente desamparo à minoria.

As ideias ralwsianas, importante registrar, não negam a importância da coletividade, mas se preocupam, antes de tudo, em estabelecer critérios capazes de mitigar os prejuízos sofridos pelos que se colocam distantes do grupo majoritário.

Esta é a ideia central que se deve ter ao estudar a teoria de justiça defendida por John Rawls, a saber: este filósofo se preocupa em estabelecer critérios de cooperação, visando o bem estar de determinada sociedade, da forma mais ampla e adequada possível.

O alcance destes critérios, doravante chamados de princípios, é fruto de um raciocínio fictício feito por Rawls, já que, em sua concepção, só poderíamos alcançá-los se abstraíssemos de nossas mentes as influências externas que pudessem comprometer nossa imparcialidade na hora de delimitá-los.

Afinal, como devem ser distribuídos, de forma justa, os direitos na sociedade? Para responder a esta pergunta, Rawls entende que não poderíamos estar contaminados por concepções particulares, sob pena de argumentarmos sempre com vistas a uma satisfação pessoal maior, frustrando seus ideais de cooperatividade.

O ponto de partida deste raciocínio hipotético, portanto, se situa na chamada "posição original", considerando-se esta, nas próprias palavras de Rawls (2008, p. 146), como "uma situação na qual as partes são igualmente representadas como pessoas morais, e o resultado não é condicionado por contingências arbitrárias nem pelo equilíbrio relativo das forças sociais". Nesta posição inicial, os indivíduos, dotados apenas de racionalidade e razoabilidade, estão cobertos pelo "véu da ignorância", não possuindo informações sobre a posição que ocuparão na sociedade após o estabelecimento dos princípios, nem de suas convicções particulares, sejam elas de ordem política, moral, religiosa, etc.

Nesse contexto, Rawls identifica quais seriam os dois princípios delimitados por estes seres imparciais, os quais norteariam, *a posteriori*, a distribuição de direitos naquela sociedade. Leia-se:

> A primeira formulação dos dois princípios é a seguinte:
> Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas.
> Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos. (RAWLS, 2008, p. 73).

O primeiro dos princípios, pelo que se percebe, determina a necessidade de se assegurar aos indivíduos o mais extenso rol possível de liberdades, ou seja, uma gama de direitos básicos, que não pode ser violada, sob qualquer circunstância.

Nesse sentido, ensina Gargarella (2008, p. 25):

> O primeiro dos princípios enunciados parece um derivado natural do pressuposto segundo o qual os agentes que participam da 'posição original' desconhecem os dados vinculados a sua própria concepção do bem. A ignorância dessas questões vai levá-los a se preocupar com o direito à liberdade em sentido amplo: tais agentes estão interessados em que, seja qual for a concepção do bem que acabem adotando, as instituições básicas da sociedade não os prejudiquem ou os discriminem.

Como as partes, envoltas em "véu de ignorância", não sabem a posição que vão ocupar na sociedade, antes de tudo se preocupam em garantir-lhes, indistintamente, uma gama de direitos básicos (os chamados "bens primários"), dotados de prioridade sobre qualquer sistema distributivo. São, pois, os direitos básicos, essenciais, e que devem ser conferidos indistintamente a todos os indivíduos, sem distinção de qualquer ordem.

O segundo princípio, por sua vez, está ligado a uma ideia de distribuição de recursos na sociedade, preocupando-se com as desigualdades sociais que, naturalmente, advirão. Levando em consideração que as diferenças certamente serão identificadas após levantar-se o "véu da ignorância", é preciso garantir meios que favoreçam os desiguais, colocando-os numa posição melhor do que estariam de outra forma.

Não se desejaria um sistema totalmente igualitário, porque esforços e talentos diferentes exigem recompensas diferentes, mas como estes últimos, na visão de Rawls, são imerecidos, não seria justo aceitar de maneira neutra que estas diferenças (asseguradas no item "a" do segundo princípio), ainda que frutos de uma igualdade equitativa de oportunidades (primeiro princípio), pudessem instalar situações de disparidades flagrantes.

Por essa razão, mostra-se correto, e assim preconiza o item "b" do segundo princípio proposto por Rawls, que a situação dos desiguais seja observada pelos demais, colocando-os numa situação melhor do que a que estariam, a fim de se mitigar os efeitos dessa desigualdade. Faz-se importante que numa sociedade solidária e cooperativa, destinem-se atenções para as desigualdades verificadas mesmo após uma distribuição isonômica de garantias, afim de que se melhore a situação daqueles que são afetados pela diferença.

Quando se volta atenção para os modos de distribuição dos direitos fundamentais no Brasil, conclui-se que a teoria da justiça de John Rawls é a que mais se amolda às necessidades reais deste país, notadamente pelo fato da desigualdade ser latente numa

sociedade plural, reclamando uma distribuição justa dos direitos básicos para que estes não sejam usufruídos unicamente pelos mais afortunados, ainda que se tenha partido de uma distribuição igualitária. As sustentações constitucionais baseadas na solidariedade reclamam uma adoção de métodos cooperativista que levem em consideração os anseios dos que se põem em situação de desigualdade.

Delimitadas as bases teóricas em que se fundam as conclusões futuras, passa-se ao estudo do direito fundamental relevante para os desenvolvimentos posteriores, bem como dos contornos que o mesmo deve ostentar para que seja devidamente distribuído e aplicado na sociedade.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA NA PERSPECTIVA DA TEORIA DE JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

O Estado, à medida que foi se fortalecendo e, visando a pacificação social, invocando para si o poder de compor os conflitos havidos na sociedade, passou a criar entre os indivíduos a justa expectativa de que estes pudessem esperar uma prestação capaz de satisfazer seus anseios.

Só aciona o Poder Judiciário quem possui interesse neste tipo de prestação jurisdicional, de modo que ao exercer o direito de ação, espera o jurisdicionado que haja a devida satisfação dos seus interesses. Não propriamente o bem da vida que persegue com a demanda, mas uma resposta definitiva do Estado sobre quem deve usufruí-lo[1].

Nesse contexto, pode-se afirmar que a tutela jurisdicional efetiva é um direito fundamental, consagrado com a observância de diversos outros direitos, estes inclusive previstos expressamente no texto constitucional (mas não só na Carta Magna, conforme demonstrado adiante).

Quando a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 consagra em seu artigo 5º, XXXV, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (BRASIL, 1988, não paginado), e no seu art. 5º, LXXVIII, que são assegurados a todos, no âmbito judicial, "a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (BRASIL, 1988, não paginado), deixa inconteste a consagração de um direito fundamentação à tutela jurisdicional efetiva.

[1] Aqui se considerando demandas judiciais contenciosas, onde existem pretensões de uma parte e resistência de outra. Decerto, porém, o acionamento do estado pode se dar apenas para fins de formalização de uma situação jurídica, como ocorre nos casos das demandas judiciais ditas voluntárias, casos em que ainda assim é legítima a expectativa do jurisdicionado de receber uma prestação jurisdicional efetiva.

Não basta que o Estado garanta o irrestrito acesso das pessoas ao Poder Judiciário. Certamente isto é importante para que não exclua a apreciação de uma lesão ou ameaça de lesão a um direito, e a ampliação dos meios de acesso à justiça se faz imperiosa.

Porém, mais do que isso, é preciso que esta prestação seja tempestiva, possibilitando aos jurisdicionados usufruir o bem pretendido; bem como adequada, aí compreendida a noção de que deve estar em consonância com o ordenamento jurídico[2].

É por essa razão que o Estado precisa se equipar de instrumentos capazes de propiciar a efetivação deste direito fundamental. Vale ressaltar, neste ponto, que tais instrumentos não estão previstos apenas no texto constitucional. Afinal, a CRFB/88, em seu art. 5º, § 2º, institui um sistema constitucional aberto à fundamentalidade material, de modo que podemos ressaltar tal característica (a de fundamentalidade) para diversas outras disposições previstas em outros diplomas, como o Código de Processo Civil – CPC.

Nesse ponto, a Lei nº. 13.105 de 16 de março de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil – NCPC, se perfilha na ideia de constitucionalização do direito, afirmando no seu art. 1º que "o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código" (BRASIL, 2015, p. 1).

Ademais, a nova codificação prevê expressamente diversas normas que certamente são voltadas para o alcance do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva[3]. Vale ressaltar que este direito engloba inúmeros outros que compreendem a técnica processual adequada, a instituição de procedimentos capazes de viabilizar a participação e a própria resposta jurisdicional, encontrando-se com a ideia de se ampliar o acesso à justiça e de se garantir uma prestação rápida e adequada. Uma gama de disposições, portanto, se consubstanciam no direito fundamental à tutela efetiva. (MARINONI, 2013, p. 150).

Importante registrar que este direito básico aqui analisado não é um direito meramente de defesa, isto é, de natureza negativa. Não basta o Estado deixar de agir para que o mesmo seja respeitado. Em verdade, o mesmo ostenta um nítido caráter positivo, já que

---

[2] O que não consiste em, simplesmente, seguir à risca as disposições previamente estabelecidas pelo legislador processual, como se demonstrará ao longo deste ensaio.

[3] Poder-se-ia apresentar diversos exemplos de consagração no NCPC, de normas voltadas para assegurar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Como este não é o objetivo do presente trabalho, todavia, apontam-se apenas a título ilustrativo, alguns exemplos preconizados no novel Código, como as disposições que deflagram, por exemplo, o objetivo de se dar primazia à decisão de mérito (cite-se, como exemplos, os arts. 6º, 317, 321, 932, parágrafo único, 968, § 5º, 1.017, § 3º, etc.). Consagra-se, ainda, um constante dever de cooperação entre os sujeitos processuais, de modo a se permitir que se alcance uma prestação jurisdicional que efetivamente garanta a pacificação social (cite-se, como exemplos, os arts. 6º, 9º, 321, etc.).

confere aos indivíduos a possibilidade de exigir uma prestação do Estado, o qual, para cumpri-lo devidamente, deve prestá-la de maneira ampla, tempestiva e adequada.

Por vezes, a observação deste direito é duplamente importante, não apenas porque, ao ser dotado de fundamentalidade, exige que seja potencialmente efetivado pelo Estado, mas também porque não raramente o objeto da prestação jurisdicional também é outro direito fundamental. Como afirma Marinoni (2013, p. 152), "embora a resposta do juiz sempre atenda ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, somente em alguns casos o objeto da decisão é outro direito fundamental". Ao se garantir meios para que a tutela jurisdicional prestada seja efetiva, garante-se não apenas o cumprimento a este direito já dotado de fundamentalidade, mas também daquele que, de mesma importância, é o objeto da reclamação que justificou o acionamento do Judiciário.

Feitas estas considerações, importante ressaltar que o direito fundamental aqui estudado, conquanto seja um direito básico, do qual nenhum indivíduo pode ser privado, decerto que em algumas situações precisa ser devidamente adequado para que sua distribuição seja devida, observando-se as desigualdades que invariavelmente atingem os jurisdicionados.

Seja por características pessoais, seja por circunstâncias sobre as quais os sujeitos estejam inseridos, o Estado necessariamente precisa ofertar mecanismos processuais distintos para que efetive de maneira adequada a prestação que lhe cabe.

Distribuir de maneira formalmente igual o direito fundamental à tutela jurisdicional não é a atitude adequada para que tal garantia seja usufruída por pessoas que estejam em situação de desigualdade.

O acesso à justiça, por exemplo, só será devidamente alcançado por todos se for concedido aos que estejam em certa desvantagem, mecanismos que lhe possibilitem efetivamente acionar o Poder Judiciário.

Daí porque se fazem importantes previsões legais como a Lei nº. 9.099/1995, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais; a Lei nº. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que garante a prioridade na tramitação das ações que tenham como parte pessoas com 60 anos ou mais (art. 71); e no mesmo sentido o art. 1.048 do NCPC, que estende a prioridade aos procedimentos judiciais em que figure como parte pessoa portadora de doença grave e os que sejam regulados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/1990).

Além destas, também revelam uma forma de distribuição igualitária do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, a técnica da tutela provisória (arts. 294 a 311 do NCPC); a admissão abrangente do *amicus curiae* (art. 138 do NCPC); a gratuidade da Justiça

às pessoas com insuficiência de recursos (arts. 98 a 102 do CPC, c/c com Lei nº. 1.060/1950); a prerrogativa do prazo em dobro para a Defensoria Pública e para os escritórios de prática jurídica das Faculdades de Direito e que prestem assistência jurídica gratuita (arts. 186, *caput*, e § 3º do NCPC), sob a perspectiva da hipossuficiência de seus assistidos; a garantia da inversão do ônus da prova (art. 373, § 1º do NCPC), etc.

Muitas previsões poderiam ser apontadas aqui, além das já citadas ao longo deste ensaio, que deflagram mecanismos de que se vale o Estado para prestar de maneira adequada e efetiva o direito fundamental à tutela jurisdicional.

Porém, o que se quer sintetizar, para fins de se adentrar no núcleo rígido da pesquisa, é que ao se seguir a ideia de uma teoria de justiça tal como preconizada por John Rawls, mister se faz adequar o procedimento judicial de acordo com as desigualdades dos sujeitos que buscam esta prestação estatal.

Nesse sentido, são irretocáveis as lições de Marinoni (2013, p. 153):

> O jurisdicionado não é obrigado a se contentar com um procedimento inidôneo à tutela jurisdicional efetiva, pois o seu direito não se resume à possibilidade de acesso ao procedimento legalmente instituído. Com efeito, o direito à tutela jurisdicional não pode restar limitado ao direito de igual acesso ao procedimento estabelecido, ou ao conceito tradicional de direito de acesso à justiça. Não importa apenas dizer que todos devem ter iguais oportunidades de acesso aos procedimentos e aos advogados, e, assim, à efetiva possibilidade de argumentação e produção de prova.

A adequabilidade do procedimento, portanto, mostra-se importante para que as diferentes relações sociais refletidas no direito material, porquanto dinâmica a sociedade, seja devidamente acolhida pela prestação do Estado, consagrando o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Destarte, pode-se afirmar que este direito fundamental não se deve contentar em ser o direito ao procedimento legalmente instituído. Não se basta mais raciocinar em termos de iguais oportunidades de acesso à justiça. Os jurisdicionados frequentemente são postos em situações de desigualdade, de modo que se o processo pode ser visto como um instrumento, seria absurdo pensar-se em neutralidade do processo em relação ao direito material e à realidade social (MARINONI, 2013, p. 154-155).

Uma distribuição igualitária deste direito fundamental, conferindo-o indistintamente a todos que dele possam necessitar, é um passo indispensável para a sua efetivação. Porém, não se pode pensar que o mesmo será igualmente usufruído por aqueles que estão em situação de desigualdade. Para estes, o direito a uma tutela jurisdicional efetiva restará observado se forem implementados mecanismos capazes de levar em consideração as sua diferenças.

É nesse cenário que se acredita que a figura do negócio jurídico processual, prevista de maneira amplamente inovadora pelo Novo Código de Processo Civil, se mostra como mais um importante mecanismos de adequabilidade procedimental, capaz de se distribuir de maneira justa e adequada o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, este numa perspectiva da teoria de justiça de John Rawls, já que visa atender as necessidades dos jurisdicionados postos em situação de desigualdade.

4 A FIGURA DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL COMO TÉCNICA DE CONSAGRAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

A Lei nº. 13.105/2015 previu de maneira abrangente a possibilidade das pessoas celebrarem negócios jurídicos tendo por objeto matéria processual, a fim de regulamentar o procedimento de ação judicial em trâmite ou eventualmente a ser ajuizada. Garante-se aos sujeitos processuais, portanto, a faculdade de estabelecerem acordos sobre o procedimento ou sobre os ônus, faculdades e deveres processuais.

Sobre o assunto, conceituando esta interessante figura, é precisa a lição de Nogueira (2016, p. 152):

> Define-se o negócio processual, a partir das premissas até aqui estabelecidas, como o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático, descrito em norma processual, esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.

A novidade, nascida em ordenamentos jurídicos como o da Inglaterra e o dos Estados Unidos, sendo identificada ainda na França e Itália, privilegia a autonomia privada dos indivíduos, permitindo que estes, por suas próprias vontades, estabeleçam procedimentos judiciais diferenciados, aptos a atender peculiaridades que justifiquem a intenção de não se submeter a um procedimento legal pré-fixado. (TARTUCE, 2015, p. 86).

Afinal, não é crível obrigar os indivíduos a se contentar com um procedimento inidôneo à tutela jurisdicional efetiva, já que este direito fundamental, como esboçado alhures, não pode estar limitado ao direito de igual acesso ao procedimento estabelecido. Em verdade, não haveria o que se falar em direito fundamental à tutela efetiva se a efetividade deste direito pudesse ser comprometida caso a técnica processual não fosse capaz de atender os anseios dos jurisdicionados, aí incluída a desigualdade que fundamenta uma distribuição diferenciada deste direito (MARINONI, 2013, p. 153).

Neste sentido ensina Marinoni (2013, p. 153):

> Imaginar que o direito à tutela jurisdicional é o direito de ir a juízo por meio do procedimento legalmente fixado, pouco importando a sua idoneidade para a efetiva tutela dos direitos, seria inverter a lógica da relação entre o direito material e o direito processual. Se o direito de ir a juízo restar a dependência da técnica processual expressamente presente na lei, o processo é que dará os contornos do direito material. Mas deve ocorrer exatamente o contrário, uma vez que o primeiro serve para cumprir os desígnios do segundo.

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva exige que as atenções sejam focadas à realidade social, de modo que se possa enxergar não apenas a necessidade de se tratar igualmente as pessoas, com a atribuição de iguais direitos de acesso à justiça, por exemplo.

A atribuição de garantias básicas é essencial, mas a existência de posições sociais justificadoras de distintos tratamentos, torna legítima uma distribuição diferenciada de procedimentos, a fim de que se possa alocar os desiguais numa situação melhor do que a que estariam caso tivessem que simplesmente se submeter ao sistema ordinário de distribuição de um direito básico (no caso, o direito à tutela jurisdicional).

Aqui cumpre fazer uma assertiva de que não se compreendem os desiguais apenas aqueles inseridos numa situação de desvantagem econômica ou social, mas sim também aqueles que, gozando de uma posição financeira ou de oportunidades louvável, se veem em manifesto desconforto em se submeter a um procedimento judicial, por exemplo, estabelecido de maneira irrestrita para todos os jurisdicionados.

Assim, certamente há desigualdade numa ação judicial em que litigam, *v. g.*, um grande grupo econômico e um consumidor pessoa física vulnerável, justificando a inversão do ônus da prova ou uma assistência capaz de abrandar o desnível verificado.

Mas não apenas.

Há desigualdade, também, quando as duas partes, cite-se como exemplo, detenham um poderio econômico ou assistencial e que, por razões particulares, não obteriam uma tutela jurisdicional efetiva caso tivessem que se submeter ao procedimento legal previamente fixado, o qual é estabelecido de maneira indistinta e que, como é cediço, muitas vezes é longo e exaustivo.

Não apenas pessoas hipossuficientes carecem da proteção jurisdicional. Sendo distintas as situações carecedoras desta prestação estatal, chega-se à conclusão de que a necessidade de técnicas processuais diferenciadas é uma realidade que deve ser observada, a fim de que estes desiguais, tendo como parâmetro a realidade paradigmática trabalhada pelo

legislador (procedimento legal preestabelecido), gozem de uma situação que propicie a efetividade de um direito fundamental.

A adequabilidade do procedimento de acordo com especificidades do direito material é o que justifica, por exemplo, a previsão dos chamados procedimentos especiais (em contraposição ao procedimento comum ou ordinário). Porém, é certo que o legislador não consegue prever com antecedência todas as peculiaridades de um caso concreto que reclame uma adequação dinâmica, pelo que se justifica, vistas a uma ampla efetivação do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, a previsão, "na lei, de procedimentos atípicos, em virtude dos quais se deverá realizar aquele ajuste no próprio processo" (MEDINA, 2015a, p. 115).

Esta adequação procedimental no processo pode advir, por exemplo, de atividade do próprio julgador. Arenhart, Marinoni e Mitidiero (2015, p. 110) ensinam:

> A fim de viabilizar uma efetiva e tempestiva tutela aos direitos, o legislador infraconstitucional permitiu ao juiz, mediante normas abertas, adequar o processo ao direito material. Assim, além de os atos processuais terem a sua sequência determinada pelo legislador, pode o juiz eventualmente inverter a ordem da prática de determinados atos e até mesmo prorrogar prazos processuais (art. 139, VI). A possibilidade de adaptar o procedimento e, portanto, de modificar a sequência com que os atos processuais serão praticados insere-se dentro dos poderes de direção do processo reconhecidos ao juiz pelo nosso legislador.

Porém, além destas possibilidades, tem-se ainda a figura do negócio jurídico processual como um importante instrumento a propiciar uma tutela jurisdicional efetiva, observando-se os anseios particulares dos sujeitos, permitindo que estes mesmos amoldem o procedimento judicial de acordo com as suas peculiaridades e seguindo a autonomia de sua vontade. Com este mecanismo, a adequação do procedimento (flexibilização procedimental voluntária) está ligada ao autorregramento da vontade dos sujeitos processuais envolvidos.

Tem-se, pois, uma ferramenta interessante capaz de ajustar o processo de acordo com as especificidades daqueles que se submetem à prestação da tutela jurisdicional, visando uma entrega efetiva. Prestigia uma cooperação participativa, democrática e sensível às desigualdades, as quais justificam a distribuição de um direito fundamental mais consentânea às exigências sociais.

Nogueira (2016, p. 223) bem expõe:

> [...] a feição democrática do Estado brasileiro, em estágio de consolidação desde a Constituição de 1988, criou uma ambiência favorável à ampliação das modalidades

> de estruturação do processo mediante participação das partes – os verdadeiros titulares dos interesses postos em disputa por meio do processo.

E prossegue o processualista:

> Admitir que os sujeitos do processo possam celebrar negócios jurídicos cujo objeto seja, em alguma medida, o instrumento utilizado para a tutela dos interesses em jogo, significa reconhecer-lhes um espaço de participação, democratizando o processo dentro dos propósitos de cooperação entre os sujeitos processuais, consagrada no Código (art. 6º), isso tudo sem que se cogite de desconsiderar a autonomia da Ciência do Direito Processual e o caráter publicístico do processo tradicional. (NOGUEIRA, 2016, p. 224).

Didier Jr. elenca rol de exemplos de negócios jurídicos processuais, alguns previstos no NCPC em dispositivos sem correspondente no CPC/73, outros já antigos no ordenamento jurídico pátrio:

> Há diversos exemplos de negócios processuais: a eleição negocial do foro (art. 63, CPC), o negócio tácito de que a causa tramite em juízo relativamente incompetente (art. 65, CPC), o calendário processual (art. 191, §§ 1º e 2º, CPC), a renúncia ao prazo (art. 225, CPC), o acordo para a suspensão do processo (art. 313, II, CPC), organização consensual do processo (art. 357, § 2º), o adiamento negociado da audiência (art. 362, I, CPC), a convenção sobre ônus da prova (art. 373, §§ 3º e 4º, CPC), a escolha consensual do perito (art. 471, CPC), o acordo de escolha do arbitramento como técnica de liquidação (art. 509, I, CPC), a desistência do recurso (art. 999, CPC), etc. (DIDIER JR., 2015, p. 377).

Tem-se, pois, diversos exemplos de negócio processuais típicos, isto é, com previsão predeterminada pela lei. O que se quer ressaltar nesta oportunidade, contudo, é a previsão do art. 190 do NCPC, que consagra cláusula geral de atipicidade do negócio jurídico processual. O dispositivo ostenta a seguinte redação:

> 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. (BRASIL, 2015, p. 10).

Eis a grande novidade preconizada pelo NCPC e que merece as atenções do presente ensaio, já que ao lado da admissão dos negócios processuais típicos (alguns já previstos no Código anterior), permite-se às partes celebrarem outros, consagrando um rol não exaustivo, restrito apenas aos requisitos mínimos adiante referidos.

Importante não confundir que o negócio aqui tratado não é sobre o bem objeto do litígio (caso em que se estaria diante de autocomposição), mas sim sobre o procedimento a ser observado em determinada ação judicial em que figurem as partes negociantes, daí porque o instituto tem nítida ligação com o direito fundamental à tutela efetiva.

Decerto que o negócio jurídico processual deve se submeter aos ditames do direito material, precisamente no que diz respeito aos planos de existência, validade e eficácia. Assim, para que um negócio exista e seja válido, por exemplo, imprescindível a existência de agentes capazes; manifestação da vontade livre, sem vícios; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e que observe a forma prescrita ou não defesa em lei.

Ocorrendo qualquer vício a macular o negócio processual, está a parte autorizada a arguí-lo, ou então o próprio juízo pode de ofício controlar esta ocorrência. Alguns impedimentos são apresentados pelo próprio Código Processual[4]. Ademais, como expõe Medina (2015b, p. 191), há limites implícitos à convenção processual das partes, decorrentes do texto constitucional, devendo os negócios observarem as garantias mínimas do processo. Não se admite, ademais, acordo sobre procedimentos que violem o princípio da isonomia, cabendo ao juiz recusar a aplicação de cláusulas abusivas ou quando a parte se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade.

Socorre-se, uma vez mais, dos exemplos trazidos pelo professor baiano Didier Jr., o qual apresenta alguns casos de negócios jurídicos processuais atípicos admitidos pelo ordenamento:

> Segue lista com alguns exemplos de negócios processuais atípicos permitidos pelo art. 190: acordo de impenhorabilidade, 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 uma prova ilícita etc. (DIDIER JR., 2015, p. 381-382).

Percebe-se, pois, que a figura do negócio jurídico processual, do modo como vem consagrado no NCPC, não apenas com a instituição das espécies típicas mas, principalmente, com a consagração de uma cláusula geral de atipicidade de convenção processual, é importante mecanismo de efetivação do direito fundamental à tutela jurisdicional.

[4] O art. 62 do NCPC, por exemplo, reza que "a competência determinada em razão da matéria, da pessoa ou da função é inderrogável por convenção das partes". (BRASIL, 2015, p. 3).

Permite o mesmo que este direito, dotado de fundamentalidade, possa ser distribuído aos indivíduos que se colocam em posição de desigualdade frente aos demais, reclamando uma prestação jurisdicional mais adequada aos seus anseios e, por lógica, mais efetiva.

Trata-se o negócio processual, ainda, de mecanismo que segue a orientação do processo cooperativo e democrático, ampliando a participação dos sujeitos processuais na busca de uma prestação jurisdicionais mais adequada ao caso concreto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo o que foi exposto ao longo deste ensaio, cuja pretensão se limitou a apresentar as linhas gerais sobre uma novidade trazida pelo NCPC e que merece a atenção dos estudiosos, é possível concluir que quando se volta atenção para os modos de distribuição dos direitos fundamentais no Brasil, a teoria da justiça de John Rawls é a que mais se amolda às necessidades reais deste país, notadamente pelo fato da desigualdade ser latente numa sociedade plural, reclamando uma distribuição adequada dos direitos básicos.

Assim não deve ser diferente quando o que se busca é a consagração do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o qual não deve se resumir num mero direito ao procedimento legalmente instituído. Não se basta mais raciocinar em termos de iguais oportunidades de acesso à justiça. Os jurisdicionados frequentemente são vistos em situações de desigualdade, devendo o direito processual se amoldar à realidade social e ao direito material, e não o contrário.

Destarte, a figura do negócio jurídico processual, em especial a permissão de convenções atípicas, voltadas para a flexibilização do procedimento, mostra-se como mais um importante mecanismos de adequabilidade procedimental, capaz de se distribuir de maneira justa e adequada o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, este numa perspectiva da teoria de justiça de John Rawls, já que visa atender as necessidades dos jurisdicionados postos em situação de desigualdade.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Emendas Constitucionais de Revisão. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 4 jan. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, Poder Legislativo, Seção 1, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=17/03/2015>. Acesso em: 12 jan. 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. Tradução de Luís Carlos Borges; revisão da tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/73. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015b.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.