



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL SOBRE PROVAS

Samoel Gonçalves de Oliveira

Rio de Janeiro
2020

SAMOEL GONÇALVES DE OLIVEIRA

O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL SOBRE PROVAS

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2020

O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL SOBRE PROVAS

Samoel Gonçalves de Oliveira

Graduado pelo Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUC-Rio. Advogado.

Resumo – o presente trabalho tem por objetivo analisar o instituto do negócio jurídico processual, disciplinado de forma expressa no CPC/15, o qual permite às partes adaptar o procedimento às especificidades do caso concreto. Ao longo do seu desenvolvimento, será feita abordagem das principais características do negócio jurídico processual, do autorregramento da vontade — uma das facetas do direito fundamental à liberdade (CF, art. 5º) — e da possibilidade da convenção processual disciplinar sobre provas.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Negócio jurídico processual. Autorregramento da vontade. Provas.

Sumário - Introdução. 1. Negócio Jurídico Processual no Novo Código de Processo Civil. 2. Autonomia Privada ou Autorregramento da Vontade 3. Negócio Jurídico Processual Sobre Provas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil anterior (Código Buzaid), em que pese seu primor técnico, mostrou-se obsoleto e ultrapassado. Não atendia ele à nova realidade brasileira de crescimento exponencial do número de processos, além de ser fundado em um publicismo exacerbado. Impunha um modelo de processo em que o juiz era a figura central do processo e a participação das partes era limitada.

Por evidente, com os anseios de maior participação do jurisdicionado na tomada de decisões, mormente após o advento da Constituição de 1988, mostrou ser esse modelo (hiperpublicista) insustentável.

Frente a esse cenário, foi editado o atual Código de Processo Civil (CPC/15), que passou a prever e melhor disciplinar diversos instrumentos vocacionados a trazer mais celeridade ao processo, privilegiar a autonomia da vontade da parte e atenuar o caráter público do processo. Dentre esses instrumentos, destaca-se o negócio jurídico processual.

Pelo negócio jurídico processual, podem as partes regular relações jurídicas processuais e alterar o procedimento, para que o processo melhor atenda aos seus interesses.

No exercício da autonomia da vontade, às partes é permitido convencionar sobre questões procedimentais, ainda que se trate de uma inovação.

No primeiro capítulo do presente trabalho, pretende-se trazer uma conceituação do instituto do negócio jurídico processual, com abordagem das suas principais características.

Em seguida, no segundo capítulo, serão tratados os contornos da autonomia privada (ou autorrogramento da vontade) no processo, apontado pela doutrina como subprincípio no Código de Processo Civil e faceta do direito fundamental à liberdade (CRFB/88, art. 5º).

Já no terceiro capítulo, bem delineados os contornos da autonomia privada no processo, será feita uma análise acerca da viabilidade da convenção processual sobre prova.

Para alcançar a finalidade pretendida, o pesquisador se utilizará de obras doutrinárias, legislação, artigos científicos e periódicos acerca do tema, qualificando a abordagem como qualitativa e exploratória.

1. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Na história recente da Justiça brasileira, em especial após o advento da Constituição de 1988, podemos identificar uma explosão do número de litígios, o que, por consequência, desencadeou uma verdadeira crise do sistema judicial brasileiro.¹ Crise essa que não se limitava ao crescimento vertiginoso de processos e da falta de mecanismos para lidar com a nova realidade, mas também a falta de legitimidade democrática do processo. Para fazer frente a essa realidade, foi editado o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15).

O novo diploma processual civil foi editado com objetivos claros de modernizar, organizar e simplificar o processo judicial, trazer mais agilidade ao seu desenvolvimento e privilegiar a autonomia da vontade das partes. Por essa razão, foram introduzidos e reformulados alguns instrumentos processuais, como a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que objetiva a resolução de processos em grande número que tratem da mesma matéria, a mediação e a conciliação e o negócio jurídico processual, sendo este o objeto do presente trabalho.

O negócio jurídico processual não é novidade introduzida no Direito brasileiro pelo CPC/2015, sua previsão é verificável até mesmo antes do CPC/39². Algumas espécies de

¹LUCENA FILHO, Humberto Lima de. *A cultura da litigância e o poder judiciário: noções sobre as práticas demandistas a partir da justiça brasileira*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=84117275be999ff5>>. Acesso em: 11 out 2020.

²PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios processuais sobre presunções*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 84/85.

negócios processuais elencados no atual código de processo de há muito tempo existem no direito brasileiro, a exemplo da cláusula de eleição de foro e do acordo para suspensão do processo.

Na verdade, o que fez o CPC de 2015, influenciado pelo modelo inglês (*case management*) e francês (*contrat de procédure*)³, foi prever de forma expressa sobre o negócio jurídico processual e ainda trazer uma regra geral para o negócio jurídico atípico (no artigo 190 do Codex⁴).

Como explica Lara Dourado Mapurunga Pereira⁵:

O diferencial do CPC/15 foi o reconhecimento expresso, por meio da cláusula geral de convencionalidade, da possibilidade de convencionar sobre o procedimento e sobre as situações jurídicas processuais, que antes era constantemente questionada em razão da assistemização da disciplina no código anterior, que apenas previa certos negócios processuais típicos sem maiores esclarecimentos acerca de condições ou limites para a negociação processual.

Além do que, com o reconhecimento expresso do negócio jurídico processual, o legislador colocou fim à antiga discussão doutrinária acerca da sua existência.⁶

O negócio jurídico processual pode ser conceituado como método de criação de normas pela autonomia da vontade, mecanismo que possibilita às partes envolvidas, atuando dentro dos limites previamente estabelecidos pela lei, regular relações jurídicas processuais e alterar o procedimento. Trata-se de uma espécie de fato jurídico que tem como suporte fático a manifestação de vontade das partes envolvidas.

Fredie Didier Jr. conceitua o negócio jurídico processual como “fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica

³NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* – Volume único. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 389.

⁴BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 13 out. 2020. 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.

⁵PEREIRA, op. cit., p. 85.

⁶“Tema que gera divergência doutrinária é o da existência de negócios processuais, ou seja, de negócios jurídicos realizados no campo do processo. É dissidente a doutrina acerca da possibilidade de alguém praticar ato destinado à consecução de determinado efeito processual, sendo a vontade humana dirigida, *in casu*, à produção do efeito, servindo o ato como mero instrumento para se permitir que o efeito se produza. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*: V. 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 276

ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento.”⁷

Antônio do Passo Cabral⁸, por sua vez, traz a seguinte definição de negócio jurídico processual:

Convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento.

Assim, por meio de um negócio jurídico processual podem as partes adequar o processo ao caso concreto, de forma que ele melhor atenda aos seus interesses e necessidades, sendo a elas permitido convencionar sobre seus ônus, poderes e faculdades processuais.

O negócio jurídico processual pode ser classificado como típico ou atípico.

Negócios processuais típicos são aqueles previstos expressamente na lei, a exemplo da já mencionada cláusula de eleição de foro e da permissão de convenção para as partes suspenderem o processo (CPC, art. 313, II).

Os atípicos, por outro lado, são aqueles que não estão previamente delineados na lei, mas, decorrem da atividade criativa das partes e são possibilitados pela cláusula geral de convencionalidade (CPC, art. 190).

Como muito bem colocado por Igor Raatz⁹:

Com efeito, o art. 190 do atual Código de Processo Civil permite que as partes plenamente capazes possam 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, desde que o processo verse sobre direitos que admitam autocomposição. O dispositivo é questão, sobretudo, inovadora, insere-se na tendência de vem sendo chamado de “contratualização do processo”, conceito mais restrito que se insere na expressão francesa, mais ampla e geral, “contractualisation des modes de règlement des litiges”, a qual abarca tanto os “modes de règlement judiciaire” quanto os “modes de règlement extra judiciaire des litiges.

Cláusula geral pode ser entendida como espécie de norma de comando indeterminado e que não traz a consequência jurídica de sua não observância. Utiliza-se propositadamente de

⁷DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 25

⁸CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 74.

⁹RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios processuais, flexibilização procedimental*. 2. ed. ver., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 228 e 229.

termos vagos e efeito jurídico indeterminado¹⁰, de elementos mais flexíveis e de uma linguagem mais aberta e vaga, de modo a permitir uma aplicação mais ampla da norma.

Também, podemos classificar o negócio jurídico processual como unilateral, bilateral ou multilateral.

O negócio processual unilateral, é aquele que se perfaz pela manifestação de uma única vontade, ou seja, não se exige a manifestação de vontade da parte contrária. Geralmente são previstos expressamente na lei; típicos, portanto. Exemplos são a renúncia, a desistência e a escolha do procedimento a ser seguido no processo, feita pelo autor na petição inicial.

O negócio processual bilateral, por sua vez, é aquele que depende da manifestação de duas vontades, o que se verifica quando da convenção pela eleição de foro e da suspensão do processo. Os negócios jurídicos bilaterais podem ser divididos em contratos (interesses contrapostos) e acordos e convenções (as vontades se unem para um interesse comum).

Já os negócios plurilaterais, são aqueles formados pela vontade de mais de dois sujeitos (no caso, partes e juiz)¹¹. Quanto a esses negócios, podem eles ser típicos, a exemplo do calendário processual (organização compartilhada); ou, atípicos, como seria o caso de convenção para definir o tempo de sustentação oral.

Além disso, o negócio processual, instrumento lastreado pelo autorregramento da vontade, pode ser realizado tanto antes do processo (em caráter pré-processual), a exemplo do que concerne à cláusula de eleição de foro, como também no curso do processo. O que vai qualificar o acordo de vontades como negócio jurídico processual é o fato de poderem as partes, atuando nos limites legais, regram situações jurídicas processuais ou o alterar o procedimento para que produzam efeitos no processo, seja ele já existente ou futuro.

Com efeito, a mudança tem sido festejada por grande parte dos processualistas, que enxergam no alargamento das técnicas de resolução consensual um caminho para trazer mais celeridade ao processo e pacificação social. Além do que, defendem eles ser o negócio jurídico processual técnica compatível com as balizas da Constituição da República, que impõe um maior respeito a liberdade individual e incentiva a participação do jurisdicionado na tomada de decisão. Não por menos, teríamos adotado um modelo participativo de processo (CPC, art. 6º).

¹⁰REDONDO apud HOTOUM, Nilda Saleh. BELLINETTI, Luiz Fernando. Fundamentos principiológicos dos negócios jurídicos processuais previstos no art. 190 do CPC/15. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 12, n. 3, p. 242-278, dez. 2017. DOI: 10.5433/1980-511X2017v12n3p242. ISSN: 1980-511X.

¹¹DIDIER JR., op. cit., p. 27.

Contudo, ainda há aqueles que não mostram muito entusiasmo com o instituto, pois não veem possibilidades de sua efetividade na prática. Alinhado a essa linha de pensamento, encontra-se o eminente processualista Daniel Assumpção Amorim¹², que coloca:

Reconheço que o tema do negócio jurídico processual trazido por meio de uma cláusula geral desperta extremo interesse acadêmico, mas tenho sérias dúvidas de sua repercussão prática. A verdade é que, conforme já apontado, ainda que de forma tímida, o CPC/1973 já previa a possibilidade de acordos procedimentais pontuais entre as partes, sendo raríssima ocorrência, salvo na cláusula de eleição de foro.

Naturalmente, se o negócio jurídico processual vai ou não ser adotado na prática, só o tempo dirá. O que não podemos negar é que o CPC/15 ao melhor delinear e regulamentar o instituto do negócio jurídico processual oferece um eficaz instrumento para resolução consensual de conflitos, o qual privilegia a autonomia da vontade das partes, em detrimento do modelo paternalista anteriormente vigente.

2. AUTONOMIA PRIVADA OU AUTORREGRAMENTO DA VONTADE

O novo modelo de processo civil adotado no Brasil (Lei nº 13.105/2015), tido pela doutrina como participativo, ampliou de forma significativa o campo da liberdade do indivíduo no processo, refletido principalmente no que trata dos métodos e instrumentos processuais de solução consensual de conflitos, que inclui o negócio jurídico processual.

A autonomia privada ou autorregramento da vontade pode ser definida como a capacidade do sujeito, exercendo seu direito fundamental à liberdade (CF, art. 5º), de regular juridicamente seus próprios interesses. É no campo da autodeterminação que o indivíduo pode decidir pelo que considera mais adequado a sua própria existência, fazendo suas escolhas.¹³

Conforme aponta Igor Raatz¹⁴:

A autonomia privada, portanto, é, em sentido largo, decorrência do princípio da liberdade e da própria dignidade da pessoa, entendida como corolário da autodeterminação do indivíduo. Nessa perspectiva, gozar de liberdade é atuar livremente tanto na sua própria esfera de interesses, quanto na esfera pública, participando desta para construir os próprios limites dessa mesma autonomia. A concepção da autonomia como manifestação de um poder de criar normas tem respaldo, desse modo, na própria ideia de democracia, que, nos atuais contornos do Estado Democrático de Direito, não se limita à veste restrita da democracia

¹²NEVES, op. cit., p. 389.

¹³DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 132.

¹⁴RAATZ, op. cit., p. 171.

representativa, dando especial relevo para a participação (direta e indireta) dos indivíduos na criação e desenvolvimento da ordem jurídica.

Emilio Betti explica a autonomia privada como sendo o poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas entre os particulares, em geral e abstrato, o que é autorizado por normas jurídicas prévias e procedimentais.¹⁵

Atuando âmbito do autorregramento da vontade e do Direito Processual podem as partes estipular regras de procedimentos, criar, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais. Podem elas assumir obrigações, como o exemplo da estipulação no sentido de que ao autor incumbirá arcar com os honorários do perito, bem como renunciar a posições vantajosas, como seria o caso da convenção pela vedação de recurso. Ou seja, possuem as partes um complexo de poderes que podem por elas ser exercidos, assim desejando.

Importante destacar que o princípio do autorregramento da vontade é entendido por parte da doutrina como princípio implícito no CPC/15. Para esses doutrinadores, o fundamento legal desse princípio é extraído principalmente do princípio constitucional da liberdade (art. 5º, *caput*, da CRFB); mas, também por normas espalhadas pelo CPC, a exemplo da cláusula geral do negócio processual (CPC, art. 190), da autocomposição, a qual permite a mediação e a conciliação (CPC, arts. 165 a 175); da possibilidade de, em acordo judicial, incluir matéria estranha ao objeto em litígio (CPC, 515, §2º). Fala-se, na existência de um microsistema de proteção da autonomia da vontade no processo no processo, inclusive.¹⁶

Conforme colocado por Fredie Didier Jr¹⁷.

O direito fundamental à liberdade possui conteúdo complexo. Há a liberdade de pensamento, de crença, de locomoção, de associação etc. No conteúdo eficaz do direito fundamental à liberdade está o direito ao autorregramento: o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente os seus interesses, de poder definir o que reputa melhor ou mais adequado para a sua existência; o direito de regular a própria existência, de construir o próprio caminho e de fazer escolhas. Autonomia privada ou autorregramento da vontade é um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana.

Um dos norteadores do NCPC, o negócio processual estabelecido pelas partes prevalece até mesmo sobre a adequação do procedimento realizado pelo juiz (autorizado pelo art. 139, incisos IV e VI).¹⁸

¹⁵PEREIRA, op. cit., p. 92.

¹⁶DIDIER JR., op. cit., p. 21.

¹⁷Idem. *Curso de Direito Processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 132.

¹⁸PEREIRA, op. cit., p. 84.

Por certo, no exercício do autorregramento da vontade possuem as partes: a) liberdade de negociação, “zona das negociações preliminares”; b) liberdade de criação, o que lhes permite criar novos modelos processuais (atípicos); c) liberdade de estipulação, ou seja, decidir sobre o conteúdo da negociação; e, d) liberdade de negociação, decidir se vai vincular-se ao negócio.¹⁹

Entretanto, para a celebração de um negócio processual deve ser observado: a) sua celebração ser realizada por partes capazes, aferição que não se encerra na verificação do fato de a pessoa se encontrar no exercício dos seus direitos, como também na ausência de vulnerabilidade excessiva de uma das partes (isonomia); b) possuir ele objeto lícito; c) observar a forma prevista ou não proibida por lei (CC, art. 104).

Importante frisar que o art. 190 do NCPC restringe o negócio jurídico processual aos casos em que o direito discutido na lide admita autocomposição. Uma leitura apressada poderia levar a conclusão de ser proibida a celebração de negócio processual quando se estiver discutindo direito indisponível, contudo, não é essa a interpretação correta.

Isso porque o fato de o direito em litígio ser indisponível, a exemplo do que ocorre nas ações de alimentos e dos direitos coletivos, não torna inviável a celebração do negócio jurídico processual.²⁰ O que deve ser analisado é a possibilidade de autocomposição, que não recai sobre o direito material, e sim na forma como ele é exercido. A indisponibilidade do direito material não impede a celebração de negócio processual, uma vez que acordo processual não equivale à disposição do direito material. Há, na verdade, uma independência entre direito material e o processual.

Conforme explica o eminente processualista Antonio do Passo Cabral²¹:

Essa independência em relação ao instrumento deriva da ideia de que a autonomia das partes para conformar situações jurídicas processuais não é um mero complemento da liberdade no direito material, algo acessório e secundário que pudesse ser entendido como subordinado às regras do direito privado. Ao contrário, os acordos processuais devem ser compreendidos como independentes dos negócios jurídicos de direito material porque os atos processuais em geral produzem efeitos diversos de um instrumento, inclusive apartando os aspectos que tocam o direito material daqueles que envolvem o direito processual.

Como se nota, assim como nos demais ramos do direito, o autorregramento da vontade no processo civil não é ilimitado e encontra ele limites quando esbarra em normas fundamentais e garantias mínimas do processo, posições jurídicas estabelecidas no modelo de processo e no

¹⁹HATOUM apud NOGUEIRA, op. cit., p. 266.

²⁰Enunciado n. 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: (art. 190) A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.

²¹CABRAL, op. cit., p. 284.

devido processo legal.²² Exemplo disso se dá no art. 190, que veda de forma expressa o acordo processual nos casos de nulidade, de inserção abusiva em contrato de adesão ou no caso de vulnerabilidade de algumas das partes.

Também, por óbvio, não podem as partes invadirem as posições jurídicas do magistrado. O juiz, no modelo negocial processual proposto pelo CPC/15 atua no controle das convenções processuais, fiscalizando a observância dos requisitos de validade do negócio jurídico e a observância pelas partes das normas cogentes e dos postulados constitucionais.

Como não poderia deixar de ser, o negócio jurídico processual deve ser celebrado, aplicado e interpretado com estrita observância ao princípio da boa-fé objetiva²³, de modo não poder a parte agir com abuso de direito, colocando-se em posição jurídica de extremada vantagem, como se daria no caso de inserção de cláusula de eleição de foro que dificultaria o acesso à justiça.

Para além disso tudo, importante frisar que o autorregramento da vontade no âmbito do processo deve ser analisado à luz do modelo de processo vigente.

Ao logo da história recente, podemos verificar a criação de dois diferentes modelos de processo: um no qual o Estado-juiz é protagonista, peça mestre do processo, modelo de processo esse intitulado inquisitorial (orientado pelo princípio inquisitivo); e, outro, chamado de modelo adversarial (preponderante o princípio dispositivo), no qual são as partes quem produzem provas e são as condutoras do processo, mantendo-se o juiz em estado de inércia, esperando o momento de julgar a causa.

O Código de processo Civil anterior (Código de Buzaid), inegavelmente tinha mais características de processo inquisitivo, conforme a presença da figura do juiz com super poderes (versão paternalista de processo). Porém, com a Constituição Federal de 1988, esse modelo tornou-se incompatível, como já salientado anteriormente, mormente com o fortalecimento das garantias fundamentais do processo.

Nesse ínterim, foi editado o CPC/15, primordialmente estruturado nos princípios do devido processo legal, da boa-fé e do contraditório. E, em decorrência da grande relevância desses princípios no novo modelo de processo, defende-se ter sido implementado no Brasil um novo modelo de processo, o modelo de processo democrático participativo (CPC, art. 6º).

²²NEVES, op. cit., p. 399.

²³BRASIL. Fórum Permanente de Processualistas Civis. *Enunciado nº 06*: “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação.” Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2020.

Indubitavelmente, não é possível afirmar ser o atual modelo de processo absolutamente adversarial ou inquisitivo. Mas, fato é que quanto mais poderes forem conferidos ao juiz e menor participação das partes na formação do processo, mais se aproxima o processo do modelo inquisitivo; assim como maior autonomia conferida às partes faz o processo se aproximar do modelo adversarial.

E, é justamente com base nessas premissas e análise dos principais institutos do atual *Codex* que a doutrina defende trazer o CPC/15, ainda, um modelo de processo inquisitorial. Porém, um modelo inquisitorial temperado, em que o caráter público do processo é atenuado e as partes podem participar mais ativamente da formação do processo. No modelo adotado, as partes e Estado-juiz constroem em conjunto o resultado do processo, daí surgir a nomenclatura “processo participativo”.

Segundo precioso ensinamento do eminente professor Alexandre Freitas Câmara²⁴:

o processo não pode mais ser compreendido como um mecanismo a ser conduzido pelo juiz como 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.

No modelo participativo de processo (CPC, art. 6º), pretende-se pôr fim a protagonismos, partes e juiz são colocados em posição assimétrica, em pé de igualdade, sem que haja destaque de qualquer sujeito do processo. Estabelece-se, assim, um modelo de processo mais democrático, em que os indivíduos, em situação de igualdade, participam na criação e desenvolvimento também do processo.

Assim, no CPC/15 a figura da parte no bojo processo ganha um redimensionamento, passa ela a ter maior autonomia para definir e ajustar, inclusive no processo, o que lhe pareça mais favorável. Além de permitir uma solução mais célere para lide, mostra ser a ampliação da liberdade negocial processual um alinhamento do Direito Processual com os preceitos democráticos vigentes, em que a vontade das partes assume papel de relevância na tomada de decisões e construção de soluções.

²⁴CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 34.

3. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL SOBRE PROVAS

Antes de iniciar a discussão acerca da possibilidade de convenção processual disciplinar sobre provas, necessário se faz saber a natureza das normas que tratam de provas.

Há duas diferentes correntes doutrinárias que explicam a natureza jurídica das provas no processo. A corrente materialista, para a qual as normas sobre prova são indissociáveis do direito material discutido, o que se pode extrair, inclusive, do fato de alguns institutos, a exemplo do ônus da prova, serem regidos pelo direito material. E, a corrente processualista, que adota entendimento no sentido de dever ser o instituto da prova disciplinado pelo direito processual, pois no âmbito do processo que a prova vai cumprir seu papel, qual seja, influenciar no julgamento da causa.²⁵

Mas seria permitido às partes, a partir da cláusula geral de convencionalidade (CPC, art. 190), estabelecer convenção processual tratando sobre provas?

Parte da doutrina defende a inviabilidade da convenção processual sobre prova, ao fundamento de que este acordo poderia significar uma limitação na descoberta da verdade real, o que acarretaria na prolação de uma decisão com grau de justiça reduzido.²⁶ Para os seus defensores, a prova seria instrumento destinado à reconstituição dos fatos trazidos no processo. Quer dizer: seria a prova vocacionada à descoberta dos fatos, na forma como aconteceram.

Em crítica à ideia de verdade real, aponta Fredie Didier Jr.²⁷:

A prova, portanto, dificilmente servirá para construir um evento pretérito; não se pode voltar no tempo. [...] Calcar a teoria processual sobre a ideia de que se atinge, pelo processo, a verdade material, seria mera utopia. O mais correto, mesmo, seria entender a verdade buscada no processo como aquela mais próxima possível da real, própria da condição humana. Esta, sim, seria capaz de ser alcançada no processo, em razão do exercício da dialética durante o procedimento, com a tentativa das partes de comprovarem a veracidade de suas alegações.

²⁵DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 79-81.

²⁶Por outro lado, partindo-se da premissa enunciada acima, segundo a qual a apuração da verdade dos fatos configura-se como uma condição necessária de justiça da decisão, tem-se que qualquer derrogação ou limitação que se faça a tal apuração determina inevitavelmente – mesmo quando isso acontece por razões dignas de consideração – um *déficit* na descoberta da verdade e, portanto, um *déficit* correspondente na legalidade e na justiça da decisão. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 147-148. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4374573/mod_resource/content/0/UMA%20SIMPLES%20VERDAD E%20PARTE%201.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

²⁷Ibid., p. 46/47.

Por óbvio, esse entendimento de obtenção de uma “verdade real” no processo não deve prevalecer, já que não é possível o juiz fazer essa reconstituição dos fatos. Sem contar que o conceito de “verdade real” não é compatível com o atual modelo de processo civil, o qual adota um conceito de verdade factível, construída a partir das alegações das partes sobre o contraditório, tratando a prova em sentido persuasivo.^{28 29} Significa que as provas tem por função reforçar a veracidade das alegações formuladas pelas partes e discutidas no processo.

Outra vertente da doutrina, por outro lado, entende ser possível a convenção processual tratar sobre provas, mas desde que o acordo não afete os poderes do juiz, mormente aqueles destinados a verificação da veracidade dos fatos.³⁰ Ou seja, desde que o pacto probatório não venha a impedir a busca de uma decisão justa, corolário de um juiz com ampla atividade probatória. Entretanto, essa vertente também é passível de críticas, já que de certa forma todo negócio processual, ainda que de forma indireta, influencia os poderes do juiz.

Adotando uma corrente mais liberal, defendemos a possibilidade do negócio processual disciplinar sobre provas e, sem que isso signifique violação a figura do juiz.

Conforme mencionado no capítulo anterior, o Código de Processo Civil de 1973 (Código Buzaid) era orientado por um hiperpublicismo, no qual o juiz era alçado a figura central do processo. O juiz tinha poderes para tudo; as partes, porém, poderes de interferência quase inexistentes.

Acontece que com o advento da Constituição Federal de 1988 esse modelo de Estado paternalista, com poderes supremos e responsável pela tutela de todos passou a perder força e o jurisdicionado a reclamar por mais autonomia para tutelar a sua própria liberdade, inclusive dentro do âmbito de um processo judicial. Foi justamente em decorrência desses anseios foram produzidas significativas mudanças no CPC/15, deixando o juiz de ser visto como Ser supremo no processo e as partes meros expectadores.

Com isso, em que pese o CPC/15 ainda manter o caráter predominantemente público do processo, observa-se a opção por sua versão atenuada, em que se confere maiores poderes de participação e influência às partes. Não por menos, tem sido o novo modelo de processo convencionalmente chamado de participativo (CPC, art. 6º).

²⁸PEREIRA, op. cit., p. 120.

²⁹Incumbe ao juiz, ao proferir a decisão, apresentar uma valoração discursiva da prova, justificando seu convencimento acerca da veracidade das alegações, e indicando os motivos pelos quais acolhe ou rejeita cada elemento do conjunto probatório. Em outros termos, cabe ao juiz, na valoração da prova, encontrar a verdade que tenha sido demonstrada no processo através dos elementos de prova a ele carreados. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 206.

³⁰MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.398

No modelo participativo de processo, os sujeitos do processo têm igual relevância e atuam em conjunto para o estabelecimento de um resultado. Assim, as partes não só podem como devem participar da formação do resultado do processo, o que inclui a atividade probatória.

As convenções processuais não acarretam uma eliminação do poder de instrução do juiz, “mas um tratamento mais balanceado dos poderes do juiz em razão da tensão entre publicismo e privatismo, com redução (não eliminação!) dos poderes do juiz em razão da atuação legítimas das partes.”³¹

Se à parte é permitido optar por ajuizar ou não a ação, reconhecer a procedência do pedido, desistir da ação, por que não lhe seria permitido, no exercício do autorregramento da vontade e atuando dentro dos limites impostos pela legislação vigente, delimitar de forma consensual o que será apreciado pelo juiz?

As provas produzidas no processo não são destinadas apenas ao juiz, mas também às partes, que precisam se convencer do esgotamento dos instrumentos e meios legalmente dispostos e, até mesmo da correção (justiça) da decisão proferida pelo juiz. Assim, mostra-se incorreta a negativa do reconhecimento do negócio processual sobre prova ao simples fundamento de que ela poderia provocar uma limitação na atividade probatória ou obstáculo intransponível, em especial ao juiz, da descoberta de uma utópica verdade real.

Ora, uma simples reflexão mais apurada sobre o processo na prática forense permite concluir ser a atividade probatória limitada, por vezes, até mesmo pelo próprio juiz. Basta lembrar daqueles casos em que o julgador não permite a oitiva de certa testemunha ou indefere determinadas perguntas por entender estarem os fatos o suficientemente comprovados.

Indubitavelmente, o que torna uma decisão mais “justa” não é a figura do Estado-juiz com poderes ilimitados e irrestritos, na incessante busca pela suposta e utópica verdade real. Essa concepção de julgador é típica de Estados autoritários, não do modelo de processo democrático proposto pelo CPC/15. O que torna mais acertada (justa) uma decisão, é ser ela tomada com base nas provas legalmente produzidas no processo, à luz do contraditório e das normas aplicáveis.

Como bem pontua Alexandre Freitas Câmara³²:

Sendo juiz e parte destinatários da prova, a todos eles é reconhecida a existência de poderes de iniciativa instrutória. O art. 370, aliás, estabelece expressamente que cabe ao juiz, “de ofício ou a requerimento da parte”, determinar as provas necessárias ao

³¹CABRAL, op. cit., p. 153.

³²CÂMARA, op. cit., p. 204.

juízo do mérito. Às partes evidentemente caberá postular a produção das provas que lhes pareçam relevantes, pois é delas o direito material em debate e, por isso, são elas titulares de interesse em produzir prova. Não se pense, porém, que ao juiz não se deve reconhecer poderes de iniciativa instrutória. Em um modelo processual cooperativo como o adotado pelo CPC (art. 6º), em que juiz e partes atuam juntos, de forma participativa, na construção em contraditório do resultado do processo, é preciso reconhecer que também o juiz tem poderes de iniciativa instrutória. Afinal, a ele – tanto quanto às partes – incumbe atuar na direção da construção de um resultado justo, constitucionalmente legítimo, para o processo.

A atividade probatória do juiz deve ser limitada aos casos em que aos litigantes é impossibilitado a produção da prova, a exemplo da convocação inquirição de testemunha, expedição de carta rogatória, requisição de documento de acesso restrito como declaração de Imposto de Renda. Isso quer dizer, quando o convencionado não for o bastante para subsidiar a decisão judicial.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero³³, defendendo a liberdade de convenção das partes no âmbito do instituto da prova, esclarecem:

as partes podem livremente convencionar sobre o ônus da prova, sem que isso viole a ordem jurídica. Desse modo, nada impede que as partes convençam desde logo, no plano do direito material, que, caso venha a ocorrer qualquer litígio relativo a contrato, a prova de determinado fato deva ser produzida por este ou aquele contratante. Da mesma forma, se já existe o conflito, ou mesmo se ele já foi levado ao Judiciário, podem as partes estabelecer, de comum acordo, que determinado fato deva ser provado por essa ou aquela parte.

No mesmo sentido são as lições de Fredie Didier Jr.³⁴:

Tal negócio jurídico processual é lícito: as partes podem dispor sobre como será provado um fato, assim como podem dispor sobre como será provada a existência de um negócio jurídico, nos termos do art. 109 do Código Civil (que admite a possibilidade de celebração de negócio jurídico com cláusula que imponha a necessidade de instrumento público para a sua validade).

Desse modo, sendo permitido convencionar sobre questões de fato ou de direito que foi ou será objeto do processo, as partes podem convencionar sobre: i) os meios de prova, quer dizer, definir os meios de prova que poderão ser usados em um processo pendente ou futuro, sendo permitido inclusive, restringir os meios à elas disponíveis; ii) o procedimento de produção da prova, ou seja, estabelecer o modo pelo qual a prova será produzida no processo; iii) o ônus da prova, sendo permitido a elas estabelecer uma regra diversa do ônus da prova, inclusive, afastando a previsão legal; iv) o *standard* de prova, que se traduz no “*quantum*”

³³MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 398.

³⁴DIDIER JR. op. cit., p. 186.

necessário para confirmar a alegação de veracidade de uma alegação de fato; v) valoração da prova, modificar a forma de valorar os meios de prova.

Portanto, a autonomia da vontade não pode ser limitada ao ajuizamento da ação, mas deve abranger uma ampla possibilidade de atuação no curso do processo. Podem as partes, atuando dentro limites legais, regular seus interesses, inclusive para tratar sobre provas, sem que isso implique violação à ordem jurídica.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa teve como norte abordar o negócio jurídico processual, instituto que há muito tinha sua existência no Direito brasileiro defendida, mas que apenas no CPC/15 ganhou disciplina expressa e apropriada. O melhor tratamento ao negócio jurídico processual despendido no atual código de processo civil não se deu unicamente para pôr fim à dissidência doutrinária acerca da sua existência; não, os objetivos visados foram maiores. Como apontado ao longo do trabalho, o negócio jurídico processual passa a integrar o complexo de instrumentos vocacionados a trazer maior celeridade, efetividade e autonomia da vontade da parte ao modelo de processo participativo proposto.

No decorrer da pesquisa, foi demonstrado ser o autorregramento da vontade decorrência lógica do postulado da liberdade, encampado no artigo 5º da Constituição da República. Explicou-se que autorregramento da vontade deve ser entendido como a capacidade do sujeito de regular juridicamente seus próprios interesses e que, no processo, isso pode ser traduzido como a liberdade conferida às partes para estipular regras de procedimentos, criar, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais.

Conforme repetidas vezes afirmado, no novo modelo de processo civil, as partes atuam em conjunto com o magistrado na construção de um processo, em pé de igualdade, sem protagonismo da figura do juiz. O protagonismo da figura do julgador na condução do processo e da colheita das provas, verificável no modelo de processo anterior (hiperpublicista), passa a ser indesejado.

Inicia-se, assim, a construção da maturidade de que decisão justa é aquela construída com a ampla participação das partes, o que inclui a atividade probatória. E, a premissa de que o pacto probatório extrapola os poderes inerentes à figura do juiz e retira dele a possibilidade da busca da verdade real não mais subsiste.

O empoderamento da parte no processo, mormente após o aprimoramento dos instrumentos de resolução consensual de conflitos, que inclui o negócio jurídico processual,

permite afirmar, com segurança, existir liberdade para que as partes convençionem de forma bastante ampla, inclusive sobre as provas. Claro, liberdade nunca irrestrita, uma vez que encontra limites imposto pela própria lei e pela boa-fé.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, ser o negócio jurídico processual valioso instrumento disposto às partes para melhor adequar o processo às especificidades do caso concreto, sem que isso implique em violação às normas processuais vigentes. Por ele, privilegia-se os interesses das partes envolvidas, em detrimento de um formalismo e publicismo do processo indesejáveis. Além do que, permite tornar o processo mais eficiente, célere e legítimo, do ponto de vista democrático.

REFERÊNCIAS

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 13 out. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 out. 2020.

DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

HATOUM, Nida Saleh; BELLINETTI, Luiz Fernando. Fundamentos principiológicos dos negócios jurídicos processuais previstos no art. 190 do CPC/2015. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 12, n. 3, p. 242-278, dez. 2017. DOI: 10.5433/1980-511X2017v12n3p242. ISSN: 1980-511X, Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5433/1980-511X.2017v12n3p242>>. Acesso em: 13 out. 2020

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

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. *A cultura da litigância e o poder judiciário: noções sobre as práticas demandistas a partir da justiça brasileira*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=84117275be999ff5>>. Acesso em: 22 set. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunções*. Salvador: JusPodivm, 2020.

RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

SILVA, Maurício Falconni Ribeiro e. *O negócio jurídico processual no novo Código de Processo Civil: análise sobre a aplicação deste instituto*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/o-negocio-juridico-processual-no-novo-codigo-de-processo-civil-analise-sobre-a-aplicacao-deste-instituto/>. Acesso em: 13 out. 2020.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 147-148. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4374573/mod_resource/content/0/UMA%20SIMPLES%20VERDADE%20PARTE%201.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.