

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

BEATRIZ PEREIRA CALDAS MEDEIROS

**NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E O PAPEL DOS SUJEITOS
PROCESSUAIS**

NATAL/RN

2018

BEATRIZ PEREIRA CALDAS MEDEIROS

**NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E O PAPEL DOS SUJEITOS
PROCESSUAIS**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte, como requisito final para obtenção do Certificado de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. M.Sc. **Felipe Maciel**

NATAL/RN

2018

Dedico o presente estudo a Jesus Cristo, meu fiel amigo, por sempre abençoar minha caminhada e permitir a concretização de mais uma etapa acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que representa o sentido de minha vida. Sem a presença Dele, nenhum passo adiante seria possível.

Aos meus familiares pelo essencial apoio na concretização de mais uma significativa etapa acadêmica. Não posso olvidar nominar minha mãe, Rosana, grande amiga e incentivadora, Secretária Geral deste Centro Universitário e membro da Liga de Ensino do Rio Grande do Norte, que me apoia diuturnamente e atua enquanto símbolo de excelência profissional.

Ao meu amado Adriano, de maneira muito especial, por sempre acreditar em meu potencial e incansavelmente encorajar minhas futuras conquistas, sem hesitar em ajudar.

Ao meu orientador, professor Felipe Maciel, pela tamanha disponibilidade e gentileza, tendo contribuído sobremaneira na feitura do presente estudo.

Aos colegas e demais professores, que em conjunto edificaram bastante conhecimento.

Não tenhamos pressa, mas não percam
tempo.

(José Saramago)

RESUMO

O presente estudo cuida da análise do negócio jurídico, a propósito do papel dos sujeitos processuais. Explora-se a atual sistemática processual civil quanto aos negócios processuais, que consagra a máxima da efetividade na prestação da tutela jurisdicional pela reverência aos direitos fundamentais na função do processo. A conclusão apresentada é de que a comparticipação das partes, notadamente na estrutura da produção probatória ante o caso concreto por meio das convenções processuais, pode contribuir sobremodo ao deslinde da demanda e, por consectário, na própria efetividade jurisdicional.

Palavras-chave: Negócios Processuais. Sujeitos processuais. Efetividade Jurisdicional.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the legal transactions, regarding the role of the procedural subjects. The current civil procedural system of legal transactions is explored, which enshrines the maxim of effectiveness in the jurisdiction protection through the reverence for fundamental rights in the purpose of the process. The conclusion is that the participation of the parties, notably in the structure of the probative evidence before the case by procedural agreements, can produce relevant contribution to the solution of the demand and, consequently, to the jurisdiction itself.

Keywords: Procedural transactions. Procedural subjects. Jurisdictional Effectiveness.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/88 Constituição Federal de 1988

CPC Código de Processo Civil de 2015

CPC/73 Código de Processo Civil de 1973

FPPC Fórum Permanente de Processualistas Cíveis

CC Código Civil de 2002

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL	13
2.1. BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA	13
2.2. RELAÇÃO COM A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL	17
2.3. CONCEITUAÇÃO PRAGMÁTICA	21
3. NEGÓCIO PROCESSUAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	24
3.1. DA VALIDADE DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS	27
3.2. DO PAPEL DO JUIZ NO CONTROLE DA VALIDADE DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS	29
4. APLICABILIDADE DA NEGOCIAÇÃO QUANTO À PROVA NO PROCESSO ...	33
4.1. DA TEORIA DA PROVA	33
4.2. DA INSTRUÇÃO NO PROCESSO DE CONHECIMENTO	35
4.3. DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS EM TORNO DA PROVA	36
5. CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo buscará analisar o negócio jurídico processual e o papel dos sujeitos processuais. Para tanto, partirá de uma construção lógico-cronológica sobre o estudo dos negócios processuais, em leitura do instituto, até evoluir a especificidade de sua atuação pelos sujeitos do processo quanto à produção probatória, em exame da prova.

Deveras, o atual diploma processual civil, que data de 2015, alçou uma nova sistemática ao estudo dos negócios processuais. O momento atual da processualística é de forte imersão no Estado Constitucional, cujo substrato existencial é o de tornar a Carta Magna Federal de 1988 âmagô de toda norma infraconstitucional à luz dos direitos fundamentais.

Com efeito, o antigo diploma processual civil datava de 1973 e, não obstante todas as mudanças perpetradas em seu texto, não houve como escusar insuficiência à busca pela efetividade de aspiração constitucional pela CF/88.

Assim, houve densa afetação no estudo dos negócios processuais, que apresentam novo ensaio, com fundamento na busca pela efetiva prestação da tutela jurisdicional, a partir da comparticipação dos sujeitos processuais na condução estrutural do processo.

Restará, assim, por objetivo geral demonstrar esse novo ensaio, especificando sobre as convenções processuais da prova, para concluir pelo seu relevante papel no anelo constitucional ao efetivo e célere processo, e problematizar sobre a função do processo no Estado Constitucional.

Entretanto, ditas mudanças não foram abruptas. As inovações perpetradas pela legislação civil quanto aos negócios processuais são construção paulatina, fruto da conjectura de diversas experimentações jurídico-estatais ao longo do tempo.

Disto, no primeiro capítulo, o presente trabalho partirá do enfoque transdisciplinar entre a História e o Direito, em breves considerações, a fim de construir substrato à compreensão dos motivos que ambientam os negócios processuais à luz do que vigeu, até o advento do fenômeno da constitucionalização do processo civil. Em seguida, tal ambientação servirá para conceituação pragmática dos negócios processuais. Isso porque, acredita-se que compreender minimamente a gênese dos institutos para chegar até o seu conceito é extremamente produtor aos atores do Direito, para que estes não atuem

enquanto meros repetidores da norma, mas que possam alçar sua incidência existencial.

No ponto, enquanto corte epistemológico, caminhar-se-á do direito romano ao Estado Democrático de Direito no ordenamento jurídico brasileiro, que rompeu com dogmas quanto ao negócio jurídico processual, de exegese limitada e formal, e fez emergir o atual Código, donde a comparticipação dos sujeitos processuais nas convenções sobre prova é sobremodo importante na função atual do processo, que é a de ser meio idôneo na garantia constitucional da efetividade.

É por isso que da breve notícia histórica do negócio processual, e da construção do destaque à compreensão da constitucionalização do processo civil, depreenderá o significado e o conceito pragmático do instituto em análise, para determinar que o pragmatismo seja uma das máximas dos negócios processuais no CPC.

No segundo capítulo, ante o advento do CPC, o presente trabalho contextualizará as inovações legislativas quanto aos negócios processuais, apresentando novel leitura dispositiva. Isso dado que a nova legislação civil consagra expressamente a existência de negócios processuais atípicos, cuja essência da flexibilização procedimental é marcante. Aos sujeitos processuais, assim, resta conferida faculdade de convencionar não apenas no processo, mas sobre o processo, em sua organização e estrutura.

Ainda no segundo capítulo, em subtítulo, considerando existirem limites na formação das convenções processuais, restará elucidado, sob a égide da norma (constitucional e infraconstitucional), a respeito da validade dos negócios processuais, bem assim o papel do juiz enquanto observador da eficácia e participante na celebração do negócio jurídico processual. Em suma, o magistrado ora participa diretamente na formação da convenção, ora age apenas como espectador, mas sempre em diligência com o compromisso da efetividade da prestação jurisdicional.

No terceiro capítulo, ficará demonstrado como a produção probatória está ligada ao justo desfecho do feito, podendo sobremaneira ser mais bem aproveitada pela participação, via convenção processual, dos sujeitos do processo, considerando que a rigidez da norma pode ser inversamente proporcional às peculiaridades da casuística.

Dessa forma, em específico à aplicabilidade das convenções processuais em matéria probatória, os sujeitos da relação processual podem firmar negócios processuais a respeito da estrutura da produção da prova, tornando mais produtiva sua feitura e o transcurso do processo rumo à efetividade, haja vista a adequação procedimental ao caso concreto.

Serão abordadas breves considerações a respeito do exame da prova, e em subtítulo sobre sua teoria geral e sua relação de incidência na fase instrutória no processo de conhecimento, para exaltar efetivamente sobre as convenções a respeito da prova pelos sujeitos processuais.

O objetivo do presente estudo, em específico, será o de demonstrar como o negócio processual pode representar manejo demasiadamente relevante na efetiva prestação da tutela jurisdicional, mormente quanto à prova na atuação dos sujeitos processuais. Isso dado que o legislador não é capaz de antever na norma todas as peculiaridades do caso concreto, pelo que um processo estruturalmente engessado pode sobremaneira criar óbice à efetiva atuação do Estado-Juiz.

Por todo exposto, em termos metodológicos, o presente trabalho parte de uma investigação teórico-pura de natureza exploratória. Isso em razão de que a base da análise em comento se consubstancia na doutrina, em trabalhos científicos e na legislação. Para tanto, utiliza-se do método histórico e sistêmico de abordagem, porquanto o objeto em estudo será vislumbrado como recorte de historicidade e enquanto questão imersa em todo corpo do ordenamento jurídico.

2 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Os negócios jurídicos na temática processual civil não correspondem a novel construção. Ao contrário, toda sistemática que envolve tal manejo pelos sujeitos processuais é fruto de larga estruturação ao longo do tempo. Por tal razão, os dispositivos legais não podem ser fielmente analisados quando afastados de sua gênese, para que seja hábil caminhar até o fundamento em que vigoram.

Com efeito, os negócios processuais não surgiram do nada, sendo certo que, por consectário, também não surgiram do nada as mudanças perpetradas em seu estudo pelo atual diploma processual civil.

No raciocínio concatenado contextualmente, o exórdio dos negócios jurídicos caminhou imerso até a constitucionalização do direito que, por sua vez, fez emergir o Código Processual Civil de 2015 com marcantes inovações na análise da aplicabilidade das convenções processuais.

Paulatinamente, aperfeiçoou-se a atribuição do processo dentro do ordenamento jurídico brasileiro, bem assim o papel dos sujeitos processuais na busca pela adequada prestação da tutela jurisdicional. Os sujeitos processuais são, por força de a teoria triangular, o mínimo de três: a) autor; b) réu; c) juiz.

Dessa construção, em elo, exige-se, pois, um conceito pragmático do negócio jurídico processual, porquanto seu espaço e força legal residem no anseio de buscar aplicabilidade prática.

2.1 BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA

O cenário pretérito e atual do estudo dos negócios jurídicos processuais no Brasil encontra amparo na própria gênese do instituto, cuja vigência pelo ordenamento jurídico brasileiro remonta em historicidade a um formalismo exagerado e conduz, por soerguimento de diversos nascedouros, a importantes considerações históricas, a fim de culminar na evolução de concepções atuais.

Precipuamente, cumpre reportar, segundo José Carlos Moreira Alves (2014), que a teoria dos negócios jurídicos data da obra dos pandectistas alemães do século XIX, tendo sido elaborada com base nos textos romanos. A compreensão da

pandectística restava consubstanciada, justamente, em inspiração do modelo romano que, por sua vez, foi muito influenciado pelo grego.

Nas palavras da historiadora Flávia Lages de Castro (2008, p. 77):

Somos romanos até quando falamos, nossa língua é filha do latim, somos romanos na nossa noção urbana, somos romanos em nossa literatura, somos romanos mesmo quando temos uma noção de patriotismo. Somos romanos política e administrativamente. Mas, principalmente, somos romanos quando falamos em Direito, quando fundamos nossa sociedade em um Estado de Direito. Direito este sistematizado pelos romanos antigos.

Em que pese insurgências do tempo, forçoso reconhecer a influência do direito romano em âmbito negocial das relações jurídicas no direito brasileiro, cujo legado pré-clássico restou marcado por intensa rigidez, donde os negócios jurídicos já recebiam contornos em matéria de regramento de conflitos (BUCHMANN, 2017, *apud*, CARDIET, 2012).

Desde os primórdios romanos, o Direito era compreendido como conjunto de regras imperativas, sendo certo que tal marca influenciou o ensino jurídico em vários ordenamentos, dentre os quais o Brasil.

De toda sorte, da queda do Império Romano do Ocidente, verifica-se o início do período histórico da Idade Média, marcado pelo que restou do Império Romano, mais os povos germânicos que invadiram a Europa romana, mais a Igreja Católica, fortalecida durante o período medieval (CASTRO, 2008), sendo certo que: “O Direito Romano, até por sua complexidade e sua força, não poderia deixar de ser utilizado durante a Idade Média [...]” (CASTRO, 2008, p. 135).

Assim, no Brasil vigeu um modelo formal e detalhista, notadamente escrito e carregado do formalismo religioso, de modo à organização de a Justiça brasileira imperial descender do modelo medieval de exacerbado formalismo. (BUCHMANN, 2017)

À doutrina alemã, da influência do sistema romano-germânico, restou o pioneirismo em cientificamente desenvolver uma compreensão no estudo do negócio jurídico processual. Isso porque, o ordenamento germânico concebia substituição de normas processuais por convenção, em que pese existir rígida regulamentação em âmbito privado (BUCHMANN, 2017).

Conforme abordado por Adriana Buchmann (2017), o dogma da vontade elaborado pelos pandectistas alemães do século XIX fez emergir interpretação dupla

por juristas a respeito dos elementos do negócio jurídico; ora vislumbrado sobre a perspectiva do que era declarado de forma externalizada; ora sobre a vontade interna ligada a intenção do declarante¹.

De tal monta, o cunho negocial em campo procedimental, e seu elemento volitivo, passou a ser assimilado em vários países, como França, Itália e Portugal, reverberando na construção do direito negocial e processual brasileiro em estudo comparado.

Dos enumerados, o modelo da França é o que mais se assemelha a acepção de convenção procedimental discutida no Brasil na contemporaneidade, considerando, para tanto, o âmago dos negócios jurídicos processuais: a autonomia da vontade. É que, na França, as partes possuem poderes na condução do processo por meio dos contratos de procedimento, marca elevada pelo Código de 2015. Há no ordenamento jurídico francês um movimento que se dirige a um modelo jurídico negocial, cujo reflexo é a contratualização do processo (FUGA, 2016).

Deveras, *a priori*, pensar em negócio jurídico é vislumbrar certa liberdade à luz da autonomia da vontade. Por conseguinte, admitir negócio jurídico processual consubstancia, por essência, conceber margem para livre estipulação em pacto volitivo procedimental.

Entretanto, prescinde de dificuldade constatar que no Brasil construímos uma sistemática jurídica extremamente formal e detalhada, com fim de antever as mais diversas relações jurídicas, de modo a ser difícil estabelecer essencialmente uma convenção, a título negocial procedimental, quando a norma não flexibiliza minimamente para ceder diante da vontade das partes.

Senão, a independência brasileira convergiu no regime jurídico das Ordenações Filipinas e as leis portuguesas extravagantes posteriores, em tudo que não contrariasse a soberania no Brasil, tendo como sua fonte histórica o próprio direito romano e canônico (THEODORO JÚNIOR, 2017).

Nesse tocante, considerando influências próprias da história do direito, durante muito tempo, boa parte da doutrina sequer admitia existirem negócios jurídicos processuais no ordenamento jurídico brasileiro, quando da vigência do Código de 1973. Em suma, parcela dos estudiosos considerava que o formalismo

¹ No ponto, cumpre fazer alusão ao Enunciado 404 do FPPC, para reforçar a cientificidade presente na pandectística alemã: “Nos negócios processuais, atender-se-á mais à intenção consubstanciada na manifestação de vontade do que ao sentido literal da linguagem”.

exagerado, pelo imperativo das normas processuais, criava óbice ao necessário efeito direto e expresso da vontade das partes nos pactos de procedimento (CUNHA, 2014). Dentre os quais, Leonardo Carneiro da Cunha (2014) destaca Cândido Rangel Dinamarco, Vicente Grego Filho e José Joaquim Calmon de Passos.

A atual sistemática processual civil, pois, de incentivo a autonomia da vontade dentro das negociações processuais, bebeu da fonte da arbitragem. Ressalta-se a inspiração arbitral pelo fato de na arbitragem o árbitro exercer poderes conferidos por vontade de convenção das próprias partes.

No caminho percorrido até a concepção atual de convenção processual, cumpre destacar o papel da autonomia privada que “(...) atingiu seu auge no modelo liberal, que se orientava segundo os binômios *vontade-liberdade e igualdade-justiça*” (CUNHA, 2014, p. 3), porquanto não se pode olvidar considerar o período do Estado liberal, até o advento do Estado Social, para ambientar sobre negócio jurídico processual por impacto na sistemática de sua compreensão.

Nesse ínterim, incumbe colacionar explicação de Paulo Bonavides a respeito da consolidação do Estado liberal (2011, p. 43):

Começa daí a obra de dinamitação da primeira fase do constitucionalismo burguês. O curso das ideias pede um novo leito. Da liberdade do Homem perante o Estado, a saber, da idade do liberalismo, avança-se para a ideia democrática da participação total e indiscriminada desse mesmo Homem na formação da vontade estatal.

Deveras o Estado liberal emergiu em meio ao contexto de insatisfação com os ditames do absolutismo, em que o povo buscava liberdade política, instigado pela burguesia. Nesse sentido, a máxima de liberdade era fomentada por filósofos como Locke, Montesquieu e Kant, sendo certo que se pretendia a valorização do homem via autodeterminação.

Tal cenário, por óbvio, atuou enquanto postulado da liberdade jurídica, corolário no estudo dos negócios jurídicos, mormente pelo fato de “Nesse momento histórico a ideia de justiça era inerente ao exercício da autonomia da vontade (...)” (BUCHMANN, 2017, p. 36).

Com o declínio das ideias liberais, emerge o Estado intervencionista, com a noção de Estado Social. A interferência estatal em campo contratual impacta na interpretação dada ao negócio jurídico, de modo a preponderar uma ideia de

declaração como forma de dizer sobre vontade, com intensa reverência a lei enquanto Direito emanado pelo Estado. Concebe-se, pois, uma autonomia da vontade voltada para ideia de liberdade contratual dentro dos ditames legais.

As insatisfações com o Estado Social culminaram em sua derrocada, de modo que principalmente após a primeira e segunda guerra mundiais tornou-se imperioso o reconhecimento social de direitos fundamentais até então sequer cogitados como possíveis insertos dentro da sistemática jurídica processual. (THEODORO JÚNIOR, 2017).

Atualmente, no Estado Constitucional, em total contraposição ao Estado liberal, constata-se uma supremacia da CF/88, com vênias aos direitos fundamentais por normas infraconstitucionais, cuja compatibilidade atua enquanto imprescindível.

Com efeito, há um dever do Julgador de decidir no caso concreto a partir dos direitos fundamentais, pelo que se considera que o tempo atual é de constitucionalização do processo civil. Por óbvio, esse contexto mantém consequente relação no estudo dos negócios jurídicos processuais, porquanto levanta a sistemática da adequação no negócio processual ao caso concreto.

2.2 RELAÇÃO COM A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: “a necessidade de compreender o caso litigioso, interpretar a lei e controlar a sua constitucionalidade a partir dos direitos fundamentais não permite que se diga que a jurisdição continua a ter a função de atuar a vontade da lei” (2017, vol. 1, p. 444). Para esses processualistas, não há como a lei antever todas as situações jurídicas concretas, pelo que, antes de sua aplicação, deve ser atribuído sentido e valor ao litígio. Isso significa dizer que o interesse processual está ligado a utilidade da prestação jurisdicional, sendo certo que o Estado não pode ser indiferente às especificidades do conflito posto.

Assim, do Estado liberal para o Estado Constitucional, o processo e a própria noção de negócio jurídico processual precisou ser repensada. Tornou-se imperioso em tempos mais atuais reconhecer o elo entre o caráter público do processo e a importância da adequada atuação do Estado.

O Estado Constitucional, pois, emana o próprio Estado Democrático de Direito, que requer uma constitucionalização das normas jurídicas por conceber

cogente que a Constituição é o fundamento de validade de todos os demais regramentos.

A própria CF/88, inclusive, toca no autorregramento da vontade enquanto norteador das relações jurídicas, porquanto confere proteção, por exemplo, a livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana (liberdade de agir própria a este princípio), ambos enquanto fundamentos da República Federativa do Brasil², e a liberdade de associação³. (BUCHMANN, 2017).

Nesse desiderato, o CPC/73, com o passar do tempo, foi tendo cada vez menos pragmatismo e funcionalidade à luz das garantias constitucionais. Em que pese ter sido um diploma legal elogiado, sofreu durante sua vigência várias modificações, até que perdeu espaço para o anseio por uma nova legislação.

No tocante, o Direito é um dos agentes de organização social, em nosso ordenamento jurídico emanado pelo Estado, sendo certo que o corpo normativo não consegue acompanhar a fluidez social, pelo que a consonância da mudança é imperativa. Em suma, o contexto social é elemento crucial na construção do Direito, que não pode ser concebido através de concepções apartadas da realidade à luz do dinamismo da sociedade.

Em verdade, o Direito caminha unido ao anseio de acompanhar as evoluções da sociedade que, repita-se, é bastante dinâmica. Por consectário de tal dinamismo, preleciona Miguel Reale (2002 p. 64/65):

Uma análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra Direito veio demonstrar que eles correspondem a três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto *normativo* (o Direito como *ordenamento* e sua respectiva ciência); um aspecto *fático* (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto *axiológico* (o Direito como *valor* de justiça).

Assim, após o advento da Carta Magna Federal de 1988, seria destoante crer que o processo não fosse meio idôneo ao fim do exercício dos direitos fundamentais constitucionais. Por tal razão, o diploma processual civil de 1973 não

² Art. 1º da CF/88. “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. (BRASIL, 1988).

³ Art. 5º, XVII, da CF/88. “É plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”. (BRASIL, 1988).

mais conseguia na contemporaneidade, em que pese algumas mudanças com o passar do tempo, reger sobre o anseio de cumprir o vigente comando constitucional.

Sobre isso, a exposição de motivos do CPC, que data de 2010, exprimiu com clareza; dêis que explicitamente apresentou o problema da harmonia da sistemática do processo civil perante as garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito, e deixou claro que o processo precisa atuar enquanto meio hábil ao exercício dos valores constitucionais.

Desse documento que expõe motivos (2010), de seus objetivos, cumpre destacar no presente estudo: *a uma*, a necessidade de que fique evidente a concórdia da lei infraconstitucional com a CF/88; *a duas*, a necessidade de criar condições ao juiz para proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente a causa.

De pronto, o atual diploma processual civil afirma em seu artigo 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).

Não bastasse, o Capítulo I do referenciado Código cuida das normas fundamentais do processo civil, estabelecendo dos artigos 1º ao 12 dispositivos de índole constitucional, considerando, para tanto, a essência dos direitos fundamentais previstos na vigente Carta Magna Federal.⁴

Pode-se pensar que a repetição de direitos fundamentais constitucionais por norma infraconstitucional é pouco produtora; entretanto, tal reafirmação atua no importante papel de disseminar para o ordenamento jurídico em geral sobre a reverência da legislação processual à Constituição (DONIZETTI, 2017).

O processo, pois, deve honrar os princípios constitucionais aplicáveis, dentre os quais: devido processo legal⁵, inafastabilidade da jurisdição⁶, duração razoável do processo⁷ e isonomia⁸.

⁴Ao presente estudo, interessa mencionar do CPC: Art. 4º “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”; Art. 6º “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”; Art. 7º “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”; Art. 8º “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. (BRASIL, 2015).

⁵ Art. 5º, LIV, da CF/88. “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (BRASIL, 1988).

Essa compreensão afeta sobremaneira toda a sistemática processual civil. Torna-se imperioso que o processo não seja limitado à noção de mera sequência de atos a serviço da aplicação do direito material, mas que atue com autonomia para, igualmente, contribuir substancialmente ao resultado efetivo da prestação da tutela jurisdicional:

A jurisdição no Estado Constitucional caracteriza-se a partir do dever estatal de dar tutela aos direitos. Como é evidente, a ideia de proteção não tem a ver com a antiga e remota concepção de tutela dos direitos privados, própria à época anterior à afirmação da autonomia do direito processual. O Estado Constitucional tem o dever de proteger os direitos fundamentais, seja através de normas, atividades fáticas administrativas ou da jurisdição. Além disso, a jurisdição, no Estado contemporâneo, tem o dever de proteger todas as espécies de direitos, com isso se querendo evidenciar que o juiz, muito mais do que simplesmente aplicar a lei, tem o dever de também compreendê-la a partir dos direitos fundamentais, no caso concreto. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017, vol. 1, p. 443).

Percebe-se, do contexto, dois grandes pontos em destaque na relação da constitucionalização do processo civil com os negócios jurídicos processuais, quais sejam: a) menos rigidez e maior liberdade às partes para manejo da técnica processual adequada e; b) aplicação da norma pelo Julgador considerando as especificidades do caso concreto sob o prisma dos direitos fundamentais.

A forma perde espaço⁹, ao passo que a participação das partes ascende, com o fito de garantir, via adaptação, um processo efetivo ao caso concreto. Diz-se necessitar de flexibilidade procedimental, por manejo do negócio jurídico processual, para assegurar a utilidade do processo.

Já pontuava Cândido Rangel Dinamarco (2009), a diferença do direito formal para formalismo, afirmando que o direito processual civil requeria ser formal, considerando o resguardo a segurança jurídica, mas que necessitava ser sem

⁶ Art. 5º, XXXV, da CF/88. “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, 1988).

⁷ Art. 5º, LXXVIII, da CF/88. “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (BRASIL, 1988).

⁸ Art. 5º, *caput*, da CF/88. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”. (BRASIL, 1988).

⁹ “A consagração da atipicidade da negociação processual liberta a forma com que o negócio jurídico se apresenta. Assim, é possível negócio processual oral ou escrito, expresso ou tácito, apresentado por documento formado extrajudicialmente ou em mesa de audiência e etc.” (DIDIER, 2017, vol.1, p. 440).

Art. 188 do CPC. “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 preenchem a finalidade essencial”. (BRASIL, 2015).

formalismo. Para o autor, aceitar que o direito processual civil é formal significa conceber que há reverência ao devido processo legal, ao passo que a acepção de formalismo consagra o culto irracional da forma, enquanto objetivo em si mesmo.

A constitucionalização do processo civil, assim, aumentou o debate para construção da norma mais adequada a solução do conflito, sem formalismo, de modo ao CPC fazer deferência ao princípio da autonomia da vontade, com fundamento em um dos princípios mais importantes do texto constitucional, consagrado pelo *caput* do art. 5º da CF/88, que é a liberdade.

2.3 CONCEITUAÇÃO PRAGMÁTICA

Sem pretender adentrar em conceitos de alta teoria no campo das classificações, já que o presente estudo cuida notadamente de discussões mais pragmáticas, e há diversos posicionamentos na doutrina, cumpre inicialmente apenas ambientar os negócios jurídicos processuais para sua lógica e correta compreensão.

Nessa tarefa, é imprescindível percorrer o mínimo e elementar caminho: fato, ato e negócio jurídico. Parte-se de uma visão em sentido amplo, para o fim tão somente de traçar um panorama inicial até o cerne do estudo.

De início, cumpre esclarecer que o conceito de fato jurídico, ato jurídico e negócio jurídico recebem o qualificativo “processual” (fato processual, ato processual e negócio jurídico processual) quando impactam diretamente a relação processual, de modo a concernirem ao próprio processo. Não basta, pois, que haja reflexo no processo, mas que de forma imediata diga respeito a ele.

A despeito de existirem várias correntes, com diversas classificações, sobre tais conceitos, Humberto Theodoro Júnior (2017, vol. 1, p. 610) preleciona de maneira objetiva a respeito de fato processual e ato processual: “fato processual seria todo acontecimento natural com influência sobre o processo, e ato processual toda ação humana que produza efeito jurídico em relação ao processo”.

O negócio jurídico processual, por sua vez, diz respeito ao ato jurídico voltado ao autorregramento da vontade dirigida especificamente a um fim determinado, que submete a parte(s) declarante(s) ao seu conteúdo normativo (NERY, 2016).

Para Fredie Didier Júnior, negócio jurídico processual é “(...) o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar procedimento”. (DIDIER, 2017, vol. 1, p. 425).

Não obstante, cuida aclarar que os negócios jurídicos podem ainda ser unilaterais, bilaterais ou plurilaterais. Por unilaterais, compreendem-se os negócios donde só haja uma única declaração de vontade¹⁰, ao passo que, por consectário lógico, negócios jurídicos bilaterais são os em que há duas declarações de vontade e plurilaterais quando haja mais de duas declarações de vontade¹¹.

Ainda que se estabeleça nuances entre os autores, percebe-se que tais conceitos (ato processual, fato processual e negócio jurídico processual) estão interligados e afetam o processo, antes ou depois, em seu procedimento, poderes, faculdades e deveres¹². Mas, não se pode olvidar nesse contexto, para entender o significado do qualificativo “processual”, o que é processo e procedimento?

Na contemporaneidade vige a autonomia do direito processual civil. O processo, assim, deixa de ser resumido ao conceito de mera sequência de atos com o fim de aplicar o direito material e assume o protagonismo de atuar enquanto instrumento para exercício do ordenamento jurídico. Desta feita, pela riqueza da fala dentro do Estado Constitucional:

O processo não é mais um mero contrato ou um meio através do qual as partes, a partir da autonomia privada, exercem seus direitos. O processo é colocado pelo Estado à disposição das partes, mas bem sabem elas que estão submetidas ao poder jurisdicional, dele não podendo escapar (...). Embora o processo seja instaurado em razão de um litígio, não há como se confundir o litígio – o direito material de contorno privado – e o processo – pelo qual a jurisdição atua. O processo, além de autônomo em relação ao direito material, possui natureza pública, já que o Estado, como é evidente, não pode ser indiferente à forma de atuação do ordenamento jurídico, mediante o qual o seu poder é exprimido. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017, v.1, p. 430).

¹⁰ São exemplos: a) desistência da ação antes da citação do réu (Art. 485, VIII, do NCPC); b) reconhecimento da procedência do pedido (Art. 487, III, “a”, do CPC) e; c) renúncia (Art. 998 do CPC).

¹¹ São exemplos: a) eleição de foro (Art. 63 do CPC); b) convenção sobre distribuição do ônus da prova (Art. 333, §3º e §4º, do NCPC); c) escolha consensual do perito (Art. 471 do CPC).

¹² Enunciado 257 do FPPC: “O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convençionem sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”. Enunciado 258 do FPPC: “As partes podem convençionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa”.

Em considerações tecidas por Moacyr Amaral Santos (2011), o direito processual civil, assim, não concebe ser apenas complemento do direito material, sendo certo que seu ramo autônomo da ciência do direito se evidencia no sistema de princípios próprios e de leis disciplinadoras específicas dos fenômenos jurídicos da processualística.

O procedimento, por seu turno, é independente enquanto método sequencial ordenado de atos, sendo certo que se serve a operacionalização do próprio processo. Em que pese alguns autores utilizarem de exegese sinônima, para adequada e idônea prestação jurisdicional, ambos atuam em conjunto distintamente.

Por essas razões, o negócio jurídico no processo resta associado à ideia de flexibilização procedimental, bem assim a tutela judicial diferenciada, considerando que é o procedimento que deve ser adaptado às exigências impostas pelo direito material no caso concreto para que haja real efetividade. (NEVES, 2016).

3 NEGÓCIO PROCESSUAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O CPC/73 era obsoleto em relação às discussões sobre a teoria dos negócios jurídicos processuais à luz dos direitos constitucionais, porquanto não conferia autodeterminação necessária à adequação procedimental para efetiva tutela jurisdicional no caso concreto. Restava, pois, reduzido pragmatismo, à medida que os negócios jurídicos poderiam ser vislumbrados, por sua essência, maciçamente sob a égide da lei, e não da vontade voltada a uma producente adequação.

Havia, pois, pouca participação das partes e do juiz, considerando uma organização abstrata dos negócios processuais, que não emergiam da realidade dos sujeitos processuais, de modo que as disposições taxativamente previstas na norma não teriam tutela adequada. (MEDINA, 2017).

Parte da doutrina, a exemplo de Daniel Assumpção Neves (2016), sustenta que de nada servirá ao maior pragmatismo a nova sistemática processual enquanto culturalmente o processo continuar engessado pelos sujeitos processuais, devido à consciência do desuso no manejo das convenções sobre o processo.

Entretanto, compreende-se que o CPC afastou óbices perpetrados pelo CPC/73, ao mesmo tempo em que cria nova dinâmica prática, pelo que se acredita na força do pragmatismo pelo incentivo da própria norma.

Na vigência do diploma processual de 1973, parte da doutrina sequer compreendia pela existência de negócios jurídicos processuais. Em suma, em que pese ter havido previsão expressa quanto a negócios jurídicos processuais típicos (adiamento da audiência por convenção das partes, renúncia ao direito de recorrer, reconhecimento da procedência do pedido e etc.) e até atípicos para alguns doutrinadores, por força do seu art. 158, *caput* “os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais” (BRASIL, 1973), não existia substrato para flexibilização procedimental.

Com o reconhecimento da natureza pública do processo, sua independência do procedimento e a constitucionalização da sistemática jurídica, tornou-se imperioso que o processo fosse habilitado pelo ordenamento como meio idôneo para construção da norma adequada à resolução do litígio, à medida que contribui

substancialmente para o resultado efetivo da atuação estatal no exercício da jurisdição.

Somado a isso, a norma jurídica não é capaz de prever a infinidade de relações possíveis em âmbito real; toda essa conjectura concorre sobremaneira para o CPC consagrar sistemática de elevação ao caráter volitivo da participação das partes para construção do procedimento mais apropriado.

O CPC, assim, promove o princípio da autonomia da vontade em rol exemplificativo (FUGA, 2016), conferindo voga aos negócios jurídicos processuais, notadamente os atípicos via cláusula aberta por força do seu art. 190, *caput*.

Nesse sentido, é no art. 190, *caput*, do CPC que se verifica a “(...) disponibilidade das partes para convencionar alterações processuais e procedimentais, adaptando o processo à realidade do caso específico.” (BOCALON, 2016, p. 185):

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. (BRASIL, 2015).

Para Fredie Didier (2017), do referido dispositivo se extrai o subprincípio da atipicidade da negociação processual, servindo para tal designação à concretização do princípio de respeito ao autorregramento da vontade no processo¹³. Por isso diz-se que tal cláusula é geral, à medida que dela podem advir vários negócios jurídicos processuais, gênero cujas convenções são espécies.

Nos negócios bilaterais há diferenciação de objeto quanto à posição processual das partes e o procedimento, que são autônomos, de modo ao acordo celebrado pode recair sobre qualquer um deles, separadamente ou em conjunto. (NEVES, 2016).

É de bom alvitre pontuar que o atual diploma processual não abandona os negócios jurídicos típicos, que são aqueles cuja lei delineia todos os contornos, a exemplo da suspensão do processo¹⁴, escolha consensual do perito¹⁵, redução de

¹³ Enunciado 257 do FPPC: “O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convencionem sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”. Enunciado 258 do FPPC: “As partes podem convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa”.

¹⁴ Art. 313 do CPC. “Suspende-se o processo: (...) II – pela convenção das partes”. (BRASIL, 2015).

prazos peremptórios¹⁶, dentre outros em que as partes, de certo modo, igualmente convencionam sobre o feito. Entretanto, é sobre os negócios jurídicos atípicos que recai direta e imediatamente a concepção de autonomia da vontade como corolário da liberdade jurídica, para reconhecer que a técnica processual assegura o justo processo, ainda que isso reverbere por contexto nos negócios típicos.

Não há, pois, pela própria essência do instituto, como colacionar todas as hipóteses de negócios jurídicos processuais, e não cabe no presente estudo citar todos os tipos legais consagrados pelo CPC (negócios típicos), mas algumas possibilidades podem ser exemplificadas pela verdade dos negócios jurídicos processuais não corresponderem a negócios sobre o litígio, mas sobre o próprio processo em si, em sua estrutura:

Segue a lista com alguns exemplos de negócios processuais atípicos permitidos pelo art. 190: acordo de instância única, acordo de ampliação ou redução de prazos, acordo para suspensão 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. (DIDIER, 2017, vol. 1, p. 430-431).

Por todo contexto, sejam típicos ou atípicos, notadamente os atípicos¹⁷, o fato é que os negócios jurídicos processuais consagrados pelo CPC, na vigência do Estado Democrático de Direito, revelam relevante alteração na sistemática do processo, considerando a elevação do grau de liberdade das partes para convencionarem.

¹⁵ Art. 471 do CPC. “As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que: (...)”. (BRASIL, 2015).

¹⁶ Art. 222 do CPC. “Na comarca, seção ou subseção judiciária onde for difícil o transporte, o juiz poderá prorrogar os prazos por até 2 (dois) meses. §1º Ao juiz é vedado reduzir prazos peremptórios sem anuência das partes”. (BRASIL, 2015).

¹⁷ Enunciados do FPPC: Enunciado 115: “O negócio jurídico celebrado nos termos do art. 190 obriga herdeiros e sucessores”. Enunciado 257: “O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convencionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”. Enunciado 258: “As partes podem convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa”.

Entretanto, dita liberdade não é irrestrita. À celebração dos negócios jurídicos processuais requer certo controle, porquanto existem regramentos e núcleos de interesse público que, por tutelados, não podem ser violados.

3.1 DA VALIDADE DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

Por literalidade de dicção do art. 190, *caput* (em tela), constata-se que o processo precisa versar sobre direitos que admitam autocomposição e as partes necessitam ser plenamente capazes.

Assevere-se que admitir autocomposição não significa dizer o mesmo que direitos disponíveis. De certo, o direito pode admitir autocomposição e ser indisponível (DIDIER, 2017). Tanto é assim que o Enunciado 135 do FPPC afirma pela possibilidade da celebração de negócios processuais quando da indisponibilidade do direito¹⁸.

Não obstante, sendo evidente, da mesma forma que ocorre com qualquer negócio jurídico, os negócios processuais, precisam ser lícitos para serem admitidos e a vontade declarada não pode ser eivada de vícios de consentimento¹⁹.

Ocorre que, ainda, devem ser observados os requisitos comuns ao estudo amplo do negócio jurídico, no campo da validade. São eles, de acordo com o art. 104 do CC²⁰: a) agente capaz; b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável e; c) forma prescrita ou não defesa em lei.

Para mais, o Enunciado 403 do FPPC ratifica tais condições, referindo-se especificamente aos negócios jurídicos processuais ao dizer que “A validade do negócio jurídico processual, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei”.

Noutro pórtico, não se pode conceber válida negociação quando do cometimento de simulação. Por manifesto, inexistente caráter volitivo em essência convencional quando as partes simulam o negócio jurídico. Foi pensando nisso que o FPPC editou o Enunciado 410, cujo conteúdo preleciona pela aplicação do artigo

¹⁸ Enunciado 135 do FPPC: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”.

¹⁹ Art. 166 do CC. “É nulo o negócio jurídico quando: (...) II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito (...). A parte também não pode, por exemplo, ser torturada para consentir com o negócio jurídico”. (BRASIL, 2002).

²⁰ Art. 104 do CC. “A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”. (BRASIL, 2002).

142 do CPC no controle de validade dos negócios jurídicos processuais. É que este dispositivo apresenta possibilidade do juiz proferir decisão que impeça os objetivos das partes, de ofício aplicando penalidade, quando restar percebido pelas circunstâncias que o autor e o réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei²¹.

Não bastasse, em conclusão implícita ao Estado Constitucional, deve ser observado o devido processo legal, no sentido de conferir ao procedimento roupagem de respeito aos direitos fundamentais, como contraditório, ampla defesa igualdade das partes e imparcialidade do juiz.²² É por isso que às partes, ao convencionarem, não pode recair vulnerabilidade²³. Este, senão, é o entendimento adotado pela sistemática processual civil e exarado no parágrafo único do próprio art. 190 do CPC²⁴, ao afirmar que:

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).

Ademais, ainda que se possa invalidar um negócio processual apenas parcialmente²⁵, orienta o Enunciado 16 do FPPC 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”. Tal entendimento é interessante para percepção de que eventuais barreiras

²¹ Enunciado 410 do FPPC: “Aplica-se o art. 142 do CPC ao controle de validade dos negócios jurídicos processuais”.

Art. 142 do CPC: “Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé”. (BRASIL, 2015).

²² Art. 5º da CF/88. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...); LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (BRASIL, 1988).

Enunciado 6 do FPPC: “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”.

²³ Enunciado 18 do FPPC: “Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”.

²⁴ Enunciado 259 do FPPC: “A decisão proferida no parágrafo único do art. 190 depende de contraditório prévio”.

²⁵ Enunciado 134 do FPPC “Negócio jurídico processual pode ser invalidado parcialmente”.

desarrazoadas podem servir tão somente para engessar a prática dos negócios jurídicos processuais e inviabilizar o próprio instituto²⁶.

Depreende-se que o formalismo exagerado também toma assento quando desnecessariamente se inviabiliza um ato sem efetivo prejuízo, porquanto incompatível com a natureza instrumental do processo, cujo clamor precípua deve ser a eliminação de óbices meramente formais para o fim de galgar a efetividade da tutela jurisdicional.

Há, inclusive, uma espécie de autonomia da própria convenção processual inserta na celebração do negócio jurídico. O Enunciado 409 do FPPC asseverou que “A convenção processual é autônoma em relação ao negócio em que estiver inserta, de tal sorte que a invalidade deste não implica necessariamente a invalidade da convenção processual”. Atente-se para o termo “necessariamente”; isso significa dizer que não existe uma ligação automática entre a força da convenção e do negócio, quando analisados em perspectiva separatista.

Igualmente, por imperativas, não pode ser objeto de convenção normas de interesse público, tal qual ocorre pelo disposto no art. 62 do atual Código de Processo, que disciplina pela impossibilidade de haver convenção quando da competência em razão da matéria, da pessoa ou da função²⁷.

3.2 DO PAPEL DO JUIZ NO CONTROLE DE VALIDADE DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

A máxima dos negócios processuais, mormente os atípicos, é a liberdade jurídica presente na consideração ao caráter volitivo das partes para convencionarem. Entretanto, ao Estado-Juiz, no Estado Constitucional, recai o dever de na prestação da tutela jurisdicional zelar pela observância das normas

²⁶ Enunciado 132 do FPPC: “Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 190”.

Enunciado 402 do FPPC: “A eficácia dos negócios jurídicos para quem deles não fez parte depende de sua anuência, quando lhe puder causar prejuízo”.

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

Enunciado 409 do FPPC: “A convenção processual é autônoma em relação ao negócio jurídico em que estiver inserta, de tal sorte que a invalidade deste não implica necessariamente a invalidade da convenção processual”.

²⁷ Art. 62 do CPC. “A competência determinada em razão da matéria, da pessoa ou da função é inderrogável por convenção das partes”. (BRASIL, 2015).

constitucionais. De certo, incumbe ao juiz impedir, no curso do processo, obstando que se realize negócio processual que fira normas por essência cogentes à Constituição:

O negócio processual, embora na sua essência não desminta a qualificação teórica de “relação jurídica”, também se apresenta com os contornos dogmáticos de “situação jurídica”, por causa do ambiente processual para onde derivam seus efeitos, alcançando aspectos intrínsecos da experiência processual e “subordinando” as ao atento olhar do julgador na operabilidade dos efeitos do negócio. (NERY, 2016, p. 130).

O Estado Constitucional atua no juiz quando da tutela jurisdicional²⁸, exprimindo a subordinação e a compreensão da lei à Constituição, para que o processo seja conduzido com fim de obtenção da solução efetiva, de modo a impedir que no caso concreto as normas processuais possam afastar incidência dos princípios e das garantias constitucionais fundamentais (DONIZETTI, 2017).

Assim, com a constitucionalização do processo civil, efeito nascente da máxima perpetrada pelo Estado Democrático de Direito, o papel do juiz reclamou ser revisto. Não poderia mais, por incongruência com a sistemática constitucional da CF/88, que o Julgador continuasse a ser vislumbrado dentro do processo civil como era no CPC/73.

Nesse sentido, nos negócios jurídicos processuais à luz do Estado Constitucional e do CPC não há ponto extremo quanto à atuação do juiz: nem demasiado exercício da autoridade de um lado, tampouco exorbitante liberdade do

²⁸ Art. 139. Do CPC. “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela duração razoável do processo; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias; IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais; VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso; IX - determinar o suprimimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais; X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficial o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5o da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva. Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular”. (BRASIL, 2015).

outro. Isso significa dizer que o papel do juiz no processo, quando da negociação procedimental, é o de observador da eficácia do negócio. E é razoável conceber dessa forma, considerando que ao juiz não recai qualquer interesse patrimonial na causa, bem assim sua atuação não é a de protagonista da consequência jurídica da vontade criativa das partes que convencionam (NERY, 2016).

A valer, o art. 200, *caput*, do ato das partes da lei processual civil vigente disciplina pela imediata constituição, modificação ou extinção de direitos processuais quando de atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade²⁹. Em suma, como regra, os negócios processuais prescindem de homologação judicial para produzirem seus efeitos.

Noutra banda, diz-se observador de eficácia porque o juiz também não pode restar completamente ausente à formação dos negócios processuais, haja vista ter sido provocado enquanto Estado para prestação da tutela jurisdicional. E neste papel o juiz não pode concorrer como mero burocrata, tendo o dever de cooperar no processo para o resultado do litígio³⁰.

Tais balizas, de certo, consubstanciam-se nos requisitos de validade e limites traçados na formação dos negócios processuais. É nesse sentido que o juiz deve participar, para cooperar, com as partes em certas convenções processuais.

Pensando nisso, o próprio parágrafo único do art. 200 do CPC afirma que, quando houver desistência da ação, a produção dos seus efeitos dependerá de homologação judicial³¹. Igualmente, há incidência de homologação judicial a organização consensual do processo³².

De certo, a homologação judicial, da convenção processual, quando prevista em lei, é condição de eficácia do negócio³³.

O controle de validade do negócio, assim, está diretamente ligado à percepção de cooperação do juiz com as partes³⁴; de um lado agindo para zelar pelo

²⁹ Art. 200, *caput*, do CPC. “Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.” (BRASIL, 2015).

³⁰ Art. 6º do CPC. “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. (BRASIL, 2015).

³¹ Parágrafo único do art. 200 do NCPC. “A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial”. (BRASIL, 2015).

³² Art. 357 do CPC. “Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: (...) § 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz”. (BRASIL, 2015).

³³ Enunciado 260 do FPPC: “A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio”.

Estado Constitucional e respeito à norma legal, de outro para garantir que o processo será eficiente ao caso concreto na tutela jurisdicional.

³⁴ Art. 6º do CPC. “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. (BRASIL, 2015).

4 APLICABILIDADE DA NEGOCIAÇÃO QUANTO À PROVA NO PROCESSO

A temática do negócio jurídico processual apresenta elo com a prova. Não é preciso usar de esforço hermenêutico para constatar que os aspectos probatórios fazem parte do próprio processo, sendo certo que não são poucas vezes em que atuam arraigados a sua construção e estrutura.

A função do processo no Estado Constitucional consiste em instrumentalizar a tutela jurisdicional de maneira justa, em reverência aos direitos fundamentais. Para tal fim, a função da prova se coaduna, à medida que não há como haver prolação de uma sentença justa sem mínimo suporte probante.

Nesse sentido, as mudanças de perspectiva, máxima no estudo dos negócios jurídicos atípicos, por tabela, terminam por repercutir de maneira direta nos próprios meios de prova, o que é sobremaneira importante, já que o cunho probatório exerce papel substancial no fim de imprimir eficiência ao processo em seu fundamento.

4.1 DA TEORIA DA PROVA

A valer, é do substrato factual que surge o processo, e é através da prova que há constatação da verdade, fundamento basilar do rigor da decisão judicial que cumpre a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Com efeito, falar em prova não significa dizer documentalmente ou oralmente sobre tudo que seja produzido ao longo do processo e que conduza a solução da lide, não obstante existam várias acepções para prova que consideram essa vertente. A prova consubstancia a verdade, pelo que seu sentido repousa na veracidade do que se colhe ao substrato do feito³⁵.

Segundo José Batista Lopes (2011), em nota sobre as provas atípicas no CPC, a doutrina reconhece dois sistemas a respeito dos meios de prova, quais sejam o que atribui ao legislador à definição dos meios de prova e o que confia ao juiz e às partes essa tarefa. O CPC, pois, adotou este último sistema.

³⁵ Art. 369 do CPC. “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”. (BRASIL, 2015).
Art. 378 do CPC. “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. (BRASIL, 2015).

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior (2017, vol.1), toda prova há de ter objeto, finalidade e destinatário. A prova judiciária apresenta: a) enquanto objeto, os fatos deduzidos pelas partes em juízo e relevantes para causa; b) como finalidade, a convicção que circunda os mesmos fatos e; c) na condição de destinatário, o juiz, que é quem deve restar convencido para solução jurídica do litígio. A prova, assim, pode ser direta ou indireta, sendo direta quando derivada da existência do próprio fato narrado no feito, e indireta aquela que evidencia outro fato do qual, por meio lógico, é possível se chegar a uma conclusão a respeito do factual constante dos autos.

Pela conjectura do objeto, finalidade e destinatário, as provas, em seu sentido de verdade, conduzem ao resultado do litígio por meio da prolação da sentença pelo juiz. Entretanto, em que pese à subjetividade inerente a condição humana, o convencimento do magistrado, enquanto destinatário da prova, não pode ocorrer de maneira irracional, porquanto “à luz do Código de Processo Civil de 2015, fica claro que não se admite qualquer carga de irracionalidade, na motivação da decisão judicial, em relação às provas” (MEDINA, 2017, p. 452).

Ao Estado-juiz cumpre liberdade em relação à condução da instrução, com fito de agir em consonância a efetiva prestação jurisdicional³⁶; contudo, o NCPC afasta o livre convencimento motivado do juiz, consagrado pelo art. 131 do CPC/73³⁷, vigorando atualmente a máxima do convencimento motivado, pelo que deve o magistrado fundamentar suas decisões racionalmente, em reverência ao motivo exarado pelo direito posto diante das provas³⁸.

Disto, por efetividade, a prova é importante no processo. De tal monta que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais e moralmente legítimos, ainda que não especificados pela legislação processual civil, para provar a verdade

³⁶ Art. 370 do CPC. “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”. (BRASIL, 2015).

Art. 372 do CPC. “O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”. (BRASIL, 2015).

³⁷ Art. 131 do CPC/73. “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. (BRASIL, 1973).

Art. 371 do CPC. “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. (BRASIL, 2015).

³⁸ Art. 11, *caput*, do CPC. “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. (BRASIL, 2015).

dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa, a fim de influir eficazmente na convicção do juiz³⁹.

4.2 DA INSTRUÇÃO NO PROCESSO DE CONHECIMENTO

O processo de conhecimento busca conduzir à certeza do direito. Isso porque, é da ação de cognição que urge razão jurídica ao provimento jurisdicional por meio da prolação de uma sentença. Para tanto, a indubitabilidade no feito ocorre com a prova dos fatos, cuja produção aduz a instrução.

Deveras, a instrução é uma das fases do processo de conhecimento, que sucede ao saneamento do feito⁴⁰, e corresponde a produção probatória.

De certo, a produção de provas não necessariamente ocorrerá durante a instrução. Desde a fase postulatória a parte deve instruir a exordial com documentos indispensáveis a propositura da ação, e destinados a provar suas alegações⁴¹. Ocorre que, não é raro advir dilação probatória, quando a prova prescinde dos pontos controvertidos pelo polo passivo da lide⁴², ou restar produzida de modo insuficiente ao deslinde da causa, momento em que sua produção repousa na fase instrutória.

É por isso que, ainda que sem minúcias, o polo ativo da demanda deve, desde a petição inicial, indicar as provas que pretende produzir, de modo que, como regra, ao autor incumbe o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor⁴³.

³⁹ Art. 369 do CPC. “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”. (BRASIL, 2015).

⁴⁰ Art. 357 do CPC. “Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: (...) III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373”. (BRASIL, 2015).

⁴¹ Art. 434, caput, do NCPC. “Incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações.”. (BRASIL, 2015).

Art. 320 do CPC. “A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.”. (BRASIL, 2015).

⁴² Art. 350 do CPC. “Se o réu alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 15 (quinze) dias, permitindo-lhe o juiz a produção de prova”. (BRASIL, 2015).

⁴³ Art. 373 do CPC. “O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (...)”. (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, muitos são os meios de prova, tais como depoimento pessoal, prova documental, prova pericial, dentre outros, e os sujeitos processuais podem atuar convencionando diretamente na produção de cada uma delas.

O estudo dos negócios processuais converge com a análise da prova na fase instrutória, à medida que concebe as partes e ao juiz negociarem antes ou durante o feito a respeito da sua produção.

4.3 DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS EM TORNO DA PROVA

Do exposto, considerando a cláusula aberta prevista no citado art. 190, *caput*, as partes podem convencionar sobre várias possibilidades. Atendo-se as variantes probantes, no fito de elucidar, podem ser objeto negocial: custos de eventual perícia; escolha consensual do perito; dispensa consensual de assistente técnico; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*); acordo de produção antecipada de prova; acordo para realização de sustentação oral; ampliação do tempo de sustentação oral e; convenção sobre prova⁴⁴.

As partes também podem convencionar sobre o ônus da prova, e quanto a isso, apesar de do CPC/73 já constar previsão, o contexto do CPC insere nova dinâmica de aplicabilidade. O ônus da prova delimita qual polo da demanda deve demonstrar sobre a verdade do alegado e as partes podem convencionar sobre sua distribuição. Disto, atendidos os requisitos concernentes a celebração dos negócios

⁴⁴ Enunciado 19 do FPPC: “São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso¹⁴, 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-rogatórias 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 do FPPC: “São admissíveis os seguintes negócios, dentre 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”.

Enunciado 262 do FPPC: “É admissível negócio processual para dispensar caução no cumprimento provisório de sentença”.

processuais, antes ou depois do processo, as partes podem convencionar sobre o ônus da prova, nos termos do artigo 373, §3º e §4º, da atual lei processual civil ⁴⁵.

Deveras, a distribuição dinâmica do ônus da prova, que por tal razão deixou de ser de forma cogente como estático, reverberou enquanto importante inovação legislativa pelo CPC, de modo a impactar reflexamente a compreensão acerca das convenções em matéria probante. Pelo mérito da mudança quanto às provas, cumpre dedicar considerações.

Antes do CPC, a distribuição do ônus da prova era estática⁴⁶. Isso significa dizer que a lei determinava todos os contornos sobre seu modo de ser, não sendo possível faculdade participativa a título negocial pelas partes. Com o advento do atual diploma processual e a consequente mudança de paradigma sobre negociação processual, o ônus da prova passou admitir dinamização.

Apesar de ao autor ainda recair o ônus de provar sobre os atos constitutivos do seu direito, e ao réu os modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor, tal máxima passou a ser regra⁴⁷, ao passo que a distribuição dinâmica exceção aceita. A presença do §1º no art. 373 do CPC permite verificar que é possível ao juiz, diante das peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, distribuir de maneira diversa o ônus da prova.

Busca-se, com isso, que haja um comprometimento com a verdade dentro do processo civil, considerando, para tanto, que a verdade é o fim da prova (FUGA,

⁴⁵ Art. 373 do CPC. “O ônus da prova incumbe: (...) §3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quanto: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. §4º A convenção de que trata o §3º pode ser celebrada antes ou durante o processo”. (BRASIL, 2015).

Art. 190, *caput*, do CPC. “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”. (BRASIL, 2015).

⁴⁶ Art. 333 do CPC/73. “O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.
Parágrafo único. “É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”. (BRASIL, 1973).

⁴⁷ Art. 373 do CPC. “O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.
§1º - “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”. (BRASIL, 2015).

2016). O manejo pragmático do mecanismo em questão pode contribuir de forma significativa para efetividade da tutela jurisdicional diante do caso concreto.

Adverte Eduardo Cambi (2011) que a distribuição dinâmica do ônus da prova, como é perceptível, não ocorre de maneira automática, pelo que descabe utilizá-la como regra de julgamento, não representando alteração aos encargos da produção da prova.

Para Daniel Assumpção Neves (2016), com a possibilidade expressa no Código da distribuição dinâmica do ônus da prova, houve a criação de um sistema misto, à medida que existe abstratamente, por previsão legal, uma forma de distribuição que, no entanto, poderão sofrer modificação pelo juiz.

Não bastasse, a atual sistemática das negociações processuais preleciona expressamente sobre a possibilidade de calendarização processual, outro ponto sobremodo importante da análise negocial procedimental sobre prova. Isso porque, o calendário processual é espécie de negócio jurídico passível de impactar nos atos instrutórios.

O calendário processual ensina por força do *caput* do art. 191 do NCPC⁴⁸, que às partes é facultado, em comum acordo com o juiz, estabelecer cronograma para fixação de atos processuais. Não há dúvidas de que isso recai sobre os atos instrutórios, porquanto estes conduzem substancialmente o deslinde do processo, por caminhar inserto a ele⁴⁹.

O calendário processual, inclusive, concorre para concretização da duração razoável do processo⁵⁰, à medida que evita indefinição das datas para a prática dos atos sucessivos no feito. No que diz respeito aos fins instrutórios, o ideal é que o momento da calendarização processual ocorra na fase de organização e saneamento do processo⁵¹, entretanto, nada obsta que aconteça em outro tempo (CUNHA, 2014).

⁴⁸ Art. 191, *caput*, do CPC. “De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso”. (BRASIL, 2015).

⁴⁹ “Aliás, quando o juiz determina a realização de perícia, deve haver, se possível, a fixação de calendário para os atos relativos à prova pericial (NCPC, art. 357, §8º)”. (CUNHA, 2014, p. 23).

⁵⁰ Art. 5º, LXXVIII, da CF/88. “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (BRASIL, 1988).

⁵¹ Art. 357, §8º, do CPC. “Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: (...)§ 8º Caso tenha sido determinada a produção de prova pericial, o juiz deve observar o disposto no art. 465 e, se possível, estabelecer, desde logo, calendário para sua realização.” (BRASIL, 2015).

O Enunciado 299 do FPPC apresentou dicção que aduz pela possibilidade do juiz designar audiência com objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário processual para fase de instrução e decisão⁵².

Ademais, o calendário, em regra, vincula as partes e o juiz, e dispensa a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência quando as datas tiverem sido designadas no calendário⁵³.

Outro ponto relevante no estudo das negociações processuais em matéria probatória é a possibilidade das partes convencionarem sobre a produção antecipada da prova.

Nos termos do art. 381 do CPC⁵⁴, as partes podem convencionar que antes do ajuizamento da ação, na eventualidade de litígio, se haverá prévio processo de produção antecipada de prova e, desde já ou após instauração do feito, fixarem sobre ônus probatórios, custos periciais e calendarização processual.

Das várias possibilidades de negócio processual atípico, e toda atual sistemática do processo civil que visa tornar mais produtora a atividade jurisdicional às partes por ênfase na efetividade do processo, a prova toma roupagem relevante no que tange ao princípio da autonomia da vontade. Entretanto, a liberdade inerente ao pragmatismo de todos os pontos levantados pelo presente estudo não é absoluta e irrestrita.

O Estado Constitucional, tal qual apresentado no ponto três do presente estudo, também toma para si o dever de garantir normatividade contra desvirtuamentos ao arbítrio das partes. Por tal razão os negócios processuais

⁵² Enunciado 299 do FPPC: “O juiz pode designar audiência também (ou só) com objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário para fase de instrução e decisão”. (BRASIL, 2015).

⁵³ §1º do art. 191 do CPC. “O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. §2º do art. 191. Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário”. (BRASIL, 2015).

⁵⁴ Art. 381 do CPC. “A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: I – haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; II – a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação. § 1º O arrolamento de bens observará o disposto nesta Seção quando tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão. § 2º A produção antecipada da prova é da competência do juízo do foro onde esta deva ser produzida ou do foro de domicílio do réu. § 3º A produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta. § 4º O juízo estadual tem competência para produção antecipada de prova requerida em face da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal. § 5º Aplica-se o disposto nesta Seção àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção”. (BRASIL, 2015).

quanto à prova, devem observância a limites impostos pelo texto constitucional e infraconstitucional.

Nesse ponto, cumpre repetir que os negócios processuais se submetem aos mesmos limites impostos pela lei a qualquer tipo de negócio jurídico, a exemplo dos que foram apresentados no capítulo três do presente estudo.

Ocorre que, a possibilidade de convencionar sobre prova demanda limitações próprias aos institutos. Um defeito sobre prova pode embaraçar por completo a chance de êxito de uma das partes na demanda.

O próprio dispositivo que ensina sobre convenção do ônus da prova assevera sua possibilidade como regra, mas admite limites a título de exceção. Para tanto, afirma ser possível que as partes convencionem sobre prova, salvo se recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito⁵⁵.

Ainda, considerando a sistemática do ordenamento jurídico, a convenção do ônus da prova também encontra óbice quando de norma especial que preveja garantia quanto a sua distribuição.

É o caso do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), que assegura ao consumidor hipossuficiente a inversão do ônus da prova. À luz das regras desta lei especial, seria abusivo e instauraria demasiado prejuízo se as partes viessem a convencionar com validade de maneira diversa⁵⁶.

Por consectário, os mesmos limites citados que, circundam a convenção sobre ônus da prova, imperam quanto à calendarização processual e todos os demais negócios jurídicos processuais atípicos que podem surgir da cláusula aberta do art. 190, *caput*, do CPC.

⁵⁵ § 3º do art. 373 o A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. (BRASIL, 2015).

⁵⁶ Artigos que merecem destaque do Código de Defesa do Consumidor: §3º do art. 12. § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§3º do art. 14. O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Art. 51 do Código de Defesa do Consumidor. "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor". (BRASIL, 1990).

No caso do calendário processual, inclusive, o juiz participa diretamente ao lado das partes na formação do negócio processual, o que não significa ato de imposição, porquanto é preciso que tanto as partes quanto o próprio juiz avaliem sobre a calendarização processual, sua conveniência e oportunidade ao fim do processo, que é a efetiva tutela jurisdicional⁵⁷.

Por força do art. 139, *caput* e incisos II e IV, ao juiz incumbe zelar pela duração razoável do processo e dilatar os prazos processuais, bem assim alterar a ordem de produção dos meios de prova, quando isso implicar adequação às necessidades do conflito para conferir maior efetividade à tutela do direito⁵⁸.

Percebe-se, pois, que o juiz atua ora de forma ativa, ora não intervencionista, mas sempre observadora dos limites cogentes à celebração dos negócios processuais, considerando, para tanto, a importante adequação do processo ao caso concreto, no fim precípua da atividade jurisdicional, qual seja a efetiva prestação da tutela pelo Estado-Juiz. No tocante, um maior pragmatismo no manejo dos negócios processuais quanto à matéria probatória contém especificidades que, por essenciais, podem otimizar o fim instrumental do procedimento.

⁵⁷ Art. 191, *caput* do CPC. “De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso”. (BRASIL, 2015).

⁵⁸ Art. 139. Do CPC. “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) II - velar pela duração razoável do processo; (...); VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”. (BRASIL, 2015).

5 CONCLUSÃO

A construção do Direito é produto histórico. Nesse sentido, ao ator do Direito não pode fugir o anseio por compreender o âmago do momento inserto ao ordenamento jurídico.

Com efeito, na contemporaneidade, vislumbra-se a vigência do Estado Constitucional, produto do declínio de organizações sociais que escusaram voga aos direitos fundamentais. Por tal monta, o Estado Democrático de Direito reclamou mudanças em âmbito infraconstitucional, culminando na constitucionalização do processo civil e, por isso, na alteração da sistemática dos negócios processuais.

Do atual diploma processual civil, que data de 2015, vigora o princípio da autonomia da vontade nos negócios jurídicos processuais, porquanto o CPC consagra sobre a possibilidade das partes convencionarem quanto à estrutura do processo para haver adequação ao caso concreto, com fim de galgar efetividade na prestação da tutela jurisdicional.

Nesse íterim, é possível concluir sobre dois importantes pontos: *a uma*, as influências históricas ao ordenamento jurídico brasileiro culminaram na busca contemporânea pela obediência da norma infraconstitucional à CF/88, enquanto Carta Magna Federal; *a duas*, o fenômeno da constitucionalização do processo civil, tendo por fundamento o respeito à Constituição, resultou no advento do atual CPC, cujo dogma reflete na máxima da efetividade da tutela jurisdicional.

Constata-se, ainda, que a liberdade negocial ora discutida, à luz da autonomia da vontade, é latente no estudo dos negócios jurídicos processuais atípicos, cujo Código dispensou cláusula aberta. Tal fato, de certo, concorre sobremodo ao fim pragmático necessário à construção do processo via participação das partes, em conjunto com Estado-Juiz, à medida que reverbera utilidade e viabilidade.

Ademais, em razão da fluidez social, o legislador não é capaz de antever todas as situações jurídicas, motivo pelo qual o formalismo exagerado pode engessar o processo pelas especificidades do caso concreto. Às partes cabem negociarem para adequar o processo as peculiaridades fático-jurídicas próprias. Dessa forma, o processo estará muito mais comprometido com o protagonismo que lhe é inerente na contemporaneidade.

Noutra banda, considerando o substancial papel da prova no processo, qual seja o justo desfecho da demanda, depreende-se pela producente negociação processual aos fins probantes. Por seu turno, a técnica processual na construção probatória pode ser determinante ao efetivo resultado do litígio.

A prova, pois, é um direito fundamental, garantidor do justo processo. Há direta ligação entre a função da prova e a função do processo, à medida que ambos se encontram enquanto prática interpretativa da efetividade da tutela jurisdicional.

À vista disso, o juiz pode atuar ativamente na formação do negócio, devendo imprimir comum acordo ou agir como observador da efetividade, devendo zelar pela observância dos limites cogentes. Em suma, de um lado ou de outro, o juiz participa, em grau maior ou menor, na celebração dos negócios processuais, pelo que se conclui pela sua importante atuação.

Concebe-se, ainda, pela relevância das partes para o processo, cuja função é garantir a célere e efetiva prestação jurisdicional à luz do Estado Constitucional. Nisto, o CPC conferiu novos contornos aos negócios processuais, notadamente quanto ao manejo das convenções processuais sobre prova pelos sujeitos da relação processual, por meio de sistemática que enaltece o princípio da autonomia da vontade, corolário da liberdade jurídica; sendo que tal conjuntura incentiva maior pragmatismo à celebração dos negócios processuais pelos sujeitos da relação processual.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BOCALON, João Paulo. **Os negócios jurídicos processuais no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/7026/1/Joao%20Paulo%20Bocalon.pdf>. Acesso em 23 mar.2018.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Código (1973). **Código de Processo Civil**. 11 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 16 abr. 2018.

BRASIL. Código (2015). **Código de Processo Civil**. 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 16 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 16 abr. 2018.

BRASIL. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**. São Paulo; 18,19 e 20 de mar. 2016. Disponível em: <http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>. Acesso em 16 abr. 2018.

BRASIL. **Exposição de motivos do novo Código de Processo Civil**. Brasília: 08 jun. 2010. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/10947632/exposicao-de-motivos-do-novo-cpc>. Acesso em 18 abr. 2018.

BUCHMANN, Adriana. **Limites objetivos ao negócio processual atípico**. Florianópolis: 2017. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/176772/346337.pdf?sequence=1>. Acesso em 23 mar. 2018.

CASSIO, Scarpinella Bueno. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito geral e do Brasil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**. In: I Congresso Peru-Brasil de Direito Processual, Lima. Novembro: 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro?auto=download. Acesso em 27 set. 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Vol. 1. 19ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol., 1. 6ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 20ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **A prova no processo civil: principais inovações e aspectos contraditórios**. 1ª ed. São Paulo: Boreal, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. Vol. 1/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY, Carmen Lígia Barreto de Andrade Fernandes. **O negócio jurídico processual como fenômeno da experiência jurídica**: uma proposta de leitura constitucional adequada da autonomia privada em processo civil. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016 Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19840/2/Carmen%20L%C3%ADgia%20Barreto%20de%20Andrade%20Fernandes%20Nery.pdf>. Acesso em 23 mar. 2018.

NEVES, Daniel Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Volume único. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSSI, Fernando *et al.* (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil**: uma análise crítica ao projeto do novo cpc. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Vol. 1. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. Vol. 1. 58ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.