

A POSSIBILIDADE DE CONVENÇÃO PROCESSUAL REFERENTE À PROVA INDEPENDENTE DA HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL

THE POSSIBILITY OF A PROCEDURAL AGREEMENT CONCERNING THE INDEPENDENT PROOF OF JUDICIAL APPROVAL

Alexander Perazo Nunes de Carvalho ¹
Adriano César Oliveira Nóbrega ²

RESUMO: O objetivo desta pesquisa acadêmica, realizada por meio de revisão bibliográfica e análise legislativa e jurisprudencial, é verificar a possibilidade de convenção processual sobre as provas de um processo e a necessidade de homologação judicial para a sua implementação. Para tanto, se utiliza o método hipotético-dedutivo, partindo da premissa de efetividade da convenção processual independente da homologação. No primeiro módulo é expresso o conceito de processo, bem assim se exprime a evolução que esse instituto passou com o tempo, analisando desde a Teoria da Relação Jurídica à Teoria Constitucionalista do Processo. Na sequência seguinte, faz-se uma análise geral dos negócios processuais e a sua aplicabilidade por meio do sistema jurídico pátrio. Em seguida, verifica-se acerca da necessidade de homologação judicial para a utilização desse mecanismo e em quais hipóteses o juiz pode negar a sua aplicação. Na parte que antecede as notas conclusivas, verifica-se a viabilidade de convenção processual sobre o lastro probatório em consonância com o processo democrático. Conclui-se que as hipóteses previamente elencadas são confirmadas, dado o conceito de processo democrático e participativo, onde há o provimento como resultado do alegado pelas partes, o negócio realizado sobre as provas mostra-se plenamente possível, desde que não seja declarado nulo, seja uma cláusula em contrato de adesão ou houver manifesta vulnerabilidade de uma das partes.

Palavras-Chave: Negócio jurídico processual; convenção processual; prova; modelo constitucional de processo; direito processual.

ABSTRACT: The objective of this academic research, carried out through bibliographic review and legislative and case-law, is to verify the possibility of a procedural agreement on the process and the need for judicial approval for its implementation. To do so, the method hypothetical-deductive was used, starting from the premise of effectiveness of the procedural agreement homologation. In the first module the concept of process is expressed, as well as the evolution that this institute went on with time, analyzing from the Theory of Legal Relationship to Constitutionalist Theory of the Process. In the following sequence, a general analysis of the procedural business and its applicability through the country's legal system. Then, it is verified the need of judicial approval for the use of this mechanism and in which cases the judge may deny his application. In the part that precedes the conclusive notes, the feasibility of a procedural agreement in line with the democratic process. We conclude that the hypothesis are confirmed, given the concept of a democratic and participatory process, where there is a result of the pleading by the parties, the business conducted on the evidence is shown as long as it is not declared null and void, whether it is a clause in an agreement of accession or manifest vulnerability of one of the parties.

Keywords: Legal business process; procedural convention; proof; constitutional process model; procedural law.

¹ Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professor do Mestrado Acadêmico do Centro Universitário Christus (Fortaleza/CE) e da Graduação da Universidade de Fortaleza, do Centro Universitário Christus (Fortaleza/CE) e da Faculdade Luciano Feijão (Sobral/CE). Professor Visitante da Universidade Potiguar. Assessor Jurídico-Chefe da Procuradoria de Justiça Militar da União.

² Mestre em Direito pelo Centro Universitário Christus (Fortaleza/CE). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza. Professor do Centro Universitário Fametro (UNIFAMETRO). Advogado.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Sociedade pós-moderna, líquida ou hipermoderna são algumas das expressões empregadas para definir o comportamento das relações sociais na contemporaneidade, a qual é caracterizada pela liquidez nos relacionamentos e na mitigação da concretude da vida do século XX. Em conjunto com a evolução social e a mutação dos institutos outrora estabelecidos, o direito é objeto de alterações a cada instante, seja de ordem legalmente interna, como as de teor legislativos, seja de interpretações doutrinárias acerca de um instituto.

Dizer que “o direito anda, enquanto a sociedade voa” pode ser uma metáfora há muito tempo compreendida e aceita pelos estudiosos, no entanto, para melhor compreender as transmutações de ordem social e, em especial, as novas interpretações dadas aos institutos jurídicos, faz-se mister verificar a evolução de determinado ramo do Direito para se chegar a uma conclusão.

O Código de Processo Civil de 2015 é um dos exemplos mais recentes resultado de grande alteração legislativa em decorrência do obsoleto diploma anterior. Com o novo Código, diversas inovações e remodelações foram feitas, inaugurando, inclusive, institutos capazes de alterar todo o procedimento judicial, que até então era reconhecido por ser obtuso em seu desenrolar.

Negócio jurídico processual, convenção processual ou acordo sobre o processo são as expressões utilizados para definir uma figura em curso no sistema processual antes mesmo da promulgação do CPC/2015, mas que foi melhor positivado e tratado no diploma processual vigente, o qual permitiu que as partes façam, de modo livre e em comum acordo, alterações das mais diversas maneiras sobre o processo, ou, melhor exprimido, acerca da sua procedimentalização.

Ocorre que, por inovar de modo tão abrangente, os negócios processuais tornaram-se palco de debate acadêmico sobre os limites de sua aplicação e qual deve ser o papel do juiz na recorrência a instituto. Dentre os questionamentos que este trouxe, há controvérsia doutrinária sobre a possibilidade de as partes convencionarem sobre as provas do processo judicial e, principalmente, se o juiz deve submeter-se ao que foi convencionado.

Perante essa conjunção de problemas, este experimento aparece com a finalidade de verificar se há necessidade de homologação judicial para a efetivação do negócio jurídico que envolva as provas, as quais poderão ser utilizadas em eventual processo judicial movido pelas partes. Além disso, objetiva-se analisar o papel do Estado-juiz no que concerne à livre utilização das convenções processuais, verificando se tais medidas necessitam de concordância do juiz para serem aplicadas de modo pleno.

No intuito de perquirir os objetivos aqui traçados, além desta seção, este artigo divide-se num segmento que trata da transformação do Direito Processual no decorrer dos anos, verificando-se a sua interpretação desde o primeiro momento em que foi analisado de maneira autônoma ao Direito material até os dias atuais, quando o processo é visto como um direito fundamental com características previstas na Constituição Federal de 1988. Nas seções seguintes, será realizada uma análise do instituto dos negócios jurídicos processuais, momento em que se estudará a aplicabilidade desse mecanismo e as suas consequências para o direito processual, averiguando o papel do magistrado em sua aplicabilidade. Na seção que antecede as notas conclusivas, verificar-se-á a possibilidade de convenção processual sobre a fase probatória do processo judicial e a submissão do juízo ao que foi acordado entre as partes, independentemente de homologação para sua validade.

O método utilizado para o desenvolvimento desta busca será o hipotético-dedutivo, visando a constatar se a convenção processual sobre a prova é plenamente possível, independentemente da homologação judicial, partindo da concepção de processo com suporte na teoria do processo democrático e participativo, onde as partes envolvidas na demanda devem, conjuntamente, elaborar o provimento emanado do juiz. A hipótese previamente suscitada será constatada pela análise teórica,

bibliográfica e legislativa, além de uma verificação jurisprudencial sobre o tema, com a finalidade de cotejar o desenvolvimento dos negócios jurídicos no âmbito teórico e empírico.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PROCESSUAL

Sociedade de risco é o termo utilizado por Ulrich Beck (1997) para definir as complexas relações havidas entre as pessoas e o contínuo risco a que se submetem, sendo essa uma característica dos relacionamentos do grupo social. Com efeito, as relações passaram a possuir uma dinâmica diferente da que sucedia décadas atrás, e isso deu-se, em especial, ante a globalização e o excesso de informações que existem atualmente. Referido risco é ainda mais complexo se for levada em conta a crítica realizada por Bauman (2001) à Pós-Modernidade, onde o autor entende que as relações atuais ocorrem em um mundo de vínculos líquidos, em que tudo é passageiro e superficial, incluindo os relacionamentos afetivos e comerciais.

Do mesmo modo que a jornada de transformação social, o Direito caminha de maneira vagarosa para acompanhar essas mudanças, fazendo o seu papel dúplice de regulador e transformador das relações. O Direito Processual, por exemplo, passou a ser visto como uma ciência autônoma ao Direito material, desde a publicação, por Oskar Büllow³, em 1868, de seu livro *A Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*, onde o autor defende, em suma, a ideia de que o processo é uma relação jurídica singular, composta pelo juiz e partes, cuja composição é essencial para a análise da relação de direito material, ou seja, o autor inaugurou o pensamento do processo de maneira autônoma ao Direito material.

Apesar de vanguardista para sua época, em especial por possibilitar a definição de princípios e estruturação do Direito Processual emancipado ao Direito material, a teoria da relação jurídica não se mostrou adequada, porquanto situa uma das partes, em geral o réu, na posição de sujeição a outra parte, ou seja, como se o vínculo processual fosse similar ao direito obrigacional, em que o autor pode exigir o cumprimento de uma prestação em face do réu.

James Goldschmidt (1936) superou a teoria de Büllow ao demonstrar que o processo não deveria ser visto como uma relação, pois a submissão não se dava entre as partes ou em face do juiz, mas havia uma espécie de situação jurídica em face da lei, onde, momentaneamente, uma parte suporta determinado ônus processual. A Teoria da Situação Jurídica de, Goldschmidt, situa as partes em uma posição de expectativa da decisão judicial, seja essa favorável ou não, caracterizando o processo pelo conjunto de fatos e atos considerados justos pela lei.

Em uma revisitação à ideia da Teoria da Situação Jurídica, Elio Fazzalari contribui com uma nova visão de processo, criando o que foi denominado, por seus estudiosos, de Teoria Estruturalista. Segundo tal sistema, o processo deve ser visto como um procedimento, ou seja, uma sequência de atos concatenados, os quais são valorados e previstos pelas normas, em que há o contraditório paritário e efetivo dos interessados, os quais buscam um produto final, denominado, pelo autor, de provimento. Expresso de outro modo,

[...] existe, em resumo, o “processo”, quando em uma ou mais fases do iter de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar. (FAZZALARI, 2006, p. 120).

3 André Cordeiro Leal entende que Büllow apenas inaugurou a vertente tecnológica da jurisdição como atividade do Magistrado, não sendo o autor a fundador da Ciência Processual atual, no entanto, o autor deixa evidente que esse é o entendimento majoritário da doutrina (LEAL, 2008, p. 65).

É importante notar que, para Fazzalari (2006, p.123), o juiz, na qualidade de autor do provimento (sentença) não é um dos contraditores do processo, “[...] sendo estranho aos interesses em contenda, não sendo parte daquela situação.”

Dentre os críticos do excesso de formalismo da Teoria Estruturalista, Baracho (2008) importou ao Brasil o modelo constitucional de processo de Andolina e Vignera (1997), o qual passou a relacionar a Constituição com o processo, admitindo que esse é, de fato, um procedimento em contraditório, mas, principalmente, sendo caracterizado pela sua indissociabilidade em relação à estrutura constitucional do ordenamento. De acordo com Marden, a Teoria Constitucionalista “entende que o processo tem de ser visto pela ótica do neoconstitucionalismo, o que significa dar destaque às normas constitucionais, com especial atenção àquelas pertinentes aos direitos fundamentais.” (MARDEN, 2012, p.25)

Pode-se dizer, então, que o conceito de processo judicial mais adequado atualmente² é o que compreende o processo feito um procedimento qualificado pelo efetivo contraditório das partes, que buscam o provimento, ou seja, a sentença, que será proferida pelo juiz por meio de uma construção argumentativa do que foi expresso pelas partes, respeitando-se, em especial, às regras constitucionais vigentes no ordenamento. Com efeito, essa compreensão de processo deve abranger todos os institutos previstos no Código de Processo Civil, sob pena de aplicação indevida e deturpada da teoria processual.

Com amparo nessa concepção do modelo constitucional de processo, toda a atuação das partes, do juiz e demais interessados, bem como a maneira como o processo se desenvolve podem produzir efeitos diferentes do processo concebido com base na teoria instrumentalista. Diante disso, faz-se necessária a análise de alguns institutos e de como a sua aplicação deve ocorrer para que não haja prejuízo ao processo democrático.

3 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: BREVE PANORAMA

O Código de Processo Civil de 2015 entrou em vigor no dia 18 de março de 2016 trazendo grandes inovações ao processo judicial e extrajudicial, dentre elas, a possibilidade de as partes realizarem convenções jurídicas antes ou durante o curso de um processo judicial, visando a alterar sua procedimentalização. O negócio jurídico processual, em suma, 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 o procedimento (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 380).

Em outros termos, o negócio jurídico processual é um mecanismo de ajuste realizado entre as partes para decidirem, durante ou antes do trâmite de um processo judicial, a modalidade do procedimento, sendo possível limitar, expandir ou renunciar faculdades processuais. De acordo com a doutrina, os negócios jurídicos processuais são classificados em Típicos, Atípicos, Expressos, Tácitos, Unilaterais, Bilaterais e Plurilaterais.

3.1 Classificação

O negócio jurídico processual típico é assim denominado pela doutrina quando há expressa previsão legal, seja na norma processual ou em alguma legislação extravagante (CUNHA, 2015, p.42-43). São exemplos que figuram no Código de Processo Civil a eleição negocial do foro, prevista no artigo 63, e o acordo para suspensão do processo antevisto no inciso II do artigo 313. Já o negócio processual atípico é possível diante da cláusula geral de negociação, conjecturada no artigo 190 do CPC, onde as partes podem, livremente, estabelecer um contrato ou uma convenção processual, preponderando, nessa espécie, a vontade das partes quanto ao efeito do que é convencionado (PEREIRA JÚNIOR; SANTOS, 2018, p.215).

Pode-se mencionar como um negócio jurídico atípico, a título de exemplificação, a renúncia do direito à multa e de sua execução, utilização de medidas executivas atípicas e modificação das regras de impenhorabilidade, salvo os casos de impenhorabilidade material (DIDIER JÚNIOR; CABRAL, 2018, p.201-205), bem como a possibilidade de acordo sobre a produção de provas no curso do processo judicial, do que se cuidará adiante.

Outra taxonomia utilizada para melhor explanação do tema é o negócio jurídico processual expresso, o qual existe desde o momento em que a parte necessita praticar um ato para a sua configuração, como renunciar um prazo processual; já o negócio jurídico tácito é assim disposto quando a inércia da parte resulta em consequências ao processo, como exemplifica o artigo 1.000 do CPC/2015.

Unilateral é o negócio jurídico classificado quando há, no processo, uma consequência pelo exercício relevante da vontade de uma das partes (FARIA, 2016, p.284). Por exemplo, a renúncia de um prazo ou ao direito recursal, conforme prescrevem os artigos 225 e 999 do Diploma Processual. Já o negócio jurídico bilateral é assim denominado quando, para a sua validade, há uma manifestação de vontade de ambas as partes. Referida classificação é, ainda, subdividida em Contratos, quando existem interesses contrapostos, e convenções ou acordos, quando o interesse é comum entre os negociantes (DIDIER JÚNIOR, 2016, p.294). Importante é frisar que parte da doutrina considera classificar como negócio jurídico plurilateral quando há mais de duas partes (CUNHA, 2017, p.69), como é o caso da sucessão processual voluntária prevista no artigo 109, fazendo o conceito de bilateralidade atingir todas as partes do processo e não apenas os polos litigantes.

Não obstante a denominação utilizada Cunha (2017), Avelino utiliza o termo plurilateral para definir o negócio jurídico que produz consequências diretas à participação do juiz no curso do processo (AVELINO, 2016, p.385). Exemplo ocorre quando as partes estabelecem o calendário processual previsto no artigo 191 ou convencionam a ampliação ou diminuição do tempo da sustentação oral.

Em suma, a classificação utilizada pela doutrina especializada surge com a finalidade de explicar, sistematicamente, os negócios jurídicos processuais possíveis de serem firmados entre as partes. Independentemente da classificação há pouco delineada, ou do termo utilizado para definir os cada espécie de negócio processual, faz-se imperioso analisar o papel do juiz ao deparar um acordo de vontades que possa influenciar o deslinde processual.

3.2 A (des)necessidade de homologação judicial

Acredita-se que um dos momentos mais importantes do processo judicial é aquele que envolve a elaboração de provas perante a instrução processual (SILVA; NEVES, 2017), dado que é por esse conjunto de evidências que o juiz deve se regular para constituir o provimento ao final do processo. A prova pode ser compreendida a partir de duas acepções, sendo ela um elemento que contribui para estabelecer o convencimento do juiz sobre a existência ou não do Direito material dos litigantes ou como meio que objetiva convencer o juiz dos fatos alegados (ALVIM, 2013). Em síntese, Câmara (2015, p.221) acentua que a prova é “[...] todo o elemento trazido ao processo para contribuir com a formação do convencimento do juiz a respeito da veracidade das alegações concernentes aos fatos da causa.”

Antes de promulgada a Constituição Federal de 1988, o juiz se limitava a assistir à produção de provas das partes, as quais monopolizavam a iniciativa de produzi-las, pois o sistema processual vigente era utilizado sob a égide do princípio do dispositivo (PELLEGRINI; CINTRA; DINAMARCO, 2009). Posteriormente, o devido processo legal foi instituído pelo inciso LIV do artigo 5º da CF/88, o qual busca analisar a verdade real de uma demanda com a finalidade de o Estado prestar uma assistência

jurisdicional considerada útil e justa² (BRIÃO, 2014), desse modo, o princípio do dispositivo passou a ser mitigado pelo princípio da livre apreciação das provas.

Antes de analisar a relação das provas com as convenções processuais, é importante verificar que, conforme redação do artigo 371 do CPC/2015, “[...] 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). Desse modo, em regra, o juiz deve se ater às provas elaboradas pelas partes, sob pena de agir com imparcialidade em eventual produção de provas *ex officio*. Nas palavras de Brião (2014, p.7),

[...] o juiz não pode produzir prova de ofício, quando esta se mostra imprescindível para que se atinja a verdade real dos fatos, significa aceitar um juiz parcial, voltado apenas para a prestação da jurisdição, modo formal. Prestar-se-á, se assim for, sem dúvida a jurisdição, mas não a justa prestação jurisdicional.

Ocorre que, em conformidade com o artigo 370 do CPC/2015, “[...] caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.” (BRASIL, 2015). Afloram, então, questionamentos na doutrina sobre como o juiz poderia determinar a produção de provas com a finalidade de alcançar a verdade real sem frustrar a sua imparcialidade⁴ (SILVA; NEVES, 2017, p.109). Independentemente da possibilidade ou não de determinação da produção de provas *ex officio* de modo livre, cumpre registrar que, com apoio numa concepção de processo democrático nos termos do modelo constitucional, é imperioso que o provimento seja constituído com base no que for alegado e levado aos autos pelas partes, sob pena de o julgador agir com arbitrariedade, o que deve ser refutado em um processo judicial ou extrajudicial.

Ao analisar os atos de disposição das partes na “relação processual”, Leonardo Greco afirma que os atos consistentes na declaração de vontade produzem imediatamente os seus efeitos, exceto quando ocorrer um ato em que as partes pactuam extinguir a ação judicial, veja-se:

CARNELUTTI esclarece que a eficácia jurídica processual de um ato ou fato ocorre quando ele determina a mudança de uma situação jurídica processual. Até o advento do Código de Processo Civil de 1973, a eficácia dos atos dispositivos das partes ficava sempre condicionada à homologação ou ao deferimento judicial. PONTES DE MIRANDA exalta essa diferença de tratamento, afirmando ter sido profunda a alteração determinada nessa matéria pelo artigo 158 do Código de 1973, em relação ao antigo artigo 16 do Código de 1939. No novo regime, todos os atos processuais, consistentes em declarações de vontade, inclusive as omissões, quando delas resulte criação, modificação ou extinção de alguma situação jurídica, produzem imediatamente esses efeitos. Excetua-se apenas a desistência da ação, que deverá ser objeto de sentença terminativa. (GRECO, 2011, *online*).

Nessa mesma linha, Fredie Didier Jr. (2016, p. 379-383), em sua análise contemporânea do Código de Processo Civil de 2015, afirma que a regra regente dos negócios processuais é a dispensa da necessidade de homologação judicial quando o objeto for situações jurídicas processuais, mandamento esse que deve ser mitigado quando houver mudança no procedimento que envolva diretamente o juiz. Adotando o mesmo posicionamento, o Fórum de Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) editou o enunciado nº 133, que consubstancia o entendimento majoritário da doutrina moderna, onde afirma que: “[...] salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios

4 Há divergências doutrinárias sobre a solução. Eduardo Arruda Alvim (2013) afirma que o juiz só poderá determinar a produção de provas de ofício na hipótese de não conseguir decidir com as provas levadas em juízo pelas partes. Enquanto José Roberto dos Santos Bedaque (1991) entende que o juiz poderá determinar a produção de provas *ex officio*, sempre que for necessário para o alcance da verdade real. Esta pesquisa não pretende esgotar ou se aprofundar nessa discussão, visto que tal análise dispersaria a problemática analisada sobre a homologação da convenção processual, que cuida de prova, portanto, opta-se, tão somente, por explicar essa problemática.

processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial.”

O artigo 200 do Código de Processo Civil de 2015 prevê que os atos das partes produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais, tendo o parágrafo único desse artigo mencionado acerca da necessidade de homologação, tão-somente, na hipótese de desistência da ação. Portanto, a homologação judicial em negócios jurídicos que alterem o procedimento é a exceção. Apesar disso, as partes não podem impor ao juiz um acordo, mesmo que formalmente perfeito, que, de algum modo, altere o calendário processual, conforme é expressamente vedado pelo Código de Processo Civil:

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1o O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2o Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

Assim sendo, para a plena eficácia da convenção processual que altere o calendário para a prática dos atos processuais, faz-se mister a comunicação e homologação, pelo juiz, desse específico negócio processual. Além disso, todas as partes afetadas pelo processo devem tomar ciência e anuir sobre o negócio realizado. É que, o termo “partes”, aduzido nos artigos 190 e 191, abrange todos aqueles que participam do processo, incluindo os terceiros intervenientes e o membro Ministério Público, que, conforme o enunciado nº 254 do Fórum Permanente de Processualista Civis, não poderá ser excluído por meio de um negócio processual.

É possível verificar, portanto, que o juiz “[...] se vincula ao celebrado pelas partes em matéria de procedimento ou às disposições relacionadas aos ônus, poderes e deveres processuais, cabendo-lhe, tão-somente, promover a implementação dos meios necessários ao cumprimento do que fora acordado” (MENDONÇA NETO; GUIMARÃES, 2017, p.425), sendo exceção a homologação do negócio jurídico processual.

Diante do exposto, faz-se imperiosa a necessidade de analisar alguns detalhes específicos que cercam o instituto do negócio jurídico processual, em especial no que pese a possibilidade de o juiz negar-se a aplicar um acordo processual formalmente perfeito, em especial, quando a convenção tratar da fase probatório do processo judicial.

4 O NEGÓCIO PROCESSUAL SOBRE A PROVA: A DICOTOMIA SOBRE A HOMOLOGAÇÃO

O artigo 190 do CPC recebeu a nomenclatura de “cláusula geral de negociação” sobre o processo pela doutrina processualista (NOGUEIRA, 2016), sendo essa uma das grandes inovações que o CPC de 2015 trouxe ao ordenamento jurídico pátrio, *ipsis litteris*:

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.

Malgrado o termo utilizado pelo legislador no parágrafo único e no *caput* tenha sido “convencionar”, sabe-se que convenção é, ao lado do acordo e contrato, espécie do gênero negócio processual, portanto, a interpretação deve ser feita no sentido de que as partes podem livremente ajustar mudanças no procedimento, por meio de um Contrato/Acordo/Convenção.

Por ser uma cláusula aberta que regula os negócios jurídicos atípicos, o artigo 190 dá respaldo às partes para estipularem mudanças no procedimento ao convencionarem os ônus, poderes, faculdades e deveres, tal qual redefinir os atos processuais, seja em sua forma ou ordem de encadeamento dos atos procedimentais. É importante notar que o negócio firmado entre as partes não tratará do Direito material⁵. No caso da cláusula geral de negociação, o objeto é o processo, recaindo os termos sobre as regras de desencadeamento dos atos procedimentais e não sobre o Direito material do litígio.

Em alguns aspectos, a cláusula geral de negociação pode afetar diretamente os atos procedimentais que eram até então intocáveis, como, *verbi gratia*, o direito de produzir provas, as quais são utilizadas tanto pelas partes quanto pelo juiz para estabelecer o provimento do caso concreto.

Em razão da grande abrangência dos negócios processuais, o parágrafo único do artigo 190 concedeu ao juiz o poder de controlar as negociações que afetem o curso do processo, seja a requerimento das partes ou por ofício, nas hipóteses de a negociação estar eivada de nulidade, houver inserção abusiva no contrato de adesão ou quando uma das partes estiver em manifesta desvantagem⁷.

4.1 Da recusa de aplicação do acordo processual com expressa nulidade, cláusulas abusivas ou manifesta vulnerabilidade da parte

Uma das modalidades de controle do negócio jurídico previsto no parágrafo único do artigo 190, ocorre quando há disposições abusivas celebradas em contrato de adesão em que uma das partes esteja em manifesta situação de vulnerabilidade, momento em que o juiz poderá se recusar aplicar o negócio processual firmado, mesmo que esse seja formalmente perfeito, desde que o faça com a devida fundamentação⁸.

Para melhor compreender a possibilidade de negação do juiz em aplicar o negócio jurídico processual com base em cláusula abusiva em contrato de adesão, faz-se mister realizar um cotejo interpretativo com a lei consumerista (Lei nº 8.078/1990), a qual disciplina em seu artigo 51 as práticas abusivas que podem ser adotadas pelo fornecedor de um produto ou serviço, tendo em vista que esse é, quantitativamente, o maior usuário de contratos de adesão.

O extenso rol do artigo 51, apesar de prever algumas hipóteses de abusividade, é meramente exemplificativo, ou seja, por ser um dispositivo *numerus apertus*, o julgador poderá considerar que o negócio processual celebrado em contrato de adesão é abusivo mesmo não estando nos incisos supracolacionados, devendo o magistrado fundamentar a abusividade encontrada e ensejar a manifestação das partes.⁹

5 O negócio jurídico que trata do direito material, também denominado acordo, convenção ou contrato, não é o objeto do presente artigo, mas é possível atestar ser plenamente possível as partes celebrarem um instrumento particular de acordo de vontades que trate tanto de direito material quanto de direito processual, como, por exemplo, o foro de eleição constante no contrato de compra e venda de um imóvel.

6 A presente pesquisa não possui a finalidade de firmar as diretrizes de reconhecimento de nulidade ou realizar uma verificação sobre o que seria “manifesta desvantagem” no direito processual, deve-se, para analisar a possibilidade de limitação das provas por meio de uma convenção processual, analisar a função do processo e a relação do juiz com o lastro probatório para se ter uma conclusão. No entanto, faz-se importante realizar uma breve digressão sobre o papel do juiz na negativa de aplicação de um acordo processual para que se possa firmar um entendimento quanto a vedação de provas em um processo judicial.

7 A presente pesquisa não possui a finalidade de firmar as diretrizes de reconhecimento de nulidade ou realizar uma verificação sobre o que seria “manifesta desvantagem” no direito processual, deve-se, para analisar a possibilidade de limitação das provas por meio de uma convenção processual, analisar a função do processo e a relação do juiz com o lastro probatório para se ter uma conclusão. No entanto, faz-se importante realizar uma breve digressão sobre o papel do juiz na negativa de aplicação de um acordo processual para que se possa firmar um entendimento quanto a vedação de provas em um processo judicial.

8 A “devida fundamentação” entendida para este trabalho é a explanada no livro *Direito e Democracia*: entre a facticidade e validade (HABERMAS, 1997), onde toda decisão racional é estabelecida por meio do contraditório, que proporciona uma participação equitativa das partes afetadas pela decisão.

9 Conforme prevê o artigo 10 do Código de Processo Civil, verbis: O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Ao recusar a aplicação do negócio jurídico celebrado entre as partes em um contrato de adesão, no qual haja uma parte manifestamente vulnerável, o juiz deverá fundamentar a recusa na aplicação do negócio processual, a qual há de ser pautada na proteção da parte vulnerável. Portanto, utilizar a analogia ao Código de Defesa do Consumidor aparenta ser o mais adequado para suprir a lacuna de quais seriam as “cláusulas abusivas” e a manifesta vulnerabilidade, previstas pelo legislador ao cuidar dos negócios processuais.

Outro trabalho deixado pelo legislador à doutrina e jurisprudência foi o de delimitar o alcance da nulidade prevista no parágrafo único do artigo 190, eis que o julgador pode, ao reconhecer a nulidade em um negócio processual, recusar a sua aplicação e, conseqüentemente, o que tiver sido convencionado, inclusive de ofício.

Os negócios processuais, por serem uma espécie do negócio jurídico, passa pelo plano da validade, podendo serem invalidados total ou, inclusive, parcialmente, como assim entende o Fórum Permanente de Processualistas Civil, que editou o enunciado nº 134, para reportar-se à invalidação parcial do negócio jurídico¹⁰. Desse modo, ao analisar a demanda judicial, é necessário aplicar o Código de Processo Civil em harmonia com o artigo 166 do Código Civil de 2002, que traz as hipóteses de nulidade e quando esse instituto ocorre nas relações jurídicas.

Ao analisar a literalidade do parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil, deve ser considerado o fato de que o legislador expressou o conceito de nulidade no sentido técnico do termo. Ou seja, deve ser concebido, tão-somente, nas hipóteses de nulidade elencadas pelo artigo 166 do Código Civil para a recusa *ex officio* na aplicação do negócio processual

Além dessas considerações, é importante notar que o negócio jurídico está sujeito a ser anulado, caso reste devidamente comprovada uma das hipóteses do artigo 171 do Código Civil. É que o negócio processual é uma espécie de negócio jurídico, esse sendo o gênero, enquanto aquele é espécie e, portanto, sempre estará sujeito a ser declarado nulo ou anulado.

Considerando um negócio jurídico formalmente perfeito, ou seja, convencionado por pessoas plenamente capazes por meio de uma modalidade prevista ou não proibida por lei, cuja vontade tenha sido externalizada livre e espontaneamente e o seu objeto seja lícito, possível e determinado ou determinável, esse é completamente válido, restando perfeitamente apta a sua aplicação. Ainda de acordo com Didier Jr., citando o livro de Diogo Assumpção Rezende Almeida (2016, p.389), a decretação de invalidade processual deve obedecer ao sistema de invalidades processuais, portanto, não haverá nulidade sem prejuízo.

Conclui-se, com efeito, que o alcance do instituto jurídico da nulidade nos negócios processuais deve ser regido pela teoria da validade dos negócios jurídicos, sendo dever do juiz aplicar o negócio jurídico celebrado pelas partes que não possuir defeito ou não contiver cláusula abusiva em contrato de adesão, respeitando, sob todas as circunstâncias, as normas jurídicas constitucionais e o Modelo Constitucional do Processo.

4.2 O papel da prova no processo: o provimento como formulação argumentativa das partes

Realizando um cotejo da teoria democrática de Habermas (1997) com o conceito de processo de Fazzalari (2006), observa-se que o processo é uma elaboração argumentativa das partes em contraditório, no qual o autor (juiz) do provimento deve decidir tão-somente por meio das alegações trazidas aos autos, realizando uma argumentação da decisão de acordo com aquilo que fora exposto nos autos.

Com esse modelo de processo, e com o papel do juiz devidamente delimitado em ser o autor do provimento jurisdicional, temos um afastamento da figura do juiz Hércules, proposta por Dworkin (2007), em que todo o processo é direcionado ao magistrado e, com base em sua formação, este

10 Negócio jurídico processual pode ser invalidado parcialmente. (Grupo: Negócios Processuais)

encontrará a decisão mais adequada ao conflito. Com efeito, o processo não é do juiz, mas sim das partes que possuem interesse em um direito material envolvido, devendo o juiz decidir com base naquilo que lhe foi levado quando o Poder Judiciário foi acionado para gerir o conflito.

Esse entendimento pode ser consubstanciado ao se realizar uma análise do sistema jurídico como um todo, em especial, sobre a convenção acerca de Direito Processual com a de Direito material, porquanto, nessas partes podem livremente abdicar, revogar ou ampliar direitos, em comum acordo sem a intervenção do juiz ou, quando levado a juízo, esse há que se submeter ao negociado entre as partes. Assim, partindo da ideia de possibilidade de dispensa do Direito material por meio de um instrumento particular de transação, é possível constatar ser plenamente possível a celebração de um acordo entre as partes para a não elaboração de determinado tipo de prova no curso de um processo judicial.

Pedro Henrique Nogueira (2016, p.229), ao averiguar a submissão aos negócios processuais afirma que “o juiz se vincula diretamente aos negócios jurídicos processuais, seja quando relacionados ao procedimento, seja quando relacionados a ônus, poderes e deveres processuais”, logo, o ônus probatório, seja do autor ou do réu da demanda, pode ser mitigado ou ampliado por meio de uma convenção processual atípica.

Com efeito, os negócios jurídicos processuais podem alterar livremente o procedimento, desde que haja controle do juiz no caso de nulidade, cláusula abusiva em contrato de adesão ou manifesta vulnerabilidade de uma das partes, controle esse que não se faz necessário em quaisquer hipóteses diferentes destas; no entanto, é importante notar que elementos básicos de um processo judicial necessitam permanecer, como, por exemplo, a manifestação do Ministério Público, o princípio do juiz natural, utilização dos recursos unicamente previstos em lei, dentre outros expedientes que respeitem o formalismo processual (NOGUEIRA, 2016, p.238).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade pós-moderna evolui a cada instante e, buscando sempre regular suas transformações, o Direito necessita passar por algumas mudanças em institutos que, até então, eram considerados imutáveis, como a ideia de um processo formal, obtuso e litigante promovido pelo Código de Processo Civil de 1973.

No contexto de evolução interpretativa dos institutos jurídicos, o Direito Processual mudou bastante o seu conceito, desde a Teoria da Relação Jurídica proposta por Oskar Büllow, no qual havia uma espécie de submissão entre as partes, até a Teoria da Situação Jurídica, a qual compreende o processo com procedência em encargos que as partes devem suportar temporariamente. Posteriormente, o Modelo Constitucional surgiu para conceber o processo desde o procedimento qualificado pelo contraditório, o qual possui um produto criado pelo juiz por meio da elaboração argumentativa das partes em consonância com as normas constitucionais.

Com esteio nessa ideia participativa, liberal e democrática de processo, o negócio jurídico processual surgiu como uma espécie de mecanismo regulador dos atos procedimentais que possibilitam maior flexibilização do processo judicial, de acordo com a vontade das partes. Decerto, quando há uma convenção processual realizada entre os litigantes, o juiz, como autor do provimento jurisdicional, deve se ater ao que foi convencionado, devendo aplicar *in totum* a regulação avençada, salvo nas hipóteses de controle previstas no Código de Processo Civil de 2015.

Em decorrência da inovação trazida pelo Diploma Processual, em particular no que tange ao negócio processual atípico, questiona-se quais os limites da convenção processual e se o juiz deve a ela se submeter. Analisando o ordenamento jurídico como um todo e, com base no conceito de processo como elaboração das partes, conclui-se que o juízo deve cumprir o que foi acordado na convenção, independentemente da renúncia, abdicção ou redução de direito, salvo nas hipóteses

expressamente previstas em dispositivos legais.

Na hipótese de o juiz recusar a aplicação de um negócio processual convencionado sem vícios, verifica-se que a vontade do Estado-juiz prevalece sobre a vontade das partes, as quais são submetidas a uma decisão arbitrária e em desconformidade com o processo democrático. Portanto, para uma plena efetivação de um processo democrático, o juiz não pode recusar que a procedimentalização de um processo judicial ocorra em conformidade com o negócio jurídico processual avençado, mesmo que esse trate de limitação ou direcionamento da instrução probatória. Desse modo, deve o juiz construir o provimento do processo judicial com base no contraditório argumentativo realizado pelas partes e em consonância com as convenções realizadas previamente.

Acredita-se, portanto, que é plenamente possível a realização de um negócio processual que limite, amplie ou extermine a produção de provas, visto que essas são uma faculdade e ônus das partes, devendo o juiz ater-se ao que foi levado aos autos para argumentar e estabelecer o provimento jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ANDOLINA, Ítalo e VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli, 1997, p. 08.

AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais – já uma releitura. In.: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). *Coleção Grandes Temas do novo CPC*. Negócios processuais – vol.1. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002* (Código Civil). Acessado em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.078/90, de 11 de setembro de 1990* (Código de Defesa do Consumidor). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.105/2015*. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 02 dez. 2017.

BRIÃO, Roberta Fussieger. *Os poderes instrutórios do juiz e a busca da verdade real no processo civil democrático*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. 2014. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/PODERES%20INSTRUTORIOS%20DO%20JUIZ%20E%20A%20BUSCA%20DA%20VERDADE%20REAL%20-%20Roberta%20Fussieger%20Bri%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2018.

BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

MARDEN, Carlos. Processo (constitucional): reconstrução do conceito à luz do paradigma do estado democrático de direito. *Revista Opinião Jurídica*, v.10, n.14, p.24-41, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios Jurídicos Processuais no processo civil brasileiro*. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivim, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o Sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, v.43, n.275, p.193-228, jan. 2018.

DIDIER JÚNIOR., Fredie. Art. 190. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.) *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JÚNIOR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Parte Geral e Processo de Conhecimento*. Volume 1. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARIA, Marcela Kohlbach de. Negócios Jurídicos processuais unilaterais e o requerimento de parcelamento do débito pelo executado 281. In.: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). *Coleção Grandes Temas do novo CPC*. Negócios processuais – vol. 1. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. *Teoria General del Proceso*. Barcelona: Editorial Labor, 1936.

GRECO, Leonardo. The acts of procedural provision--first reflections/Os atos de disposicao processual-primeiras reflexoes. *Quaestio Iuris*, v. 4, n. 1, p. 720-747, 2011. Disponível em: <<https://go.galegroup.com/ps/i.do?p=AONE&sw=w&u=googlescholar&v=2.1&it=r&id=GALE%7CA372555642&sid=googleScholar&asid=676b1132>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 1 Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

MENDONÇA NETO, Delosmar Domingos de; GUIMARÃES, Luciano Cezar Vernalha. Negócio jurídico processual, direitos que admitem a autocomposição e o *pactum de non petendo*. *Revista de Processo*, v.42, n.272, p.419-439, out. 2017.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. In: Coleção Grandes Temas do Novo CPC - v.1 - Negócios Processuais. Salvador: Jus Podivm, 2016.

PELLEGRINI, Ada; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; SANTOS, Vanessa Gonçalves Melo. O negócio jurídico processual atípico e sua efetividade após um ano de vigência do novo código de processo civil. *Revista Jurídica*, v.2, n.51, p.211-229, 2018.

SILVA, Anna Isis Teran; NEVES, Isabela Dias. Processo Civil Democrático: ativismo judicial frente às provas. *Revista de Informação Legislativa*, v.54, n.215, p.97-115, 2017.

Recebido em: 16/10/2018

Aprovado em: 30/01/2019

Como citar este artigo (ABNT):

CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de; NÓBREGA, Adriano César Oliveira. A possibilidade de convenção processual referente à prova independente da homologação judicial. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.36, p.70-82, set./dez. 2018. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/01/DIR36-05.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.