

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL

Faculdade de Direito de Alagoas – FDA

JOSÉ CLEBSON SILVA DE FARIAS

**ANÁLISE CRÍTICA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS
RENUNCIANTES DE PROVAS À LUZ DO PRINCÍPIO DO LIVRE
CONVENCIMENTO JUDICIAL**

Maceió/AL

Setembro/2020

JOSÉ CLEBSON SILVA DE FARIAS

**ANÁLISE CRÍTICA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS
RENUNCIANTES DE PROVAS À LUZ DO PRINCÍPIO DO LIVRE
CONVENCIMENTO JUDICIAL**

Monografia de conclusão de curso, apresentada à Faculdade de
Direito de Alagoas (FDA/UFAL) como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira.

Assinatura do Orientador

Maceió/AL
Setembro/2020

JOSÉ CLEBSON SILVA DE FARIAS

**ANÁLISE CRÍTICA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS
RENUNCIANTES DE PROVAS À LUZ DO PRINCÍPIO DO LIVRE
CONVENCIMENTO JUDICIAL**

Esta monografia de conclusão de curso de graduação em Direito, apresentada à Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/UFAL) como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, obteve a devida aprovação perante a presente banca examinadora.

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.(a) Dr. Frederico Wildson da Silva Dantas.

Membro: Mestranda Angélica Cristina Saphier Silva dos Santos.

Coordenador do NPE: Prof.(a) Dr. Hugo Leonardo Rodrigues dos Santos.

Maceió/AL

Setembro/2020

DEDICATÓRIA

À minha família, meu porto seguro!

Aos meus filhos Lucas, Lara e Carla, minha razão de viver!

Mais especialmente, à minha esposa Leonisse e à minha mãe Josineide, mulheres guerreiras e precípuas responsáveis pelo meu sucesso!

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof^o Pedro Henrique, por toda a disponibilidade e apoio; grande profissional!

Aos amigos que adquiri na FDA, especialmente Lucas Campos, Pedro Henrique e Alexandre Paranhos, pelos intensos debates jurídicos, mas sobretudo pela amizade verdadeira.

A todos que direta ou indiretamente torcem e contribuem para o meu êxito acadêmico-profissional.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo analisar, sob o ponto de vista doutrinário e através do método lógico-dedutivo, a validade de negócios jurídicos processuais renunciantes de direito à prova em vista do princípio do livre convencimento judicial motivado. Para tanto, foram utilizadas as balizadas gerais do negócio jurídico, especialmente a teoria dos planos do negócio jurídico, bem como da classificação doutrinária deste. Em sequência, foi realizado um exame do direito à prova a partir de uma perspectiva constitucional, sendo estabelecida a prova como um direito fundamental. Para a solução do caso, foram apontadas duas alternativas: em situações mais simples o intérprete pode se valer dos métodos clássicos de interpretação; quando, porém, estiver diante de casos difíceis, a técnica da ponderação deve ser utilizada para solucionar a controvérsia à luz do caso concreto. Com isso, foi possível apontar uma solução viável, pois se valendo das premissas aqui colocadas é possível trilhar um caminho seguro para a resolução das mais diversas situações envolvendo o objeto estudado.

Palavras-chave: 1. Negócios Jurídicos Processuais; 2. Princípio da Motivação; 3. Livre Convencimento Motivado; 4. Direito à Prova; 5. Técnica da Ponderação.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze, from the doctrinal point of view and through of the logical-deductive method, the validity of contract procedurals wich renounces the right to evidence, in view of the principle of motivated free judicial conviction. Therefore, general guidelines of the legal business were used, especially the theory of the planes in the contract procedural, as well as the doctrinal classification. In sequence, the right to evidence was examined from a constitutional perspective, establishing the evidence as a fundamental right. For the solution of the case, two alternatives are pointed out: in simpler situations the interpreter can use the classical methods of interpretation; however, when faced with hard cases, the balancing technique should be used to resolve the dispute in the light of the concrete case. That said, it was possible to point out a viable solution, because, using the premises established at this work, it is possible to follow a safe path for the resolution of the most diverse situations involving the object that was studied.

Key-words: 1. Contract procedural; 2. Principle of Motivation; 3. Free Judicial Conviction; 4. Right to Evidence; 5. Balancing Technique.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. BREVE ANÁLISE CONCEITUAL DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E INSTITUTOS CORRELATOS.....	10
1.1. Contornos teóricos do negócio jurídico.....	10
1.2. Concepções acerca do negócio jurídico processual.	13
1.3. Negócios jurídicos processuais na lei 13.105/2015.....	16
1.4. Classificações dos negócios jurídicos processuais.	17
1.5. Cláusula geral de atipicidade da negociação no CPC/2015.	18
2. O DIREITO À PROVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	21
2.1. Conceito de prova e disposições gerais.	21
2.2. Sistema brasileiro de valoração da prova e o princípio do livre convencimento judicial motivado.....	26
3. A PROVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	27
3.1. Negócio jurídico processual: análise do artigo 190 do CPC.....	30
3.2. Princípios fundamentadores das convenções processuais.	33
4. ANÁLISE DA VALIDADE DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS.....	35
4.1. Validade do negócio jurídico processual.....	35
4.2. A renúncia à prova e sua constitucionalidade.....	37
5. CONTROLE JUDICIAL DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS RENUNCIANTES DE PROVAS NO SISTEMA DE LIVRE CONVENCIMENTO JUDICIAL MOTIVADO.....	41
6. CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

Dentre as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, uma das que mais chamaram atenção foi a ampliação da liberdade conferida às partes para regularem importantes aspectos processuais. Assim, o legislador previu uma cláusula geral que possibilita a celebração de negócios jurídicos processuais.

Como não poderia ser diferente, a liberdade das partes é limitada, pois o Magistrado deve fazer o controle de validade e afastar a aplicação daqueles que transbordarem dos limites conferidos pelo sistema jurídico. Nesse sentido, o processo deve versar sobre direitos que admitam a autocomposição e as partes devem ter capacidade. Mas não só: é preciso respeitar os direitos fundamentais.

Nesse diapasão, indaga-se se às partes é lícito, e em última análise se é constitucional, celebrar convenção processual renunciante de provas em vista de princípios constitucionais, notadamente o princípio livre convencimento motivado. Isso porque é possível que essa renúncia limite/impeça, mesmo que de forma indireta, a própria cognição do Julgador no caso concreto, de maneira a repercutir negativamente na fundamentação de sua decisão.

A fim de enfrentar essa problemática, o presente trabalho faz uma breve análise conceitual dos negócios jurídicos, trazendo importantes reflexões a respeito da Teoria do Fato Jurídico, a qual – por sua natureza generalista – possui aplicação na análise de institutos jurídicos de diversos ramos do direito, notadamente no direito privado.

Na linha dessa análise inicial, segue-se abordando as diversas classificações doutrinárias previstas na doutrina nacional, bem como a visão de alguns pensadores estrangeiros, apresentando, outrossim, uma espécie de evolução histórica. Em continuidade, discorreu-se a respeito da inserção da cláusula geral do negócio jurídico processual no atual código processual civil.

Ponto essencial para análise de qualquer categoria jurídica, versou-se, em seguida, a respeito do próprio direito à prova à luz das disposições constitucionais. Não poderia ser diferente, em razão da constitucionalização de todo o Direito, movimento reconhecido pelo próprio código de 2015 que previu, expressamente, que os institutos processuais civis devem ser ordenados, interpretados e disciplinados de acordo com a Lei Maior.

Nesse aspecto, partindo-se da premissa de prova como um direito fundamental, verdadeiro corolário dos princípios do devido processo legal e do contraditório, explanou-se

sobre todos os aspectos legais previstos no Código a respeito das convenções processuais, em vista de sua categorização como cláusula geral que dá ampla margem de liberdade para as partes estipularem sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Ademais, foi objeto de alusão o sistema brasileiro de valoração da prova.

Em seguida, foi realizada uma leitura dos contornos dos negócios jurídicos processuais tendo como norte os influxos constitucionais anteriormente destacados, para, só então, pontuar os princípios específicos e fundamentadores das convenções processuais, quais sejam, o respeito ao autorregramento da vontade das partes e o princípio da adequação ao procedimento. A validade do conteúdo das convenções processuais foi objeto de tópico destacado, enfocando-se seus requisitos específicos, bem como as abordagens doutrinárias.

Finalmente, parte-se para responder à indagação objeto desta monografia, qual seja, análise da validade das convenções processuais que renunciam a provas à luz do princípio do livre convencimento judicial motivado. Nesse ponto, distinguiu-se os casos mais simples de resolver dos mais difíceis.

Na primeira situação, o Julgador pode se deparar com situações simples de resolver, quando, por exemplo, a invalidade é clara. Na outra hipótese, o Juiz pode enfrentar casos difíceis, quando então lançará mão da técnica da ponderação de interesses para resolver o conflito normativo cuja resposta não pode ser encontrada nos métodos clássicos.

O tema exposto ganha relevância na medida em que o código prevê uma cláusula geral para a estipulação dos negócios jurídicos processuais, o que confere amplos poderes de negociação entre as partes, mas que devem ser limitados pelas regras e princípios previstos no ordenamento nacional. Assim, a solução a ser apontada para a validade de convenções processuais renunciantes de direito à prova pode repercutir em infindáveis casos concretos que chegarão ao Judiciário.

Nesse sentido, este trabalho busca contribuir com apontamentos para o adequado enfrentamento dessa importante questão, fornecendo balizas e caminhos que podem ser seguidos pelos operadores do Direito a fim de solucionar adequadamente as controvérsias que porventura surjam no bojo dos processos judiciais.

1. BREVE ANÁLISE CONCEITUAL DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E INSTITUTOS CORRELATOS.

É de importância substancial que antes de adentrar na questão principal do presente trabalho, analise-se as linhas conceituais do negócio jurídico, assim como do negócio jurídico processual, aqui entendido como uma subespécie daquele.

Com efeito, para esta análise, parte-se da concepção da teoria de Pontes de Miranda, cujos estudos sofreram lapidares aprimoramento e ampliação do Professor Dr. Marcos Bernades de Melo, catedrático da Universidade Federal de Alagoas.

Destaque-se que nesse primeiro momento serão analisados, brevemente, de modo a não fugir do escopo desse trabalho, outros institutos cujo entendimento é tido por pressupostos basilares para a coesão e integridade da abordagem.

1.1. Contornos teóricos do Negócio Jurídico

Calha dizer, de início, que é atribuída a Francisco Cavalcante Pontes de Miranda o desenvolvimento de um método teórico para a compreensão e sistematização dos diversos fenômenos jurídicos, de forma racional e escalonada. Na era pós-pontes, essa teoria tem sido desenvolvida com maior destaque pelo teórico Marcos Bernardes de Melo.

Com efeito, conhecida como “Teoria ou Escada Pontiana” o método consiste em, partindo do plano abstrato, dividir o mundo do direito em três planos: o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia. Assim, cada plano corresponderia a um degrau, de modo que os fatos jurídicos transitariam entre os planos, e assim, para que o fato jurídico *lato sensu* siga do plano de validade para o de eficácia, *v.g.*, deverá preencher os requisitos e pressupostos previstos em lei.

Ainda de acordo com esse arquétipo teórico, o mundo é constituído por uma infinidade de fatos previstos abstratamente e a esses dá-se o nome de “suporte fático”. O mundo jurídico, por seu turno, é o conjunto de fatos relevantes para o direito, quando o que está previsto na norma acontece no plano da existência têm-se a incidência e assim o surgimento do fato jurídico.

Segundo esta teoria, no plano da existência entraria todos os fatos jurídicos, sem exceção; no plano da validade, entretanto, funcionando como uma espécie de “peneira”, só adentrando aqueles fatos jurídicos caracterizados pela relevância da vontade no suporte fático, estando restrito, deste modo, aos fatos jurídicos com ausência de vícios invalidantes; no plano da eficácia, por fim, se inseririam os fatos jurídicos aptos a produzirem os seus efeitos típicos.

Note que nesta visão os fenômenos jurídicos ou fatos jurídicos *lato sensu* são aqueles dotados de relevância para o Direito, a qual é adquirida através da valoração realizada pelas normas jurídicas, que assim o fazem, por sua vez, por reconhecer nesses fatos sociais consequências importantes quando da sua ocorrência.

Nessa linha, são oportunas as palavras do professor MELLO (2011, p. 39-40), que, *in verbis*, ensina: “(...) em verdade, somente o fato que esteja regulado por norma jurídica pode ser considerado um fato jurídico, ou seja, um fato produtor de direitos, deveres, pretensões, obrigações ou de qualquer outro efeito jurídico, por mínimo que seja.”

Assim, é de se destacar que dentre a infinidade de acontecimentos que ocorrem no mundo dos fatos, somente aqueles cujas consequências – também chamadas de efeitos, são vislumbradas como de grande importância, previstas abstratamente nas normas jurídicas e a partir daí, sempre que acorram farão incidir a norma jurídica.

O suporte fático – também denominado de “hipótese de incidência” – é, então, um substrato, um dos elementos da norma, composto de diversos fatos (ou de apenas um fato, o que consiste em circunstância incomum) que, “ao se concretizarem no plano das realidades todos os elementos que o compõem é que se dá a incidência da norma, juridicizando-o e fazendo surgir o fato jurídico” (MELLO, 2011, p. 73).

O professor Marcos Bernardes de Melo ensina ainda que existem, portanto, duas espécies de suportes fáticos, um concreto e outro abstrato. O primeiro seria exatamente aquele do plano concreto, ou seja, o acontecimento do mundo real engatilhador da incidência normativa. O segundo, por sua vez, seria aquela descrição fática em abstrato.

Nesse contexto, cabe apontar que o fato jurídico *lato sensu*, sendo o universo total dos fatos jurídicos, dividir-se-ia em fato jurídico *stricto sensu*, em ato-fato jurídico, e ato jurídico *lato sensu*. Este último, por sua vez, seria subdividido em ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico.

Em breves linhas, fatos jurídicos *stricto sensu* são, grosso modo, os fatos da natureza ou atos humanos despidos de voluntariedade devidamente juridicizados, os quais não passam pelo plano da validade. Dessa forma, pode-se defini-los como “o fato ou complexos de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez, não dimane, eficácia jurídica”. (CHAVES; ROSENVALD, 2016, p. 571).

D'outra banda, os atos humanos entram no mundo jurídico como ato jurídico, ato ilícito, ato-fato ou negócio jurídico. São atos jurídicos aqueles atos que exteriorizam ou manifestam vontade humana quando sofrem a incidência da norma que os prevê, sem que exista qualquer possibilidade de escolha dos efeitos, ou categorias jurídicas, pelo praticante, sendo, ao lado dos negócios jurídicos, os únicos aptos a passarem pelos três planos. Os atos ilícitos são aqueles contrários ao direito.

Os atos-fatos, por sua vez, são fatos jurídicos produzidos por ação humana, mas a vontade de praticá-los é abstraída e irrelevante juridicamente, passando apenas pelos planos da existência e da eficácia. Nesse sentido, destaca LÔBO (2009, p. 232):

Os atos-fatos jurídicos são atos ou comportamentos humanos em que não houve vontade, ou, se houve, o direito não as considerou. Nos atos-fatos jurídicos a vontade não integra o suporte fático. É a lei que os faz jurídicos e atribui consequências ou efeitos, independentemente de estes terem sido queridos ou não. O ato ou a vontade é esvaziada e é apenas levada para juridicização como fato; o ato dissolve-se no fato.

Quanto ao instituto base deste trabalho, o negócio jurídico, a referida teoria o tem como o ato jurídico *lato sensu* cujo suporte fático depende, para sua concretude, da manifestação de vontade livre por sujeitos plenamente capazes na forma definida em lei, quando a lei lhe exigir uma dada forma.

Ressalta-se que o ato jurídico, compreendido em sentido amplo, tem como principal característica a vontade humana de promover determinado ato. Essa exteriorização volitiva se dá no sentido de aderir aos efeitos jurídicos previstos na norma jurídica, classificando-se como ato jurídico *stricto sensu* ou a vontade pode ser dirigida para a criação de efeitos jurídicos concretos ou escolher a incidência ou não deste (CHAVES; ROSENVALD, 2016, p. 584).

Corroborando com esse entendimento, CABRAL (2016, p. 44) afirma que os negócios jurídicos “são aqueles (...) para os quais o sistema jurídico confere o grau máximo de liberdade de conformação ao agente, que pode escolher não só o tipo de ato a ser praticado (seu enquadramento legal), mas também seu conteúdo eficaz”.

E arrebatada MELLO (2011, p. 225):

(...) negócio jurídico é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.

Por ter pertinência temática com este trabalho é que não se furta a ressaltar que a doutrina aponta os contratos como a principal, mas não única, modalidade de negócio jurídico. Na esteira de Marcos Bernardes de Mello (*idem*, p. 202):

Assim é que, por exemplo, nos contratos – que são a mais importante espécie de negócio jurídico – em geral os figurantes podem ter a liberdade de estruturar o conteúdo de eficácia da relação jurídica resultante, aumentando ou diminuindo-lhe a intensidade, criando condições e termos, pactuando estipulações diversas que dão, ao negócio, o sentido próprio que pretendem.

Os negócios jurídicos são qualificados, portanto, como atos decorrentes de autonomia privada, aonde quando da sua elaboração os negociantes estão a delimitarem e elegerem seus efeitos, tais como as cláusulas, desde que não *contra legem* e preencham todos os requisitos previstos para a realização daquele ato negocial. É exatamente por isso que boa parte da doutrina considera que a característica marcante dos negócios é a vontade ou a “vontade declarada”, da qual, afirmam, decorre o poder criativo de efeitos jurídicos, formando-se o dogma da vontade. E, sendo assim, o elemento volitivo é imprescindível integrante do núcleo do suporte fático para a existência do negócio jurídico.

1.2. Concepções acerca do negócio jurídico processual.

O negócio jurídico processual surge na doutrina alemã, a primeira a desenvolver um conceito do instituto. O teórico SHÖNKE (SCHÖNKE, 2003, p. 148 *apud* NOGUEIRA, 2011, p. 130) defendia a admissão de convenções privadas para determinadas situações processuais. Ocorre que nesses casos os acordos não detinham efeitos processuais imediatos, embora o pacto obrigasse as partes proceder segundo o pactuado.

LENT (1959, p. 122 *apud* NOGUEIRA, 2011, p. 130), por sua vez, afirma que os negócios jurídicos processuais são verificados quando os efeitos processuais produzidos são o desejado pelas partes, dessa forma, o autor identificou o negócio jurídico dentro dos atos processuais, e aquele só seria considerado quando os efeitos produzidos fossem aqueles provenientes da vontade das partes.

CHIOVENDA (1913, p. 775-776 *apud* NOGUEIRA, 2011, p. 131), identificou que em certos atos a própria lei relaciona a produção de efeitos processuais à vontade das partes e, assim, reconhecendo a figura dos negócios jurídicos processuais.

LIEBMAN (2005, p. 286 *apud* NOGUEIRA, 2011, p. 33-34), separou os atos processuais de negócios jurídicos afirmando que no primeiro caso a vontade se dirige a prática

do ato enquanto no segundo caso (negócios jurídicos processuais) a vontade é no sentido da obtenção de um determinado efeito.

No Brasil, DINAMARCO (2009, p. 484 *apud* NOGUEIRA, 2011, p. 128) não admite a existência de negócios jurídicos processuais argumentando que os efeitos dos atos processuais são impostos pela lei e não pela vontade das partes, isto é, todo negócio jurídico possui efeitos que as partes almejam, mas isso não ocorre no processo, pois as consequências processuais estão previstas em lei, sem participação das partes em sua composição.

No mesmo sentido CÂMARA (2007, p. 276 *apud* NOGUEIRA, 2011, p. 129) se posicionava alegando que os atos de vontade praticados pelas partes somente produziram os efeitos ditados pela lei. Contudo, ao analisar o instituto à luz do novo Código de Processo Civil explica que o negócio jurídico processual só tem validade se celebrado entre iguais, no sentido de igualdade de forças.

Por outro lado, embora não tenha sistematizado o estudo sobre a matéria, Pontes de Miranda reconheceu a existência de negócios jurídicos processuais, avaliando que em alguns casos há uma preponderância do elemento negocial. Reconhece, por exemplo, que a desistência da ação, desde a égide do código Civil de 1939, era um negócio jurídico processual. (NOGUEIRA, 2011, p. 135).

MOREIRA (1984, p. 89 *apud* NOGUEIRA, 2011, p. 136) admitiu a existência do que resolveu chamar de convenções celebradas pelas partes sobre matéria processual ou apenas convenções processuais. O autor ensina que a vontade das partes pode sim influir no modo de ser do processo, permitindo que criem obrigações entre si, possibilidade de praticar ou não determinado ato processual, a exemplo de não recorrer ou desistir do recurso ou da ação, mas previne que a liberdade de convenção só abrange as normas processuais dispositivas.

GRECO (2008, p. 290-292 *apud* NOGUEIRA, 2011, p. 136) defende a possibilidade de as partes convencionarem atos processuais, praticados no curso do processo ou para produzirem efeitos no mesmo, subtraindo-os da apreciação judicial ou condicionando o conteúdo de decisões subsequentes.

Embora o autor admitisse que a possibilidade de “atos de disposição processual” como um espaço de autonomia da vontade das partes, apresenta alguns limites como a disponibilidade do direito material em questão, o respeito a paridade de armas das partes para não aumentar a vulnerabilidade de uma delas diante da convenção e também a observância dos princípios e garantias fundamentais do processo.

Nesse sentido, afirma DIDIER (2015, p. 376) que no processo é possível a ocorrência de qualquer uma das espécies de fatos jurídicos, seguindo a classificação sugerida por Marcos Bernardes de Mello. Exemplifica que a força maior, a morte e o parentesco seriam como fatos jurídicos processuais em *sentido estrito*. E continua afirmando que a citação, a atribuição de valor a causa, penhora, confissão, seriam atos jurídicos em sentido estrito, haja vista que não é possível escolher os efeitos processuais desses atos. O autor apresenta ainda a revelia e o preparo como atos-fatos e explica:

É claro que a revelia, o preparo, etc. podem ser condutas praticadas voluntariamente pelas partes. Mas não é isso que as caracteriza. Para o direito processual, é irrelevante a averiguação da existência de vontade em tais atos. Por isso são tratados como fatos. A importância da categoria ato-fato processual é invulgar.

Nesse sentido, também defende a existência de negócios jurídicos processuais, admitindo a possibilidade de as partes escolherem categorias jurídicas e estabelecer certas situações jurídicas processuais dentro dos limites fixados no ordenamento jurídico.

É possível definir negócio jurídico processual nas palavras de DIDIER JR (2015, p. 376- 377):

Negócio processual é o ato voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais. No negócio jurídico, há escolha de regramento jurídico para uma determinada situação.

Esse conceito afasta as principais críticas de posicionamentos contrários à existência de negócios jurídicos processuais, uma vez que os argumentos antagônicos são no sentido de que os efeitos do negócio, no campo processual seriam, necessariamente, *ex lege*, isso porque “os efeitos jurídicos, a rigor, decorrem do fato jurídico (independente de ser espécie negocial ou não). Somente a previsão em abstrato dos efeitos se encontra nas normas jurídicas. Logo, não há propriamente efeitos *ex voluntate*.” (DIDIER; NOGUEIRA, 2011, p. 59).

Em arremate a respeito dessa controvérsia, a qual parece estar suplantada com o novel código, aduz TALAMINI (2015, p. 1):

Essa concepção, que já foi dominante, foi progressivamente superada pelo entendimento oposto, que admite negócios processuais. Trata-se de manifestações de vontade que têm por escopo a produção de específicos efeitos processuais, delineados por tais manifestações. O negócio jurídico, em si, pode ser feito dentro ou fora do processo. Importa é que ele produza efeitos processuais. Ele é fruto da vontade do(s) sujeito(s) que o celebra(m), e é por tal vontade modulado, quanto ao conteúdo e efeitos.

Em que pese haver corrente teórica que nega a existência de negócios jurídicos processuais, conforme alhures versado, o Código de Processual Civil de 2015 traz em seu bojo (art. 190) previsão expressa do mesmo, cuja análise será feita a seguir.

1.3. Negócios jurídicos processuais na lei 13.105/2015.

A lei 13.105 de 2015 apresentou o Novo Código de Processo Civil, que foi concebido como um resultado de uma reforma na justiça. A doutrina já defendia uma coparticipação dos sujeitos processuais, incluindo as partes na construção das decisões que eram submetidas ao poder judiciário. Nesse sentido, com o movimento da constitucionalização do direito, a ideia de que os princípios têm força normativa e que o Estado Democrático de direito exige uma participação dos sujeitos nas decisões, passou-se a admitir uma adaptação do processo a fim de adequá-lo às peculiaridades do caso concreto.

Nessa toada, o Código Processual Civil de 2015 consagrou o princípio da cooperação entre as partes, adotando um modelo cooperativo de processo, conforme determina seu artigo 6º prescrevendo que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Mais que isso, a lei apresenta uma maior valorização a autonomia da vontade e dessa forma acaba por ampliar as possibilidades de negócios jurídicos processuais.

A doutrina de CUNHA (2015, p. 49) apresenta que:

Há, no novo Código, uma valorização do consenso, e uma preocupação em criar no âmbito do judiciário um espaço não apenas de julgamento, mas de resolução de conflitos. Isso propicia um redimensionamento e democratização do próprio papel do Poder Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido. O distanciamento do julgador e o formalismo típico das audiências judiciais, nas quais as partes apenas assistem ao desenrolar dos acontecimentos, falando apenas quando diretamente questionadas, são substituídas pelo debate franco e aberto (...).

Cabe ressaltar que o destaque na valorização da vontade das partes já estava presente desde o Código de Processo Civil de 1973, pois este trazia em seu bojo a possibilidade de as partes estabelecerem foro de eleição, negociarem sobre ônus da prova, convencionarem sobre suspensão do processo e prorrogação de competência.

O que ocorreu no Código Processual Civil de 2015, notadamente em sede do seu art. 190, foi uma ampliação das possibilidades de negócio jurídico processuais, permitindo, em alguns casos, a derrogação total do procedimento. Essa ampliação se deu com o estabelecimento de uma cláusula geral possibilitando a celebração de negócios jurídicos atípicos.

1.4. Classificações dos negócios jurídicos processuais.

Os negócios jurídicos processuais podem ser classificados em diferentes categorias. Aqui, todavia, primou-se em abordar aquela que é tida por mais relevante para a presente análise. Nesse passo, uma categoria tradicionalmente aceita pela maioria dos autores é dividir tais negócios entre unilaterais e bilaterais, conforme prescreve o artigo 200 do CPC/2015:

Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem efeito imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

Os negócios jurídicos processuais unilaterais são aqueles que nascem da manifestação de apenas uma vontade, a exemplo da desistência da ação ou da renúncia. No caso de negócios jurídicos bilaterais se perfazem na manifestação de duas vontades, são, normalmente, divididos em contratos e acordos ou convenções.

No primeiro momento as vontades bilaterais são contrapostas, como numa transação, enquanto nos acordos as vontades se convergem a um interesse comum, a exemplo de um pacto de suspensão de procedimento.

Há também os negócios jurídicos plurilaterais, que são formados pela manifestação de mais de duas vontades e o principal exemplo são os negócios jurídicos que contam com a participação do magistrado. Esses, podem ser típicos, como no caso de estabelecimento de um calendário processual ou atípicos como convenções sobre provas ou redução de prazos, que não estão regulados expressamente, mas que é possível a convenção.

Os negócios jurídicos processuais podem ser típicos, produto da autonomia da vontade, porém fixado pela legislação, como no caso de convenção para suspensão do processo (art. 313, II, CPC), a possibilidade de as partes estabelecerem foro de eleição (art. 63, CPC), o calendário processual (art. 191 §§ 1 e 2º, CPC), a convenção do ônus da prova (art. 373, §§3º e 4º, CPC), prorrogação de competência (art. 65, CPC), entre outras hipóteses de negócios processuais expressamente previstas.

Esses são chamados de negócios processuais típicos por se encontrarem expressamente previstos e regulamentados em lei, cabendo às partes escolherem o momento, a forma ou se incidem ou não.

Cabe ressaltar que embora estejam definidos em lei não se confunde com ato jurídico *stricto sensu*, nesse caso o indivíduo manifesta interesse em promover determinado ato levando em conta o ato em si, a exemplo de estabelecer residência com *animus* definitivo. O

que se quer é estabelecer a residência, ignorando os efeitos jurídicos decorrentes desta escolha, que existirão obrigatoriamente.

No caso do negócio jurídico, a exemplo dos já mencionados, a escolha de praticar determinado ato é a manifestação da vontade quanto aos efeitos por ele produzidos

DIDIER JR. (2015, p. 377) fala ainda que na própria petição inicial haveria, no mínimo, um negócio jurídico processual conquanto seria possível a escolha do procedimento a ser seguido, o autor poderia optar por diversos procedimentos como mandado de segurança ou procedimento comum.

1.5. Cláusula geral de atipicidade da negociação sobre o processo no CPC/2015.

São negócios jurídicos processuais que não possuem identidade com algum tipo legal, surgem a partir de conveniência e necessidade das partes. Denota a insuficiência da legislação em prevê todas as situações negociáveis e assim apresenta a liberdade negocial como uma cláusula aberta, permitindo às partes e também ao magistrado o poder de adaptação procedimental. Segundo MARTINS-COSTA (2002, p. 118), “nas cláusulas gerais a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significado intencionalmente vago e aberto (...)”.

O artigo 190 Código de Processo Civil de 2015, conhecido como cláusula geral de negociação do processo, prevê que as partes, desde que plenamente capazes, estipulem mudanças no procedimento, ajustando-o às suas especificidades, sob a condição de que as convenções sejam sobre matérias que permitam a autocomposição. *In verbis*:

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.

DIDIER JR. (2015, p. 377) aduz que a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos no CPC/2015 é a concretização do princípio ao respeito ao autorregramento processual. CABRAL (2016, p. 146) denomina o dispositivo de “cláusula geral de convencionalidade processual”, permitindo que as partes promovam a adequação do processo às suas necessidades.

É importante interpretar essa ampliação de vontade das partes não como absoluta, isto é, cabe ao juiz restringir e controlar a validade dessas convenções, evitando abuso, nulidade e a vulnerabilidade de uma das partes, conforme determina o parágrafo único do mesmo dispositivo.

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.

Nesse sentido, embora a cláusula geral de negociação analisada prestigie o autorregramento da vontade, favorecendo soluções propostas pelos próprios litigantes, também se preocupa com a ocorrência de possíveis abusos de direito.

Significa que, assim como todo negócio jurídico, a negociação processual deve passar pelo plano da validade e pelo menos três requisitos devem ser identificados, quais sejam, as partes envolvidas devem ser capazes, o objeto da negociação deve ser lícito e a forma deve ser a prevista ou não defesa em lei.

Primeiro ponto importante é que sobre a capacidade das partes, o que se exige é uma capacidade processual negocial, uma vez que o parágrafo único do artigo 190 fala em vulnerabilidade. DIDIER JR. (2015, p. 386) assevera que há vulnerabilidade quando houver desequilíbrio entre os sujeitos na relação jurídica, fazendo com que a negociação não se aperfeiçoe em igualdade de condições.

Com relação ao objeto da negociação, o ponto mais sensível do negócio processual atípico refere-se a natureza disponível do direito, o qual admite a autocomposição. Importante ressaltar que embora o objeto do negócio jurídico não seja o objeto litigioso do processo a negociação sobre situações jurídicas processuais e procedimentos pode afetar a solução de mérito.

Corroborar com a ideia DIDIER JR. (2015, p. 387) “que uma negociação processual sobre provas, por exemplo, pode dificultar as chances de êxito de uma das partes.” E por isso, justifica-se a proibição de acordos que envolvam objeto que não permite autocomposição.

Ressalte-se que o direito pode ser indisponível e ainda sim admitir autocomposição, a exemplo dos direitos coletivos ou direito aos alimentos. Nesse sentido o Enunciado número 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis prescreve que “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”. Além disso, são nulas as negociações em que o objeto é ilícito, pois, tudo que se aplica aos negócios jurídicos privados sobre licitude também se aplica as negociações processuais.

A forma do negócio jurídico processual atípico é livre. DIDIER JR. (2015, p. 389) afirma que:

A consagração da atipicidade da negociação processual liberta a forma com que o negócio jurídico se apresenta. Assim, é possível negócio jurídico processual oral, escrito, expresso ou tácito, apresentado por documento formado extrajudicialmente ou em mesa de audiência, etc.

Destarte, tem-se que o Código de processo Civil passou a prevê, expressamente, uma cláusula geral de negócio jurídico processual, permitindo, dessa forma, além das hipóteses negociais típicas, a celebração de outros acordos que envolvam não só o procedimento, como também situações processuais que não estão estabelecidas expressamente em lei, o que a doutrina convém chamar de negócios jurídicos processuais atípicos, devendo observar os requisitos do plano da validade.

As situações processuais que podem ser objeto de negócio jurídico atípico são ônus, faculdades, deveres e poderes, incluídos aqui direitos subjetivos e potestativos das partes. Também é possível convencionar sobre ato processual, isto é, modificar a forma e a ordem de sucessão de atos processuais.

É o que apresenta os enunciados 257 e 258 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, *in verbis*:

257. O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convencionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

258. As partes podem convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa.

Os negócios jurídicos processuais podem ser celebrados antes ou durante o processo. DIDIER JR. (2015, p. 383) afirma que o negócio jurídico é processual quando repercutir em processo atual ou futuro, sendo possível inserir uma cláusula negocial em um contrato com a intenção de regular um eventual processo futuro.

Classifica-se, também, o negócio processual como acordo de procedimento e acordo de calendarização (COSTA, 2015, p. 360):

No acordo de procedimento, as partes definem quais atos praticarão, bem como a forma e a sequência desses atos, mas não vinculam necessariamente cada um deles a uma data limite (...). Já o acordo de calendarização tem autonomia ontológica. Muitas vezes ele pode funcionar como pacto adjeto a um acordo de procedimento. Com outras palavras: após as partes inventarem um procedimento, podem elas submetê-los a um cronograma e vincular a realização de cada ato a uma data-limite preestabelecida.

2. O DIREITO À PROVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

O direito à prova apresenta natureza constitucional embora não esteja expressamente previsto no Texto Maior. O artigo 5º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso LV prescreve que “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”.

Nesse sentido, a doutrina admite o direito à prova como garantidor de um devido processo legal efetivo, bem como um promotor do respeito ao contraditório e a ampla defesa, sendo esses princípios garantidos de forma expressa na Constituição Federal. Assim, sendo um instrumento direto capaz de assegurar a realização de outros princípios constitucionais, o direito à prova alcança esse patamar.

Embora seja considerado um direito de natureza constitucional, assim como os outros direitos constitucionais, não tem caráter absoluto e encontra limites tanto constitucionais quanto infraconstitucionais, a exemplo da proibição da prova ilícita conforme expressa o artigo 5º, LVI da Constituição Federal de 1988. Contudo, a exclusão de uma prova do processo judicial é, inegavelmente, prejudicial, uma vez que limita a busca da verdade e interfere no convencimento do juiz.

2.1. Conceito de prova e disposições gerais.

O termo prova é plurissignificativo tanto dentro do mundo jurídico como fora dele, sendo esse o sentido aqui adotado. No âmbito processual, conforme NEVES (2016, p. 670), a expressão prova pode ser empregada em pelo menos quatro acepções diferentes. A prova pode se apresentar como uma produção de atos que visem o convencimento do juiz, isto é, a própria produção probatória. Também pode significar o meio pelo qual a prova é produzida, fonte de prova ou ainda o resultado do convencimento do juiz.

DIDIER JR. (2016, p. 44), por sua vez, apresenta as acepções do termo prova em um sentido comum, sendo a “demonstração da verdade de uma proposição”. Já no sentido jurídico apresenta três sentidos distintos, o primeiro é utilizado para designar o ato de provar, a própria atividade probatória, nesse caso diz-se que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele.

Também é utilizado para designar o meio de prova propriamente dito, isto é, as técnicas desenvolvidas para colher a prova e, por fim, pode ser utilizado para designar o resultado dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos buscando o convencimento judicial, momento em que o autor faz prova dos fatos alegados na causa de pedir.

Sob o aspecto objetivo, a prova é compreendida como um conjunto de instrumentos produtores da certeza jurídica ou o conjunto de instrumentos utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo. No viés subjetivo, a prova pode ser considerada um estado psíquico através do qual o magistrado extrai o elemento para a formação do seu convencimento.

Na visão de Frederico Marques a prova é a demonstração dos fatos em que assenta a acusação e daquilo que o réu alega em sua defesa (MARQUES, 2009, p. 253). DINAMARCO, por sua vez, define como o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou não dos fatos controversos no processo (DINAMARCO, 1991, p. 310).

Nas palavras de Clovis Bevilácqua (1999, p. 288) a prova nada mais é do que, “o conjunto dos meios empregados para demonstrar, legalmente, a existência de um ato jurídico”, uma vez que é intuitiva a ideia de que a prova é a busca incessante da verdade dos fatos.

Importante ressaltar que, embora o termo prova seja polissêmico, esta só pode ser considerada, no aspecto jurídico-processual, se foram apresentadas dentro do processo, na presença do juiz e com a participação das partes.

As alegações controvertidas no processo podem ser fato ou de direito, mas só nesse último caso há necessidade de produção de provas, haja vista que as controvérsias de direito serão dirimidas pelo Juiz pelo seu próprio conhecimento (*jura novit curia*). Assim, as provas são instrumentos utilizados para formar o convencimento do juiz tendo como objeto os fatos controvertidos que tenha relevância para o processo.

Quanto à natureza jurídica da prova, cuida-se de uma discussão antiga e controvertida, pois, a lei substancial, ao tratar da forma dos negócios jurídicos, quando esta não é livre, prescreve que a solenidade é indispensável para a constituição do negócio e também para provar a sua celebração, produzindo efeitos em face de terceiros.

Ocorre que a tendência mais moderna da doutrina é considerar a natureza jurídica da prova como sendo processual, uma vez que a matéria é disciplinada pelo Código Processual que a considera como uma forma de convencimento do juiz sobre fatos controvertidos.

Os autores CHAVES e ROSENVALD (2016, p. 764) advertem:

Lembre-se, por oportuno que não se deve confundir a prova com a forma dos fatos jurídicos. Esta (a forma) é elemento integrante do fato jurídico (negocial), enquanto

aquela (a prova) pode ser constituída por um elemento do negócio jurídico (como um instrumento público de contrato) ou mesmo estranho a ele.

O artigo 369 do Código de Processo Civil apresenta o princípio da atipicidade dos meios de prova, isto é, qualquer fonte de prova pode vir a ser considerada como prova dentro do processo, desde que não seja obtida por meio ilícito. Dispositivo *in verbis*:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os normalmente legítimos, ainda que não especificados neste código para provar verdade dos fatos em que se funda o pedido ou em que se funda a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Faz-se necessário, nesse momento, diferenciar fonte de prova e meio de prova. As fontes de prova são pessoas ou objeto que existem independentes de um processo, mas que tem potencial de oferecer um resultado a este. São pessoas ou coisas de onde provém a prova, a exemplo de um documento, sangue, pessoa que pode vir a ser uma testemunha.

O meio de prova, por sua vez, é a forma que se utilizou para consegui-la, são os mecanismos utilizados, dentro do processo, buscando demonstrar a ocorrência ou não dos fatos alegados. São também chamados pela doutrina de provas em espécie.

Os meios de prova podem ser típicos ou legais, são aqueles que estão prescritos expressamente em lei, mas também é possível se utilizar dos meios de prova moralmente legítimos, que não estão previstos em lei, mas podem ser utilizados, pois o legislador não é capaz de prevê todos os meios capazes de gerar conteúdo probatório.

A prova pode ser classificada tradicionalmente em três itens, quais sejam, quanto ao objeto, quanto ao sujeito da prova e quanto a sua forma. Quanto ao objeto a prova pode ser direta, isto é, ligada diretamente ao fato que se pretende demonstrar ou indireta que pretende demonstrar algum fato ligado ao que se pretende provar por meio de deduções e raciocínios, a exemplo de uma testemunha.

Quanto ao sujeito da prova, este pode ser pessoal ou real. No primeiro caso a prova é prestada por uma pessoa enquanto no segundo caso a prova é obtida pelo exame de determinada coisa, como uma perícia.

A forma que a prova se apresenta pode ser oral, isto é, colhida verbalmente ou escrita, reduzida a termo dentro do processo, um documento ou uma perícia. É notável que uma classificação não exclui a outra, dessa forma um mesma prova pode se enquadrar nas três classificações.

Existem fatos, no entanto, que não precisam ser comprovados, são eles os fatos notórios, incontrovertidos, presumidos e os negativos absolutos. Os fatos notórios são aqueles de conhecimento geral, cuja existência é certa. Já os fatos incontrovertidos há um consenso entre os litigantes sobre a existência ou não de determinado fato ou simplesmente não houve debate entre as partes sobre tal fato.

Os fatos presumidos, em tese, também não serão objeto de prova uma vez que esses decorrem de raciocínios emanados do próprio legislador ou do juiz em hipóteses previstas em lei (CHAVES, 2016, p. 771). No caso de fatos negativos absolutos, a impossibilidade decorre de sua indefinição, isto é, a prova de um fato negativo não pode ser exigida quando eles forem imprecisos, a exemplo de uma ação de usucapião em que se requer prova de que o indivíduo não é proprietário de nenhum outro bem imóvel. A parte contrária, em verdade, deve buscar comprovar que o usucapiente é proprietário de algum imóvel.

Demonstrada a importância da prova para o convencimento do julgador acerca da demonstração da verdade, ressalta-se que inexistente dever jurídico de provar o que se alega, tampouco uma faculdade do interessado, o que há é um ônus, isto é, “a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio” (CHAVES, 2016, p. 773) de modo que a parte assume o risco de, eventualmente, perder a causa por não demonstrar os fatos que sustentam sua pretensão.

Sobreleva destacar que o juiz não se exime de sentenciar, alegando que os fatos não foram provados ou não foram esclarecidos, não há possibilidade do *non liquet* diante da inexistência ou insuficiência de provas, nesse caso utiliza-se a regra de julgamento do ônus da prova, verificando a quem cabia o ônus de provar determinado fato controverso.

Código de Processo Civil apresenta regras para distribuição do ônus da prova, conforme o artigo 373, *in litteris*:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O dispositivo apresenta a chamada distribuição estática do ônus da prova, a regra de todo ordenamento jurídico que é previamente determinada pelo legislador, cabendo ao autor provar a matéria fática apresentada na petição inicial. Por outro lado, o réu busca demonstrar a inverdade das alegações do autor podendo ou não realizar produção probatória para tanto.

Daniel Neves Assumpção explica que a simples negação do fato alegado pelo autor não acarreta ao réu o ônus da prova, isso porque o inciso II do artigo 373 do CPC só passa a ser exigido no momento em que o autor se desincumbe do seu ônus probatório, pois, o juiz só tem interesse em saber da existência ou não de um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor após se convencer da existência do fato constitutivo desse direito. (ASSUMPCÃO, 2016, p. 684).

Existe, doutro lado, o sistema de distribuição dinâmica do ônus da prova, novidade apresentada pelo CPC/2015 no parágrafo 1º do artigo 373, e aqui, cabe ao juiz, no caso concreto, realizar essa distribuição levando em consideração qual das partes têm maior facilidade de se desincumbir desse ônus ou quando está diante de uma situação de excessiva dificuldade para o cumprimento do encargo.

Além desse sistema híbrido de distribuição do ônus da prova adotado pelo Código Processual Civil, o diploma também traz a possibilidade de uma inversão convencional do ônus da prova, conforme prescreve o parágrafo 3º do artigo 373, *in verbis*:

§ 3º 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.

Dessa forma, a distribuição do ônus da prova pode ocorrer de acordo com a vontade das partes considerando o interesse dos litigantes, sendo possível essa convenção pela abertura da possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais, emanada da cláusula geral prevista no artigo 190 do CPC/2015 e comentada no capítulo anterior. MARINONI *et al* (2017, P. 486) afirmam:

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

Examinado o conceito de prova e as demais disposições gerais pertinentes, passa-se a discorrer a respeito do sistema de valoração da prova adotado no ordenamento jurídico nacional.

2.2. Sistema brasileiro de valoração da prova e o princípio do livre convencimento judicial motivado.

Entre os povos da antiguidade a demonstração de um determinado acontecimento que repercutia dentro do direito se dava por influência da religião, isto é, não havia critérios técnicos e racionais. Assim, a valoração da prova se dava por meio de desafios físicos, invocando-se uma “proteção divina na busca da verdade” (LOPES, 2002, p. 19), esse era o sistema das ordálias ou juízo dos Deuses.

Posteriormente, ocorre a sistematização de regras e técnicas sobre provas impedindo o arbítrio do magistrado, assegurando o devido processo legal bem como permitindo maior segurança perante as relações jurídicas como um todo. Baseados nessa nova organização surgem outros sistemas tais quais o sistema da prova tarifada ou prova legal, sistema da persuasão íntima, sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional.

O sistema da prova legal ou prova tarifada se caracteriza por pré-estabelecer uma carga valorativa diferente a cada meio de prova apresentado, dessa forma o juiz não possui influência no julgamento, ocorre uma restrição total do livre convencimento, uma vez que, o magistrado não tem a possibilidade de avaliar as provas. Nesse sistema o juiz somente iria somar as provas produzidas, com seus valores determinados pelo legislador, e assim, declarar o vitorioso no litígio. GRECO (2010, p. 133-134) arremata:

Com as provas legais, a prova judiciária criou uma lógica própria, imposta ao juiz pelo legislador ou pelo soberano. Os sistemas normativos possuíam as seguintes características: 1) estipulavam rigorosamente os meios de prova admissíveis; 2) disciplinavam em pormenores o procedimento probatório; 3) estabeleciam exclusões probatórias de meios ou de pessoas; 4) obrigavam o juiz a dar a cada prova o valor predeterminado na lei; 5) proibiam o juiz de considerar provados os fatos por provas diversas das especificamente previstas em lei.

Esse sistema privilegia a quantidade de provas e não as suas qualidades. Alguns doutrinadores afirmam que este sistema não foi abandonado totalmente pelo ordenamento jurídico brasileiro, embora seja utilizado de forma excepcional (ASSUMPÇÃO, 2017, p. 675), como por exemplo, o artigo 406 do Código Processual Civil de 2015, quando exige a figura do instrumento público como prova do ato cuja celebração exige, prescrevendo que nenhuma outra prova será capaz de suprir-lhe a falta.

No sistema da íntima convicção o juiz apresenta um papel de maior importância na avaliação das provas uma vez que está livre para valorá-las, ocorre que tal liberdade é absoluta, podendo, inclusive, analisar provas fora dos autos, e sem obrigação de fundamentar

sua decisão, mais que isso, nesse sistema o juiz pode julgar contra a prova, sua liberdade é plena, de acordo com *secunda conscientia*.

Embora não seja o sistema utilizado como regra, o sistema da persuasão íntima apresenta uma única utilidade no ordenamento jurídico brasileiro, as decisões tomadas pelo Tribunal do Júri não precisam ser fundamentadas e não estão vinculadas as provas do processo.

No livre convencimento motivado ou persuasão racional o juiz segue com ampla liberdade para analisar e valorar as provas, não há hierarquia entre elas, diferente do sistema de prova tarifada, contudo, o magistrado deverá fundamentar sua decisão, nesse sentido, aponta GOMES (2008, p. 249) que a liberdade para apreciar a prova não deve ser confundida com uma autorização para que o juiz adote decisões arbitrais, mas apenas confere a possibilidade de estabelecer a verdade judicial com base em dados e critérios objetivos e de uma forma controlável.

O sistema de valoração de prova que conta com o livre convencimento motivado do juiz exige que este atue conforme uma coerência lógica necessária a fundamentar suas decisões, pois, embora detenha liberdade para analisar as provas apresentadas no processo e atribuir a cada uma o peso que entender cabível, precisa indicar as razões pelas quais formou o seu convencimento.

Do sistema do livre convencimento motivado é possível extrair três efeitos, quais sejam, não há prova que tenha valor absoluto bem como não há hierarquia entre elas; além disso, o juiz deve valorar todas as provas produzidas no processo, mesmo que seja para rejeitá-las; e, por fim, o juiz só poderá examinar as provas produzidas no processo, seguindo a máxima do *non quod est in actis non est in mundo* – se não está escrito não está no mundo.

3. A PROVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL.

Assim como os demais ramos do direito, o fenômeno da constitucionalização também atingiu o Direito Processual Civil, de forma que suas regras e princípios devem ser concebidos e interpretados tendo como norte as disposições constitucionais. “A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”. (BARROSO, 2005, p. 12)

Atento a essa realidade, o legislador ratificou no primeiro artigo do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março 2015) a força normativa da Constituição, ao prever 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”. A respeito desse artigo, aduzem MARINONI *et al* (2017, P. 153):

O processo civil é estruturado a partir dos direitos fundamentais que compõem o direito fundamental ao processo justo, o que significa dizer que o legislador infraconstitucional tem o dever de desenhá-lo a partir de seu conteúdo. Em outras palavras, o processo civil é ordenado e disciplinado pela Constituição, sendo o Código de Processo Civil uma tentativa do legislador infraconstitucional de adimplir com o seu dever de organizar um processo justo. Vale dizer: o Código de Processo Civil constitui direito constitucional aplicado. O Código deve ser interpretado de acordo com a Constituição e com os direitos fundamentais, o que significa que as dúvidas interpretativas devem ser resolvidas a favor da otimização do alcance da Constituição e do processo civil como meio para tutela dos direitos.

Fala-se, por isso, em constitucionalização inclusão e constitucionalização releitura, tendo em vista que a centralidade que a Lei Maior passou a ter através do atual movimento engendrou a inserção de novos temas dentro do texto constitucional, bem como vinculou a releitura dos conceitos e formas jurídicas já existentes a uma visão necessariamente constitucional. Nesse caso, o direito à prova, por exemplo, deve ser aplicado de uma forma que se valorize a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Como se observa, a força normativa das normas constitucionais vincula não apenas o legislador, mas também o aplicador do Direito, na medida em que este não pode dar interpretação que contrarie qualquer princípio ou regra de ordem constitucional. Tal pressuposto é importante para analisar o controle de validade das convenções processuais, pois o norte do Magistrado ao se deparar com tais situações deve ser a Carta Magna.

Nesse sentido, um dos mais expressivos princípios previstos na Constituição é o da inafastabilidade da jurisdição ou princípio da ubiquidade, sendo ele um dos pilares do atual sistema jurídico processual, dispondo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”(art. 5º, XXXV). Dessa maneira, as regras processuais devem ser interpretadas para dar máxima efetividade a esse direito fundamental.

O acesso à tutela jurisdicional se dá de diferentes formas, e para que seja substancialmente exercida é premente que a parte tenha a possibilidade de demonstrar que suas alegações de fato são convincentes.

Entretanto, a produção dessas provas tem limitações, notadamente nos casos em que ocorre o fenômeno processual da preclusão; quando o procedimento especial não admite determinado meio de prova, pois contraria seu escopo (como exemplo pode-se citar a impossibilidade de se produzir prova pericial no âmbito do Rito Sumaríssimo da Lei 9.099/1995); e, por fim, não se admite as provas obtidas ilicitamente. Sobre esse último caso, aduz MARINONI *et al* (2017, P. 477):

Ao afirmar que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos" (art. 5.º, LVI), nossa Constituição assevera que, desde que admissíveis, há direito fundamental à prova no processo civil. A admissibilidade da prova prende-se às qualidades da alegação de fato a provar: sendo controversa, pertinente e relevante, há direito à produção da prova, constituindo o seu indeferimento evidente violação desse direito fundamental.

Em verdade, o direito à prova é alçado à categoria de fundamento constitucional na medida em que garante o efetivo devido processo constitucional. Tal constatação, porém, não alça esse direito fundamental a princípio absoluto - como nenhum outro o é -, pois é possível sua limitação por meio de restrições de ordem constitucional ou legal. Obtemperem-se, porém, que tal restrição precisa ser bem fundamentada e conflitada com outro valor ou princípio de maior estatura no caso concreto.

Quando se afirma que o direito à prova é um direito fundamental, faz-se necessário fundamentar tal proposição, já que ele não encontra previsão expressa no rol do art. 5º da Carta Magna. Inicialmente, lembre-se que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o rol de direitos e garantias individuais não é taxativo, até em função do estabelecido pelo § 2º do art. 5º, o qual estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Dentro desse contexto, DIDIER JR. *et al* (2015, p. 41) afirma que “o direito à prova é conteúdo do direito fundamental ao contraditório”. Com efeito, o contraditório se perfectibiliza no caso concreto através da possibilidade de a parte participar da relação processual de maneira a influir no convencimento do julgador, e a produção de provas é a principal forma de conhecimento e fundamentação quanto à afirmação de determinado fato.

DANIEL NEVES (2016, p. 650) corrobora com a tese de que o direito à prova foi alçado à categoria de direito fundamental, senão vejamos:

Dentro dessa nova visão do princípio constitucional, visivelmente; com a qualidade da prestação jurisdicional, encontra-se o direito à prova, o efetivo exercício do devido processo legal, em especial o respeito à garantia do devido processo legal e

do contraditório, ambos garantidos de forma expressa por nossa Constituição Federal, alçam o direito à prova no processo ao patamar constitucional.

Reforça tais argumentos o fato de que a Constituição prevê a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo (art. 5º, LVI). Ora, fazendo uma leitura a contrário *sensu* dessa previsão constitucional, é possível afirmar que são admissíveis no processo as provas obtidas por meios lícitos, sendo, por isso, além de um direito de defesa, um direito fundamental a produção de provas lícitas no âmbito processual.

Estabelecidas essas premissas, é preciso analisar as convenções processuais prevista na legislação processual civil para que seja possível, finalmente, responder se é constitucional a celebração de negócios jurídicos processuais renunciantes de provas.

3.1. Negócio jurídico processual: análise do artigo 190 do CPC.

Ao regular a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais, o código de processo civil previu, no seu artigo 190 que se o processo versar 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”.

É interessante notar a mudança de paradigma impresso pelo dispositivo, na medida em que confere ao processo civil um caráter menos publicístico, dotando as partes capazes de maior poder de gestão do próprio processo, desde que respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, DI SPIRITO (2019, p. 237).

A compreensão do negócio jurídico processual requer a consideração da história e da cultura processual brasileira, uma vez que nesse contexto a cláusula geral do art. 190 do CPC possui uma função contrafática. Significa dizer que o dispositivo surge com o compromisso “promocional ou de transformação da realidade”, no sentido de instaurar um novo paradigma no processo civil. (...)

A cultura jurídica nacional sempre caminhou no sentido de superdimensionar a esfera pública sobre as estipulações privadas. No âmbito processual, o fenômeno tem sido denominado de hiperpublicismo. O objetivo da lei é exatamente alterar este quadro. O negócio jurídico processual representa uma inovação que possui o potencial de promover uma efetiva alteração da cultura processual no país.

Com isso, o Código prestigia a autonomia de vontade das partes, a qual possui aptidão inclusive para influir de maneira direta sobre o processo de decisão judicial. Isso porque a atual sistemática processualística vê o processo público como um dos meios de resolver o conflito e não como o principal, pois “há, no novo Código, uma valorização do consenso, e uma preocupação em criar no âmbito do judiciário um espaço não apenas de julgamento, mas de resolução de conflitos”. (CUNHA, 2015, p. 49).

Prestigia-se, com isso, a solução que efetivamente atenda aos interesses das partes em conflito no maior grau possível, afinal de contas, se é lícito às partes a autocomposição, v.g., também lhe é lícito dispor sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Observe-se que, conquanto haja a participação das partes, o ato de decisão judicial continua a ser um ato de império estatal, pois não existe paridade no pronunciamento judicial em si, já que se trata de atividade exclusiva do magistrado, muito embora a cooperação entre os sujeitos processuais seja pressuposto inafastável de qualquer decisão a ser tomada pelo Poder Judiciário, conforme aduz DIDIER JR. (2015, p. 126):

Não há paridade no momento da decisão; as partes não decidem com o juiz; trata-se de função que lhe é exclusiva. Pode-se dizer que a decisão judicial é fruto da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões tratadas ao longo de todo o arco do procedimento; a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional, e não pode ser minimizado. Neste momento, revela-se necessária assimetria entre as posições das partes e a do órgão jurisdicional: a decisão jurisdicional é essencialmente um ato de poder.

Conforme pode ser observado da leitura do art. 190 do CPC, o legislador estipulou uma cláusula geral de atipicidade de convenções processuais, pois confere às partes uma grande liberdade, na medida em que não limitou quais são as mudanças que podem ser pactuadas, ou seja, o campo de atuação do objeto do negócio jurídico processual não foi limitado pela lei *ex ante*, mas permitiu, por outro lado, o controle de sua validade pelo magistrado no caso concreto.

O caput do art. 190 do CPC" é uma cláusula geral, da qual se extrai o subprincípio da atipicidade da negociação processual. Subprincípio, porque serve à concretização do princípio de respeito ao autorregramento da vontade no processo (...) Dessa cláusula geral podem advir diversas espécies de negócios processuais atípicos". Embora o legislador tenha usado o verbo "convencionar" no caput e no parágrafo único, a cláusula geral permite negócios processuais, gênero de que as convenções são espécies, conforme visto. (DIDIER, 2016, V. 1, P. 429)

Por isso, a lei reforça o caráter instrumental do processo civil, vale dizer, o processo deve se adequar ao direito material em litígio, e não o contrário. Na exposição de motivos do CPC de 2015, ficou claro esse escopo nas palavras da comissão de notáveis: “Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz”.

Pode-se afirmar, com isso, que o artigo referido inaugura uma nova forma de se enxergar o processo, através do qual é lícito às partes lançar mão dessa cláusula geral para instituir modificações no procedimento a fim de melhor ajustá-lo à realidade subjacente ao caso concreto, o que prestigia o princípio da autonomia da vontade, que, segundo NOGUEIRA (2016, p. 136), “se define como um complexo de poderes, que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada, de acordo com o ordenamento jurídico”.

Ainda, é preciso ler este artigo em conjugação com o artigo 200, o qual consagra serem imediatos os efeitos de um negócio jurídico processual, nos seguintes termos: “os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”.

A exceção a essa regra fica por conta das hipóteses em que se exige a homologação judicial para se gerar efeitos, como no caso da desistência da ação, a qual por disposição expressa depende dessa manifestação judicial. A partir da análise conjunta dos artigos 190 e 200 do CPC, parte da doutrina entende que é possível extrair o princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes. Aduz, nesse sentido, REDONDO (2015, p. 174):

A análise conjunta dos arts. 190 e 200 revela que o Código de 2015 consagrou não apenas uma cláusula geral, mas também um novo princípio, qual seja, o princípio ao autorregramento das partes no processo. Dito princípio estabelece que a vontade das partes deve ser observada pelo juiz como regra geral, uma vez que a eficácia dos negócios processuais é imediata e independe de homologação judicial, sendo possível o controle judicial somente a posteriori e apenas para o reconhecimento de defeitos relacionados aos planos da existência ou da validade da convenção.

Ademais, esses acordos valorizam o diálogo entre os sujeitos processuais, fato este que vai ao encontro ao princípio da cooperação processual, o qual prevê que as partes devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º do CPC). Nesse aspecto, são precisos os ensinamentos de NOGUEIRA (2016, p. 91-92):

Os acordos de procedimento valorizam o diálogo entre o juiz e as partes, conferindo-lhes, quando necessário e nos limites traçados pelo próprio sistema, a condição de adaptar o procedimento para adequá-lo às exigências específicas do litígio; trata-se de instrumento valioso para a construção de um processo civil democrático.

A esse respeito, há doutrina que tece críticas a essa abrangência do dispositivo, o qual poderia gerar problemas de ordem prática. Nas palavras de Marcelo Pacheco Machado (GAJARDONI, p.1245, 2015):

Daí o dilema: diminuindo a abrangência do dispositivo, corremos o risco de torná-lo inútil, por sua vez, ao ampliá-la, corremos o risco de aumentarmos problemas com a

lentidão e ineficiência do processo. Isso tudo aliado à grande incerteza que esta norma de conteúdo aberto e de extensão tão duvidosa pode gerar do Judiciário. Anos gastos debatendo quando é possível e quando não é possível a convenção, enquanto a situação de direito material aguarda pacientemente pacificação. Os benefícios são muito incertos, os malefícios, certíssimos.

Dentro desse contexto, ressalte-se que o que se pretende analisar é precisamente a validade, e em última instância a constitucionalidade, de negócios jurídicos processuais que dispõe sobre a atividade probatória, notadamente daquelas em que há renúncia de provas. Isso porque se pode enxergar, nesse ponto, potencial interferência da autonomia privada sobre a atividade típica do julgador, o qual deve ter os meios de provas aptos a formar seu convencimento. É o que se passa a analisar.

3.2. Princípios fundamentadores das convenções processuais.

Dentre os princípios que se relacionam com os negócios jurídicos processuais, dois podem ser apontados como os que mais lhe dão fundamentos, quais sejam: o princípio da adequação ao procedimento e o princípio do respeito à autonomia da vontade. Obviamente poderiam ser apontados muitos outros, como os princípios da cooperação, do debate, do dispositivo, mas aqueles dois primeiros são “os princípios de que decorrem diretamente os negócios processuais e que consagram a sua aplicação diante do CPC/2015”. (CARVALHO, 2017, p. 81)

O princípio da adequação ao procedimento permite às partes ajustá-lo às peculiaridades próprias do caso. Nesse passo, é importante rememorar que o processo não se confunde com o procedimento: aquele é de competência legislativa privativa da União (art. 22, I da CRFB/1988) e não seria razoável supor que as partes pudessem sobre eles dispor, pois nem os demais entes federados podem fazê-lo, como regra; o procedimento, por sua vez, refere-se à “sucessão de atos interligados de maneira lógica e consequencial visando a obtenção de um objetivo final”(NEVES, 2016, P. 101); o procedimento é a parte ‘visível’, exterior do processo; assim, as partes podem dispor acerca do procedimento, adequando-o ao conflito de interesses concreto.

Nesse aspecto, têm-se que há uma flexibilização procedimental capaz de ser adaptável às circunstâncias do direito material em discussão, permitindo às partes dispor sobre procedimentos que tenham aptidão para resolver mais adequadamente a controvérsia. Assim, “não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adequação às exigências do caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige

sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo.” BEDAQUE (2011, p. 74, apud ARAÚJO, 2017, p. 81)

Importante anotar, ainda, que parte da doutrina (NEVES, 2016, p. 321) entende que o legislador não outorgou a vontade livre das partes, mas uma vontade justificada pela adequação do procedimento que atenda de fato as peculiaridades do caso concreto, vale dizer, não seria suficiente a conveniência das partes em sua celebração, exigindo-se, d’outro giro, a peculiar necessidade do conflito analisado.

O princípio ao respeito ao autorregramento da vontade, por sua vez, se refere à aptidão que todo sujeito de direitos possui de estabelecer a melhor forma de regular juridicamente interesses e situações jurídicas, desde que não contrarie frontalmente a ordem jurídica. Precisas são as palavras de DIDIER JR. (2016, p. 32) nesse sentido:

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

A esse respeito, NOGUEIRA (2016, p. 136) divide o conteúdo do princípio da autonomia da vontade em quatro zonas de liberdade: liberdade de negociação (zona das negociações preliminares); liberdade de criação (possibilidade de criar novos modelos negociações atípicas); liberdade de estipulação (relacionado ao próprio conteúdo do negócio); e liberdade de vinculação, que é a faculdade de celebrar ou não o negócio.

Dessa forma, é possível afirmar que o princípio em análise decorre diretamente do princípio da liberdade, previsto como direito fundamental na cabeça do artigo 5º da Constituição Federal. De fato, não seria compatível com o atual modelo constitucional a estipulação de um procedimento tão rígido que tolhesse a liberdade de negociação sobre esses aspectos.

Apesar disso, não se deve perder de vista que a liberdade comercial não é absoluta e, portanto, deve ser limitada, de maneira que é necessário discorrer sobre seus limites.

4. ANÁLISE DA VALIDADE DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS

4.1. Validade do negócio jurídico processual.

Como ato jurídico que é, a convenção processual deve respeitar os requisitos estampados no artigo 104 do Código Civil, ou seja, os agentes devem ser capazes, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma deve ser prescrita ou não defesa em lei e a vontade hígida, sem vícios de vontade. Nesse sentido, tem-se os seguintes enunciados doutrinários:

Enunciado 403 do FPPC: “A validade do negócio jurídico processual requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei”; Enunciado 132 do FPPC: “Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios processuais”

Em primeiro lugar, exigem-se “partes plenamente capazes” (art. 190 do CPC). Como se nota, não ficou claro a qual tipo de capacidade o artigo se refere: se material ou se processual, fato que gera divergência doutrinária. Sabe-se que a capacidade de civil é dividida didaticamente em capacidade de direito e capacidade de exercício. No direito processual, capacidade processual é analisada levando em consideração os critérios do direito civil, dividindo-se em capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e da capacidade postulatória.

BUENO (2007, p. 139-140) ensina que a capacidade de ser parte é correspondente à capacidade de ter direitos e contrair obrigações na órbita civil, tal qual determinado pelo artigo 1º do Código Civil de 2002, sendo certo que só quem é sujeito de direitos possui aptidão para figurar numa relação jurídico-processual. A capacidade de estar em juízo, por sua vez, é correspondente à capacidade de exercício do direito civil, aplicando-se, também, a teoria das incapacidades, devendo a parte ser representada (se absolutamente incapaz) ou assistida (em caso de incapacidade relativa). Arremata o autor:

Se é verdade que todo aquele que tem capacidade jurídica ou de gozo, ou seja, capacidade de ser titular de direitos e obrigações, na esfera civil, tem também capacidade de ser parte, isso não significa dizer, no entanto, que o exercício desses direitos, no plano processual, não precise, por vezes, ser integrado ou complementado por um outro agente, do mesmo modo que ocorre no plano material.

DIDIER JR. (2017, p. 434-435) resume o posicionamento daqueles que defendem ser capacidade processual aquela disposta no artigo 190 do CPC, aduzindo que este artigo exige a capacidade processual negocial, o qual pressupõe a capacidade processual, não sendo limitado a ela, posto que a vulnerabilidade também é uma hipótese de incapacidade processual

negocial, exemplificando com o caso do consumidor, que embora seja capaz do ponto de vista processual, é incapaz no que refere à convenção processual. Argumenta, ainda, que “o sujeito pode ser incapaz civil e capaz processual, como, por exemplo, o menor com dezesseis anos, que tem capacidade processual para a ação popular, embora não tenha plena capacidade civil. Embora normalmente quem tenha capacidade civil tenha capacidade processual, isso pode não acontecer.”

Outros autores se posicionam em sentido contrário, aduzindo que apenas as partes capazes poderiam celebrar tais negócios jurídicos processuais, de forma que não seria possível sua realização sequer com assistência ou representação, sendo esta uma interpretação mais restritiva. Nesse sentido, tem-se a posição de CÂMARA (2015, p. 124) e GAJARDONI (2015, p. 616).

Com a devida *vênia*, a primeira corrente parece estar com a razão, pois interpretar a capacidade a que se refere o artigo 190 como a capacidade regulada no código civil certamente limitaria e restringiria bastante as hipóteses em que os negócios jurídicos seriam celebrados, de forma que deve ser aplicado, também nesses casos, a máxima *pas de nullité sans grief*.

Além disso, como se trata de um negócio jurídico de um ramo específico do direito, é possível concluir que é mais adequado aplicar a doutrina das incapacidades específicas da processualística civil, afinal, “como se trata de negócios jurídicos processuais, nada mais justo que se exija capacidade processual para celebrá-los” (DIDIER JR., 2017, p. 435)

Outro requisito de validade, quanto ao objeto, é que a convenção processual é que as partes possam dispor do direito em litígio. Nesse passo, adverte-se que o legislador, deliberadamente, não adotou a expressão “direitos disponíveis”, mas sim direitos que admitem autocomposição, de forma que seria possível, em tese, a celebração de negócio jurídico processual em demanda cujo objeto seja direito indisponível, como é o caso do direito aos alimentos ou direitos coletivos.

Ademais, pode o juiz se recusar a aplicar a convenção nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Por isso, o juiz deve estar atento para evitar a prática de abuso de direito, conforme NOGUEIRA (2016, p. 103):

O novo CPC, ao tempo que abre espaço à participação das partes na construção do procedimento, democratizando-o, também se preocupa em evitar que esses acordos, na prática, funcionem como instrumento de abuso de direito. Por isso o pacto somente será admitido (a) quando se tratar de direitos passíveis de autocomposição; (b) quando as partes sejam capazes e (c) quando estejam em situação de equilíbrio,

não se permitindo o acordo de procedimento em contratos de adesão ou em contratos que figurem partes em situação de vulnerabilidade.

Em relação à forma, este é livre, podendo ser praticada antes ou durante o processo. Finalmente, em relação à manifestação válida de vontade, é importante consignar que se aplicam às convenções processuais todas as hipóteses de nulidades e anulabilidades previstas no código civil, podendo o negócio ser anulado por coação, por exemplo.

O vício do negócio processual pode ser tanto nulo quanto anulável, pois “vícios de vontade podem contaminar negócios processuais convenção processual celebrada após coação ou em erro pode ser anulada, por exemplo”. (DIDIER JR., 2017, p. 440)

TALAMINI (2015, p. 3-5) traz classificação diversa do que denomina parâmetros de negociabilidade processual, dividindo em objetivo e subjetivo. Os pressupostos subjetivos é a presença de personalidade jurídica a capacidade para exercícios dos direitos:

Para os negócios processuais, põem-se como pressupostos subjetivos esses mesmos parâmetros, em sua projeção processual: é preciso que o sujeito detenha capacidade de ser parte e de estar em juízo (CPC/15, art. 70). Por exemplo, um condomínio poderá celebrar negócio jurídico, desde que representado por seu administrador ou síndico (CPC/15, art. 75, XI); o incapaz, por seus pais, tutor ou curador (CPC/15, art. 71).

O fato de o direito em disputa admitir autocomposição seria o pressuposto processual objetivo genérico do negócio jurídico. Sobre isso, esclarece o TALAMINI (2015, p. 4):

Mas o termo aqui deve ser corretamente compreendido. Causa que comporta autocomposição não é apenas e exclusivamente aquela que envolva direito material disponível. Certamente, causas que envolvem direitos materiais disponíveis comportam autocomposição. Mas não somente elas. Nem sempre a autocomposição é atingida por meio de um ato de renúncia a pretensões e direitos (o que pressupõe disponibilidade do direito material). Por vezes, a autocomposição é reflexo da constatação, pelo sujeito envolvido no litígio, de que ele não tem razão, total ou parcialmente, naquilo em que vinha pretendendo.

Percebe-se, com isso, que, conquanto diverjam nas nomenclaturas, essa doutrina tende a fazer uma análise muito semelhante sobre os requisitos de validade dos negócios jurídicos processuais dependentes de prova, não havendo prejuízo na escolha de uma ou outra classificação, pois ambas são suficientes para a análise do fenômeno.

4.2. A renúncia à prova e sua constitucionalidade.

Como dito anteriormente, o direito à prova é manifestação direta de direitos fundamentais, notadamente o contraditório e a ampla defesa, bem como do próprio acesso à justiça. Sendo assim, conclui-se que a produção da prova, em si, também pode ser vista como

um direito fundamental, vez que sua ausência pode restringir ou anular a fruição de outros direitos e princípios constitucionais.

Esse aspecto traz consigo a incidência de diversas categorias estudadas especialmente pelo Direito Constitucional e que também servirão de base. Dentre as características dos direitos fundamentais, destaca-se a irrenunciabilidade, a qual aduz que seu titular não pode abrir mão, renunciar, do núcleo essencial daquele direito fundamental. Por ser esclarecedora, segue a lição de NOVELINO (2018, p. 309):

Outra importante característica é a irrenunciabilidade. Não se deve admitir a renúncia ao núcleo substancial de um direito fundamental, ainda que a limitação voluntária seja válida sob certas condições, sendo necessário verificar na análise da validade do ato a finalidade da renúncia, o direito fundamental concreto a ser preservado e a posição jurídica do titular (livre e autodeterminada). A autolimitação voluntária está sujeita, a qualquer tempo, à revogação.

É nesse ponto que erige a necessidade de se responder ao seguinte questionamento: podem as partes celebrar um negócio jurídico processual renunciando a determinada fonte ou meio de prova? Em outras palavras, essa indagação - objeto do presente trabalho – busca saber se essa disposição de direito fere o núcleo essencial do direito fundamental à prova, bem como, sendo possível tal renúncia, qual a sua extensão, dado ser possível, em tese, a redução/supressão de elementos (provas) indispensáveis para a cognição judicial no julgamento da lide. Veja-se que a rigor se está a perquirir a constitucionalidade do negócio jurídico processual.

Preliminarmente cumpre frisar que há quem defenda não ser possível a renúncia à produção de provas, pois isso corresponderia a renunciar ao próprio direito ao devido processo legal, o que seria inadmissível, já que tal negócio deixaria as partes vulneráveis ante a impossibilidade de prever quais provas serão essenciais para um futuro litígio, sendo tal expediente uma renúncia da ampla defesa do réu, o qual terá reduzida sua atividade probatória. Nesse sentido é a posição de CARVALHO (2017, p. 86), que também aduz:

Ainda que se diga que haverá controle de validade a ser realizado pelo magistrado a posteriori de modo a conter os excessos e impedir ilegalidades e arbitrariedades, a instrução probatória adequada requer a produção de todos os meios de provas em direito admitidas e a renúncia de qualquer deles representa, por consequência, uma renúncia do próprio direito de defesa e de poder influenciar na sentença. Isso não deve ser colocado à disposição das partes para renúncia, transação e nenhum tipo de acordo!

Além disso, ela defende que “a renúncia prévia de produção de determinadas provas ou a vedação de produzir algumas fontes probatórias ofendem, “de prima”, o direito de ampla

defesa e contraditório, a isonomia processual, o devido processo legal (...)”, sendo também um elemento limitador da atividade jurisdicional. (CARVALHO, 2017, P. 86)

Em sentido diverso, outra parte da doutrina aduz, ainda que implicitamente, não haver essa inconstitucionalidade *ex ante*. Nesse sentido, ao analisar o negócio jurídico processual atípico na vigência do atual código, DIDIER JR. (2015, p. 381) traz alguns exemplos, dentre os quais se destacam dois: acordo para limitar número de testemunhas; e acordo para tornar uma prova ilícita.

É nesse último exemplo que se pode inferir que o autor baiano não vislumbra inconstitucionalidade em tese de convenção processual renunciante de provas, pois ele admite até o ajuste para tornar uma determinada prova ilícita não por força de lei, mas sim por vontade das partes. Ora, ao estabelecer que uma prova é ilícita por acordo de vontades, as partes estarão renunciando ao direito de alegá-la em juízo e, como consequência, diminuindo o âmbito de cognição do julgador.

Essa última posição parece ser a mais acertada, embora mereça uma análise mais aprofundada. Com efeito, é preciso destacar desde já que essa renúncia prévia nem sempre vai ferir o núcleo essencial daquele direito, dado que nem sempre é possível vislumbrar, em tese, que determinado negócio jurídico processual que renuncia aos meios ou fontes de provas suprime/diminui, principalmente de modo indireto, os elementos para a formação do suficiente convencimento do magistrado ou mesmo viola o direito à ampla defesa e ao contraditório, ainda que se vislumbre que quando isto efetivamente ocorrer haverá inconstitucionalidade daquela convenção.

E aqui reside a questão central: enquanto parte da doutrina afirma a inconstitucionalidade *prima facie* da renúncia da atividade probatória, aduz-se, por outro lado, que isso só pode ser analisado à luz do caso concreto. Dessa forma, a premissa aqui adotada é a seguinte: inexistente inconstitucionalidade em tese de negócio jurídico processual atípico renunciante de provas.

Estabelecida essa sentença, é preciso destacar que há a possibilidade de o Juiz identificar, à luz dos elementos trazidos pelas partes, a invalidade de uma convenção que renuncie à provas, notadamente quando esta interfira na própria atividade julgadora do Magistrado.

Ora, se o ajuste firmado entre as partes interfere de modo relevante na própria atividade do Julgador, este deve fazer o controle de validade dessa cláusula, à luz do previsto

no art. 190, parágrafo único, do CPC. A questão é que nem sempre essa constatação é fácil, como se verá.

TALAMINI (2015, p. 7) afirma que em regra a convenção processual independe de prévia homologação judicial, mas faz um importante alerta:

Em outros casos, o ajuste almejado pelas partes interferirá em termos práticos de modo muito direto sobre a esfera de atuação do juiz – sendo, então, imprescindível que ele intervenha na própria celebração do ato, confirmando sua viabilidade prática. Ou seja, são casos que envolvem uma programação de condutas para o próprio juiz – e que só terão como vinculá-lo se ele for previamente consultado e aferir a factibilidade daquilo que se pretende. É o que se passa na convenção sobre calendário processual (CPC/15, art. 191 – v. adiante). Nesse caso, não há exagero em se afirmar que o órgão judicial é partícipe da avença, ficando a ela vinculado.

Continua o autor analisando especificamente sobre as convenções sobre o objeto da cognição judicial e o meio de prova, aduzindo que por vezes pode acontecer de a avença ter por escopo a delimitação da matéria que o juiz conhecerá (são as questões de fato e de direito) ou mesmo sobre a forma, o modo como o julgador irá conhecê-lo (delimitação dos meios de prova).

Nesse aspecto, TALAMINI (2015, p. 10) lembra que o CPC permite que as partes definam de maneira consensual as questões de fato e de direito que serão objeto de prova, o qual, homologada, vincula os sujeitos processuais. Indagando se esse ato é um negócio processual, o doutrinador traz duas acepções: a delimitação consensual como ato de verdade e a como ato de vontade.

No primeiro caso, a delimitação consensual como ato de verdade decorre “de uma consideração comum das partes no sentido de que, efetivamente, aquelas são as precisas questões de fato e de direito que permanecem controvertidas no processo” (TALAMINI, 2015, p. 10). Assim, caso o Magistrado homologue essa delimitação consensual, ele o fará não porque está na esfera de disponibilidade das partes, mas sim porque considera adequada, ou seja, se ele próprio fosse fazer a delimitação, selecionaria exatamente as mesmas questões de fato e de direito.

Diversamente, podem as partes delimitarem o objeto da controvérsia por ato de vontade, ou seja, “elas predefinem determinadas questões para serem ainda instruídas e resolvidas não porque reputeem que sejam as únicas que permanecem controversas, mas porque não querem discutir as demais” (TALAMINI, 2015, p. 11). O autor defende que o juiz possa homologar esse acordo, desde que haja disponibilidade do próprio direito material em disputa. Essas disposições são aplicáveis, também, aos pactos envolvendo os meios de prova. Como se

vê, o autor também não enxerga uma invalidade *ex ante* desses pactos, devendo-se analisa-los no caso concreto.

5. CONTROLE JUDICIAL DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS RENUNCIANTES DE PROVAS NO SISTEMA DE LIVRE CONVENCIMENTO JUDICIAL MOTIVADO.

No que se refere ao controle judicial, de início destaca-se que o CPC/2015 adotou um modelo cooperativo, segundo o qual as partes devem colaborar para que se tenha uma solução integral de mérito justa e efetiva em um prazo razoável, superando, dessa forma, a visão publicística - que enxergava a lei como única fonte legítima a estabelecer o procedimento a ser seguido.

Assim, se de um lado criticava-se o hiper-publicismo processual e de outro o privatismo processual (ou seja, deixar apenas nas mãos das partes o estabelecimento de regras procedimentais, o que poderia enfraquecer a segurança jurídica), o legislador adotou uma terceira via que permite conciliar razoavelmente esses dois extremos, de forma a buscar um processo equilibrado, vale dizer, aquele em que todos os sujeitos processuais possuem protagonismo, e não apenas o Estado ou as partes.

Nesse aspecto, o estabelecimento expresso dos negócios processuais atípicos na forma de cláusula geral certamente veio com esse escopo conciliatório, dando mais espaço de atuação das partes. Entretanto, tal prerrogativa não é isenta de controle judicial, conforme prevê o parágrafo único do art. 190 do CPC/2015:

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.

É a partir desse artigo que é possível extrair os parâmetros da atividade judicial no controle das convenções processuais, o qual, segundo DIDIER JR. (2016, p. 9), deve seguir a seguinte linha de raciocínio: “A regra é a seguinte: não possuindo defeito, o juiz não pode recusar aplicação ao negócio processual”.

Assim, é preciso estabelecer quais são os parâmetros a serem utilizados pelo magistrado ao realizar o aludido controle. Em primeiro lugar deve se guiar pelos princípios constitucionais que regem o processo civil, numa ótica neoconstitucionalista, a qual faz reconhecer a força normativa e cogente da constituição sobre todo o ordenamento jurídico.

Um segundo aspecto a se observar é o princípio do *in dubio pro libertati*, segundo o qual “ressalvada alguma regra que imponha uma interpretação restritiva (art. 114 do CC/2002, p. ex.), na dúvida deve admitir-se o negócio processual”(DIDIER, p. 7, 2016). De fato, se ao realizar a interpretação da cláusula negocial à luz dos princípios que regem o processo civil e mesmo assim ficar em dúvida, ele deve privilegiar a autonomia privada em detrimento do modelo pré-estabelecido em lei.

Outro critério que deve ser levado em consideração é a maior carga argumentativa imposta ao julgador, devendo este trazer ao caso um fundamento mais forte e específico para afastar a incidência do negócio jurídico processual, devendo, porém, antes de decidir respeitar o contraditório pleno.

Esse aspecto se relaciona diretamente com o anterior, pois se na dúvida deve-se privilegiar a convenção processual, para afastá-la o juiz deve ter um esforço argumentativo ainda maior, pois só assim será legítima a interferência estatal na autonomia de vontade das partes.

No que concerne ao controle judicial dos negócios jurídicos processuais, é imperioso apontar que também deve-se levar em consideração a regra segundo a qual não há nulidade se não houver prejuízo a uma das partes, bem como da preservação da convenção processual, caso apenas uma parte desta esteja viciada. Nesse sentido, expõe GAJARDONI (2015, p. 631):

Evidentemente, o controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção deve ser conjugado com a regra geral segundo a qual não há invalidade sem prejuízo (Enunciado n.º 16 do FPPC) (artigo 277, CPC/2015), inclusive o que pode levar à invalidação apenas parcial do negócio (Enunciado n. 134 do FPPC). Exatamente por isso a decisão proferida com base no artigo 190, parágrafo único, do CPC/15, inclusive dentro da ótica do artigo 10 do CPC/15, deve ser tomada em pleno contraditório, a fim de que as partes possam participar da construção da decisão a respeito da validade do negócio (Enunciado n.º 259 do FPPC).

Assim, para fazer esse controle, o magistrado deve seguir algumas etapas, sempre à luz do caso posto em análise, sendo certo que existirão situações de fáceis, outras de média ou alta complexidade, também conhecido pela doutrina como casos difíceis, sobretudo no que atine a existência ou não de nulidade do negócio jurídico processual em virtude renúncia de fontes ou meios de prova.

Com isso, o magistrado deve perquirir se as categorias clássicas de interpretação são suficientes para solucionar, lançando mão dos seguintes métodos: método semântico,

gramatical ou literal, através do qual é perquirido o significado das palavras em si, seu sentido etimológico; no método sistemático, objetiva-se conferir unidade ao sistema ao interpretar os dispositivos em seu conjunto, e não isoladamente; o método histórico visa a definir o sentido da norma por meio da intenção do legislador; e o método teleológico busca a finalidade precípua da norma.

É nessa etapa que o magistrado vai avaliar os requisitos de validade do negócio jurídico como exposto acima. Se, por exemplo, a convenção processual é realizada com um menor de 18 anos desassistido, o Magistrado já a declara inválida, sendo uma situação simples de ser resolvida.

Embora consagrados, é imperioso reconhecer que tais métodos nem sempre são suficientes para resolver todas as situações. Assim, por exemplo, essas categorias interpretativas tradicionais são insuficientes para solucionar casos de colisão entre direitos fundamentais.

Pensando nisso, a doutrina buscou uma forma de resolver conflitos normativos, tendo daí surgido a técnica da ponderação. Precisa é a definição de BARCELLOS (2005, p. 23): “A ponderação (...) será entendida neste estudo como a técnica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”.

Nas situações em que pode haver aplicação simultânea de mais de um direito fundamental ou de princípios, pode ser inviável lançar mão da técnica da subsunção. Por essa razão a doutrina viu a necessidade de trabalhar a técnica da ponderação, a qual pode dar uma solução adequada aos casos postos.

A fim de tornar mais claro o entendimento, imagine-se a seguinte situação: o magistrado constata que uma das partes opôs resistência injustificada ao andamento do processo. Tendo em vista essa situação fática, basta ao Juiz reconhecer a incidência do suporte fático do art. 80, IV do CPC e condenar a parte à multa prevista no artigo seguinte, desde que antes dê oportunidade de manifestação para a parte afetada (princípio da vedação à não surpresa). Tem-se, *in casu*, aplicação da técnica da subsunção, por meio do qual o Magistrado, através da lógica silogística, reconhece a incidência da norma sobre o fato (premissa maior e premissa menor, respectivamente) e aplica seus efeitos (síntese ou conclusão).

Esse trilhar acontece na maior parte dos casos, entretanto, nem sempre será possível a aplicação pura e simples da subsunção, como já exposto alhures. Esse fato foi reconhecido pelo próprio legislador, que dispôs no art. 489, §2º:

“No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

Ainda assim, é preciso saber quais caminhos devem ser seguidos na aplicação da ponderação. Segundo abalizada doutrina, a ponderação é desenvolvida em três fases ou etapas.

No primeiro momento o aplicador precisa identificar quais são enunciados normativos que podem, em tese, serem aplicados para o caso. Aduz BARROSO (2015, p. 374):

Ainda neste estágio, os diversos fundamentos normativos – isto é, as diversas premissas maiores pertinentes – são agrupados em função da solução que estejam sugerindo. Ou seja: aqueles que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. O propósito desse agrupamento é facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo.

Na fase seguinte, deve o aplicador do direito examinar as circunstâncias de fato do caso concreto e em que medida elas se relacionam com os elementos normativos. Deve-se, em suma, destacar os fatos relevantes. Conforme BARROSO (2015, p. 374): “Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência”.

É na última etapa que o aplicador examinará conjuntamente os diferentes grupos de enunciados, a repercussão dos fatos e as normas que devem ser construídas a partir da interpretação, para atribuir adequadamente peso às normas e fatos em conflito. Com isso, será possível estabelecer em que medida uma norma deve ser afastada em detrimento da outra, para que cada uma tenha a máxima aplicabilidade possível no caso.

Como se percebe, no processo de ponderação é fundamental que seja analisado à luz de um caso concreto, pois daí se extrairá os elementos fáticos. Nesse ponto, é preciso ficar claro que quando da análise em abstrato dos valores em conflito (1ª fase da ponderação), deve o intérprete atribuir muito peso ao nível de interferência do negócio jurídico no próprio convencimento do magistrado.

Isso porque a depender do teor da convenção o Magistrado poderia ter dificuldade em fundamentar sua decisão, justamente por ausência de algum elemento probatório que foi

restringido pelas partes. É importante lembrar que a fundamentação das decisões judiciais possui fundamento na Lei Maior:

Art. 93, IX. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Dessa maneira, não seria razoável entender que um acordo privado pudesse suplantar a própria norma constitucional, pois não é dado ao Julgador deixar de fundamentar sua decisão. Tanto é assim que o atual Código de Processo Civil previu hipóteses em que a decisão judicial considera-se não fundamentada, de modo a atribuir dar ainda mais peso a esse dever do Juiz. Nesse contexto, assevera CUNHA (2015, p. 29):

Não parece possível um negócio processual que dispensa a fundamentação da decisão ou que imponha sigilo ou segredo de justiça, afastando a exigência constitucional de publicidade nos processos judiciais. Os negócios jurídicos processuais devem situar-se no espaço de disponibilidade outorgado pelo legislador não podendo autorregular situações alcançadas por normas cogentes. A legislação impõe, por exemplo, observância às normas de competência absoluta, permitindo, entretanto, negócios jurídicos atípicos sobre competência relativa. Quer isso dizer que não é possível a celebração de negócio processual que modifique a competência absoluta.

As normas acima expostas fundamentam o princípio do livre convencimento motivado ou princípio da motivação. Segundo BUENO (2007, p. 133), em vista dos novos contornos que as normas jurídicas possuem em razão do cada vez mais elevado grau de abstração em razão de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, o dever de motivação das decisões assume ainda mais importância: “O princípio da motivação, à luz desse novo paradigma da norma jurídica, destarte, assume inegáveis foros de mecanismos de justificativa e de controle do exercício da função jurisdicional”.

Além desses elementos jurídicos, devem-se considerar, também, outros princípios fundamentais nessa primeira análise em abstrato das normas em colisão, notadamente o princípio da autonomia da vontade, a qual possui fundamento no princípio constitucional da liberdade (art. 5º, *caput* da CRFB/1988). Sobre o autorregramento de vontade das partes, aduz DIDIER (2017, p. 149):

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

O princípio da inafastabilidade da jurisdição, ou ubiquidade, também deve ser sopesado, pois ele prevê que não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito (art. 5º, XXXV da CRFB/1988), de forma que caso detecte, no caso concreto, uma cláusula que tenha o condão de lesar um direito fundamental da parte, ele deverá declará-la nula, conforme prevê o parágrafo único do art. 190 do CPC.

Ainda dentro dessa perspectiva, é interessante observar que a doutrina discorre sobre um princípio mais que fundamenta a modificação procedimental como um todo, qual seja, o princípio da adequação, o qual possui as seguintes características e dimensões (DIDIER, p. 2016, p. 130):

O princípio da adequação pode ser visualizado em três dimensões: a) legislativa, como informador da produção legislativa das regras processuais; b) jurisdicional, permitindo ao juiz, no caso concreto, adaptar o procedimento às peculiaridades da causa que lhe é submetida; c) negocial: o procedimento é adequado pelas próprias partes, negocialmente. No segundo e no terceiro casos, a adequação é feita in concreto, em um determinado processo; há quem prefira, assim, designar o fenômeno de adaptabilidade, flexibilidade ou elasticidade do processo.

Observa-se, com isso, que o negócio jurídico processual é uma espécie ou modalidade pela qual o princípio da adequação se faz presente. Nesse contexto, sobreleva apontar os critérios para se adequar o processo adequadamente: critério subjetivo, o qual prevê que as regras devem se ajustar aos interesses das partes; o critério teleológico, que se relaciona com a finalidade que se deseja alcançar com o processo; e o critério objetivo, que adequa o procedimento a depender do tipo de tutela jurisdicional almejada. Nota-se que esses critérios norteadores do princípio da adequação também podem ser utilizados para analisar o teor da convenção, conforme DIDIER JR. (2017, p. 132-133).

Note-se que a análise dos critérios até aqui expressos é fundamental haja vista que, reforçando outra vez, o julgador pode se deparar com negócios jurídicos processuais renunciantes de provas cuja nulidade não é de fácil percepção, notadamente naqueles em que a limitação à cognição julgadora não esteja clara ou seja parcial, por exemplo, visto que, consoante dito, se deve dar ao princípio do autorregramento das partes a sua devida efetividade constitucional, o que pode gerar um aparente conflito de normas.

Esclareça-se: pode haver renúncia à provas limitando a atividade julgadora e mesmo assim o negócio ser considerado válido, sobretudo quando a limitação não for total e, à luz do caso concreto, for mais consentâneo com o espírito processo-constitucional o afastamento do princípio do livre convencimento motivado e da motivação. Essa análise, como dito, porém,

não é simples, daí a necessidade da aplicação das técnicas de interpretação e integração do ordenamento jurídico aqui apontadas.

Um ponto que exige importante esclarecimento para coesão do posicionamento aqui exarado é acerca da natureza dessa limitação à atividade de julgamento e sua cogente motivação. Defende-se aqui que essa interferência se dá precipuamente de forma reflexa ou indireta, vez que ao se limitar a utilização de determinados meios de prova, como a pericial, por exemplo, inexoravelmente poderá se estar suplantando do julgador o acesso a importantes, e por vezes determinantes, elementos para a formação do seu convencimento, obstaculizando, nesse caso, a prolação de decisão justa sobre o litígio.

Nesse sentido, e pelo exposto alhures, pode-se indicar os seguintes caminhos que o Julgador pode seguir para realizar o controle judicial das convenções processuais renunciadas de prova:

1ª etapa: à luz dos métodos clássicos de interpretação, controlar a validade da convenção processual, auferindo se seus pressupostos estão preenchidos. Caso o magistrado já reconheça sua invalidade, por se tratar de uma situação mais simples, basta afastar a convenção; caso a situação demande uma interpretação mais sofisticada, passa-se a segunda etapa.

2ª etapa: aplicar a técnica da ponderação para resolver o conflito que envolver a colisão de direitos fundamentais de mesma estatura hierárquica, notadamente os do livre convencimento judicial motivado e da motivação das decisões face ao da autonomia vontade das partes.

Assim, não se deve perder de vista que efetivamente consubstancia violação ao princípio do livre convencimento motivado, ensejando em inconstitucionalidade material e, portanto, deve ser declarada a nulidade, no caso de negócios jurídicos processuais que renunciaram às provas a ponto de impedir, ainda que de modo indireto, totalmente o julgador na cognição da matéria em lide. A questão é que nem sempre o reconhecimento dessa nulidade se dá de plano, exigindo análise à luz do caso concreto, o que afasta, por óbvio, a possibilidade de invalidade a priori desses negócios.

Entende-se, contudo, que seguindo as técnicas apontadas acima, torna-se viável a convivência harmônica dos direitos fundamentais em jogo, notadamente os princípios da autonomia da vontade e o dever de fundamentação das decisões judiciais, sendo certo que não *a priori* se exclui a possibilidade de realização de convenção processual renunciante de prova,

devendo o magistrado, no entanto, fazer seu controle de validade, para o qual deve lançar mão dos métodos clássicos de interpretação que, se não forem suficientes, deverão ceder espaço para uma ponderação a ser realizada à luz dos elementos do caso concreto.

5. CONCLUSÃO.

O presente trabalho teve por escopo analisar os contornos dos negócios jurídicos processuais, os quais ganharam mais destaque com a promulgação do código de processo civil em 2015. Foram previstas cláusulas gerais que permitem às partes ampla liberdade de negociação, fato este que traz a necessidade de se estudar até que ponto vai a autonomia privada.

Dentro desse contexto, a possibilidade de um meio ou fonte de prova ser objeto de convenção processual suscita dúvidas, pois, a depender do teor de suas cláusulas, a atividade jurisdicional pode ser ilicitamente obstaculizada. Nota-se, com isso, que pode existir no caso concreto um conflito de normas constitucionais, notadamente o princípio da autonomia da vontade das partes em contraposição com o dever de motivação das decisões judiciais, ou princípios do livre convencimento motivado.

Nesse aspecto, foi objeto de exame a teoria geral do fato jurídico, que sem dúvidas possui inegável aplicação nas convenções processuais, sendo esta uma espécie de negócio jurídico. Para tanto, foi utilizada inicialmente a teoria do fato jurídico, que serviu de base para, em momento posterior, discutir-se o controle judicial de validade dos negócios processuais.

Especificamente sobre os negócios jurídicos processuais renunciantes de prova, estabeleceu-se a prova como direito fundamental, fazendo uma análise do caso à luz da Constituição. Tendo, portanto, essa estatura constitucional, o direito à prova interage com as demais normas constitucionais, notadamente os princípios da autonomia da vontade das partes e da motivação.

O princípio da autonomia da vontade decorre da noção de liberdade retirada do disposto no caput do art. 5º da CRFB/1988, através do qual às partes é lícito dispor livremente sobre seus bens jurídicos, desde que isso esteja compatível com a lei lato sensu. E foi nessa esteira que o legislador previu uma ampla margem de discricionariedade às partes para que regulassem as convenções processuais, sendo que seu objeto pode abranger ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Por sua vez, o princípio do livre convencimento judicial motivado também possui estatura constitucional e impõe ao Poder Judiciário o dever de bem fundamentar todas as suas decisões, com o escopo de garantir legitimidade interna e externa a seus pronunciamentos.

Nessa senda, ao sopesar esses dois princípios, ficou demonstrado os motivos pelos quais a motivação deve ter um peso preponderante, embora isso, por si só, não seja capaz de

infirmar o negócio processual já de pronto, sendo necessário percorrer os demais caminhos da técnica da ponderação.

Dessa forma, pode haver uma situação em que as partes estabeleçam cláusulas renunciantes à atividade probatória que limitem, ainda que reflexamente, a atuação do Magistrado e dificulte inclusive a própria capacidade de motivação de sua decisão ao diminuir o poder de convencimento do Juiz.

Em vista dessa situação, percebeu-se que duas são as possibilidades do intérprete ao se deparar com essa situação no caso concreto: sendo o caso mais simples e a validade ou nulidade da convenção patente, o magistrado é capaz de resolver de pronto a situação a partir dos métodos clássicos de interpretação.

Caso, porém, apresente-se uma situação mais complexa, deve-se utilizar a técnica da ponderação de interesses, a partir da qual as normas em conflito serão sopesadas inicialmente em abstrato, depois combinadas com os fatos para a partir daí provir a solução.

Em conclusão, é possível asseverar não existir invalidade no negócio jurídico processual renunciante à prova em abstrato, ainda que em face do princípio da motivação ou do livre convencimento judicial motivado. O intérprete possui basicamente dois caminhos: sendo o caso de solução mais simples, aplica-se a técnica da subsunção; sendo o caso mais difícil, deve realizar um juízo de ponderação a partir dos elementos do caso concreto para concluir qual a solução mais adequada em uma leitura do código de processo civil à luz das disposições constitucionais regentes.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo, os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 02 de agosto de 2020.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011 *in* CARVALHO, Samantha de Araújo. **ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO NEGÓCIO PROCESSUAL PARA RENÚNCIA DE DETERMINADAS PROVAS: uma (des) necessidade de participação do juiz?**. Revista CEJ, V.21, n. 71, jan/abr 2017.

BEVILACQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: RED livros, 1999.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 de agosto de 2020.

BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 24 de agosto de 2020.

BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 24 de agosto de 2020.

BRASIL. Planalto. Decreto-Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm > Acesso em: 03 de março de 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, I. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 248 *in* NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: ANÁLISE DOS PROVIMENTOS JUDICIAIS COMO ATOS NEGOCIAIS**. 2011. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador.

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

CARVALHO, Samantha de Araújo. **ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO NEGÓCIO PROCESSUAL PARA RENÚNCIA DE DETERMINADAS PROVAS: uma (des) necessidade de participação do juiz?**. Revista CEJ, V.21, n. 71, jan/abr 2017.

CHAVES, Cristiano. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol 1. Salvador: JusPodivm, 2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Ed. RT, 1991.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Calendarização processual**. *In* CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. Vol 1 – Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro**. Extraído do Cap. 2 da Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Vol 1 – Negócios Processuais. 2015. Salvador: JusPodivm.

DIDIER JR, Fredie. **Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015**. Revista Brasileira da Advocacia, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBA_n.01.04.PDF . Acesso em: 19 de abril de 2020.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17ª Ed., Vol. 1, Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 19ª Ed., Vol. 1, Salvador: JusPodivm, 2017.

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

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: JusPodivm, 2011.

DIDIER Jr., Fredie; SCARPINELLA, BUENO, Cassio; BASTOS, Antonio Adonias. “**Carta de Salvador - II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)**”. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2014, v. 227, p. 435-437.

DINAMARCO, Cândido Rangel de. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009 *in* NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: ANÁLISE DOS PROVIMENTOS JUDICIAIS COMO ATOS NEGOCIAIS**. 2011. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador.

DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. **NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: UMA ABORDAGEM CASUÍSTICA E PRÁTICA**, *in* SILVA, Franklyn Roger Alves; **O CPC 2015 E A PERSPECTIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA**,. Salvador: Ed. Juspodivum, 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral**. São Paulo: Forense, 2015.

GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. **As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. Coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: RT, 2008

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coords.). Os Poderes do Juiz e Controle das Decisões Judiciais – Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008 *in* NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: ANÁLISE DOS PROVIMENTOS JUDICIAIS COMO ATOS NEGOCIAIS**. 2011. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador.

- GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais.** São Paulo: RT, 2008.
- LENT, Friedrich. **Diritto Processuale Tedesco.** Tradução Edoardo Ricci. Napoli: Morano, 1959 *in* NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: ANÁLISE DOS PROVIMENTOS JUDICIAIS COMO ATOS NEGOCIAIS.** 2011. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil, I.** Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005 *in* NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: ANÁLISE DOS PROVIMENTOS JUDICIAIS COMO ATOS NEGOCIAIS.** 2011. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Parte Geral.** São Paulo: Saraiva, 2009.
- LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil. 2ªed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Vol. II. 3.ª ed. Campinas: Millennium, 2009.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência.** São Paulo: Saraiva, 2011.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC comentado.** Salvador: JusPodivm, 2017.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – volume único.** Salvador: Ed. Juspodivum, 2016.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: ANÁLISE DOS PROVIMENTOS JUDICIAIS COMO ATOS NEGOCIAIS.** 2011. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais.** Salvador: Juspodivm, 2016.
- NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** Salvador: Ed. Juspodivum, 2018.
- REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios Processuais: Necessidade de Rompimento Radical com o Sistema do CPC/1973 para a Adequada Compreensão da Inovação do CPC/2015.**

Extraído do Cap. 12 da Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Vol 1 – Negócios Processuais. 2015. Salvador: JusPodivm. Pág. 274.

SCHÖNKE, Adolf. **Direito Processual Civil**. Revisão Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003 *in* NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: ANÁLISE DOS PROVIMENTOS JUDICIAIS COMO ATOS NEGOCIAIS**. 2011. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador.

TALAMINI, Eduardo. **Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, n.º 104, outubro de 2015. Disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em 22 de agosto de 2020.