

A possibilidade de convenção processual referente à prova independente da homologação judicial

The possibility of a procedural agreement concerning the independent proof of judicial approval

Alexander Perazo Nunes de Carvalho(1); Adriano César Oliveira Nóbrega(2)

1 Doutor (2013) e Mestre (2004) em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, com área de concentração em Direito Privado. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1998). Professor do Mestrado Acadêmico da Unichristus. Professor de Graduação do Centro Universitário Christus (Unichristus), da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e da Faculdade Luciano Feijão (Sobral/Ce). Professor Visitante da Universidade Potiguar, em Natal/RN. Assessor Jurídico-Chefe da Procuradoria de Justiça Militar da União, em Fortaleza/Ce. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Direito do Consumidor, atuando principalmente nos seguintes temas: Civil - parte geral; obrigações; contratos; posse, propriedade privada, função socioambiental da propriedade, ecopropriedade e constitucionalização do direito privado.

E-mail perazo@globocom.com | ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1745-5290>

2 Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Christus. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza. Advogado. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Estácio do Ceará.

E-mail: adrianonobrega@outlook.com | ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8747-0157>

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 17, n. 1, e2699, janeiro-abril, 2021 - ISSN 2238-0604

[Received/Recebido: maio 9, 2018; Accepted/Aceito: outubro 22, 2019;

Publicado/Published: julho 5, 2022]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2021.v17i1.2699>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui/click here!](#)

Resumo

O objetivo desta pesquisa acadêmica, realizada por meio revisão bibliográfica, é verificar a possibilidade de convenção processual sobre as provas de um processo judicial e a necessidade de homologação judicial para a sua implementação. Primeiro, apresenta-se o conceito de processo e as mutações que esse instituto sofreu com o passar do tempo, analisando desde a Teoria da Relação Jurídica à Teoria Constitucionalista do Processo. Em seguida, faz-se uma análise geral dos negócios processuais e a sua aplicabilidade por meio do sistema jurídico pátrio. Em seguida, será verificado se existe necessidade de homologação judicial para a utilização desse mecanismo e quando o juiz pode negar a sua aplicação. Por fim, verifica-se a viabilidade de convenção processual sobre o lastro probatório do processo. Conclui-se que, dado o conceito de processo democrático e participativo, onde neste há o provimento como resultado do alegado pelas partes, o negócio realizado sobre as provas mostra-se plenamente possível, desde que não seja declarado nulo, seja uma cláusula em contrato de adesão ou houver manifesta vulnerabilidade de uma das partes.

Palavras-chave: Negócio Jurídico Processual; Convenção Processual; Prova; Teoria Constitucional do Processo; Direito Processual.

Abstract

The objective of this academic research, carried out through a bibliographical review, is to verify the possibility of a procedural agreement on the evidence of a judicial process and the need for judicial homologation for its implementation. First, it presents the concept of process and the changes that this institute has suffered over time, analyzing from the Theory of Legal Relationship to the Constitutionalist Theory of the Process. Next, a general analysis of the procedural businesses and their applicability through the national legal system will be carried out. It will be checked whether there is a need for judicial approval for the use of this mechanism and when the court can deny its application. Finally, it is verified the feasibility of a procedural agreement on the provisory ballast of the process. It is concluded that, given the concept of a democratic and participatory process, where it is provided as a result of what is alleged by the parties, the business conducted on the evidence is fully possible, provided it is not declared void, is a clause in contract or manifest vulnerability of one of the parties.

Keywords: Legal Business Process; Convention; Proof; Constitutional Theory of the Process; Related searches.

1 Considerações Iniciais

Era digital, tecnológica ou do conhecimento são alguns dos termos utilizados para definir o atual momento das relações sociais após a pós-modernidade, a qual é caracterizada pela liquidez nos relacionamentos e na mitigação da concretude da vida do século XX. Em conjunto com a evolução social e a mutação dos institutos outrora estabelecidos, o direito sofre alterações a cada instante, seja de ordem legalmente interna, como as alterações legislativas, seja de interpretações doutrinárias acerca de um instituto.

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

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

Negócios jurídicos processuais, convenções processuais ou acordos sobre o processo são os termos utilizados para definir uma figura já existente de modo discreto no diploma processual anterior, mas que foi melhor positivada e tratada no código processual vigente, onde passou a ser possível que as partes façam, de modo livre e em comum acordo, alterações das mais diversas formas sobre o processo, ou melhor dizendo, sobre a sua procedimentalização.

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

No intuito de perquirir os objetivos aqui traçados, além desta seção, o presente artigo dividir-se-á num segmento que trata da transformação do direito processual no decorrer dos anos, verificando-se a sua interpretação desde o primeiro momento em que foi analisado de forma autônoma ao direito material até os dias atuais, em que o processo é visto como um direito garantido constitucionalmente e com características previstas na Constituição Federal. Nas seções seguintes, será realizada uma análise do instituto dos negócios jurídicos processuais, momento em que será analisado a aplicabilidade desse instrumento e o seu papel no direito processual, averiguando o

papel do Magistrado em sua aplicabilidade. Na seção que antecede as notas conclusivas, verificar-se-á a possibilidade de convenção processual sobre a fase probatória do processo judicial e a submissão do juízo ao que foi acordado entre as partes, independentemente de homologação judicial para sua validade.

2 A evolução histórica do direito processual

Sociedade de risco é o termo utilizado por Ulrich Beck (1997) para definir as complexas relações havidas entre os indivíduos e o contínuo risco a que se submetem, sendo essa uma característica dos relacionamentos do grupo social e indissociáveis deste. Com efeito, as relações passaram a possuir uma dinâmica diferente da existente décadas atrás e isso deu-se, em especial, diante da globalização e excesso de informações que existe atualmente. Referido risco é ainda mais indigesto se levarmos em conta a crítica realizada por Bauman (2001) à pós-modernidade, onde o autor entende que vivemos em um mundo de relações líquidas, em que tudo é passageiro e superficial, incluindo os relacionamentos afetivos e comerciais.

Do mesmo modo que a jornada de transformação social, o direito caminha de modo vagaroso para acompanhar essas mudanças, fazendo o seu papel dúplice de regulador e transformador das relações. O direito processual, por exemplo, passou a ser visto como uma ciência autônoma ao direito material a partir da publicação de Oskar Büllow¹, em 1868, do livro “A Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais”, onde o autor defende, em suma, que o processo é uma relação jurídica singular, composta pelo juiz e pelas partes, onde essa composição é essencial para a análise da relação de direito material, ou seja, o autor inaugurou o pensamento do processo de maneira autônoma ao direito material.

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

James Goldschmidt (1936) superou a teoria de Büllow ao demonstrar que o processo não deveria ser visto como uma relação, visto que a submissão não se dava entre as partes ou em face do juiz, mas havia uma espécie de situação jurídica, onde, momentaneamente, uma parte suporta o ônus processual. A Teoria da Situação Jurídica de Goldschmidt coloca as partes em uma situação de expectativa da decisão

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

judicial, seja essa favorável ou não, caracterizando o processo pelo conjunto de fatos e atos considerados justos pela lei.

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

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

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

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

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

2 Cândido Rangel Dinamarco é adepto da Teoria Instrumentalista, a qual vê o processo como um instrumento de garantia do direito material, possuindo escopos sociais, políticos e econômicos próprios (DINAMARCO, 2008). Essa teoria não deve ser adotada para a presente pesquisa acadêmica, visto que, os instrumentalistas realizaram uma releitura da teoria da relação jurídica de Oskar von Büllow e, as consequências práticas de sua adoção podem importar em resultados distintos da Teoria Constitucional do Processo.

3 Negócio jurídico processual: um breve panorama

O Código de Processo Civil de 2015 entrou em vigor no dia 18 de março de 2016 trazendo grandes inovações ao processo judicial e extrajudicial, dentre elas, a possibilidade de as partes realizarem convenções jurídicas antes ou durante o curso de um processo judicial visando alterar a sua procedimentalização. O negócio jurídico processual, em suma, é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento (DIDIER, 2016, p. 380).

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

3.1 Classificação

O negócio jurídico processual típico é assim denominado pela doutrina quando há expressa previsão legal, seja na norma processual ou em alguma legislação extravagante, são exemplos que figuram no Código de Processo Civil a eleição negocial do foro prevista no artigo 63 e o acordo para suspensão do processo previsto no inciso II do artigo 313. Já o negócio processual atípico é possível diante da cláusula geral de negociação, conjecturada no artigo 190 do CPC, onde as partes podem, livremente, estabelecer um contrato ou uma convenção processual.

Classifica-se como negócio jurídico processual expresso aquele em que necessariamente a parte necessita praticar um ato para a sua configuração, como por exemplo, renunciar um prazo processual, já o negócio jurídico tácito é assim disposto quando a inércia da parte resulta em consequências ao processo, como exemplifica o artigo 1.000 do CPC.

Unilateral é o negócio jurídico classificado quando há, no processo, uma consequência pelo exercício relevante da vontade de uma das partes, como por exemplo a renúncia de um prazo ou ao direito recursal, conforme prevê os artigos 225 e 999 do diploma processual.

Já o negócio jurídico bilateral é assim denominado quando, para a sua validade, há uma manifestação de vontade de ambas as partes, referida classificação é, ainda, subdivida em Contratos, quando existe interesses contrapostos, e Convenções ou Acordos, quando o interesse é comum entre os negociantes. Importante frisar que, parte da doutrina considera classificar como negócio jurídico plurilateral quando há

mais de duas partes, como é o caso da sucessão processual voluntária prevista no artigo 109, fazendo o conceito de bilateralidade atingir todas as partes do processo e não apenas os polos litigantes.

O negócio jurídico plurilateral, também apelidado como complexo, é assim denominado quando gera consequências diretas à participação do Juiz no curso do processo, como por exemplo quando as partes estabelecem o calendário processual previsto no artigo 191 ou convencionam a ampliação ou diminuição do tempo da sustentação oral.

3.2 A (des)necessidade de homologação judicial

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

CARNELUTTI esclarece que a eficácia jurídica processual de um ato ou fato ocorre quando ele determina a mudança de uma situação jurídica processual. Até o advento do Código de Processo Civil de 1973, a eficácia dos atos dispositivos das partes ficava sempre condicionada à homologação ou ao deferimento judicial. PONTES DE MIRANDA exalta essa diferença de tratamento, afirmando ter sido profunda a alteração determinada nessa matéria pelo artigo 158 do Código de 1973, em relação ao antigo artigo 16 do Código de 1939. No novo regime, todos os atos processuais, consistentes em declarações de vontade, inclusive as omissões, quando delas resulte criação, modificação ou extinção de alguma situação jurídica, produzem imediatamente esses efeitos. Excetua-se apenas a desistência da ação, que deverá ser objeto de sentença terminativa. (2011, p. 727).

Nessa mesma toada, Fredie Didier Jr., em sua análise contemporânea do Código de Processo Civil de 2015, afirma que a regra que rege os negócios processuais é a dispensa da necessidade de homologação judicial quando o objeto for situações jurídicas processuais, mandamento esse que deve ser mitigado quando houver mudança no procedimento que envolva diretamente o juiz (2016, p. 379-383). Adotando o mesmo posicionamento, o Fórum de Permanente de Processualistas Civis (FPPC) editou o enunciado nº 133 que consubstancia o entendimento majoritário da doutrina moderna, onde afirma que: “*Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial.*”

O artigo 200 do Código de Processo Civil de 2015 prevê que os atos das partes produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos

processuais, tendo o parágrafo único desse artigo mencionado acerca da necessidade de homologação, tão somente, na hipótese de desistência da ação. Portanto, a homologação judicial em negócios jurídicos que alterem o procedimento é a exceção. Apesar disso, as partes não podem impor ao juiz um acordo, mesmo que formalmente perfeito, que, de algum modo, altere o calendário processual, conforme é expressamente vedado pelo Código de Processo Civil:

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

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

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

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

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

4 O negócio processual sobre a prova: a dicotomia existente sobre a homologação

O artigo 190 do CPC recebeu a nomenclatura de “cláusula geral de negociação” sobre o processo pela doutrina processualista (NOGUEIRA, 2017), sendo essa uma das grandes inovações que o CPC de 2015 trouxe ao ordenamento jurídico pátrio, *ipsis litteris*:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular

mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

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

Por ser uma cláusula aberta que regula os negócios jurídicos atípicos, o artigo 190 dá respaldo às partes estipularem mudanças no procedimento ao convencionarem os ônus, poderes, faculdades e deveres, tal qual redefinir os atos processuais, seja em sua forma ou ordem de encadeamento dos atos procedimentais. É importante notar que o negócio firmado entre as partes não irá tratar do direito material³. No caso da cláusula geral de negociação o objeto é o processo, recaindo os termos sobre as regras de desencadeamento dos atos procedimentais e não sobre o direito material do litígio.

Em alguns aspectos, a cláusula geral de negociação pode afetar diretamente os atos procedimentais que eram até então intocáveis, como, *verbi gratia*, o direito de produzir provas, sendo essa um instrumento utilizado tanto pelas partes quanto pelo juiz para construir o provimento do caso concreto.

Diante da grande abrangência dos negócios processuais, o parágrafo único do artigo 190 concedeu ao juiz o poder de controlar as negociações que afetem o curso do processo, seja a requerimento das partes ou por ofício, nas hipóteses de a negociação estiver eivada de nulidade, houver inserção abusiva no contrato de adesão ou quando uma das partes estiver em manifesta desvantagem⁴.

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

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

4.1 Da recusa de aplicação do acordo processual pautada em nulidade, cláusulas abusivas e manifesta vulnerabilidade parte

Uma das formas de controle do negócio jurídico previsto no parágrafo único do artigo 190 ocorre quando há disposições abusivas celebradas em contrato de adesão em que uma das partes esteja em manifesta situação de vulnerabilidade, momento em que o juiz poderá se recusar em aplicar o negócio processual firmado, mesmo que esse seja formalmente perfeito, desde que o faça com a devida fundamentação⁵.

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

O extenso rol do artigo 51, apesar de prever algumas hipóteses de abusividade, é meramente exemplificativo, ou seja, por ser um dispositivo *numerus apertus*, o julgador poderá considerar que o negócio processual celebrado em contrato de adesão é abusivo mesmo não estando nos incisos supra colacionado, devendo o magistrado fundamentar a abusividade encontrada e oportunizar a manifestação das partes⁶.

Ao recusar a aplicação do negócio jurídico celebrado entre as partes em um contrato de adesão em que haja uma parte manifestamente vulnerável, o juiz deverá fundamentar a recusa na aplicação do negócio processual, a qual deverá ser pautada na proteção da parte vulnerável. Portanto, utilizar a analogia ao Código de Defesa do Consumidor aparenta ser o mais adequado para suprir a lacuna de quais seriam as “cláusulas abusivas” e a manifesta vulnerabilidade previstas pelo legislador ao tratar dos negócios processuais.

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

Os negócios processuais, por serem uma espécie do negócio jurídico, passa pelo plano da validade, podendo serem invalidados total ou, inclusive, parcialmente, como assim entende o Fórum Permanente de Processualistas Civil, que editou o enunciado nº 134 para tratar da invalidação parcial do negócio jurídico⁷. Desse modo, ao analisar

5 A “devida fundamentação” entendia para esse trabalho é a explanada no livro Direito e Democracia: entre a facticidade e validade (HABERMAS, 1997), onde toda decisão racional é construída através do contraditório, que proporciona uma participação equitativa das partes afetadas pela decisão.

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

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

a demanda judicial, é necessário aplicar o Código de Processo Civil em harmonia com o artigo 166 do Código Civil de 2002, que traz as hipóteses de nulidade e quando esse instituto ocorre nas relações jurídicas.

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

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

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

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

4.2 O papel da prova no processo: o provimento enquanto construção argumentativa das partes

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

Com esse modelo de processo e com o papel do juiz devidamente delimitado em ser o autor do provimento jurisdicional, temos um afastamento da figura do juiz Hércules proposta por Dworkin (2007), onde todo o processo é direcionado ao magistrado e, com base em sua formação, este encontrará a decisão mais adequada ao conflito. Com efeito, o processo não é do juiz, mas sim das partes que possuem

interesse em um direito material envolvido, devendo o juiz decidir com base naquilo que lhe foi levado quando o Poder Judiciário foi acionado para gerir o conflito.

Esse entendimento pode ser facilmente consubstanciado ao se realizar uma análise do sistema jurídico como um todo, em especial sobre a convenção sobre direito processual com a de direito material, onde nessa as partes podem livremente abdicar, revogar ou ampliar direitos em comum acordo sem a intervenção do juiz ou, quando levado a juízo, esse deve submeter-se ao que foi negociado entre as partes. Ora, se é possível dispensar um direito material através de um instrumento particular de transação, resta plenamente possível a celebração de um acordo entre as partes para a não elaboração de determinado tipo prova no curso de um processo judicial.

Pedro Henrique Nogueira, ao averiguar a submissão aos negócios processuais afirma que “o juiz se vincula diretamente aos negócios jurídicos processuais, seja quando relacionados ao procedimento, seja quando relacionados a ônus, poderes e deveres processuais” (2017, p. 229), logo, o ônus probatório, seja do autor ou do réu da demanda, pode ser mitigado ou ampliado através de uma convenção processual atípica.

Com efeito, os negócios jurídicos processuais podem alterar livremente o procedimento, desde que controlado pelo juiz no caso de nulidade, cláusula abusiva em contrato de adesão ou manifesta vulnerabilidade de uma das partes, controle esse que não se faz necessário em quaisquer hipóteses diferentes destas, no entanto, é importante notar que elementos básicos de um processo judicial necessitam permanecer, como, por exemplo, a manifestação do Ministério Público, o princípio do juiz natural, utilização dos recursos unicamente previstos em lei, dentre outras ferramentas que respeitem o formalismo processual (NOGUEIRA, 2017, p. 238).

5 Considerações finais

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

Dentre a evolução interpretativa dos institutos jurídicos, o direito processual mudou bastante o seu conceito, desde a Teoria da Relação Jurídica proposta por Oskar Büllow, onde havia uma espécie de submissão entre as partes, até a Teoria Constitucionalista do Processo, onde as partes estão em uma espécie de ônus momentâneo, onde o processo é elaborado através do procedimento qualificado pelo contraditório, o qual possui um produto criado pelo juiz através da construção argumentativa das partes em consonância com as normas constitucionais.

A partir dessa ideia participativa de processo, o negócio jurídico processual surgiu como uma espécie de instrumento regulador dos atos procedimentais que

possibilitam uma maior flexibilização do processo judicial de acordo com a vontade das partes. Decerto, quando há uma convenção processual realizada entre os litigantes, o juiz, como autor do provimento jurisdicional, deve ater-se ao que foi convencionado, devendo aplicar *in totum* a regulação convencionada, salvo as hipóteses de controle previstas no Código de Processo Civil de 2015.

Diante da inovação trazida pelo diploma processual, em especial no que tange ao negócio processual atípico, questiona-se quais os limites da convenção processual e se o juiz deve submeter-se a ela. Analisando o ordenamento jurídico como um todo e, com base no conceito de processo como uma construção das partes, conclui-se que o juízo deve cumprir o que foi acordado na convenção, independente da renúncia, abdicação ou ampliação de direito, salvo nas hipóteses expressamente previstas em lei.

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

Referências

- ANDOLINA, Ítalo e VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli, 1997, p. 08.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 47.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997.
- BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)*. Acessado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Consultado em 20 de junho de 2017.
- BRASIL. *Lei nº 8.078/90 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Consultado em 20 de junho de 2017.
- BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02 dez. 2017.
- BRASIL. *Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 02 dez. 2017.
- BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.
- COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Processo (constitucional): reconstrução do conceito à luz do paradigma do estado democrático de direito. *Revista Opinião Jurídica*, v. 10, n. 14, p. 24-41, 2012.
- DIDIER JR., Fredie, *Curso de Direito Processual Civil: Parte Geral e Processo de Conhecimento, Volume 1. 18ª Edição. ed.* Salvador: Jus Podivm, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006.
- GOLDSCHMIDT, James. *Teoria General Del Proceso*. Barcelona: Editorial Labor, 1936. p. 14-23.
- GRECO, Leonardo. Os Atos de Disposição Processual – Primeiras Reflexões. Rio de Janeiro: *Revista Quaestio Iuris*, v. 04, n 01. 2007. ISSN 1516-0351. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10206/7984>. Acesso em: 04 dez. 2017.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 1 Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

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

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. In: Coleção grandes temas do novo cpc - v.1 - negócios processuais. Salvador: Jus Podivm, 2016.