



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DO PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

**ANDERSON DOS SANTOS SANTIAGO**

**LIMITAÇÕES INCIDENTES SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DOS ENCARGOS  
PROBATÓRIOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS, PELA ÓTICA DO  
NOVO PROCESSO CIVIL.**

**SALVADOR-BA**

**2017**

**ANDERSON DOS SANTOS SANTIAGO**

**LIMITAÇÕES INCIDENTES SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DOS ENCARGOS  
PROBATÓRIOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS, PELA ÓTICA DO  
NOVO PROCESSO CIVIL.**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade Baiana de Direito, como exigência para obtenção do título de Pós graduação no Curso de Especialização em Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Fredie Didier Jr.

**SALVADOR-BA**

**2017**

**ANDERSON DOS SANTOS SANTIAGO**

**LIMITAÇÕES INCIDENTES SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DOS ENCARGOS  
PROBATÓRIOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS, PELA ÓTICA DO  
NOVO PROCESSO CIVIL.**

Data

Nota \_\_\_\_\_

---

Prof. Dr. Fredie Didier Jr.

Orientador

---

Banca

---

Banca

## **DEDICATÓRIA**

Deus, Pai e Mãe, Dany. Agradeço pelo amor incondicional, pelo cuidado e dedicação. Obrigada por fazerem de nossa família um reduto de afeto, de segurança e de união. Obrigada por apostarem, sempre, em mim.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, primeiramente, pela oportunidade de aprender e conseguir realizar a referida pesquisa científica.

Ao meu orientador, pelos ensinamentos ministrados e pela sua imensa sabedoria.

Aos meus colegas, pelo ambiente de leveza da turma, ainda que nas aulas aprofundadas em Processo Civil.

Minha família, pela paciência de não reclamar da minha (falta de) companhia nos fins de semana perdidos do verão – e, principalmente, durante os festejos do carnaval de Salvador – por estar escrevendo essa Monografia de Pós-Graduação.

“A mente que se abre a uma nova ideia,  
jamais volta ao seu tamanho original”.

Albert Einstein

## RESUMO

O tema proposto, “Limitações incidentes sobre a distribuição dos encargos probatórios e negócios jurídicos processuais, pela ótica do novo processo civil” mostra-se bastante relevante para qualquer operador do direito, pois se relaciona com os atos que habitualmente são identificados como os relativos à autonomia da vontade, implicando não só o ingressar no exame da relação entre a liberdade das partes e os poderes do juiz – tema considerado como um dos problemas fundamentais do processo civil – mas, certamente, em estabelecer um ponto de conexão entre o direito processual e o direito material, em cuja sede os atos negociais são minudentemente regulados, mas também reconhecer um espaço de autorregramento, conquanto o mínimo em certas situações, em favor dos diversos sujeitos processuais, mormente quando são atingidos pela flexibilização do processo. A preocupação em torno desse assunto tem ocupado recentemente alguns estudiosos, sobretudo os que desejam compreender o real sentido dos institutos, tratados inicialmente pela Teoria Geral do Direito. Compreender as limitações incidentes sobre o negócio jurídico processual e a flexibilização da teoria de encargos probatórios se torna um munus deveras importante, primeiramente, ambos são institutos novos no processo civil, e, posteriormente, porque sua importância dessas limitações incide diretamente no autorregramento da vontade, que deve ser mantida e respeitada, tanto pelo juiz quanto pelas partes, em razão de que, através dela, são produzidos todos os efeitos processuais.

**Palavras-chave:** negócio jurídico processual; flexibilização, ônus da prova; CPC 2015; limitação, autorregramento da vontade.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b>	<b>09</b>
<b>2. TRANSFORMAÇÕES OCORRIDAS NO ATUAL PROCESSO CIVIL</b>	<b>14</b>
<b>3. PANORAMA SOBRE A TEORIA DA PROVA E A DISTRIBUIÇÃO DOS ENCARGOS PROBATÓRIOS</b>	<b>20</b>
3.1 Ônus da prova no atual regramento processual	20
3.2 Teorias sobre o ônus da prova	27
3.3 Ônus da prova e efetividade do processo	30
3.4 Uma sucinta conclusão	34
<b>4. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS</b>	<b>36</b>
4.1 A questão da autonomia privada no processo civil	37
4.2 Negócio jurídico processual e o novo CPC	40
4.3 Negócios jurídicos processuais e jurisdição	44
4.4 Decisão judicial e interpretação	46
4.5 Negócios processuais, decisões judiciais condicionadas e sujeitas a termo	47
4.6 Cláusula de negociação	49
4.7 Negócios jurídicos processuais típicos e atípicos	49
4.8 Extinção dos negócios jurídicos processuais	52
<b>5. LIMITAÇÕES INCIDENTES SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DOS ENCARGOS PROBATÓRIOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS, PELA ÓTICA DO NOVO PROCESSO CIVIL</b>	<b>55</b>
<b>6. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>63</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>70</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O atual Código de Processo Civil foi modificado em março de 2015 com o objetivo de modernizar a dinâmica do processo e amparar, de forma mais célere, a efetivação dos direitos, voltado, obviamente, para as demandas sociais recentes - as quais, por sua vez, se mostram muito maiores e muito mais complexas que as demandas sociais observadas pelo legislador de 1973, quando da elaboração do nosso anterior Código Civil de Ritos.

Dentre as mudanças elencadas, o novo Código contribui na parte legislativa para que se amenize a distância entre a participação das partes e os poderes do juiz, mas o exame de todo esse material doutrinário e jurisprudencial é revelador para que se compreenda melhor os fundamentos sobre as limitações incidentes na teoria da prova e nos acordos judiciais ou negócios jurídicos processuais.

Por tal razão, entendemos que, primeiramente, seria necessária uma incursão em alguns tópicos concernentes ao desenvolvimento do tema, como as alterações procedidas no novo Código de Processo Civil, a possibilidade de flexibilização dos encargos probatórios e os negócios jurídicos processuais.

Da mesma forma, com o aprofundamento do referido estudo, descortinou-se a realidade de que a tutela de evidência consagra-se como um dos instrumentos necessários à distribuição do ônus do tempo do processo entre as partes e um meio imprescindível para viabilizar um processo justo.

O novel legislador, visando sempre a busca da composição de conflitos, criou uma fórmula para almejar a efetivação processualpretendida, a qual combina os seguintes elementos: prazo razoável, economia processual, garantia do contraditório e ampla defesa e, ainda, a inteira adequação aos preceitos de direito material. Essa "fórmula", atende por uma cláusula geral de acordo de procedimento, denominada "negócio jurídico processual", definido nos arts. 190 e 191 do atual CPC, a qual será estudada de forma pormenorizada no capítulo terceiro do presente trabalho.

No plano teórico, define-se o negócio jurídico processual como o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático, descrito em norma processual, esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou

estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.

De acordo com Nogueira (2013), pode-se definir este instituto "como o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica, ou estabelecer, dentre os limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais".

Através da flexibilização processual, autorizada pelo novo código de regramentos pátrio, existe a possibilidade ampla de autorregulação do processo, tendo em vista o especial interesses dos litigantes, de forma que o procedimento possa ser amalgamado a realidade de cada um, atendendo a cada uma necessidade, que nem sempre é vislumbrada por meio de um procedimento pré-determinado em Código.

Este movimento de aproximação do processo civil com a autonomia privada, através dos acordos judiciais ou dos negócios jurídicos processuais se revela deveras interessante pois demonstra que a outorga ao juiz de poderes de condução e instrução do processo constitui uma realidade incontrastável, entretanto, a vontade das partes deve ser levada a sério, uma vez que a efetivação dessa vontade se constitui o verdadeiro objetivo do processo.

Em verdade, este modelo de autorregramento da vontade já vinha sendo utilizado nas arbitragens, que facultava as partes a possibilidade de fixar alguns prazos e procedimentos, juntamente com os árbitros, celebram um cronograma provisório em que fixam os prazos para apresentação das alegações iniciais, contestação, réplica e, por vezes, matérias atinentes à produção das provas e, até mesmo, o eventual fatiamento do julgamento.

Entretanto, como acontece em praticamente tudo na vida, o poder de negociação das partes não é ilimitado, não é absoluto, ele é contido por limites...

E estes limites encontram-se insculpidos nas disposições constitucionais, temporais e processuais que serão reveladas no presente trabalho.

Dentro desse panorama, do estudo dos limites incidentes sobre os negócios jurídicos e a teoria dos encargos probatórios, o processo civil, revestido deste poder da deliberação irrestrita entre as partes, deve estar calcado em uma perspectiva constitucional, de forma a existir equilíbrio entre os direitos fundamentais das partes e os limites das manifestações da vontade.

Este trabalho tem por escopo primordial a revelação dessa possibilidade jurídica concedida pelo legislador às partes, elastecendo a autonomia privada em seara nitidamente processual, a qual pode ser nitidamente identificada no campo da prova, como constatado na área da arbitragem.

Entretanto, uma revelação de ser feita: o progresso jurídico da flexibilização não pode ser visto como uma cláusula aberta, de extensão ilimitada. Ao contrário, até. Existe delimitações impostas pelo Estado Constitucional, pelo direito material e pelo próprio Código de Processo, pontuando-se os limites que se encontram embutidos na legislação e nos poderes instrutórios do juiz.

Mostrou-se necessário, também, a análise da teoria da prova, uma vez que as convenções sobre o ônus da prova são absolutamente compatíveis com o processo democrático previsto na ordem constitucional, podendo, inclusive, por meio delas, tutelarem-se os direitos coletivos e garantir a proteção dos desiguais e dos vulneráveis.

Foi observado, através do presente estudo, que o próprio ordenamento jurídico se reveste de freios para as práticas abusivas que possam vir a ser celebradas em desfavor do cidadão, para que, na prática, se torne possível a construção de um procedimento ainda desconhecido pela grande maioria das pessoas, que buscam o Poder Judiciário como um apanágio obrigatório e natural para a cura de todos os males da vida privada.

Este comportamento cinge-se, portanto, ao consenso das partes que visa a produzir efeitos em um processo jurisdicional, isto é, aposta no acordo tendo em vista o processo judicial estatal, que, em certo sentido, torna-se uma alternativa às alternativas já existentes.

Sendo assim, buscou-se realizar um levantamento bibliográfico acerca do tema, utilizando o método empírico-científico. De igual maneira, foi coletada doutrina atualizada de teoria geral do processo, com o objetivo de abordar o assunto da forma mais cristalina possível.

O primeiro capítulo foi reservado à introdução do objeto de estudo, delimitação e repartição do tema, procedimento usual em qualquer trabalho de natureza técnico-científica acadêmica.

O segundo capítulo foi reservado à análise das principais alterações ocorridas no Novo Código de Processo Civil e que pertinem ao estudo do tema, como, por exemplo, a observância aos requisitos objetivos elencados no art. 486, §

1º, do CPC, para a elaboração da sentença; a unificação dos prazos processuais; a obrigatoriedade de observação das jurisprudências dos tribunais; a redistribuição do ônus da prova e a flexibilização do procedimento por meio do negócio jurídico – os quais são o foco do presente trabalho.

No terceiro capítulo procurou-se analisar, de forma sucinta, a teoria dos encargos probatórios, uma vez que o Código de Processo Civil de 2015 acolheu expressamente em seu corpo a teoria dinâmica, abrindo espaço para que os magistrados possam atuar como atores no procedimento da flexibilização.

O quarto capítulo foi dedicado ao estudo dos negócios jurídicos processuais. Neste momento, objetivou-se analisar as conjecturas doutrinárias a respeito do instituto, bem como identificadas as situações onde se permite a flexibilização do processo, tais como o pacto de suspensão do processo, o pacto para não realização da audiência de conciliação ou sessão de mediação, pacto de não realização da audiência de conciliação ou sessão de mediação, pacto de escolha dos penhoráveis, pacto para afastar a execução provisória, acordo de saneamento do processo, acordo de renúncia do prazo processual, pacto sobre a distribuição do ônus da prova, etc.

No quinto capítulo buscou-se, finalmente, o enfrentamento do tema. Neste momento, perseguiu-se o desiderato de observar se os negócios processuais e os encargos probatórios estariam suscetíveis a limitações, e, se positivo, quais seriam essas limitações, e se as limitações incidentes nos institutos dos negócios jurídicos processuais e encargos probatórios são equivalentes às limitações de natureza material. Como desdobramento desse panorama, restou constatado que as limitações incidentes sobre o processo devem ser reveladas e confrontadas, para que se examine se os modelos se ajustam ou se repelem.

Buscou-se trabalhar também, a autonomia das partes, dentro de uma perspectiva constitucional e de uma teoria de direitos fundamentais que autoriza e ao mesmo tempo impõe limites à manifestação da vontade.

Neste sentido, o estudo sobre a teoria da prova e sobre os acordos jurídicos processuais mostra-se de fundamental importância, na medida em que se deve mensurar precisamente os limites incidentes sobre o procedimento e a atuação das partes, não mais com uma visão embalsamada pelo direito privado, e muito menos sob o pálio do emolduramento estatizante, que rechaça a participação dos

destinatários do resultado do processo, como se fosse, figuras incapacitadas e até, inconvenientes.

Procurou-se demonstrar que é compatível com o processo civil brasileiro um campo mais abrangente para a autonomia das partes, não se podendo confundir o publicismo processual com uma curatela exercida pelo juiz, como se as partes não pudessem administrar atos que também lhe dizem respeito.

Constata-se a inegável evolução da nossa sociedade, com a consequente atualização de nossos institutos jurídicos, de maneira que pode-se concluir que a negociação processual sofre maior restrição por se realizar em um ambiente de atividade jurisdicional pública.

Entretanto, a rigor, não há motivo algum para impedir que a liberdade humana em sua máxima expressão deixe de ser considerada dentro do processo civil, afinal de contas, vivemos em um Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana.

## **2. TRANSFORMAÇÕES OCORRIDAS NO ATUAL PROCESSO CIVIL**

Ante a necessidade de atualização da legislação processual civil, devido aos paradigmas da atual realidade jurídica do país, a Presidência do Senado Federal designou uma comissão de juristas para a elaboração do anteprojeto do novo CPC, em 2009.

Em suma, o texto do anteprojeto foi convertido no PLS 166/2010 e passou a ser analisado por uma comissão especial de senadores. Depois, o texto foi aprovado em Plenário e seguiu para a Câmara dos Deputados, onde recebeu alterações. De volta ao Senado, em 2014, na forma de um substitutivo, o projeto passou mais uma vez pelo exame de uma comissão especial de senadores e seguiu para o Plenário onde ocorreu a votação final do mês de dezembro. Após a revisão técnica, o texto final foi enviado à sanção em fevereiro, a qual ocorreu em março de 2015, pela então Presidente da República Dilma Rouseff.

O novo CPC, o primeiro a ser elaborado em plena vigência de um regime democrático no país, tramitou no Congresso por mais de cinco anos. Para entender as inovações do novo CPC, impende destacar algumas características do Código de Processo Civil de 1973, que, apesar de inúmeras mudanças sofridas, se manteve vigente até os dias atuais.

Num primeiro momento, calha ressaltar que o CPC de 1973 originou-se de um anteprojeto apresentado em 1964, em um cenário político autoritário de ditadura militar, tratando-se de um instrumento técnico para assegurar a observância da lei. Predominava o caráter individualista, marcado pela formalidade e rigidez.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 representou um grande marco de transição do país, instituindo o Estado Democrático de Direito e visando a efetiva garantia dos direitos fundamentais. De acordo com Oliveira (2010, p.153), o direito processual está imbricado com o direito constitucional, de modo que o processo não se esgota na mera realização do direito material, mas constitui uma ferramenta de natureza pública indispensável para a pacificação social e a realização da justiça.

Em razão da evolução social, econômica e cultural do Brasil, com a consequente evolução dos paradigmas inspiradores do referido diploma legal de 1973, a partir de 1994 o próprio Código submeteu-se a reformas para harmonizar o texto processual a nova realidade jurídica. Ademais, vale destacar a existência de diversas leis que também alteraram o arcabouço jurídico existente no país, como o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e a Lei dos Juizados Especiais.

Nesse contexto de constantes alterações e inovações jurídicas, se insere a criação do novo CPC, que incorpora os fundamentos das normas constitucionais e busca se adequar ao mundo contemporâneo, que conceitua o acesso a justiça não como a simples possibilidade de manifestar a postulação perante o Poder Judiciário, mas como um direito ao devido processo, ou seja, direito as garantias processuais, julgamento equitativo, justo, eficaz e em tempo razoável (Alves, 2011, p.25-26).

Extrai-se do novo CPC a intenção de dar simplicidade e sistematização ao processo civil, bem como uma preocupação maior com o resultado do que a forma a ser seguida, de modo a promover a satisfação do direito e solução dos litígios de forma rápida e efetiva.

Há uma tendência mundial, também verificada no Brasil, de por meio da legislação criar institutos para antecipar a satisfação da pretensão. A demora nos processos é um mal, de modo que as medidas para agilizar a Justiça são uma resposta ao grande aumento de acesso ao aparato estatal judicial, que não atende as demanda com a rapidez desejável (Alvim, 2013, p.883).

Por uma questão de didática, optamos, neste trabalho, elencar resumidamente, dentro da temática perseguida, as mudanças processuais mais relevantes trazidas com o advento do novo estatuto processual:

a) Conciliação e mediação – De acordo com a nova regra insculpida no art.331 do CPC, nas hipóteses relativas a direitos disponíveis, ajuizada a ação, o réu não mais será citado imediatamente para contestar, e sim, para comparecer a uma audiência de conciliação ou mediação, a depender do tipo de interesse envolvido. Somente com o término da audiência, será concedido ao réu a faculdade de contestar. Entretanto, o novo estatuto excepciona a regra geral (art. 331, §4º, I e II do CPC), quando estabelece que a audiência será dispensada se as partes dispensarem expressamente a composição consensual ou se não for admitida a autocomposição;

b) Observação do contraditório em todo o tipo de decisão –Inovando a matéria ao derredor assunto, os arts. 09 e 10 do atual CPC determinam que não importa o grau de jurisdição, o contraditório deve ser franqueado as partes antes de qualquer decisão, ainda que a matéria seja cognicível *ex officio*;

c) Defesa do réu – A defesa do réu, por sua vez, não é mais fracionada em peças distintas com prazos igualmente distintos. Anteriormente, existia peça autônoma para contestar, para alegar incompetência relativa, para opor impedimento e exceção, bem como para impugnar o valor da causa. O art. 337 do CPC/2015 determina que todas as alegações defensivas sejam reunidas numa única peça, o que facilita, e em muito, a defesa do réu;

d) Regulamentação para a fundamentação da sentença – A sentença, para ser considerada válida perante o novo CPC, deverá atender a requisitos objetivos, elencados no art. 486, §1º. Não basta que a autoridade fundamente, é necessário que ela fundamente concretamente, enfrentando todos os argumentos deduzidos no processo. Seguindo esta linha de intelecção, não se considera fundamentada a sentença que se limite a reproduzir ou indicar, parcial ou totalmente, texto de ato normativo sem que haja interligação com a causa; que utilize conceitos jurídicos vagos ou indeterminados sem que haja pertinência com o que se está discutindo na demanda; que invoque justificativa que prestariam para motivar qualquer outra decisão; que não enfrente todos os argumentos necessários a infirmar a conclusão adotada pelo julgador; que se limite a dispor sobre enunciado de súmula; deixe de seguir a orientação constante no verbete sumular, na jurisprudência ou precedente invocado pela parte sem a devida motivação. Neste último caso, a autoridade sentenciante deverá se manifestar demonstrando a divergência ou superação do entendimento acolhido;

e) Contagem dos prazos processuais – O novo estatuto de regras avançou sobremaneira e facilitou o controle da matéria relativa aos prazos processuais, uma vez que, através do seu art. 217, unificou todos os prazos recursais para quinze dias, contados em dias úteis e não mais em dias corridos, como vigia anteriormente;

f) Submissão a ordem cronológica de conclusão dos processos –De acordo com o art. 12 do novo CPC, a conclusão dos processos deverá obedecer a uma ordem cronológica, independentemente da natureza ou complexidade da matéria tratada, salvo as exceções elencadas no art. 12, §2º, do mesmo Estatuto;



g) Normatização e unificação da tutela de evidência –O novo Código de Processo Civil, em seu art. 294, dispõe que a tutela provisória pode-se fundamentar em tutela de urgência ou de evidência. Embora não exista referência expressa no CPC de 1973, a tutela de evidencia está presente no inciso II, do art.273, já examinado, o qual se refere a concessão de antecipação da tutela fundada no abuso do direito de defesa ou no manifesto propósito protelatório do réu. O novo CPC representa significativas inovações acerca dessa temática, que merecem ser ressaltadas a fim de obter uma melhor compreensão desse instituto no processo civil brasileiro. Inicialmente, importa destacar que o novo CPC prevê expressamente em seu texto a tutela de evidencia, colocando-a em seu título próprio, ao lado da tutela de urgência. O que se revela adequado vez que ambas possuem a finalidade de minimizar os estorvos advindos de uma prestação jurisdicional tardia, apesar de apresentarem peculiaridades próprias. O legislador consolidou a tutela antecipada como um mecanismo processual para adiantar provimentos de natureza cautelar ou satisfativa, podendo se fundamentar tanto em urgência como em evidencia. Observa-se uma melhor organização da matéria e um realce conferido ao instituto da tutela de evidencia, discriminando as hipóteses de sua incidência. Assim, o novo CPC avança em direção a celeridade e efetividade processual, da seguinte maneira, resumidamente: o parágrafo único do art.311 do CPC dispõe que nas hipóteses dos incisos II e III o juiz pode decidir liminarmente sem ouvir a parte contraria. Nos demais casos, a tutela pode ser deferida antecipadamente após ser ouvida a parte contrária, cabendo agravo de instrumento da decisão interlocutória de deferimento ou indeferimento da tutela de evidencia e apelação quando deferida ou indeferida na sentença de forma definitiva.

h) Fomento a observância das jurisprudências dos tribunais – Em importante inovação traduzida nos arts. 924 e 925, o estatuto processual orienta aos juízes e tribunais a seguirem a jurisprudência consolidada e os enunciados da súmula, em nome da segurança jurídica dos que operam o direito e lhe são subordinados, positivando, desta forma, a uniformização da jurisprudência.

i) Julgamento parcial do mérito –Se, quando da vigência do CPC/73, parte da doutrina e jurisprudência defendia a possibilidade de proferimento da sentença parcial de mérito, o novo CPC, atendendo a um anseio muito importante, o estabeleceu através do seu art. 353. O referido artigo possibilita que no curso de procedimento, existindo um acúmulo de ações, o juiz pode julgar uma delas

antecipadamente, ainda que as demais ações existentes não estejam aptas para julgamento. A iniciativa do referido artigo contribui para a efetividade processual, haja vista a possibilidade de solução de demandas teoricamente menos complexas, sem que haja a necessidade de se aguardar a resolução de todas as demandas existentes em todo o plexo processual.

j) Criação de honorários de advogado público - O art. 85, § 19, do atual CPC institui a regra de que advogados públicos passam a ser os destinatários diretos dos honorários de sucumbência, entendendo-se como advogado público aquele a quem cabe a representação judicial dos órgãos e poderes da União e Estados e Distrito Federal. Calha ressaltar que o referido dispositivo ainda não pode ser implementado, por depender de legislação que o regularize.

k) Redistribuição do ônus da prova –O novo Código de Processo Civil, em seu art. 373, por seu turno, repete as disposições constantes do código anterior, mas lhe acrescenta um parágrafo primeiro com redação inédita, estabelecendo que diante da impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo, o juiz poderá atribuir o ônus da prova de modo diverso, possibilitando a parte a se desincumbir de produzi-lo. Tem-se, nesse dispositivo, o acolhimento expresso de regra permitindo ao magistrado a inversão do ônus da prova com base na teoria das cargas probatórias dinâmicas, atendendo a um forte reclamo de parte da doutrina nacional. Agora, de forma expressa, pode o magistrado disciplinar os encargos probatórios de maneira diferente da que apresentada previamente pelo legislador, devendo, por óbvio, ser fundamentada a sua decisão.

l) Flexibilização do procedimento por meio do negócio jurídico – Os negócios jurídicos processuais, atos de disposição processual ou convenções processuais, são os atos processuais, de caráter negocial, que constituem, modificam ou extinguem uma situação jurídica processual. Como meio de efetivação do modelo cooperativo, na busca pela garantia do acesso à justiça, deve-se buscar os mecanismos processuais mais adequados, sob pena de tornar ineficazes todas as premissas estabelecidas. É nesse sentido que, além dos deveres genéricos tradicionais apresentados pelo modelo cooperativo de processo, é que se podem vislumbrar os negócios jurídicos processuais. Observa-se que os negócios jurídicos processuais, com o seu regramento próprio, devem balizar-se a partir dos deveres inseridos no modelo cooperativo do processo, posto que são indissociáveis quanto ao fim almejado. Neste momento em que se deseja apenas discorrer brevemente

sobre o instituto – uma vez que seu estudo será aprofundamento em momento oportuno, pode-se afirmar que o fator determinante para gerar a atuação cooperativa entre os sujeitos processuais parte, de maneira obrigatória, da possibilidade das partes, em conjunto com o Estado-Juiz, decidirem acerca de outras questões processuais, além do procedimento a ser adotado. Os negócios jurídicos processuais tratam-se, em sua acepção mais usual, de fatos jurídicos em cujo suporte fático esteja conferido aos sujeitos o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, determinadas situações jurídicas processuais (Braga, 2007).

Como visto, as referidas alterações reforçou aspectos éticos do processo, afastando-o da neutralidade face as escolhas valorativas do Estado, bem como transformando-o em importante instrumento a serviço da sociedade para a efetivação dos direitos e valores reconhecidos no texto constitucional.

Nesses moldes, as modificações operadas no novo CPC devem ser traduzidas como uma autorização do legislador para que se efetive uma prestação jurisdicional de qualidade e de forma equânime, capaz de satisfazer as pretensões dos indivíduos e afirmar seus direitos, o que demandou, como visto neste breve panorama, transformações na estrutura e conteúdo dos institutos jurídicos já existentes, bem como a criação de novos mecanismos.

### **3. PANORAMA SOBRE A TEORIA DA PROVA E A DISTRIBUIÇÃO DOS ENCARGOS PROBATÓRIOS**

O referido capítulo aborda os principais elementos da teoria geral da prova, com foco no atual Código de Processo Civil e nas disposições sobre os encargos probatórios, apontando as principais tendências doutrinárias relativas a disciplina da matéria. Busca-se apresentar uma primeira impressão a respeito das mudanças que o atual CPC trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro, com relação ao referido instituto, com enfoque na adoção expressa pela teoria dinâmica do ônus da prova.

Não se pretende aqui uma análise aprofundada sobre conceitos doutrinários de ônus probatório ou sobre teoria da prova, mas sim realizar uma modesta comparação entre os antigos e novos regramentos estabelecidos no CPC a respeito das cargas probatórias atribuídas a cada uma das partes, ressaltando os efeitos positivos ou negativos que da mudança possam advir.

Serão também abordados o significado e a importância que tem a questão do ônus da prova na consecução do valor "justiça" no seio do processo, sendo precisamente a partir dessa constatação que se poderá perceber com nitidez os efeitos da mudança legislativa implementada.

#### **3.1 Ônus da prova no atual regramento processual**

O antigo – e, por paradoxo, ainda atual, pois vigente até março de 2016 – Código de Processo Civil de 1973, dispõe:

Art. 333 – O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

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

Nele são pré-estabelecidas, portanto, duas regras principais sobre o ônus probatório: ao autor cabe a prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu incumbe a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Portanto, dois são os critérios essenciais para a determinação do sujeito processual a quem cabe o ônus da provar determinada alegação: a) a posição processual do sujeito; b) a natureza dos fatos alegados. Tem-se inequivocamente o acolhimento da teoria estática.

Não há, no Código ainda em vigor, nenhuma regra expressa acolhendo o ônus dinâmico da prova.

O novo Código de Processo Civil, em seu art. 373, por seu turno, repete as supracitadas disposições do antigo Código, mas lhe acrescenta um parágrafo primeiro com redação inédita, estabelecendo que:

Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridade da causa relacionada a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar a parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Tem-se, nesse dispositivo, o acolhimento expresso da regra permitindo ao magistrado a inversão do ônus da prova com base na teoria das cargas probatórias dinâmicas, atendendo a um forte reclamo de parte da doutrina nacional.

Agora, de forma expressa, pode o magistrado disciplinar os encargos probatórios de maneira diferente da apresentada previamente pelo legislador, devendo, por óbvio, ser fundamentada a sua decisão.

De acordo com Macedo (2014, p.211), referindo-se ao projeto de lei no novo CPC:

O texto do dispositivo legal está adequado as premissas do novo processo civil no Estado Constitucional. Assim o é pela previsão expressa no Projeto de Lei do princípio da cooperação (sobretudo do

juiz com as partes), fazendo jus a doutrina moderna; outrossim, expressamente consagra o contraditório substancial e a igualdade processual, o que propicia o acesso á justiça qualitativamente diferenciada.

A adoção expressa da teoria dinâmica pelo novo CPC – ao lado da teoria estática, que continua sendo a regra – é decerto uma mudança sobremaneira positiva, porque acentua o dever de colaboração das partes para o bom andamento do processo e para o descobrimento da verdade, e realça também o princípio da igualdade, pois garante o tratamento mais equânime aos sujeitos processuais.

Como diz Souza (2016, p.49) :

(...) a teoria clássica, (...), é insuficiente para solucionar todos os casos em que a vida apresenta; sua aplicação rígida pode conduzir a julgamentos injustos, de modo que o correto, não raro, é impor o ônus da prova aquele que se encontra em melhores condições de provar, o que só é possível verificar conforme as circunstâncias do caso em concreto.

As partes vem o dever de colaborar com juízo para o bom andamento do processo e para a consecução da solução mais justa para o caso posto a apreciação do magistrado. Não é correto sustentar que elas se podem valer de qualquer expediente possível para o alcance da vitória na demanda.

Existem limites éticos e jurídicos – que serão apreciados em momento específico – a atuação dos sujeitos processuais e, estes devem comportar-se de forma a contribuir para que o processo caminhe sem intercorrências, cumprindo sempre o dever de falar a verdade e trazer aos autos aquilo que é importante para o deslinde da causa.

Nesse sentido, o art. 6º do novo CPC dispõe: "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

Não se há de olvidar, ainda, o dever de lealdade que é imposto ás partes, determinando que estas "não podem litigar de má-fé (arts. 79-81 do CPC), além de ter de observar o princípio da boa-fé processual (art.5º, CPC)", bem assim o dever de proteção, que impõe que "a parte não pode causar danos a parte adversária " .

A respeito dos fundamentos utilizados para sustentar a teoria dinâmica, afirma Danilo Knijnik, citando Ivana Maria Airasca (2006, p.945):

Outra ordem de fundamentação radica nos deveres de lealdade e colaboração das partes, ou seja, "dever que as partes tem de conduzir-se com lealdade no processo, probidade e boa-fé, no dever de colaborar entre si para desentranhar a verdade dos fatos e no dever de cooperação para com o órgão jurisdicional, para averiguar como ocorreram os fatos.

Portanto, é realmente inadmissível que uma parte esteja próxima de determinada prova e possa facilmente trazê-la aos autos e, simplesmente, por lhe ser benéfica determinada norma processual – que lhe dispensa do ônus de provar certo fato -, este sujeito processual se veja desobrigado de colaborar com o juízo.

Isso não é desejável. Não é o que pretende o Estado, que tem a missão de pacificar a sociedade e resolver os conflitos de interesses, devendo fazê-lo com base em soluções justas, alcançadas por meio da real investigação dos fatos, e não pela simples e cômoda aplicação de regras formais que beneficiem determinada parte.

Por isso é que deve ser sempre buscada uma decisão tomada com base na firme convicção do magistrado – que só pode ser alcançada se as provas chegarem ao processo – e, não com base em regras processuais criadas para evitar o *non liquet*.

Se assim é, devem ser envidados todos os esforços para que as provas sejam efetivamente produzidas, não se podendo prescindir da produção probatória injustificadamente ou com base em mecanismos artificiosos, como são as regras sobre ônus objetivo (que são as regras de julgamento), necessárias apenas quando se mostra material ou juridicamente impossível a produção da prova.

Disso decorre logicamente que é irracional, desarrazoado e altamente contraindicado que, podendo uma determinada parte trazer certa prova aos autos com facilidade, acolha o ordenamento jurídico solução que a dispense de tal atividade, beneficiando-a com regras artificiais admitindo um falso convencimento judicial a respeito do fato probando.

O sujeito que está em posição privilegiada em relação a prova deve ver-se obrigado a integrá-la ao processo. Tal sujeito é aquele que, na visão de Barberio (2006, p.947):

(...) em virtude do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, por estar de posse da coisa ou instrumento probatório, ou por ser o único que dispõe da prova, se encontra em melhor posição de revelar a verdade, e seu dever de colaboração se acentua a ponto de atribuir-lhe uma carga probatória que, em princípio, segundo as regras clássicas que mencionamos mais acima, não teria.

Wilson Alves de Souza, citando Jorge Peyrano (1999, p.01), informa que:

Declara Peyrano que a expressão "carga probatória dinâmica" obedece ao propósito de sublinhar que o esquema de um processo moderno deve necessariamente estar impregnado pelo propósito de ajustar-se o mais possível as circunstâncias do caso, evitando assim incorrer em abstrações desconectadas da realidade.

O princípio da igualdade é também fundamento para o acolhimento da teoria dinâmica do ônus da prova. Com efeito, "pode-se derivar o ônus dinâmico do princípio da igualdade das partes em bases materiais."

É evidente que se uma parte está confortavelmente mais próxima da prova e, ainda assim, a lei a dispensa de provar o fato e impõe a outra esse ônus, a igualdade não está sendo respeitada. Uma parte não está sofrendo um tratamento muito mais gravoso que a outra, é dizer, está ela em uma situação processual de inferioridade, pois lhe é exigido que prove fato que apenas o outro sujeito processual poderia provar com facilidade. Uma parte sofre um tratamento e, precisamente por isso, acaba-se de conferir a outra importante vantagem processual, representada pela sua dispensa de provar esse mesmo fato.

Visando a corrigir essa distorção, o novo Código, acertadamente, estabelece que, caso seja extremamente difícil a uma das partes a produção da prova ou caso seja muito mais fácil a outra parte a produção da prova do fato contrário, poderá o juiz inverter os encargos probatórios.

Nada mais justo. O Estado-Juiz deve empreender esforço no sentido de exigir das partes que efetivamente tragam aos autos as informações e provas que o



levem a formular um juízo de certeza a respeito do objeto da demanda. Não é conveniente uma decisão que não seja baseada numa genuína convicção do magistrado. Solução deste tipo deve ser a *ultima ratio*, uma medida extrema que visa a evitar que o caso seja levado a juízo permaneça irresoluto.

Nesta linha de inteligência, é forçoso reconhecer, como advertem Jorge Peyrano e Julio Chiappini (1999, p.245), que:

(...) é preciso aquilatar adequadamente situações e circunstancias do caso concreto, de modo que o ônus da prova deve recair sobre a parte que se encontre em melhores condições de produzi-la, porque assim serve-se melhor a justiça, que é a meta do processo civil contemporâneo.

Logo, é evidente que, se o Estado-juiz tem mecanismos para forçar as partes a contribuir para o alcance de um provimento jurisdicional baseado em um juízo de certeza, em uma verdadeira convicção do magistrado formada a partir da análise de um sólido lastro probatório, não há razão para não se estimular – e exigir – essa solução.

Noutros termos – e para ser mais preciso -, decisão do juiz baseada não nas provas, mas em regras de julgamento, deve ser exceção a ser acolhida apenas quando rigorosamente impossível a prova do fato e, como é evidente, caso se admita que uma das partes tem facilidade em apresentar determinada prova, não se pode falar aqui em impossibilidade de provar certo fato.

Nesse sentido, diz Robson Godinho (2007, p. 385-386):

(...) se em seu formato mínimo o ato de julgar pode ser visto como a incidência de normas jurídicas aos fatos afirmados pelas partes perante o Judiciário, a produção de provas assume particular importância no resultado do processo, e, conseqüentemente, na concretização do direito fundamental de acesso a justiça, na medida em que é meio disponível para o convencimento do juiz e para a tutela do direito lesionado ou ameaçado de lesão. Dessa forma, se o cumprimento do ônus probatório pode significar a tutela do direito reclamado em juízo, parece-nos intuitivo que as regras que disciplinam sua distribuição afetam diretamente a garantia do acesso à justiça.

O novo Código de Processo Civil, portanto, guiou-se pela busca da verdade (aquela verdade que é possível alcançar por meio do processo), deixando de lado, tanto quanto possível, ficções jurídicas das quais se deve lançar mãos apenas em casos excepcionais.

Mais bem se satisfaz os interesses da sociedade privilegiando soluções que levem o magistrado a uma conclusão segura a respeito dos fatos discutidos – decidiu-se assim porque tais fatos, devidamente provados, conduzem a essa situação jurídica – e não soluções baseadas em regras de julgamento, mormente quando é possível efetivamente conhecer os fatos que interessam a causa.

Assim, andou bem o legislador ao prever, ao lado da teoria estática, a possibilidade de inversão do ônus da prova com base na teoria dinâmica.

Frise-se, por necessário, que o novo CPC adotou ambas as teorias – estática e dinâmica, sendo a primeira delas a regra a ser seguida e a segunda o fundamento para a inversão do ônus da prova, ou seja, a adoção da teoria dinâmica não a tornou regra de distribuição inicial dos encargos probatórios.

Desse modo, iniciado o processo, as partes estão cientes de que, em princípio, as cargas probatórias são distribuídas da mesma forma como vinham sendo: o autor deve provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu cabe a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos de tal direito.

A teoria dinâmica é o fundamento da regra de inversão do ônus da prova, e não da distribuição inicial desse ônus, que continua sendo feito com base na teoria estática, e é conveniente que seja dessa forma.

Com efeito, não seria adequado que as teorias das cargas probatórias dinâmicas fosse adotada de forma exclusiva, servindo de fundamento a toda distribuição do ônus probatório. Isso "dificultaria o próprio procedimento, por impor a necessidade casuística de que o magistrado sempre tivesse de se manifestar sobre qual seria a hipótese aplicável (Macedo et al, 2014, p.233) – ou seja, deveria o juiz sempre anunciar a quem incumbiria o ônus.

Se assim fosse, estar-se-ia abrindo espaço para a insegurança jurídica e para o excessivo arbítrio judicial, já que, iniciada a ação, as partes não teriam a menor ideia de quais ônus constituiriam encargo seu, dependendo de manifestação inicial de juízo para tanto.

Além disso, não seria conveniente a abolição da teoria estática, porquanto esta, na maioria dos casos, conduz o processo a soluções acertadas e justas, pois, de regra, o autor realmente terá mais dificuldade de provar o fato constitutivo do seu direito e o réu, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito daquele. É intuitivo que assim o seja, já que o maior interessado em coletar e conservar provas da titularidade de determinado direito é o próprio titular, o mesmo valendo para o réu no que concerne aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito afirmado pelo autor, que, em última análise, são direitos que o réu possui contra o autor.

Ao mesmo tempo, com o advento do novo Código, evita-se o engessamento dos encargos probatórios, podendo o magistrado, como acima exposto, adotar a inversão do ônus da prova de formar e estimular o ingresso das provas nos autos para subsidiar uma solução mais segura e justa.

Com o sistema do novo CPC, aproveita-se o melhor que as duas teorias podem oferecer: tem-se a segurança jurídica e a justiça que a teoria estática proporciona e, ao mesmo tempo, tem-se a versatilidade da teoria dinâmica, que levará a soluções mais justas naqueles casos em que a parte a quem – em princípio – não incumbiria o ônus tem mais facilidade para guarnecer o processo com as provas que lhe são necessárias. Ou seja, otimiza-se a busca pela justiça, pois a predefinição de encargos proporcionada pela teoria estática oferece resultados satisfatórios na maioria dos casos e, ao mesmo tempo, quando o rigor desta teoria leve a soluções iníquas, é possível alcançar soluções justas através da flexibilidade proporcionada pela teoria dinâmica, que exige a prova de quem tem melhores condições de produzi-la.

### 3.2 Teorias sobre o ônus da prova

Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria afirmam que ônus "é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem" (2015, p.106-107), e que ônus não é sinônimo de dever. O cumprimento de um ônus não pode ser exigido, mas cumpri-lo é do interesse do próprio sujeito a quem ele é imposto, já que, não o fazendo, poderá o sujeito experimentar uma situação de desvantagem processual.

No mesmo sentido, Godinho (2012, p.236-237) aduz que o conceito de ônus pertence a Teoria Geral do Direito, é dizer, não é um conceito exclusivamente

processual. Difere da noção de dever jurídico porque este impõe uma providência a ser adotada para a satisfação de terceiro, ao passo que o ônus tem a si atrelada uma providência para a satisfação de algum interesse próprio.

Visto isso, é de se concluir que ônus não se confunde com dever jurídico. Ônus é uma determinada situação jurídica que, se adotada e implementada com êxito, garante a parte uma determinada vantagem – neste caso, uma vantagem processual – e por outro lado, o desatendimento a um determinado ônus poderá levar a parte a uma situação de desvantagem (e muito provavelmente o fará). Por isso, é de interesse da própria parte desincumbir-se do ônus que lhe cabe.

Todavia, o cumprimento do ônus não lhe pode ser imposto. Não se mostra possível a imposição á parte da obrigação material de cumprimento de determinado ônus, pois, do contrário, estar-se-á diante de um verdadeiro dever – este sim judicialmente exigível. "Trata-se, pois, de encargo posto sob estímulo e não de dever jurídico imposto mediante coação" (Costa Junior, 2012, p. 238).

No que concerne ao ônus da prova, pode-se definí-lo como "o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato" (Didier Jr et al, 2015, p. 107).

É imperioso que haja, em cada ordenamento, regras que disponham a respeito do ônus probatório (seja estabelecendo previamente a qual das partes cabe o ônus, seja atribuindo ao juiz o dever de realizar tal definição), pois, do contrário, o processo estaria submetido a lei do caos: nenhuma das partes saberia a qual delas, em princípio, seria atribuído o encargo de produzir prova de tais ou quais alegações, nem qual delas arcaria com o prejuízo advindo da não produção da prova. Noutros termos, nenhum dos sujeitos parciais saberia de quem seria o ônus subjetivo ou objetivo naquele determinado processo.

A propósito do conceito de ônus subjetivo dizem Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria (2015, p.107):

As regras de ônus da prova devem ser analisadas a partir de duas perspectivas (dimensões ou funções). Numa primeira perspectiva, elas são regras dirigidas aos sujeitos parciais, orientando (...) a sua atividade probatória. Tais regras predeterminam encargos probatórios, estabelecendo prévia e abstratamente a quem cabe o ônus de provar determinadas alegações de fato. Fala-se aí em ônus subjetivo (...).

Já as regras sobre ônus da prova vistas sob a perspectiva objetiva (ônus objetivo) são, em verdade, regras de julgamento: não produzidas provas sob determinada alegação de fato ou, sendo produzidas, mostrando-se elas insuficientes para permitir ao magistrado a formação de convicção sobre a ocorrência do fato que se intenta provar, algum dos sujeitos do processo há de suportar o prejuízo advindo da insuficiência probatória, e isto deverá constar da lei ou deverá ser declarado pelo juiz.

Entre as teorias que disciplinam o ônus da prova, sobrelevam-se duas: a teoria estática e a teoria dinâmica (também conhecida por teoria das cargas probatórias dinâmicas).

A teoria estática propõe que a distribuição dos encargos probatórios seja feita pelo legislador, de forma abstrata, na própria forma da lei. Desse modo, a definição de tais encargos não é feita levando-se em consideração as peculiaridades no caso concreto, nem a maior ou menor dificuldade concreta de cada um dos sujeitos parciais de trazer aos autos as provas necessárias a composição do conflito de interesses.

As partes, segundo tal teoria, já sabem antecipadamente quais são os seus encargos probatórios.

Os critérios para atribuição abstrata do ônus probatório aos sujeitos processuais são vários, e deram origem a numerosas subteorias que se enquadram no conjunto da teoria estática do ônus da prova.

São exemplos de tais subteorias, de acordo com sistematização elaborada por Cremasco (2009, p.42):

- a) a que impõe ao autor o ônus de provar;
- b) a que incumbe o encargo ao titular da afirmação;
- c) a que exige do autor a prova dos fatos relativos a sua pretensão e do réu a prova dos fatos referentes a sua exceção/defesa;
- d) a que toca o ônus da prova aquele que alega um fato ou circunstância anormal;
- e) a que impõe o encargo a quem inova no processo;
- f) a quem tem em conta a natureza dos fatos alegados (constitutiva, impeditiva ou extintiva);

- g) a que atribui a cada parte a prova dos fatos que formam os pressupostos da norma cuja aplicação se reclama; e
- h) que distribui o ônus segundo a posição da parte em relação ao bem jurídico desejado ou o efeito jurídico perseguido.

Foge ao propósito deste trabalho a descrição de cada uma dessas subteorias estáticas do ônus da prova. O que importa é saber que, independentemente do critério adotado, em todos esses casos as regras sobre as cargas probatórias são predefinidas pelo legislador, não levando em conta, por tal razão, as circunstâncias do caso concreto discutido em juízo nem a posição das partes quanto a maior ou menor facilidade em produzir a prova. A teoria estática ostenta "o traço de rigidez, ou seja, a imposição as partes de um encargo fixo e imutável dentro do processo" (Cremasco, 2009, p.70).

No Brasil, os critérios adotados pela teoria estática, em regra, são a posição das partes no processo (se o autor ou se o réu) e a natureza dos fatos probandos (se constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito discutido).

Já a teoria das cargas probatórias dinâmicas, por seu turno, dispõe que detém o ônus da prova aquele sujeito que apresente, no caso concreto e segundo a avaliação do juiz, as melhores condições de produzir a prova de que o processo necessita. Aqui, não há falar em estabelecimento prévio e abstrato dos encargos probatórios. Tal encargo incumbe aquele que possa mais facilmente trazer a prova aos autos. A propósito, confira a lição de Cremasco (2009, p.73):

(...) a partir do exame das circunstâncias particulares de cada caso, o magistrado define, *in concreto*, qual dos litigantes tem melhores condições de comprovar cada um dos fatos controvertidos, impondo-lhe o ônus respectivo e, por conseguinte, o risco decorrente do seu eventual descumprimento.

Como se verá mais adiante, há diferença de tratamento normativo entre o antigo e o novo Código de Processo Civil a respeito da distribuição das cargas probatórias aos sujeitos do processo.

### 3.3 Ônus da prova e efetividade do processo

A Constituição da República proclama, no rol de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (CRF/88, art. 5º, XXXV). Eis aqui o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Tal dispositivo constitucional também consagra o direito de acesso a justiça (e o princípio de acesso a justiça), que não pode ser arbitrariamente obstado e nem pode ser retirado do patrimônio jurídico daqueles que se encontram sob a jurisdição brasileira.

Nesse passo, afirma Souza (2011, p.166):

(...) é direta a relação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional com o princípio do acesso à justiça. Essa relação é tão evidente que as ideias de direito de ação ou de direito a jurisdição já envolvem a si mesmas a ideia de acesso à justiça.

Sempre que alguém se sentir lesado ou entender que se encontra ameaçado algum direito seu, tem a faculdade de levar a questão a apreciação do Poder Judiciário, para que essa a decida em caráter definitivo e com aptidão para fazer coisa julgada material. Não houvesse em nosso ordenamento jurídico tal garantia, não estaríamos vivendo num legítimo Estado Democrático de Direito, pois a primazia da Constituição e das leis estaria comprometida pela ausência de mecanismos institucionais que a assegurassem.

Mas o direito de acesso à Justiça não se resume a permissão de que a parte possa provocar o Poder Judiciário quando assim entenda devido. É preciso que se lhe garanta todos os mecanismos necessários a demonstração de suas alegações em juízo e todas as formas de influenciar no convencimento do julgador. É preciso que as normas processuais assegurem as partes os meios legítimos e moralmente aceitáveis para livremente demonstrar a verdade das alegações que elas trazem a juízo.

De nada adiantaria assegurar formalmente aos sujeitos de direito o acesso ao Poder Judiciário buscando a proteção do seu patrimônio jurídico se, no curso do processo, são-lhes tolhidos os meios para demonstrar que razão lhes assiste.

Noutros termos, se, no curso do processo, no momento em que as partes são chamadas a comprovar a veracidade daquilo que alegam, não lhes são garantidos amplos mecanismos que permitam tal comprovação, o que se está a fazer, em verdade é que, - de forma velada – negar-lhes acesso a justiça, ou seja, negar-lhes o amparo da jurisdição. O que se teria, nesse caso, é um arremedo de acesso a justiça, um simulacro de jurisdição.

Em tal situação, a parte não teria como eficazmente proteger seus direitos, já que, por obra de deficientes regras processuais, eles não poderiam ser comprovados em juízo, o que lhes deixaria fora do âmbito de proteção do ordenamento jurídico.

Daí a importância das regras sobre prova: se estas não forem adequadas à necessidade de efetiva proteção dos direitos afirmados em juízo, estarão elas a funcionar como mecanismo de negação do acesso a justiça. A propósito do assunto, afirma Knijnik (2006, p.943):

(...) eventual vedação, limitação ou restrição excessiva quanto as fontes e meios de prova disponibilizados aos litigantes pode caracterizar-se como aplicação inconstitucional de normas processuais civis, por redundarem na chamada inutilidade da ação judiciária.

É a partir dessas ideias que podemos chegar à conclusão que realmente interessa nesse tópico: se as regras sobre ônus da prova são inadequadas a necessidade de comprovação dos direitos materiais afirmados em juízo estamos diante de regras que, por dificultar ou negar o acesso à justiça, agridem a Constituição.

E é precisamente com base nesses argumentos que alguns autores criticam a ausência de previsão de regra expressa sobre a inversão do ônus da prova no CPC/73 – muito embora já houvesse tal previsão no Código de Defesa do Consumidor (art.6º, VIII).

Suzana Cremasco (2009, p.74) assim se posicionou a respeito do acolhimento pelo CPC de critérios de distribuição dos encargos probatórios filiados exclusivamente a teoria estática:



Tais critérios, exatamente porque predeterminados de forma rígida e abstrata e, portanto, estática, não levavam em consideração a necessidade – e tanto menos as particularidades e especificidades – de cada caso concreto. Em razão disso, não raras vezes mostravam-se falhos, insuficientes e inadequados a produção da prova que se pretendia ver nos autos e, por conseguinte, inaptos para o alcance de um resultado justo e efetivo, capaz de promover alterações concretas no mundo dos fatos. E mais ainda: não raras vezes levavam o magistrado a situações de perplexidade tal em que o conjunto probatório colacionado aos autos – porque formado de modo deficiente – era corolário ao seu próprio convencimento, previamente construído a partir de verossimilhança das alegações trazidas pelas partes ao processo.

Um Estado que verdadeiramente assegure o respeito aos direitos fundamentais que a ordem jurídica atribui aos cidadãos deve prever mecanismos de acesso eficaz ao Poder Judiciário para a proteção desses direitos.

Se o acesso ao Judiciário não pode ser realizado de maneira eficaz, seja por deficiência das regras processuais probatórias, seja por outra razão qualquer, não se está a garantir, de maneira efetiva, o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos, já que a violação a tais direitos não encontrará no ordenamento jurídico mecanismos capazes de impedi-la ou repará-la.

Isso sem falar que o acesso à justiça é, em si mesmo, um direito fundamental, que é diretamente violado quando se dificulta o acesso a tutela jurisdicional por meio de regras probatórias falhas.

Por isso é que a previsão de forma exclusiva – quer dizer, sem temperamentos -, de regras estáticas sobre a distribuição do ônus da prova irá violar, em várias situações concretas, o direito fundamental de acesso à justiça e, por conseguinte, os demais direitos – fundamentais, inclusive – cuja proteção buscase em juízo.

Com efeito, se as regras sobre cargas probatórias dificultam a prova das alegações, o que se está a dificultar, em verdade, é a própria tutela jurisdicional, pois se as alegações não são consideradas provadas – ou seja, não são tidas por verdadeiras pelo órgão julgador – não lhes pode prestar a devida proteção judicial.

E o que ocorre é exatamente que, muito embora se mostrem adequados na maior parte dos casos – é dizer, funcionem bem como regra geral -, os critérios filiados a teoria estática não permitem nenhuma flexibilidade quando, no caso concreto, o magistrado percebe que a prova pode ser muito mais facilmente trazida a juízo pela parte que a lei dispensou o ônus de provar e, de forma oposta, a parte que detém o ônus não apresenta condições materiais de trazer a prova aos autos ou não o pode fazer senão com enorme dificuldade.

Nessa situação, é muito comum que a parte a quem incumbe o ônus não consiga levar a juízo as provas necessárias a confirmação de suas alegações em razão das supramencionadas dificuldades e, nesse caso, a outra parte – que estaria mais próxima da prova e em melhores condições de carregá-la aos autos – será beneficiada por mera solução formal estabelecida nas normas processuais – não raro a parte beneficiada empreende manobras processuais realizadas com o fito de sonegar ao juízo as provas em questão. De fato, que vantagem teria a parte em colaborar com o órgão julgador mediante a apresentação de provas que contribuam para o esclarecimento dos fatos – e, por conseguinte, para a prolação de decisão mais segura, baseada em juízo de certeza – se a simples inércia, somada as regras sobre ônus da prova desfavoráveis a sua contraparte, seria suficiente para garantir-lhe o êxito? Irá a parte a quem favorece o ônus probatório colaborar com o juízo ou simplesmente esperar que as normas sobre as cargas probatórias confortavelmente lhe tragam a vitória?

É evidente assim, que a adoção, de forma exclusiva, de regras estáticas sobre o ônus da prova irá violar os direitos fundamentais em numerosas situações, pois tornará impossível a parte desincumbir-se do ônus que lhe pesa e favorecerá a outra que, mesmo sem ter razão, tem a seu favor cômodas normas sobre cargas probatórias suficientes para lhe assegurar a vitória em juízo pela simples manutenção do estado inercial.

### 3.5 Uma sucinta conclusão

Em face das presentes anotações, podemos concluir que a chamada teoria estática do ônus da prova, sob cuja inspiração são elaboradas regras legislativas que pré-estabelecem os critérios de distribuição dos encargos probatórios no processo, era adotada de forma exclusiva no Código de Processo

Civil de 1973. É bem verdade que a teoria que se contrapõe a citada no parágrafo anterior – a teoria das cargas probatórias dinâmicas, que propõe sejam os encargos probatórios distribuídos pelo juiz a luz das especificidades do caso concreto, guiado pela maior ou menor facilidade das partes em obter as provas de cada fato – já tinha sido acolhida no ordenamento jurídico pátrio (já constava do Código de Defesa do Consumidor), mas não constava expressamente do CPC.

E por não estar no CPC, não tinha a teoria dinâmica do ônus da prova a abrangência que uma enorme parte da doutrina nacional a ela reclamava, passando ao largo dos milhares de processos nos quais a sua aplicação seria muito bem-vinda.

O Código de Processo Civil de 2015 corrigiu esse equívoco, acolhendo expressamente em seu corpo a teoria dinâmica e, com isso, abrindo espaço para que os magistrados possam fazer sua inversão do ônus da prova na generalidade dos processos sob sua apreciação desde que, é evidente, sejam atendidos os requisitos da lei – excessiva dificuldade de uma parte ou maior facilidade da outra em produzir prova.

É verdade que a teoria estática continua sendo a regra – mesmo porque se mostra a sua aplicação na maior parte dos casos -, mas, excepcionando a regra quando o caso assim exigir, está o magistrado hoje autorizado pelo Código a inverter o ônus da prova sob os auspícios da teoria dinâmica.

Não se trata de um mero acréscimo de texto. O que se tem é uma mudança estrutural de altíssima significância, já que antes dela não se tinha espaço para cobrar a produção de prova daquela parte a quem o ônus probatório – previamente determinado – favorecia, ainda que lhe fosse muito mais fácil trazê-la aos autos, o que ocasionava soluções indubitavelmente injustas.

O processo judicial, não há dúvida, é um meio posto pelo Estado-Juiz a disposição dos jurisdicionados para possibilitar a composição dos seus conflitos de interesses e, sobretudo, para compor tais conflitos numa base justa.

Não se pode afirmar justa uma decisão tomada com fundamento em regras de procedimento que deixam de lado a real convicção do juiz para fazer o culto da forma pela forma, como acontece naqueles casos em que se mostra necessária a inversão do ônus da prova e, por falta de previsão legal, tal medida não é adotada – e o juiz, sem uma convicção real a respeito dos fatos discutidos nos autos, é obrigado a julgar com base na ficção jurídica consubstanciada no ônus

objetivo da prova. Por tais razões, andou muito bem o legislador ao inserir no CPC um dispositivo inspirado na teoria dinâmica (art. 373, parágrafo 1º).

Agora, a despeito de ser a regra a distribuição prévia de encargos probatórios (a moda da teoria estática), o que se faz com acerto, permite-se a inversão inspirada na teoria dinâmica, fazendo a justiça chegar as situações nas quais antes não se fazia presente, ante a iniquidade provocada, em certos casos, pela aplicação exclusiva das regras probatórias previamente estabelecidas.

#### **4. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS**

Não há como compreender o instituto do negócio jurídico processual sem que se analise, anteriormente, a teoria dos fatos jurídicos, eis que essa teoria é um construído teórico para a compreensão da matéria envolvendo a admissibilidade dos negócios processuais.

Em verdade, trata-se da incidência de toda uma gama de conceitos da teoria geral do direito, que converge num único sentido processual – que é o de recepcionar o instituto com os contornos da doutrina brasileira – especialmente quando se remete a construção teórica erigida por Pontes de Miranda. Isso porque após um aprofundado estudo sobre os negócios jurídicos processuais, Pedro Henrique Nogueira (2011) afirmou que Pontes de Miranda, ainda sob a vigência do Código Civil de 1939, via a desistência da ação como um negócio jurídico, mas não houve preocupação de sua parte, na época, em sistematizar estudo sobre a matéria.

Pode-se afirmar, com certeza, que a partir das ideias de Pontes de Miranda, é possível identificar o negócio jurídico como uma espécie de fato jurídico. Por via de consequência, partindo-se do pressuposto de que o fato jurídico encontra-se encapsulado no plano da Teoria Geral do Direito, servindo aos diversos subdomínios do conhecimento jurídico, pode-se-lhe atribuir, destarte, segundo Vilanova (2003, p. 225), o *status* de um conceito jurídico fundamental.

Há, desse modo, elementos mínimos que permitem identificar o negócio jurídico como um conceito da Teoria Geral do Direito. Isso obviamente não quer significar uma cristalização dessa categoria, de origem tipicamente privatística, como se a configuração do negócio jurídico que lhe dá o direito civil fosse a mesma verificada em outras seções de direito, como, por exemplo, mas não apenas, no direito processual.

Em outras palavras, dizer que a noção de negócio jurídico se insere no âmbito da Teoria Geral do Direito não implica afirmar tratar-se de conceito estanque e imutável. Aos diversos setores do ordenamento jurídico, caberá impingir-lhe a feição que se repute mais adequada em função dos valores historicamente eleitos pela comunidade.

Assim, ao lado do negócio jurídico, como conceito lógico-jurídico, há, v.g., o negócio jurídico civil, o negócio jurídico administrativo, o negócio jurídico processual etc., como noções dogmático-jurídicas, cada qual com os seus pressupostos jungidos às contingências históricas e variações de tempo e espaço, conforme estabelecido em cada ordem jurídica em particular.

Entretanto, existem dificuldades teóricas na condução de um estudo do tema e estas dificuldades não são ignoradas pela doutrina, que se agrupa em quatro correntes para apontar as divergências existentes: a primeira corrente diz respeito aqueles que entendem que é suficiente o produzir efeitos no processo para que o ato seja havido como um ato eminentemente processual, condicionando a processualidade a circunstância de sua prática gerar constituição, extinção ou modificação da relação jurídica processual; a segunda corrente defende o negócio jurídico processual vinculado aos sujeitos da relação processual, pois somente o ato por eles praticados poderia ter o qualitativo de processual, uma vez que eles são os criadores, modificadores ou extintores da relação processual; na terceira corrente se encaixam os doutrinadores que exigem que o ato deva ser praticado no processo, em função da circunstância de onde o ato foi praticado e, finalmente, a quarta corrente, que entende que o ato processual é o praticado no procedimento e pelos sujeitos processuais.

Obviamente, a adoção de uma linha processual não desqualifica das demais que dela se diferencie, haja vista que o essencial é a definição expressa do que se entende por fatos jurídicos processuais.

#### 4.1 A questão da autonomia privada no processo civil

Até a metade do Séc.XIX, o direito processual civil não possuía autonomia científica. Deve-se a Von Bulow, através da obra *Excepciones procesales y presupuestos procesales* (1868), a diferenciação do direito processual e do direito material, bem como a identificação dos elementos necessários ao entendimento do processo como relação jurídica de direito público, onde as partes, denominados jurisdicionados e o Estado-Juiz são confluentes em direitos e obrigações.

Desde a teoria de Bulow, consolidou-se o entendimento de que as normas de processo civil são pertinentes ao ramo público do direito, visto que conduzem uma relação jurídica entre os particulares e o Estado. Assim, as normas processuais passaram a ser vistas como normas cogentes, isto é, de obrigatoriedade explícita, mesmo que estivessem em desacordo com a vontade do indivíduo. O desenvolvimento dessa percepção de obrigatoriedade impossibilitou a visualização do processo judicial como uma relação de obrigação entre os sujeitos processuais.

Entretanto, foi Chiovenda quem se manifestou pela possibilidade de que seria necessária uma limitação na relação juiz-partes, tanto no aspecto volitivo quanto em relação ao campo de atuação. De acordo com ele "não existe, pois, um processo convencional, quer dizer, ao juiz e às partes não é permitido governar arbitrariamente o processo" (Chiovenda, 1998, p.99).

Com base em tais pressupostos, pode-se afirmar que a doutrina da autorregulação de interesses valorizou a autonomia privada e escoimou os excessos do voluntarismo. Do exercício desse poder, concretizado nos atos negociais, resultam situações jurídicas e não apenas relações jurídicas. Assim, é a autorregulação de interesses, também denominado de autonomia privada, que distingue os negócios jurídicos e os atos jurídicos *stricto sensu*.

Vale a pena esclarecer, a despeito do alcance da autonomia privada, que no anterior Código de Ritos, eram poucas as possibilidades dos litigantes utilizarem da autonomia para alterar os mandamentos procedimentais ou avençar, mediante consentimento recíproco, os seus comportamentos processuais. Entretanto, como se verá mais adiante, o atual regramento permite ajustes com relação a redução ou ampliação dos prazos dilatatórios, a possibilidade de adiamento de audiência, a

suspensão do andamento do processo, na atribuição do ônus probatório, na eleição do foro, etc.

Embora tais possibilidades se encontrem presentes dentro da dogmática do direito processual civil brasileiro, não existe nenhum impedimento constitucional que impeça essa novidade legislativa, de forma a tolher a possibilidade de uma máxima efetividade jurisdicional autorizada pela autonomia da vontade.

Resta, agora, saber o que integra esse poder. De acordo com Azevedo (2000, p. 28), pode-se localizar a autonomia privada em quadro zonas de liberdade: a) a liberdade de negociação (zona das negociações preliminares, ante a consumação do negócio); b) liberdade de criação (possibilidade de criar novos modelos negociais atípicos que melhor sirvam aos interesses dos indivíduos); c) liberdade de estipulação (faculdade de estabelecer o conteúdo do negócio); d) liberdade de vinculação (faculdade de celebrar ou não o negócio). Remanescendo um desses níveis de incidência, preserva-se, ainda que em limite mínimo, a “autonomia privada”. Por isso, nas situações em que só resta ao sujeito a faculdade de praticar ou não praticar o ato, sobra somente a liberdade de vinculação, mas o negócio jurídico mantém-se de pé, nada obstante com um mínimo de autorregramento.

A despeito da denominação utilizada para este plexo de poderes que confere as partes uma determinada – e expressiva – autonomia processual, Cunha (2015) afirma que o termo “autonomia privada” é geralmente utilizado por aqueles que intentam se afastar do “dogma da vontade”. Para além de ser uma questão meramente terminológica, o uso de uma ou outra expressão é irrelevante para demarcar o âmbito de utilização do conceito.

Como o presente trabalho tem o propósito de esclarecer, ainda a nível acadêmico, as limitações incidentes sobre a teoria dos encargos probatórios e os negócios jurídicos, entendemos que a nomenclatura mais recomendada seja “autorregramento da vontade”.

De acordo com Cunha (2015, p.120), não parece pertinente a utilização do termo “autonomia da vontade” para relacioná-la aos negócios processuais, sendo esta a razão pela qual optou-se pela utilização do termo “autorregramento da vontade”, mais genérico e abrangente, e de possível manipulação em outros subdomínios.

Na álea processual, existe no Brasil um silêncio doutrinário acerca da autonomia das partes dentro da relação processual, existindo poucos autores que se manifestem sobre o tema, tais como Barbosa Moreira e Leonardo Greco.

Para Moreira (1984, p.82), a autonomia das partes estaria ínsita nas convenções processuais, que nada mais são do que atos formados pela junção de duas vontades, com igual conteúdo. Assim, diferenciariam-se dos contratos, que consistem num acordo de vontade formado por declarações diversas, mas correspondentes.

Leonardo Greco, por sua vez, afirma que "entre os atos de disposição das partes, situam-se as convenções, assim entendidos como todos os atos bilaterais praticados no curso do processo ou para nele produzirem efeitos, dispondo sobre questões processuais, subtraindo-as da apreciação judicial ou condicionando o conteúdo de decisões judiciais subsequentes" (2007, p.08).

As negociações no procedimento fundamentam-se no princípio da cooperação processual, que se encontra positivado no art. 6º do atual CPC e que dispõe que "todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

#### 4.2 Negócio jurídico processual e o novo CPC

Da leitura do art. 190, do atual Código de Processo Civil, compreende-se que é admitido as partes, plenamente capazes e de comum acordo, em causas que admitam autocomposição, estipulem mudanças no procedimento para ajusta-lo as especificidades da demanda e/ou convencionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante do processo.

Por ser relativa a negócio jurídico, a referida convenção, obviamente, deverá obedecer os princípios exigidos pela legislação constitucional e civil, principalmente no que pertine ao regime jurídico das nulidades, como será visto no capítulo final.

Com relação as suas origens históricas, podemos afirmar que o direito romano não conhecia a figura do negócio jurídico como uma categoria de caráter geral, tal como hoje concebida, embora ali se usassem alguns negócios jurídicos em particular (compra e venda, arrendamento, etc). A palavra *negotium* também era usada em Roma, todavia, com significado variado e atécnico.



A rigor, a adoção e utilização de conceitos fundamentais (direito subjetivo, negócio jurídico, capacidade jurídica, etc) apenas se tornou possível após a glosa, apesar de os glosadores os utilizasse, sob a forma de aplicações isoladas.

Coube, assim, aos pandectistas, já no final do século XIX e, ainda, no início do século XX, sistematizar a noção de negócio jurídico que havia surgido em sua forma primária no século XVIII. A origem histórica do conceito de negócio jurídico mostra o seu acentuado traço liberal-individualista, mesmo porque relacionado diretamente à ideia de “autonomia privada”, como espectro de livre ação dos indivíduos – fórmula consagrada da prevalência do resguardos dos interesses individuais em face do Estado.

Atualmente, sobretudo a partir do final do século passado, surgiram novas tentativas de redefinir o negócio jurídico, em face das exigências do Estado social e também de adequar a noção de “autonomia da vontade” (Lobo, 1986, p. 70), em qualquer de suas variáveis, à força normativa da Constituição, inclusive em face da aplicabilidade das normas constitucionais nas relações privadas, que ganhou corpo nos últimos cinquenta anos (Perlingieri, 2007, p. 77).

Segundo o italiano Mirabelli, citado por Gomes (1995, p. 267), negócio jurídico seria entendido como ato de autonomia, assim compreendida como o poder dos particulares, indivíduos ou grupos, de regular os próprios interesses quanto à constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas. Essa definição teria a pretensão de superar as duas teorias que se contrapunham (teoria da vontade e teoria preceptiva). Entretanto, de acordo com Gomes (op.cit, p.268), mediante o negócio jurídico não se estatuem preceitos pela razão intuitiva de que os particulares não podem livremente criá-los; a ninguém é dado impor a outrem norma vinculante, por força própria.

A concepção preceptiva não encontraria apoio nem na realidade prática, nem na realidade jurídica. O negócio jurídico não pode consistir um comando, pois nele não se verifica uma posição de supremacia de um sujeito sobre outro; nem a si mesmo estaria se vinculando o agente, pois a autolimitação decorrente do negócio decorreria do próprio ordenamento jurídico. As disposições contratuais, até mesmo nas relações de massa, não constituiriam fonte de direito objetivo, por não ter o particular um poder normativo.

Portanto, para Orlando Gomes (1995, p. 268/269) o negócio jurídico seria “o ato de autonomia privada que vincula o sujeito ou os sujeitos que praticam, a ter a

conduta conforme o regulamento dos interesses que traçaram”. O negócio é ato de vontade, mas enquanto ato de autorregulação de interesses dignos de tutela.

Em nosso singelo entendimento, consideramos o ato jurídico como um ato de autonomia privada, cujos efeitos jurídicos são indicados pelas partes por meio de suas declarações, porém salientando que o fundamento da tutela do negócio não pode ser visto apenas na autonomia privada, mas pela necessidade de proteger a confiança que ele suscita nos participantes e na comunidade.

O balanço das diferentes concepções mostra que a doutrina já suplantou o dogma da vontade nos atos negociais. Como assinalou Betti (2008, p.89), a vontade em si, como fato meramente psicológico, revela-se incompreensível e incontrolável, pertencendo, unicamente, ao foro da consciência individual.

Além disso, o negócio jurídico como ato de vontade que visa a produzir efeitos jurídicos poderia apagar, em certas situações, a sua distinção em relação aos atos em sentido estrito, já que neste o agente poderá também pretender ou “querer” obter os efeitos advindos do ato exatamente como a lei prevê (por exemplo, o sujeito que constitui domicílio, ao fazê-lo, pode estar pretendendo obter os efeitos daí decorrentes, ainda que se saiba tratar-se dos efeitos chamados *ex lege*).

Os efeitos jurídicos não derivam da vontade, estão previstos e definidos na norma jurídica, que, dentro de certa amplitude, confere aos sujeitos certo poder de escolha. Os efeitos derivam do negócio jurídico, após a incidência da norma sobre o seu suporte fático.

Por essas razões, descabe cogitar se a vontade se dirige à obtenção dos efeitos jurídicos ou práticos (ou prático-jurídicos), pois o problema do voluntarismo excessivo se faz presente nas duas concepções (e suas variantes).

Não nos parece necessário discutir se o que interessa para caracterizar o negócio jurídico seja a vontade em si ou uma vontade declarada. Há negócios jurídicos que se concluem com o silêncio, revelando que a declaração expressa não constitui um dado relevante para caracterizá-los em caráter geral.

A posição que enquadra o negócio jurídico como um preceito ou como norma apresenta alguns problemas. O preceito ou norma seria algo exterior ao negócio, isto é, dele corrente. Por isso, não se prestaria para se definir o que seja o negócio. Acresça-se, ainda, a observação de Azevedo (2000, p. 07), indicando a insuficiência da concepção preceptiva, pois deixa sem explicação satisfatória a figura do negócio nulo. De fato, se o preceito resulta do negócio e se o negócio nulo,

de regra, não produz seus efeitos típicos, a nulidade do negócio jurídico terminaria por lhe retirar o caráter de preceito. Nos negócios dispositivos unilaterais (por exemplo, renúncia à uma herança), também ficaria mal explicada a ideia de negócio como preceito ou norma. Nesses casos, não resta nada que possa ser objeto de um preceito jurídico.

Postas as ressalvas, não se nega que do negócio surja um regramento entre os figurantes. A questão que se coloca é: seria dogmaticamente útil ampliar de tal maneira a noção de norma ou preceito para abarcar, inclusive, aquele tipo de vínculo jurídico, facilmente explicável como uma relação jurídica?

Parece-nos que a opção de equiparar o vínculo jurídico (situações jurídicas) advindo de um ato negocial a um preceito levaria a considerar preceitos certos efeitos jurídicos não necessariamente decorrentes de negócios. Basta pensar, v.g., num ato ilícito indenizativo (arts. 186 e 927 do CC), dele decorre uma relação jurídica entre o praticante do ato e a vítima tendo como objeto o pagamento da indenização. Estruturalmente, esse vínculo em nada difere daquele nascido de um contrato de compra e venda. Elevar ambos à condição de preceito significaria tratá-los dogmaticamente como categoria única, apesar da notável diferença de pressupostos e de regime jurídicos.

O liame estabelecido entre o negócio e a chamada “autonomia privada” representou um avanço significativo na teoria do negócio jurídico. É preciso, contudo, não olvidar que o seu reconhecimento como um ato de autonomia não implica afastar a vontade como um dos seus pressupostos.

O negócio jurídico é um ato pelo qual, em razão do autorregramento da vontade, o sujeito manifesta vontade visando à criação, modificação ou extinção de situações previamente definidas pelo ordenamento jurídico. A vontade não cria os efeitos; compõe o suporte fático, que, após a incidência da regra jurídica, produz o fato jurídico do qual derivam os efeitos.

Tal como define Mello (2000, p.16), o negócio jurídico se apresenta como o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação consciente da vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta aos sujeitos, 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.

As críticas dirigidas ao conceito de negócio jurídico, sobretudo pela necessidade de sua adequação à realidade da sociedade de massa e do Estado contemporâneo, não são suficientes para justificar o banimento da figura dos quadros da Ciência Jurídica. A rigor, as investidas contra a figura do negócio, em geral, atingem mais incisivamente a noção clássica do contrato. Não se nega, contudo, a relevância do conceito para explicar realidades, como, por exemplo, testamentos, títulos cambiários, contratos em geral (não massificados). Também não se pode deixar de reconhecer a sua propagação frutuosa para outros subdomínios da Ciência Jurídica, inclusive, para o Direito Processual.

Os negócios jurídicos se diferenciam do atos jurídicos em sentido estrito, apesar das dificuldades a que essa distinção, em certos casos, possa levar. Os atos jurídicos *stricto sensu* são ações humanas, que se podem dividir em (a) manifestações de vontade; (b) manifestações de conhecimento; (c) ou manifestações de sentimento. Nos negócios jurídicos, o suporte fático sempre é composto de manifestação da vontade. Eis, portanto, o primeiro índice da diferenciação.

Aproximam-se, contudo, os negócios jurídicos dos atos jurídicos em sentido estrito cujo suporte fático seja composto de manifestação de vontade. O ponto da diferença reside justamente no autorregramento da vontade, presente nos primeiros e ausentes nos segundos.

Nos atos jurídicos *stricto sensu*, como salienta Mello (2000, p.141), não cabe aos sujeitos qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas correspondentes.

#### 4.3 Negócios jurídicos processuais e jurisdição

De acordo com Nogueira (2011, p.62), deve-se a Chiovenda a concepção de jurisdição como atividade substitutiva do Estado-juiz, revelando a atuação da vontade concreta por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, seja no afirmar a vontade concreta da lei, seja no sentido de dizer o direito.

A jurisdição é um poder exercido em regime de monopólio. Em decorrência disso e da vedação de autotutela imposta pelo próprio Estado, a provocação do exercício da jurisdição faz nascer uma relação jurídica entre este e aquele que tem o direito controlado ou violado, em que o Estado tem o dever de

decidir sobre o quanto postulado. Esta atividade jurisdicional se dá mediante o processo devido, e tem a finalidade de buscar a paz social.

No caso do presente estudo, torna-se imperioso pontuar que não existe dualidade entre a jurisdição contenciosa e a jurisdição voluntária, mas sim diferenças procedimentais por conveniências legislativa ou pela especificidade da postulação, o que também pode ocorrer por qualquer situação outra. Por tal motivo, torna-se conveniente afirmar que o interesse que exige a provocação da atividade jurisdicional é a ocorrência de um fato jurídico determinante de uma situação obstáculo, a qual pode ocorrer em duas circunstâncias: pela pretensão de um sujeito sobre determinado bem, que encontra a resistência de outro sujeito (procedimento contencioso); pela pretensão de um sujeito, ou mais, a respeito de determinada providencia; que exige algum controle posto pela ordem jurídica, ainda que todos os interessados estejam concordes a respeito do que se busca, a exigir a integração por ato de um terceiro independente e parcial (Souza, 2016, p.18).

Nessa perspectiva, com escopo na teoria chiovendiana, Nogueira (2011, p.62) sugere que a jurisdição seria uma atividade de substituição, definitiva e obrigatória., feita de dois modos, conforme se trate de processo de cognição ou de execução: a) na cognição, a atividade intelectual do juiz substitui a atividade intelectual das partes e dos cidadãos no afirmar existente ou inexistente uma vontade concreta da lei concernente às partes; b) na execução, a jurisdição consiste na substituição, pela atividade material dos órgãos do Estado, da atividade devida.

O referido autor chama a atenção para o fato de que a noção chiovendiana de substitutividade, também pode ser vista nos julgamentos realizados por tribunais administrativos quando atuam como terceiros, revelando forma de heterocompositiva de solução de conflitos; esses tribunais (por exemplo, agencia reguladora decidindo conflitos envolvendo consumidores e concessionários, nos termos do art. 18, I, do Regimento Interno da ANEEL), embora muitas vezes também promovam a chamada “atuação da vontade concreta da lei”, não exercem jurisdição.

Não se pode perder de vista que a noção de jurisdição como atuação substitutiva do Estado-Juiz com vistas a realizar a vontade concreta da lei supõe que a solução a respeito do litígio já esteja sempre previamente disposta na lei, cabendo ao juiz apenas a tarefa de revelar essa “vontade”, como um oráculo. Ultimamente, contudo, com a incorporação cada vez mais acentuada das cláusulas gerais e a

utilização dos princípios jurídicos como fonte primária de aplicação do direito, tornou-se necessário acentuar-se o caráter criativo da jurisdição.

Álvaro de Oliveira (2008, p. 81) exalta a crise do legalismo e a posição predominante, na aplicação do direito, de princípios, conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade como elementos identificadores da insuficiência da concepção tradicional da jurisdição.

Para Fredie Didier Jr (2010, p. 187), a jurisdição é função atribuída a terceiro de realizar o direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo, efetivando e protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para se tornar indiscutível. Trata-se de noção que avança para além da concepção tradicional de substitutividade e indica a criatividade como um elemento importante e, que, a nosso ver, justifica a função jurisdicional no contexto do Estado Constitucional brasileiro nos dias atuais.

A substitutividade passa a ser vista como um viés criativo, e não apenas como atividade de cunho meramente declaratório, reveladora da “vontade concreta da lei”. Essa proposta parece ser adequada para explicar a jurisdição frente ao modelo brasileiro de direito, e as transformações vividas nas últimas décadas.

#### 4.4 Decisão judicial e interpretação

Durante o Séc.XIX, após o surgimento das primeiras codificações europeias, sobretudo com o advento do Código Civil da França de 1804, predominou a estipulação de pautas normativas de conduta em termos gerais e abstratos. Na própria ideologia da codificação, estavam presentes a concepção de exatidão (o código dispensaria até mesmo a interpretação para ser aplicado) e a de completude (o código seria capaz de regular todos os fatos da vida), garantidores da segurança e previsibilidade em favor do indivíduo. A lei geral e abstrata, positivada nos códigos, era a fonte do direito. O juiz era submisso à lei e a atividade judicial de aplicação do direito se resumiria a uma operação de silogismo; o juiz era tido como a “boca da lei”.

Quando se parte da observação de que o objeto da interpretação é o sentido expresso por determinado texto, que, por sua vez, foi condicionado por uma série de fatores possíveis de alterá-lo, coloca-se aqui o problema do ponto de partida da interpretação. Se interpretar é compreender outra interpretação (a fixada

na norma), afirma-se a existência de dois atos: o que dá sentido à norma e o que tenta captá-lo.

Segundo Kelsen (1997, p.04), um fato no mundo exterior que se considera “fato jurídico” é um evento perceptível pelos sentidos, por ser uma parcela da natureza, determinado, assim, pela lei da causalidade.

Se as sentenças e decisões proferidas pelo juiz são ou também podem ser uma espécie de ato *stricto sensu*, cabe, doravante, examinar se seria possível o enquadramento das decisões judiciais como atos de natureza negocial.

A resposta ao problema passa pela aproximação entre os conceitos de negócios jurídicos processuais e provimentos, aqui tomado o ultimo termo como sinônimo de pronunciamentos judiciais.

Carnellutti faz a separação entre provimentos e os negócios jurídicos baseado na distinção entre direitos subjetivos e potestades. Direito subjetivo representaria o poder cujo impulso seria fornecido pelo interesse do respectivo titular. Já a potestade caracterizaria o poder cujo impulso seria fornecido, não pelo interesse privado do seu titular, pois o estímulo para o seu exercício viria reforçado pela constituição de uma obrigação.

Assim, os negócios jurídicos corresponderiam aos direitos subjetivos: seu móvel seria realizar o provimento do agente por meio de uma mudança jurídica; o agente serve ao seu interesse deslocando a tutela jurídica da forma como lhe seja mais conveniente. Por outro lado, os provimentos corresponderiam às potestades, que seriam realizadas pelo agente não de acordo com seu proveito, mas levando em consideração apenas o Direito; sua função seria somente dispositiva.

De fato, examinando a estrutura do ato jurídico processual, percebe-se que os provimentos e os negócios processuais possuem algo em comum: ambos são atos que se perfazem pelo exercício de um poder jurídico. Nos negócios, convencionou-se denominar esse poder de “autonomia privada” ou “autorregramento da vontade”; nos provimentos, o poder corresponde à “discricionariedade”.

O poder que está na base dos negócios jurídicos e dos provimentos é um típico poder de autorregramento da vontade. No suporte fático de ambos, há manifestação da vontade e o exercício do poder jurídico de autorregulação.

De acordo com Pedro Henrique Nogueira (2011, p.124), a existência de um dever que imponha à autoridade pública a necessidade de praticar o ato não parece razão bastante para justificar a distinção entre os provimentos judiciais e os

negócios jurídicos. O juiz está obrigado a proferir uma decisão, por força da relação jurídica processual, mas esse dever não integra a estrutura do ato jurídico.

O referido autor pontua que no direito privado, também se encontram negócios jurídicos vinculados a um prévio dever e nem por isso a respectiva natureza negocial fica afastada (nos pré-contratos de compra e venda, por exemplo, o contratante é obrigado a celebrar um contrato e nem por isso a celebração do contrato principal, que adimple o dever jurídico anterior, advindo do pré-contrato, deixa de ser um negócio jurídico).

#### 4.5 Negócios processuais e decisões judiciais condicionais e sujeitas a termo

As sentenças e decisões condicionais são exemplos característicos de negócios processuais judiciais. Nelas o juiz pratica um autêntico negócio jurídico a inserir no provimento uma determinação inexas, normalmente uma condição, da qual decorre o surgimento ou a extinção dos efeitos do ato processual.

A inserção de determinações inexas em atos jurídicos é resultado de poder de autorregramento da vontade. As normas jurídicas podem admitir que a uma manifestação de vontade se ligue uma limitação, estipulada pelo próprio agente, do efeito jurídico resultante do ato. As determinações inexas, quando admitidas, são próprias dos negócios jurídicos.

As condições estipuladas em provimentos judiciais – que por si já evidenciam a possibilidade de reconduzir as decisões judiciais à categoria do negócio jurídico processual -, são encontráveis em nosso ordenamento jurídico.

É preciso esclarecer que aqui não nos referimos às sentenças que decidem relação jurídica sujeita a condição suspensiva ou termo inicial (CPC2015, art. 492, § único) porque aí a condição se vincula à relação jurídica substancial e não ao ato processual (decisão).

De acordo com Pedro Henrique Nogueira (2011, p.126), na jurisprudência se tem adotado o entendimento segundo o qual as sentenças condicionadas seriam nulas. Essa posição também é ratificada pela doutrina em geral.

Na realidade, porém, como observa Fredie Didier Jr (2010, p. 331), o art. 460, § único do CPC não veda que a decisão reveja uma condição de eficácia do direito por ela certificado, isto é, não proíbe a prolação de uma decisão condicional.



O que está vedado é a prolação de sentença que reconheça um direito, mas, ao mesmo tempo, condicione o reconhecimento desse direito a um evento futuro.

Em doutrina, algumas vezes, se fala em sentenças condicionais, para aludir à hipótese de provimento que decide a relação condicional. Preferimos não utilizar essa expressão porque o que se condiciona não é a decisão, mas a situação jurídica litigiosa.

Carvalho (2016, p.44), em seu estudo sobre os negócios jurídicos processuais, adverte que Carnellutti já ressaltara a existência de uma distinção entre as condições do direito reconhecido na sentença e as condições de reconhecimento do direito. E explica que para certas relações jurídicas continuativas, notadamente naquelas sujeitas a mudanças por variação nas circunstâncias fáticas, admitem-se a inserção de determinações anexas nos provimentos que as decidem. Basta imaginar o caso da demanda de alimentos promovida por filho contra o genitor. De acordo com o referido autor, pode o juiz pura e simplesmente condenar o réu a prestar alimentos, mas é lícito ao julgador, desde logo, condicionar os efeitos condenatório e executivo do provimento a um evento futuro e incerto que, a priori, possa interferir na obrigação alimentar, ou, ainda, fixar um termo inicial para que o provimento judicial possa produzir os seus efeitos (Carvalho, 2016, p.46).

#### 4.6 Cláusula de negociação

Embora seja certo que a existência de negócios processuais, na experiência brasileira, remonte ao período das ordenações, estando presente nos diplomas legislativos subsequentes, inclusive no CPC/73, não se pode negar que o art. 190, caput, do CPC/2015, representa uma grande novidade no direito brasileiro; conferiu-se faculdade as partes e aos sujeitos em geral de disciplinarem, por meio da convenção, de maneira ampla, o próprio processo (Nogueira, 2011, p.126).

Os negócios processuais já existiam sob a égide da legislação antecedente, mas nunca se teve tamanho espaço de participação dos litigantes no desenrolar da atividade jurisdicional, a ponto de possibilitar que as partes construam, negocialmente, o próprio procedimento (Carvalho, 2016, p.37).

Os negócios jurídicos bilaterais que recaem sobre o rito, denominados de acordo de procedimentos quando a ordem jurídica assim o permite, mas sem haver

uma livre disciplina, de natureza convencional, sobre a estruturação do rito e sobre como a causa deve ser processada. As partes convencionam a opção pelo procedimento comum com pré-exclusão do procedimento monitorio, previsto no art. 700 do CPC/2015. Por outro lado, as partes podem, exercitando as faculdades que decorrem da incidência do art. 190 do CPC/2015, ajustar o procedimento de acordo com seus interesses, seja criando um novo rito, seja restringindo fases, seja limitando prazos, meios de prova, ou a própria forma dos atos no processo. Aqui temos acordos dinâmicos.

É preciso considerar que o termo “especificidades da causa” posto no enunciado normativo do art.190 do CPC/2015 está a evidenciar as circunstâncias que as próprias partes convencionam como relevantes para conferir um tratamento diferenciado ao procedimento. São as partes ou figurantes do negócio jurídico que elegem as especificidades e a partir delas acordam ajustes processuais.

#### 4.7 Negócios jurídicos processuais típicos e atípicos

De acordo com o art. 190 do CPC, é possível a constituição de negócios jurídicos sobre o processo e sobre negócios processuais não previstos, desde que os mesmos tenham como nascedouro o autorregramento da vontade das partes interessadas.

A título de esclarecimento, cumpre observar que o novo CPC considera como negócios processuais típicos o pacto de suspensão do processo, o pacto de convenção sobre as regras de mediação, o pacto para não realização da audiência de conciliação ou sessão de mediação, o acordo de avaliação do bem penhorado, pacto de não realização da audiência de conciliação ou sessão de mediação, acordo de avaliação do bem penhorado, acordo de escolha do meio expropriatório, pacto de escolha dos penhoráveis, pacto para afastar a execução provisória, acordo de saneamento do processo, acordo de renúncia do prazo processual, pacto sobre a distribuição do ônus da prova, etc.

Aproveitaremos o ensejo para abordar algumas espécies de negócios processuais típicos e atípicos vigentes no atual CPC/2015:

a) Calendário processual: Através do seu art. 191, o atual código de regras previu a possibilidade de elaboração de um calendário processual, mecanismo que

possibilita a fixação de prazos pelas partes, tal como o modelo já existente no CPC Francês (art. 764) e mais recentemente, no CPC italiano (art. 81-bis).

A personalização de um calendário para as partes e para o juiz tem por objetivo a definição de um momento pré-acordado para a prática dos atos forenses, impedindo assim, a protelação indevida dos atos decisórios ou as sucessivas remarcações de atos processuais/judiciais, que sempre se tornam um entrave para a efetivação e cumprimento dos atos ordinatórios/decisórios.

Partindo-se do pressuposto de que o calendário processual deve ser precedido de um acordo entre as partes, podemos chegar a conclusão que o momento mais propício para a sua celebração é no início do procedimento, ou seja, na audiência de conciliação, entretanto, nada impede que seja pactuado em momento diverso. Nada impede que o calendário seja estipulado apenas para uma das fases do processo, como por exemplo o prazo para a produção da prova testemunhal, realização de perícia com data de entrega do laudo, protocolo de manifestações, etc.

Da mesma forma, é óbvio que a calendarização dos procedimentos é uma espécie de flexibilização processual, a fim de ajustar as fases do processo à vontade dos interessados. Nogueira (2016, p.244) explica que existe uma diferença entre o ajuste do calendário processual e o ajuste de um procedimento já previsto em lei, haja vista que o primeiro é uma modalidade de flexibilização processual enquanto o segundo não carece de imposição voluntária. Daí dizer-se que “o acordo de calendarização e o acordo de procedimento são diferentes e autônomos, embora possam ser celebrados concomitantemente” (Nogueira, 2016, p.244).

Os prazos e o cronograma para a prática dos atos processuais serão marcados de acordo com a vontade das partes e somente serão modificados em hipóteses excepcionais, em decisões devidamente motivadas pelo juiz. Isso não autoriza que o juiz, sob o manto da excepcionalidade, altere unilateralmente o cronograma, estabelecendo novas datas para o cumprimento dos prazos processuais. A excepcionalidade, *in casu*, é motivo de resolução do calendário, tornando-o ineficaz.

b) Acordos sobre os prazos processuais – O art. 190 do CPC autoriza às partes convencionarem a respeito da ampliação e redução de todos os prazos processuais, inclusive eventuais recursos. De acordo com o novo regramento processual, todos os prazos são dilatatórios, tornando superada a distinção entre

estes e os prazos peremptórios. No caso em espeque, as possibilidades de negociação sobre prazos não se restringe à ampliação ou redução. O novo regramento permite a estipulação negocial de uma forma atípica, salientando que, ao contrário da atual regra comum, presente no art. 219 do CPC, de que os prazos são contados em dias úteis, nos prazos convencionais poderão ser contados em dias corridos. De acordo com Nogueira (Nogueira, 2016, p.245), “o pacto para redução dos prazos pode consistir importante instrumento de aceleração do procedimento e estímulo à concretização da razoável duração do processo, que, por sua vez, constitui um dos limites objetivos à negociação sobre prazos”.

c) Pacto de não recorrer: o novo código de processo civil prevê, em seu art. 999, o pacto de não recorrer ou o acordo de instância, que significa a estipulação, antes ou no curso do processo, para que uma demanda tramite apenas em uma determinada instância. Na verdade, é um acordo de exclusão do procedimento em grau de recurso.

Estipular o termino do processo ainda no juízo de primeira instância significa a renúncia mútua ao recurso, expediente que não encontra amparo segundo a inteligência de alguns doutrinadores, tais como Pontes de Miranda, José Carlos Barbosa Moreira e o próprio Fredie Didier Jr – os quais entendem contrariamente a Nelson Nery Junior e Paulo Mendes, que admitem a renúncia prévia ao direito das partes recorrerem.

Entretanto, existem limites ao procedimento estabelecido no art. 999 do CPC, não podendo as partes, a pretexto de celebrar um pacto de não recorrer, excluírem a primeira instância e convencionar que a causa transmite, originariamente, no tribunal, pois o princípio do juiz natural não admite a escolha do órgão jurisdicional que julgará a causa. Com relação aos outros negócios processuais, o CPC/2015 contempla diversos negócios jurídicos processuais tais como eleição convencional de foro, acordo de aceitação de litisdenúnciação, acordo para definição do procedimento de mediação, etc.

#### 4.8 Extinção dos negócios jurídicos processuais

Os negócios processuais são, a princípio, revogáveis. O próprio art. 200 do CPC/2015 abre espaço para que as partes celebrem posteriormente outro negócio jurídico revogando o anterior.

Os negócios jurídicos sobre o processo, antes da litispendência, submetem-se ao regime jurídico de direito material. É possível, portanto, que até o início do procedimento, os sujeitos celebrem acordos e os revogue(Nogueira, 2011, p.138).De acordo com o referido autor, o CPC/2015 não traz regra que pré-exclua a revogabilidade dos negócios bilaterais, embora, pontualmente, limite a revogação em algumas situações. É possível falar em revogação dos negócios processuais, mas também se deve considerar que, como os negócios processuais são receptícios a respectiva revogação também o será. Assim, nada impede que as partes, no curso do processo, pactuem, por exemplo, a distribuição diferenciada do ônus da prova, a eleição convencional do foro, ou a ampliação de prazos recursais, mas, posteriormente, comuniquem ambas ao juízo a revogação da avença. Enquanto a revogação não for levada a conhecimento do juízo, materializando a recepção da manifestação de vontade revocatória, prevalece o negócio jurídico revogado.

Devem-se ressaltar, porém, os negócios que, por disposição expressa, dependem de homologação, pois aí, uma vez homologado o negócio, não cabe cogitar de revogação (homologada a desistência da demanda, já não mais caberá a parte desistir da desistência). A revogação do negócio jurídico processual também não será apta para afastar as situações jurídicas já consolidadas no processo, especialmente as preclusões (assim, por exemplo, uma vez feito o acordo para a redução de prazos processuais e, em razão dele, operado o trânsito em julgado da sentença já não caberá mais a revogação do negócio para a devolução do prazo perdido; apresentada a contestação, não é permitido à parte revogá-la e oferecer outra em seu lugar, mesmo dentro do prazo, pois há preclusão consumativa)(Nogueira, 2016, p.240).

Entretanto, quando se fala em resilição dos negócios jurídicos processuais, a questão muda de tópicos. No direito civil, tem-se por resilição o ato jurídico que põe fim a um negócio jurídico, com eficácia *ex nunc*. A resilição pode ser bilateral (distrato) ou unilateral. Ao resilir, o sujeito resolve um determinado negócio jurídico dali pra frente. Forma-se um outro negócio para extinguir o seu antecessor(Nogueira, 2016, p.241).

É perfeitamente possível que as partes celebrem um negócio processual e, em seguida, promovam o distrato, que tem a natureza de um negócio jurídico processual subsequente que irá extinguir, com eficácia *ex nunc*, as situações jurídicas advindas do antecessor.

A resilição unilateral, também denominada de “denúncia”, é um negócio jurídico unilateral resultado do exercício de um direito potestativo (direito formativo resilitivo). O denunciante, por si, sem depender da colaboração de quem quer que seja, age e manifesta a vontade unilateralmente. No direito civil, a denúncia nos negócios jurídicos bilaterais é ato receptício, de modo que sua eficácia é produzida quando levado a conhecimento do destinatário(Nogueira, 2016, p.241).

O Código Civil, no art. 473 prevê que “a resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte”.

Resta saber se para os negócios processuais haveria como se cogitar de denúncia, ou resilição unilateral. O Código Civil para tal supõe a existência de lei, admitindo-a, expressa ou implicitamente.

O Código de Processo civil, por sua vez, não contém norma correspondente à do art. 473 do Código Civil. Lei expressa autorizando a resilição unilateral em negócios processuais, realmente, não há.

Por imposição do art. 200 do CPC/2015, os negócios processuais são eficazes de imediato. Desse modo, feita a convecção as partes se vinculam mutuamente, não havendo espaço para que uma delas deixe de cumprir o que foi estipulado, ou deixe de se sujeitar aos ônus e consequências do que foi convencionado.

Apesar disso, ao permitir, no art. 190 do CPC/2015, que as partes livremente estipulem e disponham sobre os seus direitos, faculdades, ônus e deveres, está o ordenamento jurídico abrindo espaço a que as partes insiram, na convenção processual, em benefício de uma delas ou até mesmo de ambas, o direito potestativo de resilir o negócio, com eficácia prospectiva. A ordem jurídica não veda esse tipo de estipulação. Ademais, é possível inferir da cláusula geral da negociação processual, implicitamente, essa possibilidade.

De acordo com Nogueira (2016, p.241), a resilição dos negócios jurídicos pode ser legal ou convencional. O art. 190 do CPC/2015 contempla a possibilidade de, por acordo de vontades, ajustar-se a resilição. Trata-se, portanto, de espaço para resilição convencional. Isso porque quando se acorda, bilateralmente, ser possível a resilição por uma das partes, está-se a celebrar também um negócio processual a recair sobre situações jurídicas processuais (direito de extinguir, pela denúncia, direitos e faculdades oriundos do negócios processual a ser resilido).

A livre disposição dos direitos, faculdades, ônus e deveres alcança desde a possibilidade de inserção de novos direitos, deveres das partes, ou alteração do modo como serão exercidos no processo, até a possibilidade de que os litigantes, se assim entenderem adequado à tutela dos seus interesses, denunciem, cada um de per si, a própria convenção processual, restaurando o regime jurídico legal, ou até mesmo o regime estipulado em outra convenção processual.

Imagine-se que os litigantes estipulem um acordo para redução de prazo recursal com pacto adjeto de resilição unilateral em favor de ambas as partes (dando a cada uma delas o direito de denunciar o acordo processual). Desde que a resilição seja inequívoca e previamente comunicada a outra parte e seja anterior à fluência do prazo, ela produzirá os seus efeitos, restaurando o prazo recursal legal.

Considere-se, ainda, que as partes tenham celebrado um acordo de distribuição do ônus da prova, previsto no art. 373, § 3º do CPC/2015, com pacto adjeto de resilição em favor do réu, para que ele denuncie o acordo, desde que o faça até o momento da contestação. Se o demandado manifesta a vontade de resilir o acordo, desfeito está, dali por diante, o negócio jurídico.

Certamente que há limites objetivos à pactuação da resilição unilateral, como de resto existe essa limitação para qualquer negócio processual. A convenção não pode gerar, por exemplo, uma situação de exercício abusivo de posições jurídicas pelas partes, contrária à boa-fé, ou dilações indevidas que comprometam a razoável duração do processo, ou a possibilidade de exercitar a denúncia do acordo processual sem a comunicação prévia ao adversário, comprometendo o contraditório.

A questão dos limites, todavia, concerne à validade dos negócios e não é algo peculiar às convenções que preveem a possibilidade de resilição unilateral.

## **5. LIMITAÇÕES INCIDENTES SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DOS ENCARGOS PROBATÓRIOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS, PELA ÓTICA DO NOVO PROCESSO CIVIL**

As limitações incidentes sobre a distribuição dos encargos probatórios e negócios jurídicos processuais encontra na definição dos limites entre os poderes do juiz e a autonomia das partes a sua primeira morada, eis que os negócios jurídicos processuais são formados por estes atos de disposição da vontade.

De acordo com Greco (2007), a definição de limites se encontra vinculada a três elementos: à disponibilidade do direito material posto em juízo; ao respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de defesa; e à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito.

Ora, O juiz pode, de ofício ou a requerimento, controlar a validade das convenções e negócios processuais. O parágrafo único do art. 190 do CPC/2015 não deixa dúvidas a esse respeito.

Todos os requisitos gerais de validade exigíveis para a prática dos atos processuais pelas partes em geral devem ser observados também nos negócios. As regras integrantes do regime de invalidades no Código de Processo Civil (art. 276 e seguintes) estendem-se aos negócios e convenções sobre o processo.

Não se pode esquecer que no processo civil brasileiro, a invalidade sempre necessita ser decretada e resulta da pronúncia judicial, sendo necessário que, além do vício, traduzido no defeito pela inobservância da forma geral, esteja configurado o prejuízo para a parte. Esse regime jurídico também é aplicável aos negócios processuais.

É possível, assim, classificar os requisitos de validade dos negócios processuais em: I - gerais, correspondentes aos requisitos de validade dos atos processuais *lato sensu* e II - específicos, estabelecidos apenas para os negócios jurídicos processuais e para as convenções sobre o processo.

Subjetivamente, para a validade do negócio jurídico, é indispensável que os sujeitos que o celebrem observem; a capacidade processual, competência e imparcialidade do juiz, ausência de manifesta situação de vulnerabilidade da parte que o celebra ou sua inserção abusiva em contratos de adesão.

Objetivamente, a validade da celebração de negócios processuais supõe; que a causa verse sobre direitos passíveis de autocomposição; o respeito ao formalismo processual, inclusive quanto a inobservância dos limites ao exercício do autorregramento da vontade no processo na existência de regra jurídica cogente em confronto com o ato que reflita o exercício do autorregramento da vontade; não inserção em contrato de adesão.



Neste sentido, não podemos esquecer que a autonomia privada pode ser identificada através de quatro espécies de liberdade: a) liberdade de negociação (zona das negociações preliminares, antes da consumação do negócio); b) liberdade de criação (possibilidade de criar novos modelos negociais atípicos que melhor sirvam aos interesses dos indivíduos; c) liberdade de estipulação (faculdade de estabelecer o conteúdo do negócio); d) liberdade de vinculação (faculdade de celebrar ou não o negócio). Remanescendo um desses níveis de incidência, preserva-se, ainda que em limite mínimo, a “autonomia privada”. Por isso, nas situações em que só resta ao sujeito a faculdade de praticar ou não praticar o ato, sobre somente a liberdade de vinculação, mas o negócio jurídico mantém-se de pé, nada obstante com um mínimo de autorregramento (Nogueira, 2011, p. 153).

Os titulares de direitos disponíveis podem dispor no processo do seu próprio direito material, assim como de todas as faculdades processuais cuja não utilização possa resultar, direta ou indiretamente, em julgamento contrário ao seu direito material.

Nessa mesma senda, Greco (2007) aduz que os titulares de direitos indisponíveis não estão impossibilitados de praticar atos de disposição, tanto no sentido de atos prejudiciais quanto de atos decisórios, mas apenas que não podem praticar os que, direta ou indiretamente, possam prejudicar ou dificultar a tutela desses direitos. Por essa razão, à parte que possui direito material indisponível envolvido no litígio não é impossibilitada a convenção quanto à gestão compartilhada do procedimento, por exemplo. A indisponibilidade de que trata o caput do art. 190 envolve o objeto do acordo processual, e não o direito substancial que se objetiva tutelar.

Para Hoffman (2011) não se pode confundir a inviabilidade de o litigante renunciar ao direito material indisponível envolto na lide com ônus e faculdades processuais, pois se, por exemplo, a parte não apresentar rol de testemunhas ou documentos, não pode o julgador obrigá-la ou realizar a conduta em seu lugar.

O consentimento é indispensável ao ato de disposição, sendo necessário o preenchimento de três quesitos para a sua configuração, são eles, na lição de Godinho (2013), a capacidade – e, nos casos de convenções processuais, o atendimento às capacidades processuais –; voluntariedade – significando a ausência de pressões, e, no processo, há que se considerar, além dos diversos

vícios de vontade, a questão da vulnerabilidade –; e informação – avultando o modelo cooperativo de processo, com todos os seus consectários.

No tocante à celebração de acordos processuais por incapazes, tem-se que estas são válidas desde que estes estejam devidamente representados ou assistidos na demanda. Greco (2007), todavia, acrescenta outro requisito para tanto, qual seja, que o pacto celebrado não prejudique ou obstaculize a tutela dos direitos do incapaz. Dessa forma, por exemplo, é nulo negócio jurídico que delibera no sentido de proibir que o pródigo, pessoa relativamente incapaz, arrole testemunhas ou acoste novos documentos aos autos. O equilíbrio contratual e a paridade das armas também são limites à liberdade de disposição das partes.

A igualdade dos litigantes não deve ser meramente formal, mas concreta, motivo pelo qual o magistrado deve atuar como um sentinela, objetivando socorrer, assistencialmente, as carências defensivas do mais frágil em relação ao mais forte.

Segundo Greco (2005) a posição de dependência de uma parte em relação à outra, a inferioridade econômica em decorrência da pobreza ou da proeminência do Estado, são circunstâncias que criam uma desigualdade concreta a exigir permanente intervenção equalizadora do juiz e a limitar o seu poder de disposição. Atribui-se a essa tutela do hipossuficiente, equalizadora do acesso à justiça e do processo justo, o texto do parágrafo único do art. 190, do NCPC, que eiva de nulidade qualquer convenção processual inserida de maneira abusiva em contratos de adesão e nos casos vulnerabilidade de umas das partes. Em não havendo esse dispositivo, os denominados “litigantes profissionais”, clássicos em questões envolvendo os direitos do consumidor, utilizar-se-iam de convenções procedimentais, impostas de modo sorrateiro, com o objetivo de destutelar garantias materiais reconhecidas pela legislação. Quanto ao último limite às convenções, Greco (2007) destaca, no sentido defendido neste trabalho, que, quando da celebração dos acordos procedimentais, deve-se preservar os princípios e as garantias fundamentais do processo, o que denomina de ordem pública processual, como medida aos atos de disposição processual das partes.

Nesse sentido, o autor aponta entre esses princípios, impostos de forma absoluta: a competência do órgão julgador; a capacidade das partes; a liberdade de acesso à tutela jurisdicional; um procedimento previsível, equitativo, contraditório e público; a celeridade processual dentre outros. Sobre o problemático conceito de “ordem pública”, destaca Godinho (2013, p. 175):

Parece que ordem pública é um daqueles institutos que, tal qual a indisponibilidade do direito, prescindem de justificação, ou seja, basta rotular algo como sendo de ordem pública para que sobre ele recaia um regime jurídico especial. Mas não pode ser assim. As normas sobre provas são de ordem pública relativa ou absoluta? O que define ou agrega esse predicado? Não se pode estabelecer acordo em matéria probatória? Essa vedação inclui o aspecto procedimental da prova, ainda que seja para facilitar sua produção? Se as normas probatórias são de ordem pública, pode o juiz casuisticamente “dinamizá-las”? A autorização para as convenções sobre ônus da prova decorre de uma norma também de ordem pública? O critério então seria de política legislativa ou estrutural? Com esses questionamentos pretende-se apenas problematizar a questão e demonstrar que as afirmações precisam de justificações íntegras para que se possam extrair consequências anunciadas previamente. Conferir perenidade a um conceito essencialmente contingencial pode significar apenas estender amarras jurídicas que impeçam ou retardem uma evolução cultural.

Queiroz (2014), embora adote o posicionamento de Greco, acaba restringindo-o, ao entender que as partes podem validamente abrir mão da utilização de um determinado meio de defesa, desde que o façam em momento do processo que tenham pleno conhecimento das consequências do seu ato de disposição. De acordo com o autor, veda-se às partes apenas convenções cujo teor impossibilitem a defesa técnica e o contraditório. Em sentido contrário, Hoffman (2011) destaca que as partes podem decidir renunciar à interposição de possível recurso de apelação, acordando no sentido de acolher a decisão que seja proferida.

Entendemos que as partes podem celebrar convenções destinadas a disciplinar o procedimento de seu processo judicial, mesmo fora dos casos em que a lei expressamente as autoriza a fazê-lo, já que o legislador não poderia prever todos os casos em que uma convenção deste tipo seria útil aos interesses juridicamente protegidos das partes. Entretanto, a convenção sobre procedimento não pode suprimir os direitos e as garantias fundamentais do processo, sob pena de nulidade. (Queiroz, 2014, p. 727).

Na doutrina do direito civil, muito se discutiu se a vontade, para ter valor de negócio jurídico, deveria ser ou não uma vontade declarada. O conceito de manifestação de vontade, conforme expôs Mello (2000, p.122), é mais amplo e abrange tanto as vontades declaradas quanto as vontades exteriorizadas sem declaração.

No processo, será difícil cogitar de alguma manifestação de vontade compondo o suporte fático do negócio jurídico processual que não seja declarada, até mesmo pela existência de formalização da prática dos atos processuais em sentido amplo. Nada obstante, parece-nos mais conveniente adotar a ideia de manifestação de vontade como elemento essencial ao negócio jurídico processual, o que, por conseguinte, não exclui as vontades declaradas.

As vontades manifestadas através dos atos processuais *lato sensu* que integram o procedimento são sempre receptícias, ainda que se trate de negócios unilaterais. Portanto, não basta a vontade manifestada; é necessário a vontade seja reconhecida pelo destinatário. Essa exigência não se aplica aos negócios extraprocedimentais, já que estes atos ingressam no mundo jurídico com a simples manifestação da vontade, gerando, inclusive, de regra, as situações jurídicas processuais correspondentes.

Nesse processo, o autorregramento da vontade é bem mais restrito do que nas relações de direito privado. Em muitos dos negócios processuais, inclusive, os efeitos já estão todos pré-estabelecidos na norma processual (por exemplo, o efeito jurídico-processual da desistência do recurso é a extinção do procedimento recursal e o trânsito em julgado do capítulo da decisão que fora recorrido; não há como o recorrente modificar, com sua vontade, esses efeitos). Isso, contudo, não lhe retira o caráter negocial, porque há, nessas situações, liberdade de escolha, embora em grau mínimo (por exemplo, a parte pode escolher entre desistir ou não, ou entre desistir do recurso no todo ou em parte). São chamados *negócios jurídicos processuais vinculativos*, de acordo com Mello (2000, p.128).

O núcleo do suporte fático do negócio processual também se preenche com a referibilidade ao procedimento. O negócio jurídico será qualificado como processual quando se relacionar a um procedimento existente, ainda quando não integre a cadeia típica que o componha. Trata-se de elemento completante do núcleo, sem ele, pode haver até negócio jurídico de direito material (por exemplo, cláusula compromissória), mas lhe faltará a processualidade.

Ainda de acordo com Cunha (2015, p.22), os requisitos de validade se aplicam aos negócios processuais praticados no procedimento, mas também aos negócios processuais extraprocedimentais, dos quais o exemplo característico é a transação, que está sujeita a duplo regime jurídico, conforme já salientado.

Assim, por exemplo, um recurso objeto de desistência ou renúncia formulada em instrumento particular (fora dos autos) deve seguir o regime de direito processual quanto aos requisitos de validade, o mesmo se podendo dizer quanto ao compromisso, celebrado na pendência do processo.

As regras sobre a invalidade por vício de vontade nos negócios jurídicos civis se aplicam aos negócios jurídicos processuais, quer procedimentais, quer extraprocedimentais.

Note-se que o negócio jurídico já existe com a manifestação da vontade no processo, porque o seu suporte fático se compõe com os respectivos elementos. O ato, porém, enquanto não sobrevier a homologação, será impotente em relação à sua eficácia típica.

Ao lado dos elementos de eficácia já presentes na norma processual (*conditio juris*), indaga-se se haveria, quanto aos negócios processuais, a possibilidade de se lhes inserir o que Pontes de Miranda denominou de “determinações inexas”, isto é, elementos futuros subordinantes da eficácia do ato jurídico, postos pelo exercício da própria vontade do sujeito, que se inexam ao ato jurídico para lhes fazer futuramente irradiar ou cessar a eficácia.

Em síntese, cuida-se de saber se os negócios processuais estariam suscetíveis a condições ou termos, como acontecem com os negócios jurídicos de direito privado. Trata-se, sem dúvida, de um dos grandes e importantes problemas ligado ao estudo dos atos processuais em sentido amplo no plano da eficácia, a respeito do qual, no Brasil, pouco até aqui se elaborou.

Barbosa Moreira (1984, p. 95) salienta que os atos processuais, de regra, não podem ser praticados sob condição ou termo, pois isto atentaria contra a exigência de certeza e segurança no desenvolvimento do processo, embora ele mesmo admita que essa lição deve ser recebida com moderação, porque as condições incompatíveis com os atos processuais seriam aquelas correspondentes a acontecimentos externos do próprio processo. Em outro lugar, o autor defende a existência do recurso adesivo condicionado, assim entendido aquele interposto ad

cautelam, a ser examinado somente se o tribunal der provimento ao recurso principal, enquadrável na classe dos atos processuais sujeitos a condição.

Já Greco (2008, p. 294), embora reconheça que a consequência dos atos do processo não possa sofrer de quebra de continuidade, aceita a possibilidade de se estipular condições ou termos nas convenções das partes (por exemplo, acordo de suspensão de processo, que seria um negócio sujeito a termo; o ajuste para dispensa de prova testemunhal, caso a perícia já deferida esclareça determinado fato).

Alexandre Câmara (2007, p. 271), por seu turno, rejeita a possibilidade de atos processuais sujeitos a termo, mas aceita que sejam sujeitos a condição, desde que o evento futuro e incerto que a configure seja intraprocessual (por exemplo, a cumulação eventual de pedidos, recurso adesivo para eventualidade de ser provido o recurso principal, denúncia da lide, etc), não sendo possível cogitar de condições extraprocessuais.

Parece-nos clara, no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade da estipulação de determinações inexas nos negócios processuais, que acabam limitando o autorregramento da vontade das partes.

O ponto de partida para análise da questão é, certamente, a natureza do ato, daí decorrendo a importância de diferenciar os atos processuais *stricto sensu* dos negócios processuais. As condições (voluntárias, porque as condições legais, *conditio juris*, não interessam à discussão) se relacionam à natureza do ato a que conduz. Exatamente para quem já possui o poder de autorregramento da vontade, as normas jurídicas podem prever que a essa mesma vontade se ligue uma limitação, estipulada pelo próprio sujeito, do efeito jurídico correspondente ao ato. Trata-se de autolimitação da vontade.

Por isso, as determinações inexas, quando admitidas, são próprias dos negócios processuais, já que ligadas ao exercício do autorregramento da vontade no processo. Naturalmente que, no processo, a abrangência das condições voluntárias não tem o mesmo espectro que no direito civil. No plano processual, a regra é os atos processuais não se subordinarem a condições ou termos porque o processo, enquanto procedimento, é um caminhar para a frente, sendo, a princípio, incompatível com o seu desenvolvimento a incidência de fatos temporais voluntariamente estipulados que viessem interferir no seu desenrolar. Trata-se de uma lição clássica.

Todavia, onde há o autorregramento da vontade, pode haver a autolimitação da vontade. As regras processuais, expressa ou implicitamente, em algumas situações, admitem que o negócio jurídico praticado no processo venha acompanhado de uma condição ou termo.

A suspensão condicional do processo é exemplo de negócio sujeito a termo. A lei processual dá as partes a faculdade de acordarem que o processo ficará suspenso pelo prazo que estipularem, até o limite de seis meses (art. 313, II, 4º, CPC-2015). O tempo de suspensão é um termo que adere ao pacto das partes.

Parece-nos que nenhum óbice haveria a que as partes convencionassem a uma condição resolutiva (por exemplo, as partes ajustam a suspensão do processo por seis meses, ou até o outro litígio envolvendo as mesmas partes, o que ocorresse primeiro).

Há, também, hipóteses de negócios jurídicos processuais unilaterais condicionados. O recurso adesivo condicionado, como já apontado, é o exemplo característico.

## **06 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em vista do estudo realizado no presente trabalho, é possível apresentar as seguintes conclusões, sem prejuízo de outras ilações já expostas ao longo do texto:

O atual CPC incorpora os fundamentos das normas constitucionais e busca se adequar ao mundo contemporâneo, conceituando o acesso à justiça não como a simples possibilidade de manifestar a postulação perante o Poder Judiciário, mas como um direito ao devido processo, ou seja, direito às garantias processuais, à igualdade das partes, ao justo procedimento, justo, e, ao mesmo tempo, eficaz e em tempo razoável.

Extraí-se da atual legislação adjetiva a intenção de dar simplicidade e sistematização ao processo civil, bem como uma preocupação maior com o resultado do que a forma a ser seguida, no sentido de promover a satisfação do direito e solução dos litígios de forma rápida e efetiva.

Existe uma tendência mundial, também verificada no Brasil, de por meio da legislação criar institutos para antecipar a satisfação da pretensão. A demora nos processos é um mal, de modo que as medidas para agilizar a Justiça são uma resposta ao grande aumento de acesso ao aparato estatal judicial, à letargia excessiva da justiça, ao acúmulo de procedimentos adotados no anterior Código de Processo, à impossibilidade de flexibilização das normas processuais - que não atendem as demandas com a rapidez desejável.

Neste sentido, foram trazidas à baila as diversas inovações carreadas pelo atual código de procedimentos, sucintamente resumidas no presente estudo, a saber:

No que pertine à conciliação e mediação, de acordo com a nova regra insculpida no art.331 do CPC, nas hipóteses relativas a direitos disponíveis, ajuizada a ação, o réu não mais será citado imediatamente para contestar, e sim, para comparecer a uma audiência de conciliação ou mediação, a depender do tipo de interesse envolvido. Somente com o término da audiência, será concedido ao réu a faculdade de contestar. Entretanto, o novo estatuto excepciona a regra geral (art. 331, §4º, I e II do CPC), quando estabelece que a audiência será dispensada se as partes dispensarem expressamente a composição consensual ou se não for admitida a autocomposição.

O contraditório foi franqueado as partes antes de qualquer decisão, inovando a matéria ao redor assunto (arts. 09 e 10), não importando o grau de jurisdição, ainda que a matéria seja *cognicivalex officio*.

A defesa do réu, por sua vez, não é mais fracionada em peças distintas com prazos igualmente distintos. Anteriormente, existia peça autônoma para



contestar, para alegar incompetência relativa, para opor impedimento e exceção, bem como para impugnar o valor da causa. O art. 337 do CPC/2015 determina que todas as alegações defensivas sejam reunidas numa única peça, o que facilita, e em muito, a defesa do réu.

A partir da nova disposição de regras, sentença, para ser considerada válida perante o novo CPC, deverá atender a requisitos objetivos, elencados no art. 486, §1º. Não basta que a autoridade fundamente, é necessário que ela fundamente concretamente, enfrentando todos os argumentos deduzidos no processo. Seguindo esta linha de inteligência, não se considera fundamentada a sentença que se limite a reproduzir ou indicar, parcial ou totalmente, texto de ato normativo sem que haja interligação com a causa; que utilize conceitos jurídicos vagos ou indeterminados sem que haja pertinência com o que se está discutindo na demanda; que invoque justificativa que prestariam para motivar qualquer outra decisão; que não enfrente todos os argumentos necessários a infirmar a conclusão adotada pelo julgador; que se limite a dispor sobre enunciado de súmula; deixe de seguir a orientação constante no verbete sumular, na jurisprudência ou precedente invocado pela parte sem a devida motivação. Neste último caso, a autoridade sentenciante deverá se manifestar demonstrando a divergência ou superação do entendimento acolhido.

O novo estatuto avançou sobremaneira e facilitou o controle da matéria relativa aos prazos processuais, uma vez que, através do seu art. 217, unificou todos os prazos recursais para quinze dias, contados em dias úteis e não mais em dias corridos, como vigia anteriormente.

De acordo com o art. 12 do novo CPC, a conclusão dos processos deverá obedecer a uma ordem cronológica, independentemente da natureza ou complexidade da matéria tratada, salvo as exceções elencadas no art. 12, §2º, do mesmo Estatuto.

O novo Código de Processo Civil, em seu art. 294, dispõe que a tutela provisória pode-se fundamentar em tutela de urgência ou de evidência. Embora não exista referência expressa no CPC de 1973, a tutela de evidencia está presente no inciso II, do art.273, já examinado, o qual se refere a concessão de antecipação da tutela fundada no abuso do direito de defesa ou no manifesto propósito protelatório do réu. O novo CPC representa significativas inovações acerca dessa temática, que merecem ser ressaltadas a fim de obter uma melhor compreensão desse instituto no processo civil brasileiro. Inicialmente, importa destacar que o novo CPC prevê

expressamente em seu texto a tutela de evidencia, colocando-a em seu título próprio, ao lado da tutela de urgência. O que se revela adequado vez que ambas possuem a finalidade de minimizar os estorvos advindos de uma prestação jurisdicional tardia, apesar de apresentarem peculiaridades próprias. O legislador consolidou a tutela antecipada como um mecanismo processual para adiantar provimentos de natureza cautelar ou satisfativa, podendo se fundamentar tanto em urgência como em evidencia. Observa-se uma melhor organização da matéria e um realce conferido ao instituto da tutela de evidencia, discriminando as hipóteses de sua incidência. Assim, o novo CPC avança em direção a celeridade e efetividade processual, da seguinte maneira, resumidamente: o parágrafo único do art.311 do CPC dispõe que nas hipóteses dos incisos II e III o juiz pode decidir liminarmente sem ouvir a parte contrária. Nos demais casos, a tutela pode ser deferida antecipadamente após ser ouvida a parte contrária, cabendo agravo de instrumento da decisão interlocutória de deferimento ou indeferimento da tutela de evidencia e apelação quando deferida ou indeferida na sentença de forma definitiva.

Em importante inovação traduzida nos arts. 924 e 925, o estatuto processual orienta aos juízes e tribunais a seguirem a jurisprudência consolidada e os enunciados da súmula, em nome da segurança jurídica dos que operam o direito e lhe são subordinados, positivando, desta forma, a uniformização da jurisprudência.

Se, quando da vigência do CPC/73, parte da doutrina e jurisprudência defendia a possibilidade de proferimento da sentença parcial de mérito, o novo CPC, atendendo a um anseio muito importante, o estabeleceu através do seu art. 353. O referido artigo possibilita que no curso de procedimento, existindo um acúmulo de ações, o juiz pode julgar uma delas antecipadamente, ainda que as demais ações existentes não estejam aptas para julgamento. A iniciativa do referido artigo contribui para a efetividade processual, haja vista a possibilidade de solução de demandas teoricamente menos complexas, sem que haja a necessidade de se aguardar a resolução de todas as demandas existentes em todo o plexo processual.

O art. 85, § 19, do atual CPC institui a regra de que advogados públicos passam a ser os destinatários diretos dos honorários de sucumbência, entendendo-se como advogado público aquele a quem cabe a representação judicial dos órgãos e poderes da União e Estados e Distrito Federal. Calha ressaltar que o referido dispositivo ainda não pode ser implementado, por depender de legislação que o regularize.

Com relação à distribuição do ônus da prova, o atual Código de Processo Civil, em seu art. 373, por seu turno, repete as disposições constantes do código anterior, mas lhe acrescenta um parágrafo primeiro com redação inédita, estabelecendo que diante da impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo, o juiz poderá atribuir o ônus da prova de modo diverso, possibilitando a parte a se desincumbir de produzi-lo. Tem-se, nesse dispositivo, o acolhimento expresso de regra permitindo ao magistrado a inversão do ônus da prova com base na teoria das cargas probatórias dinâmicas, atendendo a um forte reclamo de parte da doutrina nacional. Agora, de forma expressa, pode o magistrado disciplinar os encargos probatórios de maneira diferente da que apresentada previamente pelo legislador, devendo, por óbvio, ser fundamentada a sua decisão.

Os negócios jurídicos processuais, atos de disposição processual ou convenções processuais, são os atos processuais, de caráter negocial, que constituem, modificam ou extinguem uma situação jurídica processual. Como meio de efetivação do modelo cooperativo, na busca pela garantia do acesso à justiça, deve-se buscar os mecanismos processuais mais adequados, sob pena de tornar ineficazes todas as premissas estabelecidas. É nesse sentido que, além dos deveres genéricos tradicionais apresentados pelo modelo cooperativo de processo, é que se podem vislumbrar os negócios jurídicos processuais. Observa-se que os negócios jurídicos processuais, com o seu regramento próprio, devem balizar-se a partir dos deveres inseridos no modelo cooperativo do processo, posto que são indissociáveis quanto ao fim almejado. Neste momento em que se deseja apenas discorrer brevemente sobre o instituto – uma vez que seu estudo será aprofundamento em momento oportuno, pode-se afirmar que o fator determinante para gerar a atuação cooperativa entre os sujeitos processuais parte, de maneira obrigatória, da possibilidade das partes, em conjunto com o Estado-Juiz, decidirem acerca de outras questões processuais, além do procedimento a ser adotado. Os negócios jurídicos processuais tratam-se, em sua acepção mais usual, de fatos jurídicos em cujo suporte fático esteja conferido aos sujeitos o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, determinadas situações jurídicas processuais (Braga, 2007).

Como visto, as referidas alterações reforçou aspectos éticos do processo, afastando-o da neutralidade face as escolhas valorativas do Estado, bem como

transformando-o em importante instrumento a serviço da sociedade para a efetivação dos direitos e valores reconhecidos no texto constitucional.

Nesses moldes, as modificações operadas no novo CPC devem ser traduzidas como uma autorização do legislador para que se efetive uma prestação jurisdicional de qualidade e de forma equânime, capaz de satisfazer as pretensões dos indivíduos e afirmar seus direitos, o que demandou, como visto neste breve panorama, transformações na estrutura e conteúdo dos institutos jurídicos já existentes, bem como a criação de novos mecanismos.

Como visto, as referidas alterações tiveram como escopo reforçar os aspectos éticos do processo, afastando-o da neutralidade, e transformando-o em importante instrumento a serviço da sociedade para a efetivação dos direitos e valores reconhecidos no texto constitucional.

Além de analisarmos as alterações trazidas com o CPC/2015, abordamos também, neste trabalho, um pouco a respeito dos fatos jurídicos processuais, definidos como os eventos que abrangem manifestações de vontade, condutas e fenômenos da natureza, contemporâneos a um procedimento a que se refiram, descritos em normas jurídicas processuais.

Constatou-se, também, que, diferentemente dos fatos processuais, surgem situações jurídicas processuais (qualidades, poderes e relações jurídicas processuais), exercitáveis em um dado procedimento.

Da leitura dos estudos, restou esclarecido que o negócio processual é o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático, descrito em norma processual, esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou de estabelecer, dentre dos limites ficados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais. Estando ligado ao poder de autorregramento da vontade, o negócio jurídico processual esbarra em limitações pré-estabelecidas pelo ordenamento jurídico, como sucede em todo o negócio jurídico.

No processo, torna-se difícil cogitar de alguma manifestação de vontade compondo o suporte fático do negócio jurídico processual que não seja declarada, até mesmo pela existência de formalização da prática dos atos processuais em sentido amplo. Nada obstante, parece-nos mais conveniente adotar a ideia de manifestação de vontade como elemento essencial ao negócio jurídico processual, o que, por conseguinte, não exclui as vontades declaradas.

As vontades manifestadas através dos atos processuais *lato sensu* são sempre receptícias, ainda que se trate de negócios unilaterais. Entretanto, esta exigência não se aplica aos negócios extraprocedimentais, já que estes atos ingressam no mundo jurídico com a simples manifestação da vontade, gerando, inclusive, de regra, as situações jurídicas processuais correspondentes.

Nesse processo, o autorregramento da vontade mostrou-se bem mais restrito do que nas relações de direito privado. Em muitos dos negócios processuais, inclusive, os efeitos já se encontram todos pré-estabelecidos na norma processual. Isso, contudo, não lhe retira o caráter negocial, porque há, nessas situações, liberdade de escolha, embora em grau mínimo.

Da mesma forma, foi verificado que, em relação ao ônus da prova, o Código de Processo Civil de 2015 acolheu expressamente em seu corpo a teoria dinâmica e, com isso, abriu espaço para que os magistrados possam fazer a inversão do ônus da prova na generalidade dos processos sob sua apreciação, desde que, evidentemente, sejam atendidos os requisitos da lei – excessiva dificuldade de uma parte ou maior facilidade da outra em produzir prova.

Os limites, que conformam o agir livre e autônomo dos sujeitos na celebração de negócios processuais unilaterais e bilaterais, ainda que flexibilizem a teoria dos encargos probatórios, correspondem à observância do formalismo processual, entendido como a “totalidade formal” do processo, abrangendo não somente as formalidades, mas a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, a organização do procedimento a fim de que suas finalidades essenciais sejam alcançadas.

Para os negócios processuais que possuam conteúdo de direito material, como a transação, quando celebrada no processo ou contemporaneamente a ele, deverão observar as exigências e o regime jurídico processual, mas, ao mesmo tempo, no que concerne a seu objeto, as regras do direito material.

As decisões judiciais, quando ostentem o caráter do negócio jurídico processual, podem, em certas ocasiões, conter determinações inexas (condição ou termo, tal como definidos no direito civil).

Por meio das cláusulas gerais se veiculam normas jurídicas que outorgam ao juiz o poder de autorregramento da vontade, gerando assim, a prática de negócios processuais judiciais.

Do enquadramento dos pronunciamentos jurisdicionais na categoria do negócio jurídico processual, resulta, como conseqüências práticas importantes, a possibilidade de utilização de determinações inexas nas decisões judiciais, superando positivamente o problema da admissibilidade das decisões ou sentenças condicionais (que, por isso, podem ser admitidas no direito brasileiro).

Desta feita, a conclusão que se chega é que as limitações incidentes sobre os institutos apontados, são, em verdade, uma constatação de que o processo civil, além de ser igualitário, deve ser democrático e deve, sim, respeitar os limites constitucionais, processuais e materiais impostos na legislação vigente. Atualmente, com a possibilidade de abertura de flexibilização do procedimento normativo civil à vontade das partes, vivemos um momento de evolução do processo - e não a involução, que estaria caracterizada pela autonomia da vontade sem precedentes, irrestrita, irresponsável e indigna.

## **REFERENCIAS**

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008
- ARRUDA, Alvim. *Manual de direito processual civil*. 16.ed.São Paulo: Ed. RT, 2013
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico – Plano de existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2000
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*. In: Temas de Direito Processual, terceira série. São Paulo: Saraiva, 1994
- BETTI, Emilio. *Teoria Geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008
- BRAGA, Paula Sarno. *Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, junho, 2007
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil, I*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007
- CARNELLUTTI, Francesco. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Classic Book, 2000
- CARVALHO, Thiago Mendes de. *Os negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)*. Disponível em <<https://dspaceprod02.grude.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/RDUFGM/1511/THIAGO%20MENDES%20DE%20CARVALHO.pdf?sequence=1>> acesso em 05/03/2017
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1988
- COSTA JUNIOR, Olimpio. A relação jurídica obrigacional: situação, relação e obrigação em direito. São Paulo: Saraiva, 1994. Anotações sobre a noção de ônus da prova em Pontes de Miranda. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia: Homenagem a Prof. Marília Muricy Machado Pinto*. 2012, Salvador.
- CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015
- 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.* Salvador: JusPodivm, 2015

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil.* Salvador: JusPodivm, 2010

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais.* Salvador: JusPodivm, 2012

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Malheiros, 2009

GODINHO, Robson Renault. Anotações sobre a noção de ônus da prova em Pontes de Miranda. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia: Homenagem a Prof. Marília Muricy Machado Pinto.* Nº 24. Ano 2012.1. Salvador.

GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil.* 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1997

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do "ônus dinâmico da prova" e da "situação do senso comum" como instrumentos para assegurar o acesso a justiça e superar a *probatio diabolica*. In *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira.* Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim (coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

LIBERATO FILHO, JOÃO. *Repensando a jurisdição a partir do modelo cooperativo de processo e dos negócios jurídicos processuais.* Disponível em <<https://jfliberatofilho.jusbrasil.com.br/artigos/311632167/repensando-a-jurisdiacao-a-partir-do-modelo-cooperativo-de-processo-e-dos-negocios-juridicos-processuais>>

acesso em 06/03/2017

LIBERATO FILHO, JOÃO. *Repensando a jurisdição a partir do modelo cooperativo de processo e dos negócios jurídicos processuais.* Disponível em <

<https://jus.com.br/artigos/47114/repensando-a-jurisdiacao-a-partir-do-modelo-cooperativo-de-processo-e-dos-negocios-juridicos-processuais>>

acesso em

06/03/2017

MACEDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi. A dinamização do ônus da prova sob a ótica do novo Processo Civil. In: *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo CPC.* FREIDE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle;



- DIDIER Jr., Fredie; MEDINA, José; FUX, Luiz; MIRANDA, Pedro (Org). Salvador: Juspodivm, 2014
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano de existência. São Paulo: Saraiva, 2000
- MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Da ineficácia civil: reflexões críticas. Estudos em honra do professor José de Oliveira Ascenção*. Coimbra: Almedina, 2008
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa de. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. Tese de Doutorado, Salvador, UFBA, 2011. Disponível em <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10743/1/Pedro%20Henrique.pdf> acesso em 04/03/2017
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa de. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org). *Leituras complementares de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2010
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, I*. Rio de Janeiro: Forense, 1997
- PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. *Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: As influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil*. Revista eletrônica de Direito Processual – REDP. Vol. 16. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index> acesso em 06/03/2017
- SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso a Justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011
- SOUZA, Wilson Alves de. *Ônus da prova: considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas*. In: *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA: edição em homenagem ao Prof. João Sento Sé*. Salvador, 1999
- SOUZA, Wilson Alves de. *A jurisdição*. In *O direito processual em transformação*. Salvador: Dois de Julho, 2016
- VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no Direito*. São Paulo: RT, 2003