



NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA: ASPECTOS GERAIS E APLICAÇÃO PRÁTICA

Débora Letícia Nogueira De Almeida TELES¹

RESUMO: O Presente artigo foi desenvolvido em face do Novo Código de Processo Civil, abordando a admissibilidade dos negócios jurídicos processuais, sobre a distribuição do ônus da prova, objetivo abordar os aspectos teóricos e práticos, as convenções processuais em matéria probatória, convenções essas que intensifica a cooperação entre os litigantes. A pesquisa foi desenvolvida nos métodos comparativo e dialético, com a utilização do meio de pesquisa bibliográfico, as convenções processuais e possibilidade da flexibilização do onus da prova, para maior efetividade da resolução do litígio.

Palavras-chave: Ônus Da Prova. Negócio Jurídico. Prova. Novo Código de Processo Civil. Direito Probatório.

1 INTRODUÇÃO

É nítido a mudança e evolução que o processo civil teve ao longo da história, um grande marco foi sua independência científica, e assim evoluiu mas sempre com um impasse entre o privatismo e o publicismo, ainda que tenha a compreensão do processo de uma relação jurídica de direito público, constituída com as os jurisdicionados e o Estado- juiz, a autonomia privada foi consolidando ao longo dos anos. Com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015, trouxe um processo cooperativo, onde os jurisdicionados operam em conjunto, ainda que cada um opere conforme seu interesse, as partes cooperam para a maior efetividade na resolução do litígio.

O negócio Jurídico processual e a distribuição do ônus da prova, foram institutos, que já eram previstos no Código de 73, mas de forma ainda retraída, com o novo código houve ampliação nesses institutos, tocante ao negócio jurídico

¹ Discente 3º ano do Curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Pesquisadora bolsista no Grupo de Iniciação Científica “Novo Processo Civil Brasileiro: Garantias Fundamentais e Inclusão Social” do Programa de Iniciação Científica do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: deboraleticianogueiradealmeida@gmail.com.

processual as partes podem fazer convenções típicas mas também atípicas ,podendo os jurisdicionados adaptarem o procedimento ao caso concreto. Outro avanço foi no tocante a matéria probatória que no código de 73 antes adotada a teoria estática, mas com o novo código veio possibilidade dinâmica do ônus da prova, possibilitando convenções processuais em matéria probatória objeto de pesquisa do presente artigo.

Primeiro trataremos do negócio jurídico processual, seus aspectos gerais, e ampliação que trouxe o novo Código de 2015, antes previstos as convenções processuais típicas, agora com a clausula geral possibilitando convenções processuais atípicas previsto no art. 190 do Código de Processo Civil.

No capítulo segundo será analisado a distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro, analisando o art. 373 do Código de Processo Civil, e seus parágrafos, principalmente o parágrafo terceiro, que trata da possibilidade de as partes convencionarem sobre a distribuição do ônus da prova, salvo as exceções já existentes.

O capítulo terceiro, será abordado os dois institutos negócio jurídico processual e ônus da prova aspectos práticos e relevantes, essa ampliação do código a liberdade das partes, tem aplicabilidade e dá efetividade a resolução do litígio?

Por fim a conclusão da presente pesquisa.

2 NEGÓCIO JURIDICO PROCESSUAL (ASPECTOS GERAIS)

A possibilidade de as partes participarem do processo, e ter autonomia ganhou destaque com o novo Código de Processo Civil, no processo civil as partes convencionam sobre atos do processo não se confundindo com direito material ou com o negócio jurídico previsto no direito civil, apesar de os dois ter autonomia de vontade o negócio jurídico processual, tem vontade de ingressar o ato e produzir resultado.

Alguns doutrinadores como Robson Godinho cita o conceito concebido pelo português Miguel Teixeira de Sousa (2015, p. 134), ele traz “os negócios processuais são atos de caráter negocial que constituem, modificam ou extinguem uma situação processual, produzindo efeitos processuais”, para ele manifesta a vontade de produzir a declaração negocial, um pensamento e a vontade de produzir

efeito em um processo pendente ou futuro. Godinho traz “a característica relevante para definir um ato como negócio jurídico é o fato de a vontade estar direcionada não somente para a prática do ato, mas também para a produção de um determinado efeito jurídico”.

Para Freddie Didier Jr. e Pedro Nogueira (2013, pag.59) sustenta que negócio jurídico processual “é o fato jurídico voluntário cujo suporte fático baseia-se no poder do sujeito em escolher a categoria jurídica ou estabelecer certas situações jurídicas processuais, desde que dentro dos limites fixados pelo próprio ordenamento jurídico”. O que quer dizer que mesmo que os efeitos decorram da lei, sem que os jurisdicionados escolham os efeitos haverá negócio jurídico processual, as partes manifestam sua vontade no que almeja para produzir, mas não de regular seus efeitos, podendo o resultado ser derivado da lei ou da vontade do agente.

Portanto negócio jurídico parte da autonomia privada onde as partes expressam a manifestação de vontade, com efeitos legais ou convencionais, para serem aplicados futuro ou atual podendo criar, modificar, extinguir situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento. O negócio jurídico processual pode ser classificado em unilaterais quando o negócio jurídico é praticado por um único sujeito, ou quando as consequências estabelecem obrigações que oneram apenas um sujeito, como exemplo a escolha do juízo da execução (art. 516, parágrafo único, Código de Processo Civil/15), ou a desistência da penhora (art.851, III, Código de Processo Civil/15). Pode ser classificado como bilateral ou plurilateral, quando praticados por mais de um sujeito, e suas consequências estabelecem obrigações e regras que celebram o acordo como exemplo a distribuição diversa do ônus da prova (art. 373, §3º e 4º, Código de Processo Civil/15), suspensão convencional do processo (art. 313, II, Código de Processo Civil/15), cláusula arbitral (art. 42, Código de Processo Civil/15) e prazos peremptórios (art. 222, §1º, Código de Processo Civil/15).

O art. 190 do Código de Processo Civil, está previsto o negócio jurídico processual, nele traz a possibilidades das convenções processuais, sobre direitos que admitam autocomposição, e poderão as partes convencionarem sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres do processo, e pode ser convencional antes ou durante o processo.

As convenções processuais, pode modificar regras processuais ou procedimentais, onde a regra geral não incide, temos como exemplos as

convenções sobre a prorrogação da competência, Antonio Cabral trata essas convenções como acordos dispositivos, ele divide também as convenções processuais como acordos obrigacionais, que versa essas convenções a criar, modificar ou extinguir obrigações processuais, nestes acordos convencionam-se prerrogativas processuais, como exemplo a convenção sobre o onus da prova, tema esse que ainda será abordado no presente estudo, em se tratando de matéria probatória pode essas convenções ser dispositivas ou obrigacionais, as partes podem estipular mudanças no procedimento probatório ou invertendo o onus da prova, ou até mesmo abrir mão de determinado meio de prova, o que leva em consideração é a vontade das partes, seja na alteração de procedimento ou criar modificar ou extinguir situações jurídicas processuais.

Analisando ainda o art. 190 do Código de Processo Civil, nele está previsto os negócios jurídicos processuais típicos as previstas expressamente, essas convenções processuais típicas, já está aceita na doutrina, tendo em vista que o Código de Processo Civil/73 já estava previsto no art. 158 (art. 200 Código de Processo Civil/2015) a possibilidade das convenções processuais, por meio de declaração unilaterais ou bilaterais da vontade. Mas grande parte da doutrina, não era a favor das convenções processuais, com o argumento em que o processo tem os efeitos decorrente da lei e intervenção processual e não pela vontade das partes. Esquecendo até mesmo que era possível além de convenções processuais típicas mas também atípicas, são as criadas pela autonomia privada, mesmo que sem previsão legal.

Com o novo código e o modelo de processo cooperativo, as convenções processuais teve uma ampliação em face das partes no processo e passou a prever expressamente no art. 190 a possibilidades dos negócios jurídicos processuais atípicos, que é chamada de cláusula geral de negociação processual, possibilitando as partes maior liberdade, e respeitando ao auto regramento das vontades, permitindo a criação de novas hipóteses de convenções processuais sobre os sujeitos do processo seja, no âmbito da disposição do seu ônus, poderes, faculdades ou deveres processuais ou ajustes no procedimento.

O código de 2015 não ampliou apenas o negócio jurídico atípico, mas também o típico, inclusive em matéria probatória, como a convenção sobre distribuição do onus da prova (art. 373 §§3º e 4º Código de Processo Civil/15), a escolha consensual do perito (art. 471 Código de Processo Civil/15), importante

ressalvar que em matéria probatória a existências de convenções processuais típicas e atípicas, independente de qual seja o instrumento utilizado as duas configura o exercício da autonomia privada, mas com toda a liberdade dada as partes, tem de haver limites a essa liberdade, nas convenções típicas a legislação prevê limites, o que não acontece nas convenções atípicas que trazem poucos parâmetros a serem observados, tendo em vista a clausula geral que abri espaço a essas convenções, limites esses que desafia a doutrina, portanto, deve se observados os limites legais ou doutrinários para que não tenha insegurança jurídica, mas que crie um cenário seguro para realizar as convenções processuais.

Importante analisar quando as partes podem convencionar sobre o processo, pelo art.190 do Código de Processo Civil, as partes podem convencionar ou estipula mudanças dentro ou fora do processo, antes mesmo de haver litigio as partes podem convencionar sobre processo futuro, as partes também poderão convencionar sobre atividades processuais extrajudiciais como a realização da audiência de conciliação.

Segundo Cadiet (2017 p.80), “a convenção realizada previamente à existência de conflito entre as partes é um exercício de sabedoria contratual”, tendo em vista que as partes estão mais propicias ao acordo antes do litígio, ainda que seja desejável que haja convenções antes do litigio nada impede das convenções ocorrer durante o processo, há momentos importantes durante o curso do processo que as convenções processuais é importante para obter um tutela jurisdicional mais efetiva e adequada ao caso concreto, como por exemplo a audiência de saneamento compartilhado prevista no art. 357, §3º do Código de Processo Civil/15.

Vale ressaltar que para a realização do negócio jurídico processual as partes tem que ser capaz, declaração de vontade valida, tendo em vista, que essa declaração de vontade tem que condizer com os efeitos em que ele deseja obter dentro do processo portanto a manifestação de vontade não pode estar com vicio, ou seja, ela não deve ser o resultado de dolo, coação, lesão, estado de perigo ou erro substancial, deve ser analisado a declaração de vontade. Leonardo Carneiro da Cunha pontua:

As noções de parte expressiva da doutrina consideram que a característica marcante dos negócios é a vontade ou a vontade declarada. Atribui-se à vontade um poder criativo de efeitos jurídicos, formando-se o chamado dogma da vontade. Desse modo, a declaração e os efeitos produzidos

decorrem da vontade do sujeito de direito; a vontade humana produziria, por si, efeitos jurídicos.

No que tange as convenções processuais, não pode de deixar exposto a boa-fé, os sujeitos devem agir de forma cooperativa e respeitando a boa-fé objetiva, como disposta também no art.5 do Código de Processo Civil: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”, portanto a boa-fé deve ser observada em todas as fases da negociação processual.

As formas que podem ser feitas as convenções processuais pode ser extraída a partir do art. 188 Código de Processo Civil, por este artigo prevê que não a forma determinada, salvo as expressas e lei, portanto as convenções podem ser firmadas até mesmo verbalmente, ainda que a lei não prevê é aconselhável que seja de forma escrita, para maior segurança pode ter forma expressa ou tácita como por exemplo na alteração do foro, o que vale na convenção é a vontade das partes, vale ressaltar que o consentimento das partes sejam livres para a realização do convenção processual, tendo um equilíbrio entres as partes, buscando a “paridade de armas” para evitar o desequilíbrio entre as partes, para evitar eventual nulidade, ou seja se houver uma parte vulnerável terá que analisar o caso concreto, se houve ou não desigualdade na convenção processual.

Como já apontado acima as partes convencionam o negócio jurídico processual, mas e o juiz? Qual o papel dele nas convenções processuais? O parágrafo único. 190 do Código de Processo Civil traz:

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

Cabe ao juiz portanto analisar a validade da convenção processual, e não de analisar se é conveniente a convenção processual, o juiz fara o controle de validade se dará após como previsto o art.200 do Código de Processo Civil, a vontade das partes produzem efeitos assim que pronunciados, tendo em vista que as convenções pode ser feitas antes mesmo de haver litigio. O juiz fara esse controle de validade por ofício, como previsto no código mas priorizando o contraditório do art. 10 do Código de Processo Civil, o juiz deve dar oportunidades

as partes para se manifestar sobre a invalidade por ele avistado, poderá o juiz decretar invalidade quando houver prejuízo a uma das partes, neste entendimento enunciado 16 do FPPC: “O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo”.

Se não houver prejuízo ou invalidade o negócio jurídico processual terá efeito, não e necessário o juiz homologar o negócio jurídico processual, salvo em casos excepcionais, mas a homologação não descaracteriza a convenção processual, Freddie Didier Jr. pontua que “os negócios jurídicos processuais que tenham por objeto situações jurídicas processuais - ônus, faculdades, poderes e deveres - dispensam homologação judicial, enquanto aqueles que versam sobre mudanças no procedimento podem se sujeitar à homologação” (art. 357, §2º do Código de Processo Civil/15). Analisado a primeira parte do estudo o negócio jurídico processual passaremos ao estudo da Distribuição do onus prova.

3 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O estudo deste tema como diz os doutrinadores “que a prova é a alma do processo de conhecimento” por essa relevância, no processo prova passou por várias mudanças, e construções doutrinarias e jurisprudenciais, o novo Código de Processo Civil trouxe inovações probatórias, a primeiro momento deve se entender que a prova deve ser trazida para o processo para colaborar na cognição do juiz, para a veracidade dos fatos alegados, a prova tem grande relação com o princípio do contraditório, tendo em vista, na participação para a formação da decisão do juiz como está previsto no art.369 do Código de Processo Civil.

A natureza jurídica da prova foi muito discutida, em ser de natureza processual, ou de direito material, ou mista processual e material, ou ainda natureza constitucional, pode se portanto entender que ela e de natureza processual constitucional, tendo em vista, que a prova e utilizada para o convencimento do juiz, portanto, a distribuição dinâmica do onus da prova é de suma importância para o resultado do processo, concretizando um direito fundamental, portanto pode se dizer e um contencioso constitucional.

O art. 373 do Código de Processo Civil, traz a disposição legal sobre o onus da prova, com inovação a distribuição dinâmica do onus da prova como traz Eduardo Cambi (2006 p. 316):

Fala-se de carga dinâmica posto que não está atrelada a pressupostos prévios e abstratos, desprezando regras estáticas, para considerar a dinâmica- fática axiológica e normativa- presente no caso concreto, a ser explorada pelos operadores jurídicos (intérpretes).

O parágrafo primeiro do art. 373 do Código de Processo Civil traz § 1º a possibilidade do juiz trazer de modo diverso o onus da prova, diante de peculiaridades de causa relacionada a impossibilidades ou a excessiva dificuldades de cumprir o encargo previsto no caput ou a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, o juiz devera fundamentar sua decisão, e também dar a parte oportunidade para cumprir o onus a ela atribuído. com esta previsão no novo código deixa o modelo estático previsto código de 73, e adota uma sistema misto como aponta Daniel Amorim Assumpção Neves, tendo em vista que ainda reproduz a antiga regra estática no caput do art. 373 do Código de Processo Civil, o parágrafo primeiro trouxe a flexibilização no caso concreto.

O onus da prova pode ser distribuído de forma legal, forma judicial ou convencional, que é o tema do presente estudo previsto no art. 373 parágrafo terceiro do Código de Processo Civil as partes podem convencionar sobre o onus da prova antes ou durante o litigio, desde que não trate de direito indisponível de uma das partes, ou se torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito, vale ressaltar, que ainda que as partes convencie sobre a parte probatória, não inibe a iniciativa do magistrado sobre a parte probatória. Analisado os dois temas do presente estudo, será analisado a junção dos dois institutos.

4 NEGÓCIO JURIDICO PROCESSUAL E ONUS DA PROVA: ASPECTOS PRÁTICOS RELEVANTES

A partir daqui analisaremos há possibilidades das convenções processuais e o onus da prova, como já visto acima os dois institutos fazem parte de um processo cooperativo, e uma maior efetividade e um processo justo, o art. 373 no parágrafo terceiro e quarto do Código de Processo Civil dispõe:

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo

Como disposto no artigo 373 as convenções pode ser antes ou durante o processo, assim as partes podem decidir sobre a matéria probatória do processo, ainda que o juiz não interfere na convenção processual, quando se diz respeito a convenção processual probatória o juiz será vinculado ainda que não seja necessário a homologação, nesse aspectos a duas correntes doutrinárias que diverge a primeira entende que o juiz não pode fazer parte da negociação processual defendida por Antonio Passo do Cabral, e a outra corrente que é adotada pela maioria entende que o juiz pode ser parte do negócio jurídico processual, tanto nas convenções típicas como atípicas.

Titina Maria Pezzani e Cândido Rangel Dinamarco tem o entendimento que os acordos probatórios são como negócio jurídico substancial com efeitos processuais, portanto, a convenção processual em matéria probatória, tem aplicação no processo ativa em que as partes cooperam para a efetiva resolução do litígio.

Uma recente possibilidade convenção processual em matéria probatória foi A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei n.º 13.874/2019) no artigo 18, I, trouxe a possibilidades em que as partes, de comum acordo, escolher o meio de comprovação eletrônica de autoria, integridade e confidencialidade de documento particular. Como visto em uma lei recente as convenções processuais de matéria probatória vem se aperfeiçoando cada vez mais a doutrina traz alguns exemplos de convenções probatórias como a previsão de utilização de meios atípicos de prova, a dispensa de prova pela fixação em contrato da versão dos fatos que deve ser observada em juízo. Conclui-se, portanto, as partes convencionando sobre a matéria probatória, contribui para uma efetiva resolução do litígio.

5 CONCLUSÃO

Finalizo o presente estudo concluindo que com o advento do novo Código de Processo Civil, as partes passaram a ser verdadeiras autoras do

processo, com a ampliação do negócio jurídico processual , com a clausula geral, podem as partes convencionarem de forma cooperativa com litigio, não que uma esteja ajudando a outra, mas cada uma contribuindo para uma efetiva resolução de litigio de forma justa, a autonomia de vontade contribui para o processo.

Primeiro foi analisado o negócio jurídico processual, suas características possibilidades e limitações, após a distribuição dinâmica da prova. E concluindo com a aplicação dos dois institutos na aplicação prática, traz um ganho para o processo, norteados dos princípios da boa-fé celeridade cooperação, finalizo o presente estudo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 52-80

CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. 2. ed. rev. Atual. e ampl. - Salvador: JusPodivm, 2016, p.

CADIET, Loïc. Perspectivas sobre o **Sistema de Justiça Civil Francesa** – Seis Lições Brasileiras. São Paulo: RT, 2017, p. 80.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 222

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: Admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006, P.316

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**

DIDIER JR; Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 59-66

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual, v. III, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 77.

GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. São Paulo: RT, 2015, p. 134

MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica**. São Paulo: RT, 2017, p. 394.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 2 ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 264-266

PEZZANI, Titina Maria. **Il regime convenzionale delle prove**. Milão: Giuffrè, 2009, p. 76.