

30. DO HIPERPUBLICISMO AO HIPERPRIVATISMO: AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS NO NOVO CPC

Clarissa Diniz Guedes

Gabriel Coutinho Galil

Palavras-chave: Convenções Processuais. Direito à Prova. Publicismo.

O trabalho objetiva analisar o cabimento e os limites das convenções processuais de matéria probatória, por meio da cláusula geral incluída no artigo 190 do Código de Processo Civil (CPC) sob a ótica do direito à prova como um direito fundamental implícito na ordem constitucional e nos tratados internacionais de Direitos Humanos. Sob essa perspectiva, pretende-se evidenciar os limites das referidas convenções para que não resultem como um óbice à tutela jurisdicional justa.

O estudo sobre as convenções processuais situa-se no centro do debate entre o privatismo e o publicismo no processo civil, uma vez que possibilita a influência significativa da autonomia da vontade das partes em um processo concebido, tradicionalmente, como público e ditado por normas cogentes (CABRAL, 2016 p. 104). Apesar do referido debate ter-se intensificado nos anos 2000 (GRECO, 2008), evidencia a influência das concepções ideológicas e, na visão de alguns, poéticas¹, assim como ocorre em qualquer diploma legal (AROCA, 2006 p. 16).

Os ideais liberais vigentes no século XIX foram fundamentos da concepção privatista do processo civil nesse período. O princípio dispositivo, ainda vigente, possuía contornos muitos mais rígidos. A faculdade de dar início ao processo era privativa da parte, como ainda é contemporaneamente, mas também era privativa qualquer possibilidade de determinar a pretensão, a resistência e o andamento do processo. Em contrapartida, havia o dever de abstenção para o juiz de praticar

¹ Apesar de os autores estudados abordarem o reflexo das ideias políticas nos ordenamentos jurídicos de maneira generalista, observa-se que eles referem-se somente aos ordenamentos jurídicos ocidentais, principalmente aos diplomas legais europeus e os latino-americanos, profundamente influenciados pelos europeus.

qualquer ato, de ofício, que impedisse ou extinguisse os direitos de uma das partes. Assim, o magistrado não poderia sequer analisar os pressupostos processuais ou avançar nas fases do processo, senão por iniciativa das partes. Mas a limitação à atuação judicial mais relevante para o tema abordado era o monopólio da iniciativa probatória para as partes, sendo o juiz, em alguns ordenamentos, impedido de realizar qualquer impulso de ofício para a produção de provas (AROCA, 2006, p. 305).

Inaugurado pelo código de processo prussiano em 1895, identifica-se um afloramento do que se chamou de publicismo no processo civil durante o século XX, resultando no rebaixamento da iniciativa das partes para segundo plano e no protagonismo judicial (GRECO, 2008), encerrando a ideia das partes como donas do processo (AROCA, 2006, p. 306). O processo deixa de ser concebido como instrumento de realização de direitos individuais das partes e passa objetivar a concretização de interesses públicos, como a resolução de conflitos, educação social e promoção da igualdade. A jurisdição, então, tornava-se o exercício do poder estatal, realizando escopos políticos, primeiramente, e somente em segundo plano estavam os interesses das partes (CABRAL, 2016). Esse autoritarismo judicial, que concede ao juiz diversas faculdades *ex officio*, principalmente no impulso oficial em matéria probatória, na busca de uma verdade real, coloca-se, em geral, como produto de regimes autoritários e fascistas do século XX (GRECO, 2008), sendo chamado de um excesso publicista ou hiperpublicismo. Tal pensamento ainda é vigente na doutrina processual brasileira, que elenca como escopo magno da tutela jurisdicional a pacificação social e relega para segundo plano até mesmo a defesa de direitos fundamentais (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014 p. 29).

Com o marco de reconstitucionalização pós-guerra na Europa e a consequente centralidade jurídica dos direitos fundamentais, busca-se combater o autoritarismo judicial, retomando a ideia do processo como meio apto a realizar direitos subjetivos e não objetivos. Essa reconstrução processual tem por base as garantias processuais que compõem o devido processo legal, como a retomada do princípio dispositivo em detrimento do inquisitório e a garantia do juiz natural. No entanto, vem acompanhada do protagonismo da autonomia privada no processo civil, já debatido na segunda metade do século XX na Europa Ocidental (CABRAL, 2016). A autonomia privada coloca-se como fundamento da *Ley de Enjuiciamiento Civil*,

promulgada na Espanha em 2000 (AROCA, 2006), que evidencia o retorno da ideologia privatista aos ordenamentos jurídicos no século XXI.

Essa retomada privatista tem, para alguns, como ideia-força a máxima *in dubio pro libertate*, que aplica a tese da vinculação negativa à lei, típica das relações privadas, ao processo civil (CABRAL, 2016). Ou seja, aquilo que não é proibido, é permitido. Assim, apesar de o processo continuar sendo ditado por normas cogentes de direito público, o vazio normativo poderia ser preenchido pela autonomia privada. A ideia privatista encontra-se amplamente albergada no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015. Isso porque, apesar de existirem previsões específicas sobre convenções processuais no Código de Processo Civil 1973, o referido dispositivo inclui uma cláusula geral para essas convenções, permitindo a realização de acordos atípicos sobre as mais diversas matérias processuais, v.g. ônus, faculdades, poderes e deveres. Ocorre, ainda, a restrição das possibilidades de controle de tal convenção, podendo o juiz aferir, pela redação do artigo 190, somente as nulidades² e a vulnerabilidade de uma das partes, além do requisito de que o direito material em litígio permita a autocomposição. No entanto, mesmo que o objeto da ação permita autocomposição, há que ressaltar que existem direitos processuais que são elencados como direitos fundamentais, como o direito de produzir provas.

O direito à prova coloca-se como elemento indispensável para a realização de direitos fundamentais expressamente positivados na CFRB, como o direito da tutela jurisdicional justa, o direito do devido processo legal, o direito da ampla defesa e, principalmente, o direito ao contraditório³. A condição *sinequa non* do direito à prova para a realização de outros direitos fundamentais concede a ele também o caráter de fundamental, através de uma interpretação extensiva, permitida pela não-tipicidade dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio (CAMBI, 2000).

A natureza principiológica dos direitos fundamentais permitem a sua restrição pelos limites implícitos, assim como pela colisão com outros princípios jurídicos(ALEXYS, 2002), como o da tutela jurisdicional célere. Também não se trata

2 A abrangência do conceito de nulidade vai ser de grande importância na limitação do alcance das convenções processuais.

³ Nesse sentido: VASSALI, Giuliano. Il diritto alla prova nel processo penale. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1968, p. 12; TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile, *op. cit.*, p. 75; COMOGLIO, Luigi Paolo. **La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile**. Padova: CEDAM, 1970, pp. 148 e ss..

de um direito indisponível, por ser um direito subjetivo. Assim, a parte pode se abster de produzir provas, arcando com as consequências jurídicas, caso o ônus caiba a ela.

No entanto, mesmo sendo frequentes as situações em que a parte dispor seu direito à prova, deve-se questionar a possibilidade da restrição desse direito fundamental de maneira prévia e por meio da autonomia privada, como disposto no artigo 190 do CPC. Ou seja, é possível haver convenções processuais que excluam, previamente, a admissibilidade de determinado(s) tipo(s) de prova(s)? Caso realizada tal convenção, estaria a parte impedida de produzir tal espécie posteriormente no processo, mesmo que se trate de um fato essencial para a realização da tutela jurisdicional? E ainda, estaria o juiz impedido de determinar a produção da prova excluída na convenção por meio do impulso oficial?

O trabalho a ser desenvolvido visa responder os questionamentos levantados e, assim, contribuir para a delimitação do regime das convenções processuais probatórias discorrendo sobre a profundidade da autonomia das partes e o papel do juiz no processo civil e sobre e as possibilidades do controle judicial da convenção processual.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A Contratualização do Processo: das convenções processuais no Processo Civil**. São Paulo: LTr, 2015.

AROCA, Juan Montero. **Proceso Civil y Ideologia: un prefácio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**. Valencia: Tirantto Blanch, 2006.

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

CAMBI, Eduardo. O Direito à Prova no Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. vol. 34, 2000. p.143 - 159

GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória *in* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. *in* DIDIER JR. Fredie. **Coleção Novo CPC: Provas**. 2. ed. Salvador: Jurispodivm, 2016.

_____. Negócios Processuais sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**. n. 164. out./2008.