

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

CAROLINE PASTRI PINTO REINAS

**O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL EM MATÉRIA
PROBATÓRIA À LUZ DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ
E DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO: UMA PROPOSTA DE
SISTEMATIZAÇÃO**

MARÍLIA

2020

CAROLINE PASTRI PINTO REINAS

**O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL EM MATÉRIA
PROBATÓRIA À LUZ DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ
E DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO: UMA PROPOSTA DE
SISTEMATIZAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Unimar, como exigência parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Elias Marques de Medeiros Neto.

MARÍLIA
2020

Reinas, Caroline Pastri Pinto

O negócio jurídico processual em matéria probatória à luz dos poderes instrutórios do juiz e do princípio da cooperação: uma proposta de sistematização / Caroline Pastri Pinto Reinas. - Marília: UNIMAR, 2020. 246f.

Dissertação (Mestrado em Direito – Empreendimentos Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas) – Universidade de Marília, Marília, 2020.

Orientação: Prof. Dr. Elias Marques de Medeiros Neto

1. Cooperação 2. Negócio Jurídico Processual 3. Poderes Instrutórios do Juiz 4. Provas I. Reinas, Caroline Pastri Pinto

CDD – 342.113

CAROLINE PASTRI PINTO REINAS

**O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL EM MATÉRIA
PROBATÓRIA À LUZ DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ
E DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO: UMA PROPOSTA DE
SISTEMATIZAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Unimar, como exigência parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor Elias Marques de Medeiros Neto.

Aprovado em: __/__/__

Membros da Banca Examinadora

Professor Doutor Flávio Luiz Yarshell

Professor Doutor Jefferson Aparecido Dias

Professor Doutor Elias Marques de Medeiros Neto
Orientador

Dedicatória

Dedico este trabalho aos meus pais, João e Arlete, e ao meu marido Douglas, minhas bases de sustentação. Muito me enobrece dizer que sou uma soma de cada um de vocês.

Agradecimentos

Agradeço por este trabalho a Deus, bem como a todos aqueles que em nome dele recaem minha fé, agradecimento este que não visa simplesmente se coadunar com uma praxe, mas sim é uma sincera manifestação de gratidão à sua intervenção diária em minha vida, ao longo de todo caminho que precedeu este trabalho, e também enquanto ele era realizado. Sem Ele absolutamente nada disso seria possível.

Agradeço, em segundo lugar, aos meus pais. Talvez só eles saibam os sacrifícios incessantes que fizeram para me dar uma formação escolar que me levassem a ter aptidão necessária para escrever essa dissertação. A eles agradeço o investimento em minha educação, o apoio diário para cada projeto, mas, mais do que isso, o amor que sempre me foi disponibilizado. A vocês, minha inspiração, devo tudo! Juntamente com eles agradeço à minha irmã, minha fonte de luz habitual, sem a qual muitos caminhos teriam sido muito mais difíceis, talvez intransponíveis. Obrigada por me ensinar a ser uma pessoa melhor.

Igualmente importante, meus agradecimentos mais especiais são para meu marido, Douglas, que me acompanhou desde o início dessa jornada, compreendendo e me apoiando em cada momento de dificuldade, sempre do meu lado, com o dom de me fazer rir mesmo nas piores passagens. Obrigada por respeitar cada ausência e por me incentivar a seguir em frente. Sem você, que é minha alegria e meu conforto diário, este trabalho teria sido um fardo, quiçá insuperável.

Meu agradecimento vai, ainda, às pessoas que mais me apoiaram neste recorte temporal que estive produzindo essa dissertação, meus sócios e colegas de trabalho do escritório JJ Advogados. Sem que eles tivessem repetidamente suprido minha ausência, este trabalho teria sido impossível. A vocês, meu amor e eterna gratidão.

Agradeço, ainda, ao meu orientador, uma fonte diária de inspiração e sem o qual este trabalho não teria sido sequer idealizado. Agradeço por confiar em mim e por me despertar cada vez mais o amor pelo processo civil. Seus ensinamentos são parte substancial deste estudo.

Agradeço, do mesmo modo, à minha companheira de trabalho Tainá, a qual dedicou significativa parcela de seu tempo às minhas atividades, pra que eu pudesse confeccionar essa dissertação, e à minha querida Tia Nívea, que me incentivou o amor pelos livros desde menina, amor este sem o qual esta dissertação teria sido deveras tortuosa, e em nome de quem agradeço à toda minha família.

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de
Direito

(Exposição de motivos do Código de Processo Civil)

NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL EM MATÉRIA PROBATÓRIA À LUZ DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO: UMA PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO

Resumo: O presente trabalho, fruto dos estudos realizados no programa de mestrado em direito, na linha “Empreendimentos Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas”, tem por escopo analisar a atividade judicial no controle dos negócios jurídicos processuais que versam sobre provas, traçando uma proposta de sistematização da matéria, à luz do modelo cooperativo, sugerindo vetores hermenêuticos e balizas aptas a orientar a atuação do magistrado e das partes. A dissertação objetiva, ainda, aplicar tais critérios à gestão judicial das modalidades típicas de negociação processual sobre o *thema probandum*, quais sejam, a inversão negocial do ônus da prova e a escolha negocial do perito. Com este fim, o estudo examina o negócio jurídico processual - compreendido em conjunto com a estrutura dogmática do novo Código de Processo Civil - como corolário da máxima da efetividade do processo e como expressão da autonomia da vontade das partes, esquadrihando, para tanto, seus requisitos, suas premissas positivadas e suas limitações, mormente a extensão do direito dos litigantes para a atividade negocial no campo processual e os limites do papel do magistrado no seu controle. Discorre, outrossim, sobre os poderes instrutórios do juiz, concebidos como instrumentos garantidores de um processo apto a proporcionar justiça à sociedade e garantir a pacificação social, escopo da jurisdição, ponderando, para tanto, a matéria probatória, seus princípios alicerçadores, sua relevância como ferramenta para a edição de decisões justas, o direito fundamental das partes de produzi-la, independentemente de estarem ou não especificadas em lei, e o papel do julgador como diretor da fase instrutória. Ao fim, conclui pela perfeita simbiose entre os institutos do negócio jurídico processual e os poderes do juiz em matéria probatória, propondo, como exposto, vetores que balizam a atividade dos demandantes e do julgador na negociação que versa sobre a matéria probante, sob a égide do processo cooperativo, preservando às partes o direito de empregar – ou não – todos os mecanismos legais, bem como os moralmente legítimos, para provar a verdade dos fatos e influir eficazmente na decisão do juiz, ajustando os meios de prova às especificidades da causa, e convencionando sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres, por intermédio das negociações processuais lastreadas do artigo 190, do Código de Processo Civil, sem tolher, contudo, a possibilidade de o magistrado lhes negar validade ou eficácia, em casos em que os negócios entabulados violem o ordenamento jurídico, ou de exercer seu papel de diretor do processo, zelando pela máxima efetividade. Através desta prática exegética, dedica-se o ensaio a harmonizar o labor do Estado-juiz alhures descrito com a Constituição Federal e com as normas fundamentais do Código de Processo Civil, em prol de um processo justo e efetivo, estimulando a cooperação entre os sujeitos do processo e trazendo mais legitimidade ao exercício estatal. Para tanto, utiliza-se do método hipotético-indutivo, elegendo, a partir dos estudos exarados, um conjunto de vetores aplicativos para administração judicial da atividade probatória negocial, bem como o método dedutivo, com amparo na legislação e na doutrina, nacionais e alienígenas.

Palavras-Chave: Cooperação. Negócio jurídico processual. Poderes instrutórios do juiz Provas.

CIVIL PROCEDURE NEGOTIATION ABOUT PROOF ACCORDING TO JUDGE'S ACTIVELY MANAGEMENT OF THE PROCEEDING AND THE COOPERATION PRINCIPLE: A PROPOSAL SYSTEMATIZATION

Abstract: The present work, result of law master's degree program, in the line "Economic Enterprises, Processualism and Legal Relations", aims to analyze the judicial control of civil procedural negotiation about proof, outlining a systematization proposal of the matter, in the light of the cooperative model, suggesting hermeneutic vectors and goals capable of guiding the judge and the parties performance. The study also seeks to apply these criteria to judicial control of typical modalities of civil procedure negotiation about proof, as burden proof inversion and mutual expert's choice. With this goal, the study examines the civil procedure negotiation institute - understood together with the dogmatic structure of the new Civil Procedure Code - as a corollary of the maximum effectiveness of the process and as an expression of the autonomy of the parties, examining, for that, their requirements and limitations, especially the extension of the litigants' right to negotiate in the procedural field and the limits of the judge's role in their control. It also discusses the judge's actively management of the proceeding, understood as instrument to guarantee a procedure capable of providing justice to society and guaranteeing social pacification, scope of the jurisdiction, considering, for this purpose, the proof's institute, its founding principles, its relevance as tool for editing fair decisions, the fundamental right of the parties to produce it, regardless of whether or not they are specified in law, and the role of the judge as director of the instructional phase. In the end, the work sees the perfect compatibility between civil procedure negotiation about proof and judge's actively management of the proceeding, proposing, as explained, vectors to guide the litigant and judge's activity in negotiations that deal with the issue, under the aims of cooperative process, preserving to the litigants the right to use - or not - all legal mechanisms, to prove the truth of the facts and to influence effectively the judge's decision, adjusting the means of proof to the cause's specificities, and agreeing on their burdens, powers, faculties and duties, through procedural negotiations based on article 190, of the Civil Procedure Code, without denying, however, the possibility of the judge's control over them validity or effectiveness, when violates the legal order, or to exercise his role as director of the process, ensuring maximum effectiveness. Through this exegetical practice, the essay is dedicated to harmonize judge's work with the Federal Constitution and with the fundamental rules of Civil Procedure, in favor of a fair and effective process, stimulating cooperation between the subjects of the process and bringing more legitimacy to the state. For that, it uses the hypothetical-inductive method, choosing, from the studies carried out, a set of application vectors for judicial administration of proof activity, as well as the deductive research method, based on national and foreign legislation and doctrine.

Key-words: Cooperation. Civil Procedure Negotiation. Judge's actively management of the proceeding. Proof.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 A ESTRUTURA DOGMÁTICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E O MODELO COOPERATIVO	16
1.1 A EVOLUÇÃO DA IDEOLOGIA DO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO	17
1.1.1 O liberalismo do século XIX	17
1.1.2 O estado social do século XX	20
1.1.3 O neoconstitucionalismo Século XXI	23
1.1.3.1 O rompimento dos paradigmas polarizados do privatismo e do publicismo	25
1.2 O MODELO COOPERATIVO E O DIÁLOGO ENTRE OS SUJEITOS DO PROCESSO	27
1.3 POSTULADO HERMENÊUTICO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUAS NORMAS FUNDAMENTAIS	35
1.3.1 A estrutura dogmática do Código de Processo Civil e sua coerência com a Constituição Federal	35
1.3.2 Hermenêutica e aplicação das leis processuais	40
1.3.3 Das normas fundamentais	44
1.3.3.1 A efetividade e a duração razoável do processo	44
1.3.3.2 A boa-fé e a cooperação processual	45
1.3.3.3 A igualdade processual e o contraditório efetivo: o diálogo entre os sujeitos do processo	46
1.3.3.4 Publicidade e motivação das decisões	47
1.4 A FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO COMO COROLÁRIO DO PROCESSO EFETIVO	48
1.5 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO	53
2 O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO	55
2.1 NEGÓCIO JURÍDICO: TIPOLOGIA, EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA	55
2.1.1 Tipologia: fatos, atos e negócios jurídicos processuais	56
2.1.2 Existência, validade e eficácia do negócio jurídico processual	59
2.2 O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: PREMISSAS, FUNDAMENTOS E MODALIDADES	62
2.2.1 Premissas introdutórias: autonomia da vontade e a máxima <i>in dubio pro liberta</i>	63
2.2.2 Conceito e natureza jurídica do negócio jurídico processual	64
2.2.3 Classificação dos negócios jurídicos processuais	71

2.3 O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO E SEUS VETORES APLICATIVOS	74
2.3.1 Concepção e abrangência do negócio jurídico processual atípico	75
2.3.2 Premissas positivadas para formação do negócio jurídico processual atípico e seu controle de validade	82
2.3.2.1 Requisitos para formação do negócio jurídico processual: direitos que admitam autocomposição e partes capazes	82
2.3.2.2 Controle de validade do negócio jurídico processual: nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão e parte em manifesta situação de vulnerabilidade.	85
2.3.3 Demais limitações à atividade negocial no campo processual	87
2.3.3.1 Garantias Fundamentais	88
2.3.3.2 Normas de ordem pública e de caráter cogente.....	91
2.3.3.3 Tutela efetiva e vedação de externalidades	95
2.3.3.4 Cooperação e Boa-Fé	97
2.3.3.6 Reserva Legal	99
2.4 A FIGURA DO JUIZ NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS	99
2.5 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO	110
3 A PROVA: TEORIA GERAL E ATUAÇÃO DOS SUJEITOS DO PROCESSO	113
3.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS: PREMISSAS CONCEITUAIS, TEORIA GERAL DA PROVA E PARTE GERAL DO DIREITO PROBATÓRIO.....	113
3.2 PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO DIREITO PROBATÓRIO	121
3.3 A FINALIDADE DA PROVA E O SEU DESTINATÁRIO.....	128
3.4 OS MEIOS ATÍPICOS DE PROVA.....	135
3.5 O PAPEL DO JUIZ E DAS PARTES NA PRODUÇÃO PROBATÓRIA	140
3.5.1 A atuação das partes	141
3.5.2 Os poderes instrutórios do juiz	146
3.6 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO	159
4 O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL EM MATÉRIA PROBATÓRIA ...	161
4.1 A SIMBIOSE DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL EM MATÉRIA PROBATÓRIA E OS PODERES DO MAGISTRADO	161
4.2 UMA PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO	174
4.2.1 As balizas positivadas do artigo 190 do Código de Processo Civil.....	177
4.2.1.1 O negócio jurídico não pode versar sobre direitos que inadmitam autocomposição	177
4.2.1.2 O negócio jurídico não pode ser celebrado por partes incapazes	178
4.2.1.3 O negócio jurídico deve respeitar os requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral	179

4.2.1.4 O negócio jurídico deve respeitar à parte vulnerável e não pode estar inserido abusivamente em contrato de adesão.....	180
4.2.1.5 O negócio jurídico não pode dispor sobre situações processuais de titularidade alheia	182
4.2.2 As balizas positivadas nos artigos 369, 370 e 371 do Código de Processo Civil.....	184
4.2.2.1 O negócio jurídico não pode ter por objeto meios de prova ilegais e ilegítimos	184
4.2.2.2 O negócio jurídico não pode tolher ou minorar o poder instrutório do juiz	185
4.2.2.3 O negócio jurídico deve respeitar a máxima da efetividade e não pode gerar externalidades	189
4.2.3 O negócio jurídico não pode violar garantias fundamentais ou princípios infraconstitucionais.....	191
4.2.3.1 O negócio jurídico não pode violar o dever das partes de respeitar os princípios da cooperação e da boa-fé	193
4.2.4 O negócio jurídico não pode ir em desconformidade às normas de ordem pública e de caráter cogente	195
4.2.4.1 O negócio jurídico não pode violar a reserva legal a um meio de prova	197
4.2.5 Demais pontos importantes acerca do controle jurisdicional do negócio jurídico processual em matéria probatória.....	198
4.2.5.1 Atividade jurisdicional modulada pelo princípio cooperativo	198
4.2.5.2 Controle a posteriori do negócio jurídico processual e o sistema de invalidades processuais.....	201
4.2.5.3 Agravo de Instrumento	203
4.2.5.4 Descumprimento do negócio jurídico processual.....	206
4.3 PERSPECTIVAS NO PROCESSO	207
4.3.1 Inversão negocial do ônus da prova e os seus critérios balizadores	207
4.3.1.1 Premissa introdutória.....	213
4.3.1.2 A inversão negocial do ônus da prova deve respeitar a máxima da efetividade e não pode gerar externalidades.....	214
4.3.1.3 A inversão negocial do ônus da prova deve respeitar os direitos indisponíveis e não pode tornar excessivamente difícil o exercício do direito	215
4.3.1.4 A inversão negocial do ônus da prova deve respeitar os poderes instrutórios do juiz	217
4.3.1.5 Outras limitações	219
4.3.1.6 O respeito ao princípio da cooperação, o direito ao contraditório e outras observações complementares	219
4.3.2 Escolha negocial do perito e os seus critérios balizadores	221
4.3.2.1 Premissa introdutória.....	224

4.3.2.2 A escolha negocial do perito deve ser entabulada por partes capazes, versando sobre direitos que admitam autocomposição	225
4.3.2.3 A escolha negocial do perito deve respeitar os poderes do juiz	225
4.3.2.4 Outras limitações	227
4.3.2.5 O respeito ao princípio da cooperação, o direito ao contraditório e outras observações complementares	228
4.4 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO	229
CONCLUSÃO	232
BIBLIOGRAFIA	236

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo examinar a relação entre o negócio jurídico processual, entabulado pelas partes, e a matéria de provas, mormente no que tange aos poderes instrutórios do juiz, bem como, a partir de então, propor uma sistematização que balize a atuação dos sujeitos do processo na atividade probatória negociada.

A fim de analisar o liame sobredito, verificando a eventual compatibilidade entre os institutos, o trabalho, em seu capítulo 01, apresenta uma digressão histórica da ideologia do processo civil, bem como avalia a estrutura dogmática da vigente codificação, com especial enfoque à sua exposição de motivos, aos anseios que motivaram sua promulgação, seus vetores interpretativos e suas normas fundamentais. Visualiza, do mesmo modo, o fenômeno da flexibilização do procedimento como um dos meios de solução à morosidade da justiça, além de ferramenta de legitimação de decisões judiciais justas, apta a gerar maior conformação dos envolvidos.

Face à importância do tema, o capítulo objetiva, outrossim, pormenorizar a máxima da cooperação, positivada no artigo 6º, do diploma legal, perquirindo sua origem e seus traços característicos, reconhecendo-a como princípio angular e exponencial do processo civil e como critério a ser seguido na atividade exegética do diploma processual.

Em seguida, a partir das compreensões narradas, passa-se a examinar, no capítulo 02, o instituto do negócio jurídico processual, tanto em sua modalidade típica, prevista em artigos diversos da codificação, quanto em sua modalidade atípica, regulada pelo artigo 190, do Código de Processo Civil, bem como sua origem negocial, sua tipologia, seus requisitos de existência, validade e eficácia, suas premissas introdutórias – *quais sejam, a autonomia da vontade e a máxima in dubio pro liberta* –, suas características, classificações, o envolvimento dos sujeitos do processo – *leia-se, a abrangência da liberdade das partes e as limitações da atuação do magistrado* – e os questionamentos levantados pela comunidade jurídica sobre o tema.

A dissertação confere particular importância ao negócio jurídico processual atípico, discorrendo sobre seus limites positivados e as balizas estabelecidas pela doutrina, tais quais o respeito às garantias fundamentais, aos princípios processuais e às normas de ordem pública, examinando, ao fim, a figura do juiz no controle da atividade negocial, os limites de sua atuação, a necessidade, ou não, de sua participação no acordo

ou de homologação, e a sua vinculação à convenção firmada pelos litigantes nos mais diferentes cenários.

Ainda visando à atividade exegética exarada, o presente ensaio trata, no capítulo 03, sobre a matéria probatória, suas premissas conceituais, a teoria geral da prova e a parte geral do direito probatório, dispensando atenção aos seus princípios estruturantes, os quais norteiam o intérprete do direito na aplicação do tema aos casos concretos, bem como à averiguação de quem seria o destinatário da prova e sua finalidade, compreendendo-a, ao fim, como o meio segundo o qual a jurisdição atinge seu escopo de produzir decisões justas e efetivas, atendendo ao fim social do processo, ressaltando que a busca da verdade - *ou, ao menos, uma veritã probabile ou um alto grau de probabilidade* - é uma imposição ética do julgador.

Estuda-se, do mesmo modo, o papel das partes na produção da prova, compreendendo seus ônus, direitos e deveres, em especial sua ampla possibilidade de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, mesmo que não especificados no Código de Processo Civil, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. *Pari passu*, verifica-se a atuação do magistrado na produção probatória, mormente a sua possibilidade de dirigir a instrução, indeferindo, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias; de apreciar motivadamente a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido; bem como de fazer uso de seus poderes instrutórios, produzindo provas de ofício, temática sobre a qual o estudo busca o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

Após referidas digressões, pormenorizados os regramentos e os limites dos institutos do negócio jurídico processual e da prova, bem como o papel dos sujeitos do processo em cada um deles, individualmente e conglobantemente considerados, o capítulo 04 conclui pela simbiose entre ambos institutos, depreendendo a convivência harmônica entre o poder do magistrado de direção da lide, o qual deve velar pelo respeito aos direitos fundamentais e pela efetividade do processo, garantindo sua duração razoável e adequando-o às necessidades do conflito, e a ativa participação da parte na produção probatória, exercendo seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, e empregando todos os meios, mesmo que atípicos, para provar a verdade dos fatos, inclusive por intermédio do negócio jurídico processual, materializando o ideal cooperativo do processo.

Assim, a hipótese deste trabalho é que ambas as situações narradas, ou seja, a produção de provas negociadas pelos litigantes e o poder do juiz de gerenciá-las, inclusive produzindo provas de ofício, são perfeitamente compatíveis e simbióticas, complementares entre si, o que se coaduna com o modelo cooperativo. Salutar é esclarecer, neste espeque, que o modelo mencionado permite a participação ativa de todos os envolvidos em prol de uma decisão de mérito justa e efetiva, ponderando o processo sob a ótica policêntrica e coparticipativa, característica de uma comunidade de estudo, que prioriza a atuação conjunta de todos os sujeitos processuais, afastando qualquer protagonismo, de modo que a decisão passa a ser fruto da atividade processual em cooperação.

Ainda em seu capítulo final, a partir das constatações aferidas ao longo do texto, a dissertação passa a propor vetores hermenêuticos e balizas que devem ser observadas para nortear a atuação do magistrado no controle judicial da validade dos negócios jurídicos processuais em matéria probatória, conforme mencionado, a fim de auxiliar nos estudos sobre o tema, evitando manifestações abusivas de subjetividade pelo julgador, permitindo a negativa indiscriminada dos negócios jurídicos processuais em matéria probatória e acabando indiretamente por tolher o próprio direito ao negócio processual, bem como atitudes de litigantes que ajam de má-fé, valendo-se do autorregramento da vontade para manipular o processo, em desacordo com o escopo social da jurisdição, protegendo, por fim, os jurisdicionados da insegurança jurídica gerada pelas decisões discrepantes.

Ademais, a partir de tais elementos condutores traçados para todos os negócios jurídicos processuais em matéria probatória, o ensaio, também em seu último capítulo, analisa individualmente os negócios processuais típicos previstos no capítulo de provas, quais sejam, a inversão convencional do ônus da prova e a escolha negociada do perito, traçando perspectivas para atuação do magistrado, em cotejo com as balizas propostas.

Deste modo, o trabalho propõe vetores para atividade do magistrado, a fim de balizar a atuação estatal no controle de negócio jurídico processual que verse sobre a atividade probante, auxiliando na atividade do intérprete do direito e evitando as situações alhures descritas, bem como contribuindo para que a interpretação das normas processuais se dê sob a ótica da estabilidade e previsibilidade das decisões.

De todo o exposto, a partir deste ensaio - *utilizando-se dos métodos hipotético-indutivo e dedutivo, com amparo na legislação e na doutrina, nacionais e alienígena* -

busca-se integrar os sujeitos do processo de modo cooperativo, auxiliando, assim, a atividade do aplicador do direito e prevenindo a insegurança jurídica inerente às matérias relegadas ao subjetivismo do julgador, trazendo mais legitimidade à atividade estatal e maximizando a efetividade do processo civil, como instrumento de participação efetiva das partes no processo, em diálogo com o magistrado, com o escopo de salvaguardar a composição justa das relações sociais, nos moldes dos princípios constitucionais e infraconstitucionais que balizam ordenamento jurídico.

1 A ESTRUTURA DOGMÁTICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E O MODELO COOPERATIVO

Antes de ingressar no foco do presente trabalho – o negócio jurídico processual em matéria probatória à luz dos poderes instrutórios do juiz – importante compreender a digressão histórica da ideologia do processo civil contemporâneo¹, mormente o papel das partes e do magistrado nas diferentes escolas processuais, que ora priorizam a inércia do Estado, em prol da liberdade irrestrita das partes, ora clamam por sua atuação efetiva, em busca da igualdade material, até a sua evolução para o atual modelo neoconstitucionalista, que rompe com o paradigma de que a participação das partes e do magistrados são atuações antagônicas, buscando conciliar a atuação conjunta de todos os sujeitos do processo, em um modelo cooperativo, sob a égide dos direitos fundamentais. Valoroso para compreensão do alvo deste estudo é analisar, ainda, os estandartes deste modelo de cooperação, sua origem e seus escopos, interpretando-o como princípio angular e exponencial do processo civil e como técnica de construção de um processo democrático em conformidade com a Constituição.

Outrossim, crucial para assimilação do tema que será tratado nos próximos capítulos, é a análise da estrutura dogmática do Código de Processo Civil, compreendendo os motivos que levaram à sua elaboração, seu contexto histórico-cultural, suas justificativas e anseios, além dos seus critérios de interpretação, nos moldes da Constituição Federal - *resguardando uma coerência sistemática com o ordenamento jurídico* - e a concepção de suas normas fundamentais, com especial enfoque à máxima da efetividade do processo.

Compreendidas tais premissas, o leitor se mostra apto a assimilar o fenômeno da flexibilização do processo, como corolário do processo efetivo, bem como sua necessidade em face da atual dinamização das relações sociais e da “crise” que enfrenta o Poder Judiciário.

Os apontamentos deste capítulo irão nortear os estudos do capítulo 02, que falará especificamente do negócio jurídico processual no novo Código de Processo Civil, auxiliando na demarcação do papel das partes e do magistrado na aplicação dos negócios

¹ Utiliza-se a terminologia “contemporâneo” para indicar o processo civil a partir do século XIX, ocasião em que se iniciou seu desenvolvimento dogmático e científico, conforme classificação adotada por Arruda Alvim. In: ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: Teoria do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 51.

processuais. Em aditivo, servirão de base para entender, no capítulo 03, a ideologia que envolve a fase probatória, direcionada, tradicionalmente, a formar a convicção do magistrado, bem como a concepção de prova enquanto direito das partes, o que propiciará, *a posteriori*, no capítulo 04, a possibilidade de fixar balizas para atuação do julgador na análise de negócios jurídicos processuais que tratem de matéria probatória .

1.1 A EVOLUÇÃO DA IDEOLOGIA DO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Como já exposto, a primeira premissa necessária para o cotejamento das informações trazidas nesta dissertação, é a análise da evolução das diferentes escolas ideológicas do processo civil, compreendendo os momentos históricos em que estão inseridas, bem como as suas consequências para o estudo do papel dos sujeitos do processo, com enfoque especial para a trajetória do instituto do negócio jurídico processual.

1.1.1 O liberalismo do século XIX

Em primeiro plano, necessário esclarecer que na idade média prevaleciam concepções orgânicas da sociedade, marcadas por manifestações abusivas de poder por parte de diversos agentes, como os monarcas, os senhores feudais e os líderes de instituições religiosas, abusos estes que, via de regra, geravam movimentos reacionários na sociedade, que buscavam alcançar o extremo oposto das situações que lhes foi inicialmente imposta. No século XIX, então, em uma clara reação ao absolutismo, marcado pelo abuso do poder estatal, peculiar dos séculos anteriores, surge o movimento iluminista, que, em resposta aos abusos do *ancien régime*, passa a defender a soberania da vontade individual e a liberdade irrestrita, materializada na máxima *laissez-faire*, priorizando a concepção do indivíduo enquanto sujeito autônomo de direitos.

Tal concepção político-social influenciou diretamente diversas codificações europeias pelos anos seguintes, de modo que os códigos do início do Século XX buscaram assegurar ao máximo o não intervencionismo do Estado nas relações privadas. Nesta toada, em prol do fortalecimento da representação popular, surgiu o princípio da legalidade, segundo o qual a liberdade dos indivíduos somente poderia ser tolhida pela legislação. Assim, o novo sistema dava ampla liberdade aos cidadãos, que não poderiam

ser reprimidos pelo Estado fora dos casos legalmente taxados².

Em meio a este cenário, o julgador deveria exercer uma atividade puramente intelectual, meramente cognitiva e logicista, não produtiva de direitos novos, sendo que o direito estaria unicamente na norma jurídica³. Em consequência, a fim de preservar a supremacia da liberdade das partes, “o andamento da marcha processual e a instrução probatória ficavam sob a dependência dos sujeitos do litígio”, de modo que “o processo era coisa das partes e ao juiz cabia apenas assistir ao duelo travado entre elas”⁴.

Buscava-se, então, uma lei abstrata, que pudesse albergar todas as situações, porém não abstratas o suficiente para permitir margem de interpretação ao juiz. Surgiu, neste momento, o que Marinoni, Arenhart e Mitidiero denominam de “império da lei, em detrimento do império dos homens”, lançando as “sementes da tirania do legislativo”⁵.

Deste modo, a ideologia liberal, de caráter absolutamente privatista, se mostrava ligada diretamente ao sistema adversarial⁶, priorizando o papel das partes, em detrimento da figura do magistrado, que deveria exercer um papel apático na lide. Foi característica marcante desta fase do processo o positivismo jurídico, que, adaptando o positivismo filosófico ao direito, valorizava a mera observação da norma positivada, sendo inadmissível a criação do direito pelo jurista. A validade da lei se resumia, dessa maneira, à observância do procedimento estabelecido para sua criação⁷.

Oportuno realçar que, sob a égide do liberalismo e do positivismo jurídico, há diversas escolas que estudaram o processo, a partir de diferentes perspectivas, quais sejam, as escolas exegética, histórico-dogmática e teoria unitária.

Primeiramente, neste período, fundou-se a escola exegética, que pregava que a lei deveria ser cumprida sem interpretações do magistrado, vez que livre de falhas, visualizando o processo como um apêndice do direito material⁸.

Posteriormente, ainda no século XIX, houve uma transição para a escola histórico-dogmática, fundada por Giuseppe Chiovenda, que começou a enxergar a ação

² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo curso de processo civil: teoria do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, 1 v., p. 31-37.

³ Ibid.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 1 v., p. 17.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit., p. 31-37.

⁶ OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Negócio jurídico processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil*. 2017. 202 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2017, p. 118.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit., p. 37-39.

⁸ Ibid., p. 37-41.

desvinculada do direito material, marcando o fim da era privatista do processo ressaltando a sua natureza publicista. Observe, contudo, que os termos privatista e publicista, neste contexto, devem ser entendidos como a indissociabilidade, ou não, do direito material, de caráter privado, de modo que a escola ainda mantinha seu caráter liberal, em uma continuidade ideológica com a anterior, vez que a jurisdição atuava unicamente manifestando a vontade do legislador. Vale asseverar que os princípios básicos desta doutrina histórico-dogmática inspiraram a doutrina processual brasileira, em especial o Código de Buzaid de 1973⁹.

Continuando a digressão histórica, a visão do processo novamente evoluiu, desta vez para a teoria unitária, da qual se destacavam Francesco Carnelutti e Hans Kelsen. Carnelutti, diferente dos processualistas anteriores, passou a enxergar o processo como uma lide entre sujeitos, que diante de um conflito de interesses se socorria ao judiciário. Partindo desta perspectiva, a lei se mostrava insuficiente para resolução da controvérsia, sendo necessária a atividade do juiz. Para ele, a sentença transformaria uma norma *a priori* abstrata e genérica, em norma concreta, feita para as partes, criando, desta maneira, uma norma ou regra individual, que passava a integrar o ordenamento. Neste sentido, Kelsen defendia que esta norma individual fazia parte do ordenamento jurídico, porém não criava nova norma, alheia à legislação, mas sim materializando norma superior preexistente. Melhor explicando, o juiz, simultaneamente, editava a norma no caso concreto, concretizando-a a partir de uma norma já existente. De todo modo, vale ressaltar que ainda se visualizava o positivismo clássico, onde a função do juiz estava estritamente ligada à lei¹⁰.

É possível dizer, portanto, que a aplicação da norma ao caso concreto em ambas as escolas, de Chiovenda e Carnelutti, sujeitava-se a um juízo puramente lógico-dedutivo da lei, e a jurisdição era compreendida simplesmente como a declaração de uma norma pré-existente¹¹.

Nesta perspectiva, os representantes estatais, consubstanciados no Poder Judiciário pelos magistrados, assumiam um papel passivo, de meros expectadores, a fim de evitar as arbitrariedades estatais, das quais a história mostrava consequências

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo curso de processo civil: teoria do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, 1 v., p. 41-44.

¹⁰ Ibid., p. 44-48; 50-51.

¹¹ Ibidem., p. 50-51.

traumáticas. O papel do juiz era delimitado a poucas variações, com o nítido fim de impedir a desmedida intervenção do Estado nas relações privadas.

Compreendidas tais premissas, interessante ressaltar que no final do século XIX já começava a surgir, timidamente, um estudo sobre o negócio jurídico processual. À época, Josef Kohler, autor germânico, publicou a obra "*Ueber processrechtliche Verträge und Creationen*", na qual já “sustentava que a vontade das partes poderia ser orientada negocialmente para produzir efeitos no processo”¹².

Na mesma época, vigoravam no Brasil¹³ o Regulamento 737, que funcionava como um Código de Processo Comercial, além de diversas codificações estaduais¹⁴, admitidas pela Constituição de 1891¹⁵, as quais permitiam a flexibilização procedimental voluntária, conforme se via nos artigos 245, do Regulamento 737; 390, do Código de Minas Gerais; e 1.347 do Código do Estado do Rio de Janeiro¹⁶.

1.1.2 O estado social do século XX

No início do século XX, em um cenário mundial, o modelo liberal entrou em crise, diante do surgimento de severas modificações nas relações sociais, uma vez que o crescimento desenfreado do capitalismo, somado a diversas crises econômicas e ao fim da segunda guerra mundial, gerou um colapso social, marcado pela desigualdade. A sociedade, conseqüentemente, passou a demandar uma maior atuação estatal, em busca de efetivação de direitos sociais e da igualdade material, surgindo o modelo do *welfare state*, onde a não-interferência do Estado passou a ser sinônimo de ineficiência.

Em meio a este cenário, a funcionalidade da lei abstrata e genérica foi perdendo forças com a dinamização da sociedade, a uma porque uma lei genérica é incompatível com uma sociedade marcada pela divisão de classes, vez que pressupõe uma igualdade de sujeitos tutelados, a duas porque a lei que, antes era, teoricamente, fruto da “vontade do povo”, agora é resultado de ajustes do legislativo, determinados por forças de pressão

¹² CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 97-98.

¹³ O Brasil, à época, era recém desvinculado de Portugal, ainda adotando as Ordenações Filipinas portuguesas como diploma regente do processo civil.

¹⁴ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: Teoria do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 58-61.

¹⁵ Ademais, à época, vigorava a Constituição de 1891, que foi francamente inspirada no modelo estadunidense, admitindo que os estados tratassem da matéria processual.

¹⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. 2007. 285 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 235-243.

de diferentes classes e ideais, em um parlamento conflitante entre si¹⁷.

À vista disso, a sociedade passou a demandar do poder legislativo medidas de inclusão social, surgindo a necessidade de o legislador e o aplicador da lei resgatarem a sua substância, encontrando instrumentos para garantir sua conformação com a justiça. Este papel, então, passou a ser exercido pelos princípios e normas fundamentais, os quais começaram a ser incluídos nas constituições. Agora, a legalidade que antes era formal passou a ser material, de modo que a lei deveria se conformar com a constituição e com os direitos fundamentais. A obrigação do jurista passou a ser adequar à lei aos ideais de justiça e aos princípios fundamentais¹⁸.

Esta evolução repercutiu, inevitavelmente, na realidade do processo civil. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, o estado social publicizou o processo, dando ao juiz, antes inerte, o comando da lide, a fim de atingir o interesse público da pacificação dos conflitos. Nesta mesma época, o processo civil foi caracterizado por uma hipertrofia da ciência processual, afastando-se quase por completo do direito material¹⁹.

José Roberto dos Santos Bedaque, em sua obra “Poderes Instrutórios do Juiz”, encampando a teoria publicista, afirma que a jurisdição é atividade estatal, de modo que o processo deve ser considerado o meio através do qual se visa um provimento justo, aplicando a norma jurídica, nos casos em que seus destinatários não possam ou não queiram fazê-lo. Para o autor, o processo não é um instrumento de defesa de direitos subjetivos, sendo sua real finalidade a atuação do direito objetivo, devendo primar pelo interesse da coletividade, visando realização do direito e da paz social.²⁰

No Brasil, esta realidade foi um pouco mais tardia, haja vista a própria demora do capitalismo no continente sul americano. Marcada pela Declaração de Direitos Humanos, de 1948, ela teve seu ápice com a Constituição Federal de 1988, de forte cunho social, que trouxe a reafirmação do ordenamento jurídico como um instrumento de proteção de direitos fundamentais, instituindo um Estado social democrático.

À época, as constituições estaduais do século XIX, explicitadas no tópico anterior, já haviam sido substituídas pelo Código de 1973²¹. Frisa-se que a referida

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo curso de processo civil: teoria do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, 1 v., p. 58-69.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 1 v., p. 17.

²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 51-56.

²¹ Importante esclarecimento é que o Brasil inicia o Século XX ainda com a regência das codificações estaduais, porém, com as Cartas Constitucionais de 1934 e 1937, que visavam a reunificação do processo,

codificação processual era marcada pelo liberalismo, diante de sua inspiração nas codificações europeias também liberais, mormente os códigos austríaco e alemão, motivo pelo qual, com a transição tardia para o estado social, e o advento da Constituição Federal de 1988, em conjunto com diplomas legais como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Assistência Judiciária, passou a sofrer sucessivas reformas, em busca de adaptar-se ao “novo” estado social democrático, demonstrando, cabalmente, a necessidade de superação de um modelo jurídico incompatível com a realidade social.

Vale asseverar que, em meio a grande propagação da visão publicista do processo, a possibilidade de as partes celebrarem negócio jurídico processual, inicialmente aventada no século anterior, passou a encontrar resistência, sob a justificativa de que a relação jurídica processual teria caráter público, sendo vedado às partes convencionar sobre poderes do Estado-juiz. Assim, o caráter público do processo inadmitia o chamado processo convencional (*konventionalprozeß*), uma vez que referido ato suprimiria o poder do Estado-Juiz²².

Por conseguinte, a literatura sobre a temática tornou-se escassa no século XX, podendo ser encontrada de forma esparsa em autores como Chiovenda, Emilio Betti, Carnelutti, Antonio Costa, Giuseppe De Stefano, Enrico Redenti, Vittorio Denti e Enrico Tullio Liebman, porém frequentemente ligada aos aspectos do direito material, e constantemente rechaçada²³.

Dentre os clássicos, ainda no início do sec. XX, Chiovenda admitia os acordos, mas opunha diversas restrições. Uma delas era a necessidade de expressa previsão legal: ou seja, para ele, só seriam cabíveis convenções processuais típicas. Emilio Betti talvez tenha sido aquele que mais se referiu aos negócios processuais, embora não tenha escrito uma obra extensa a respeito. Carnelutti admitia os negócios, ainda que timidamente, em suas obras sobre direito processual! Não obstante, estudou vários acordos processuais em textos esparsos, mesmo que ali tivesse mais em vista situações de direito material²⁴.

À época no Brasil, seguindo a mesma diretriz, as obras sobre negócio jurídico processual são quase inexistentes, podendo ser observado um artigo de José Carlos Barbosa Moreira em 1982, uma obra de Calmon de Passos em 1959, e breves referências em livros voltados a outras temáticas, sendo que diversos autores refutavam a sua

o processo civil é unificado sob o Código de 1939. Alguns anos depois, o código é substituído pela codificação de 1973. In: ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 58-61.

²² CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 99-101.

²³ *Ibid.*, p. 102.

²⁴ *Ibidem*.

possibilidade²⁵.

Logo, a ideia do negócio jurídico processual foi, pouco a pouco, alcançando um ostracismo, diante de inflação dos poderes do juiz, bem como sob o argumento de que o processo tinha como escopo assegurar interesses estatais, de modo que a lei processual possuiria caráter cogente e imperativo²⁶.

Não se pode descuidar, todavia, que não obstante a tendência publicista, alguns ordenamentos jurídicos começaram a despontar estudos sobre o assunto: a doutrina alemã voltou a falar sobre o tema; do mesmo modo, na França, algumas teses acadêmicas começavam a examinar as convenções processuais; e na Itália, em despeito da não aceitação da doutrina, começaram a ser celebrados os chamados *protocolli di procedura*²⁷.

O que se vê, portanto, é que embora o século XX, face ao caráter publicista do processo, não tenha sido campo fértil ao negócio jurídico processual – *encontrando, pelo contrário, forte resistência* – alguns estudos começaram a despontar sobre o assunto.

1.1.3 O neoconstitucionalismo Século XXI

No final do século XX e início do século XXI, o direito inicia um movimento de valorização das constituições, denominado de neoconstitucionalismo. Embora a sua definição não seja unânime, Jorge Octávio Lavocat, em obra dedicada ao tema, reúne elementos que são repetidos em diversos trabalhos, elaborando o seguinte conceito:

Pode-se considerar neoconstitucionalismo como sendo uma interpretação da prática jurídica a partir da perspectiva dos juízes, em que a Constituição – editada após o restabelecimento do regime democrático – é tida como uma norma substantiva, composta primariamente de princípios, exigindo do intérprete o manuseio de técnicas especiais, notadamente a ponderação. Ou seja, o neoconstitucionalismo é um modo específico de enxergar o Direito, no qual se valoriza o papel dos juízes na concretização das promessas contidas no texto constitucional, sendo inequivocamente uma teoria que busca influenciar o comportamento dos atores jurídicos²⁸.

Fredie Didier Júnior entende que o pensamento neoconstitucional tem as

²⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 127-130.

²⁶ *Ibid.*, p. 106-114.

²⁷ *Ibidem.*, p. 114-124.

²⁸ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59.

seguintes características: (i) reconhecimento da força normativa da constituição; (ii) desenvolvimento da teoria dos princípios, de modo a reconhecer sua eficácia normativa; (iii) transformação da hermenêutica jurídica, reconhecendo um caráter criativo e normativo da atividade jurisdicional; (iv) expansão dos direitos fundamentais que compõem um conteúdo ético mínimo²⁹

Luís Roberto Barroso, por seu turno, explicita três marcos para compreensão do fenômeno: (i) o marco histórico, que se vislumbra no constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália, e no Brasil com a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar; (ii) o marco filosófico, consubstanciado no pós-positivismo, que superam os modelos puros de jusnaturalismo e positivismo; (iii) marco teórico, marcado por três grandes transformações: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional³⁰.

Neste espeque, o processo civil, aderindo ao movimento, inicia um movimento de constitucionalização, onde a interpretação do processo passa a ser uma interpretação constitucional, decorrência natural da força normativa da Constituição. Em aditivo, as garantias do processo passam a ser inseridas no rol de garantias fundamentais.

Deste modo, o direito processual incorpora valores éticos, em que a observância de regras procedimentais deve ser voltada ao resultado substancial do provimento com que a jurisdição põe fim ao litígio. De acordo com Humberto Theodoro Júnior, a garantia de um processo justo suplanta um devido processo legal apenas, evitando que o juiz se limite a uma exegese fria das leis vigentes:

A essa altura, a antiga garantia do devido processo legal ultrapassa a técnica de compor os litígios mediante observância apenas das regras procedimentais (como outrora se dava no Estado Liberal neutro e indiferente ao duelo travado entre as partes). Agora, o que prevalece é a assunção pelo juiz de pesados compromissos éticos com a condução do processo para resultados, sobretudo, justos³¹.

²⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador: JusPodvim, 2019, p. 47-50.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p.1-42, 21 jan. 2015. Fundação Getúlio Vargas. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 19 jan. 2020.

³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015 p. 4.

Ressalta-se que, com a mudança do paradigma liberal e a busca pela efetivação dos direitos sociais, o papel do magistrado sofre significativa mudança, ganhando muito mais credibilidade e espaço. A jurisprudência ganha força no cenário processual e os julgadores ganham mais poderes para efetivar os direitos pleiteados.

A atividade do juiz no processo contemporâneo alterou-se radicalmente. Em vez da subsunção, da aplicação de normas de conteúdo semântico (supostamente) rígido, tarefa não isenta de dificuldades na seleção e na interpretação da norma – que não significa, entretanto, renegar a legalidade, pois este é um dos fundamentos do Estado, mas extrair-lhe todos os consectários, sobreveio-lhe a difícil empreitada da concreção ou concretização³².

Materializando esta evolução, surge o novo Código de Processo Civil, que passa a ser um instrumento de transformação, tendo como pilar a busca pela eficiência, aliada à celeridade, na busca da satisfação dos interesses dos jurisdicionados.

Significativo asseverar, no que se refere ao negócio jurídico processual, que os estudos sobre a temática ganham força no começo do século XXI, iniciando uma tendência na literatura brasileira a favor de sua admissibilidade, sendo o instituto posteriormente admitido expressamente pelo artigo 190 da novel codificação³³.

1.1.3.1 O rompimento dos paradigmas polarizados do privatismo e do publicismo

É possível observar, pela análise da linha do tempo traçada nos tópicos anteriores, que, ao longo da história, ora a parte litigante possui papel mais significativo no processo, ora seu papel é diminuído em prol da ascensão da figura do magistrado. Este suposto embate gera na doutrina a discussão entre os movimentos comumente denominados de privatismo e publicismo, cujo cerne é justamente a análise do papel de liderança dos sujeitos do processo.

A noção privatista do processo é lastreada no ideal liberal de que o Estado, por intermédio do juiz, deve se abster de interferir nas relações privadas, enquanto que a noção publicista prioriza o caráter público do processo, como instrumento de pacificação social e garantia da igualdade material, de modo que seria inconcebível a gerência do

³² ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral: fundamentos e distribuições dos conflitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 179.

³³ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 130-133.

processo pelas partes. No âmbito publicista, o processo é um meio pelo qual o Estado atua, de modo que sua concepção está intrinsicamente ligada ao papel deste³⁴⁻³⁵.

Ocorre que esta visão polarizada não encontra mais amparo no atual estágio do processo civil, devendo tais paradigmas serem superados.

É inegável que o processo é instrumento da jurisdição, de modo que deve ser entendido em função desta, como instrumento da atuação da lei no caso concreto, da garantia do ordenamento jurídico e da autoridade do Estado³⁶, não obstante, o publicismo não pode ser visto de forma exagerada, de modo a engessar o processo, tornando-o inefetivo, devendo ser permeado com alguns dogmas característicos da esfera privatista, como o autorregramento da vontade e os atos de disposição das partes sobre seus direitos processuais. O processo necessita ser visto, então, como instrumento a serviço do Estado e das partes³⁷.

O autorregramento da vontade não é incompatível com o publicismo processual. Ao contrário, a autonomia das partes em conformar as formalidades do processo se insere nos escopos da jurisdição e apresenta vantagens visíveis ao acesso a justiça e a tutela dos direitos³⁸.

Destarte, é possível falar em democratização do processo, sendo que o juiz continua titular do poder de definir a solução do litígio, mas não poderá fazê-lo isolada e autoritariamente, tendo as partes direito de influir efetivamente na formação do provimento jurisdicional, de forma que o contraditório passa a ser um diálogo entre partes e juiz. Neste cenário, o negócio jurídico processual, que atribui às partes o poder de negociar sobre o processo e situações processuais, sem tolher, todavia, o papel do magistrado de condutor do processo e garantidor dos pilares erigidos pelo próprio modelo constitucional e pelos escopos públicos da jurisdição, pode ser plenamente aceito³⁹.

³⁴ OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Negócio jurídico processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil*. 2017. 202 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2017, p. 93.

³⁵ Pertinente ressaltar que, no centro deste debate, é possível encontrar o tema dos negócios jurídicos processuais, uma vez que, nas palavras de Cabral, a matéria reflete exatamente a tensão entre o processo e a vontade privada dos indivíduos envolvidos. In: CABRAL, Antonio do Passo. Op. Cit., p. 104.

³⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 65.

³⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 76.

³⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 217.

³⁹ Vale colacionar aqui que José Carlos Barbosa Moreira possui um artigo em que aventa a possibilidade de o processo civil estar passando por um período que denomina de “neoprivatista”, diante da força que se tem dado às partes no processo cooperativo, modelo o qual o autor discorda veementemente. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. *Revista da Academia Brasileira de*

Isto posto, a natureza pública do processo não obsta o exercício da autonomia privada, podendo ambas conviverem harmonicamente, criando oportunidade para um modelo cooperativo, o qual será melhor tratado no tópico posterior.

1.2 O MODELO COOPERATIVO E O DIÁLOGO ENTRE OS SUJEITOS DO PROCESSO⁴⁰

Conforme largamente exposto no tópico anterior, é possível encontrar, ao longo da evolução do processo civil, duas formas clássicas de organização do processo, as quais possuem como critério diferenciador o papel dos sujeitos do processo.

No modelo dispositivo, típico do movimento liberal, o juiz possui uma atuação deveras limitada, figurando como expectador do litígio, devendo tão somente cumprir o determinado pela norma positivada, enquanto as partes se encarregam dos atos processuais, nos quais se inclui a produção probatória. Nas palavras de Joan Picó I Junoy, citado por João Batista Lopes, são notas essenciais do princípio dispositivo que somente aos litigantes cabe o início da atividade jurisdicional e a determinação do objeto do processo, cabendo ao juiz se ater às pretensões das partes (*ne eat iudex ultra petita partium*), podendo a atividade jurisdicional, inclusive, ser finalizada por vontade dos demandantes⁴¹.

Em contrapartida, no modelo inquisitivo, o juiz assume um papel de protagonista do processo, praticando os atos processuais, sendo que cabe a ele uma postura mais ativa na atividade da instrução, enquanto as partes se limitam a iniciar o processo e cumprir o determinado pelo julgador. Para alguns autores, o ordenamento jurídico brasileiro, seguindo os países latino-americanos, adota o sistema inquisitorial⁴².

Letras Jurídicas, Rio de Janeiro, v. 20, n. 26, p.197-210, jul-dez. 2004, online. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista26/revista26%20JOS%C3%89%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA%20E2%80%93%20O%20Neoprivatismo%20no%20Processo%20civil.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2019.

⁴⁰ Embora o princípio cooperativo esteja inserido nas normas fundamentais do CPC, de forma que, por uma lógica topográfica, deveria estar localizado no próximo tópico, a escolha de destacar o tema em item específico se deu em face da sua importância para este estudo.

⁴¹ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 65.

⁴² Interessante colacionar que também o Código de Processo Civil português, prevê, em seu artigo 411, expressamente o princípio do inquisitório, com a seguinte redação: “Artigo 411.º Princípio do inquisitório. Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer”. Todavia, em que pese a disposição legal, Vaz Serra esclarece que o juiz deve apoiar a decisão acerca da escolha da prova feita pelas partes, exceto nos casos em que lhe caiba a iniciativa probatória, o que denota um sistema híbrido. Do mesmo modo, afirma Francisco Manuel Lucas Ferreira de Almeida, segundo o qual prevalece o princípio dispositivo quanto aos fatos principais, mas o tempera com o princípio inquisitório quanto aos

No entanto, modernamente tais modelos não se enquadram mais ao atual processo civil, como tratado no tópico anterior, ganhando espaço um terceiro modelo processual: o modelo cooperativo, resultado da junção de características de ambos os modelos clássicos⁴³. Neste modelo, não há uma condução exclusivamente inquisitorial pelo órgão jurisdicional, como no modelo inquisitivo, mas também não se vislumbra um procedimento determinado somente pela vontade das partes, situação inerente ao modelo dispositivo.

Como já exposto em outras oportunidades, o princípio da cooperação processual possui origem na doutrina alemã, como corolário do modelo processual cooperativo, o qual visa introduzir na relação processual uma comunidade de trabalho, que a doutrina germânica denomina de “*Arbeitsgemeinschaft*”, que pode ser conceituada como aquela em que o juiz possui o dever de cooperar com as partes a fim de que o processo alcance uma decisão justa⁴⁴.

Neste esboço, o Código de Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung*, conhecido pelo acrônimo ZPO) permite que o tribunal discuta com as partes os fatos e suas implicações legais, bem como a própria relação dos litigantes na controvérsia, zelando para garantir declarações tempestivas e completas. A codificação germânica prevê, ainda, que para tomada de qualquer decisão se faz necessário oportunizar a manifestação das partes, bem como que o tribunal deve demonstrar aos sujeitos parciais do processo eventuais problemas vindouros.

§ 139 Materielle Prozessleitung (1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen. (2) Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien. (3) Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden

fatos concretizadores e instrumentais. In: VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Provas*: direito probatório material. Lisboa: Tip. da E.N.P. (Seccção Anuário Commercial de Portugal), 1962, p. 14-15; ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*: vol. II. Coimbra: Almedina, 2019, p. 255.

⁴³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 198, p.213-225, jun. 2011.

⁴⁴ MEDEIROS NETO, Elias Marques de; PINTO, Caroline Pastrí. Notas sobre o princípio da cooperação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 296, p.63-87, out. 2019.

Punkte bestehen. (4) Hinweise nach dieser Vorschrift sind so früh wie möglich zu erteilen und aktenkundig zu machen. Ihre Erteilung kann nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden. Gegen den Inhalt der Akten ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig. (5) Ist einer Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich, so soll auf ihren Antrag das Gericht eine Frist bestimmen, in der sie die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann⁴⁵.

Após, a codificação germânica inspirou o ordenamento jurídico português, que, ainda sob a égide de seu antigo código, nas reformas de 1995 e 1996, adotou expressamente uma cláusula geral da cooperação, em seu artigo 266, I. Interessante colacionar, para melhor compreensão do tema, a exposição de motivos do Decreto-Lei 329-A/95, de 12 de dezembro de 1995, responsável pela mudança:

Consagra-se o princípio da cooperação, como princípio angular e exponencial do processo civil, de forma a propiciar que juízes e mandatários cooperem entre si, de modo a alcançar-se, de uma feição expedita e eficaz, a justiça do caso concreto, e procurando plasmar, mais uma vez, como adiante melhor se irá especificando, tal princípio nos regimes concretamente estatuídos (v. g., audiência preliminar, marcação de diligências, averiguação de existência de bens penhoráveis)⁴⁶.

Em 2013, com a entrada em vigor da Lei nº 41, de 26 de junho de 2013, que promulgou o novo código, o princípio foi novamente positivado, desta feita em seu artigo 7º, prevendo, além de regras específicas, uma cláusula geral, estabelecida em seu nº 1.

Art. 7º - Princípio da cooperação.

1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no nº 3 do artigo 417º.

4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processuais,

⁴⁵ ALEMANHA. BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. *Zivilprozessordnung*. 1877. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/BJNR005330950.html>>. Acesso em: 10 out. 2019.

⁴⁶ PORTUGAL. Decreto Lei nº 329-A, de 1995. Revê o Código de Processo Civil. Altera o Código Civil e a Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais. Lisboa, 12 dez. 1995. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/226051/details/maximized>>. Acesso em: 14 out. 2019.

deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo⁴⁷.

De se notar que o artigo se localiza no título I, da codificação lusitana, que prevê as disposições e os princípios fundamentais do processo civil português, de onde se denota que a cooperação é um vetor de aplicação para todo o Código de Processo Civil.

Fernando Pereira Rodrigues sustenta que o princípio da cooperação “consiste no dever imposto aos magistrados, aos mandatários, às partes e a terceiros intervenientes accidentais no processo, de prestarem o seu contributo para que se obtenha, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”⁴⁸.

Do mesmo modo, Abílio Neto aduz que o princípio da cooperação no direito processual português vincula o órgão jurisdicional em sua relação com as partes, transformando-se em verdadeiro dever:

[o dever de cooperação] desdobra-se em dois deveres essenciais: um é o dever de esclarecimento ou de consulta, isto é, o dever de o tribunal esclarecer junto das partes as eventuais dúvidas que tenha sobre suas alegações ou posições em juízo, de molde a evitar que a sua decisão tenha por base a falta de esclarecimento de uma situação e não a verdade sobre ela apurada; o outro é o dever de prevenção ou de informação, ou seja, o dever de o tribunal prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das suas alegações ou pedidos e de as informar sobre aspectos de direito ou de fato que por elas não foram considerados[...]⁴⁹.

É possível extrair desse princípio positivado basicamente quatro principais deveres do órgão judicial: a) dever de esclarecimento; b) dever de prevenção; c) dever de consultar as partes; e d) dever de auxiliar as partes, os quais serão melhor analisados no item 4.2.5.1.

José Lebre de Freitas, ao tratar do tema sob a égide do ordenamento jurídico português, classifica a cooperação em dois sentidos, material e formal⁵⁰. Segundo o autor, a cooperação material é a face do princípio que exige que partes e terceiros colaborem para descoberta da verdade, seja facultando objetos que constituam meios de prova, seja submetendo-as à inspeção judicial e ao exame pericial, seja prestando depoimento ou

⁴⁷ PORTUGAL. Lei nº 41/2013, de 2013. Aprova o Código de Processo Civil. Lisboa, 26 jun. 2013. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/497406/details/normal?l=1>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

⁴⁸ RODRIGUES, Fernando Pereira. *O novo processo civil e os princípios estruturantes*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 113

⁴⁹ NETO, Abílio. *Novo código de processo civil anotado*. Lisboa: Ediforum, 2014. p. 92.

⁵⁰ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceitos e princípios gerais à luz do novo código*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 186.

qualquer outro ato que a lei determine, estabelecendo, para tanto, poderes ao juiz e deveres para as partes, deveres estes que, todavia, são delimitados pelos direitos fundamentais e pelo direito de sigilo. O processualista lastreia a cooperação material nos artigos 417⁵¹ e 7º, nº 2 e 3⁵², do Código de Processo Civil lusitano, que preveem, em suma, que todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, sendo que aquelas que recusem a colaboração devida devem ser condenadas em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis, exceto nos casos que o próprio código admite a recusa como legítima, bem como que o juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência⁵³.

⁵¹ Artigo 417.º Dever de cooperação para a descoberta da verdade. 1 — Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo -se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados. 2 — Aqueles que recusem a colaboração devida são condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal aprecia livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil. 3 — A recusa é, porém, legítima se a obediência importar: a) Violação da integridade física ou moral das pessoas; b) Intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações; c) Violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado, sem prejuízo do disposto no n.º 4. 4 — Deduzida escusa com fundamento na alínea c) do número anterior, é aplicável, com as adaptações impostas pela natureza dos interesses em causa, o disposto no processo penal acerca da verificação da legitimidade da escusa e da dispensa do dever de sigilo invocado. In: PORTUGAL. Lei nº 41/2013, de 2013. Aprova o Código de Processo Civil. Lisboa, 26 jun. 2013. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/497406/details/normal?l=1>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

⁵² Art. 7º - Princípio da cooperação. [...] 2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência. 3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no nº 3 do artigo 417º [...]. In: PORTUGAL. Lei nº 41/2013, de 2013. Aprova o Código de Processo Civil. Lisboa, 26 jun. 2013. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/497406/details/normal?l=1>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

⁵³ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceitos e princípios gerais à luz do novo código*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 186-188.

Já o sentido formal da cooperação é lastreado, segundo José Lebre de Freitas, nos artigos 7º, nº 4; 151, nº 1 a 3⁵⁴; e 150, nº 4, 5 e 6⁵⁵, que determinam que sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo; bem como que as diligências devem ser marcadas de acordo com os mandatários judiciais, os quais devem comunicar prontamente ao tribunal quaisquer circunstâncias impeditivas da sua presença, sendo que, *pari passu*, o tribunal deve informar o impedimento da realização de alguma diligência ou seu eventual atraso⁵⁶.

Comentando o supracitado artigo 417, do Código de Processo Civil português, José Augusto Pais de Amaral defende que, quando a recusa de cooperar é proveniente de uma parte e se torna inviável a realização da diligência pelos meios coercitivos, o tribunal deve avaliar livremente o valor da negativa para efeitos probatórios, bem como que, se a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, deve se inverter o seu ônus, com fulcro na interpretação conjugada do artigo ora em debate com o 344, nº 2, do Código Civil lusitano⁵⁷. Ademais, alega que a parte que omite o dever de

⁵⁴ Artigo 151.º Marcação e início pontual das diligências. 1 — A fim de prevenir o risco de sobreposição de datas de diligências a que devam comparecer os mandatários judiciais, deve o juiz providenciar pela marcação do dia e hora da sua realização mediante prévio acordo com aqueles, podendo encarregar a secretaria de realizar, por forma expedita, os contactos prévios necessários. 2 — Quando a marcação não possa ser feita nos termos do número anterior, devem os mandatários impedidos em consequência de outro serviço judicial já marcado comunicar o facto ao tribunal e identificar expressamente a diligência e o processo a que respeita, no prazo de cinco dias, propondo datas alternativas, após contacto com os restantes mandatários interessados. 3 — O juiz, ponderadas as razões aduzidas, pode alterar a data inicialmente fixada, apenas se procedendo à notificação dos demais intervenientes no ato após o decurso do prazo a que alude o número anterior [...]. In: PORTUGAL. Lei nº 41/2013, de 2013. Aprova o Código de Processo Civil. Lisboa, 26 jun. 2013. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/497406/details/normal?l=1>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

⁵⁵ Artigo 150.º Manutenção da ordem nos atos processuais [...] 4 — Logo que se verifique que a diligência, por motivo imprevisto, não pode realizar-se no dia e na hora designados, deve o tribunal dar imediato conhecimento do facto aos intervenientes processuais, providenciando por que as pessoas convocadas sejam prontamente notificadas do adiamento. 5 — Os mandatários judiciais devem comunicar prontamente ao tribunal quaisquer circunstâncias impeditivas da sua presença. 6 — Se ocorrerem justificados obstáculos ao início pontual das diligências, deve o juiz comunicá-los aos advogados e a secretaria às partes e demais intervenientes processuais, dentro dos trinta minutos subsequentes à hora designada para o seu início. In: *Ibid.*

⁵⁶ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceitos e princípios gerais à luz do novo código*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 188-190.

⁵⁷ Artigo 344.º (Inversão do ônus da prova) 1. As regras dos artigos anteriores invertem-se, quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ônus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine. 2. Há também inversão do ônus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízo das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações. In: PORTUGAL. Decreto Lei n.º 47344, de 1966. Código Civil. Lisboa, 25 nov. 1966. Disponível em: <<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

cooperação pode ser considerada litigante de má-fé e condenada à multa, nos termos do artigo 542, n.º 1 e 2, c⁵⁸, do código processual português⁵⁹.

No Brasil, o princípio passa a ser positivado com o novo código em 2015, especificamente no artigo 6º, o qual preconiza que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Não obstante a positivação ter se dado somente na data alhures mencionada, diversos doutrinadores já reconheciam o modelo cooperativo na vigência da codificação anterior, deduzindo-o da democracia participativa prevista no artigo 1º, da Constituição Federal e do direito ao contraditório amplo e efetivo, uma vez que o seu respeito significava a participação democrática de todos os sujeitos do processo, fomentada pelo inciso LV, do artigo 5ª da Constituição Federal⁶⁰⁻⁶¹. Nesta toada, Hermes Zaneti Jr. alegava, já em 2007, que o juiz deveria deixar de centralizar o processo, a fim de transformá-lo em um ato democrático, onde todas as partes pudessem colaborar com a melhor solução jurídica⁶².

Destarte, o modelo processual cooperativo permite a participação ativa de todos os envolvidos, devendo ser compreendido como técnica de construção de um processo civil democrático em conformidade com a Constituição. Desta forma, a comunidade de trabalho deve ser vista em perspectiva policêntrica e coparticipativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo⁶³.

No mesmo sentido, Rui Gonçalves Pinto assevera que o princípio da cooperação faz com que o processo judicial em curso se transforme em uma comunidade de trabalho⁶⁴. Neste diapasão, é possível observar, também, a decisão do Superior Tribunal de Justiça português, no processo n.º 41/06.4TBCSC.L1.S1, segundo o qual “os princípios que regem o processo civil, nomeadamente os da igualdade e da cooperação,

⁵⁸ Artigo 542.º Responsabilidade no caso de má-fé — Noção de má-fé. 1 — Tendo litigado de má-fé, a parte é condenada em multa e numa indemnização à parte contrária, se esta a pedir. 2 — Diz -se litigante de má-fé quem, com dolo ou negligência grave: [...] c) Tiver praticado omissão grave do dever de cooperação [...]. In: PORTUGAL. *Lei n.º 41/2013. Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/497406/details/normal?l=1>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

⁵⁹ AMARAL, José Augusto Pais de. *Direito processual civil*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 21-23.

⁶⁰ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 229.

⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 1 v, p. 82.

⁶² ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 56-57

⁶³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 215.

⁶⁴ PINTO, Rui Gonçalves. *Notas ao código de processo civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 28.

fazem com que o processo judicial em curso se transforme numa comunidade de trabalho”⁶⁵.

De acordo com Daniel Mitidiero, o princípio da cooperação apresenta uma “nova visão metodológica, uma nova maneira de pensar o direito processual civil, fruto de nossa evolução cultural”⁶⁶, enquanto Humberto Theodoro Júnior pontua que a cooperação processual no novo Código de Processo Civil, “tem a função democrática de permitir a todos os sujeitos da relação processual a possibilidade de influir, realmente, sobre a formação do provimento jurisdicional”⁶⁷.

Assim, o modelo cooperativo coaduna a atuação de todos os sujeitos processuais, não menoscabando, contudo, o papel do magistrado, que permanece com o poder decisório, que deve ser, agora, fruto da atividade processual em cooperação. À vista disso, “a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional”⁶⁸. Daniel Mitidiero alega, neste cenário, que a cooperação traz a necessidade de uma revisão na cota de participação que se defere a cada um de seus participantes ao longo do ato processual, organizando a participação de todos de forma equilibrada⁶⁹.

Isto posto, o processo cooperativo viabiliza o diálogo entre os sujeitos do processo, criando um ambiente processual de interação e colaboração, sendo que, para tanto, reorganiza o papel das partes e do juiz no processo, afastando qualquer protagonismo, e estabelecendo a todos deveres, que devem ser cumpridos em prol da realização de um processo justo e efetivo⁷⁰.

Conveniente apontar, aqui, que a noção de processo cooperativo é essencial para a efetivação do negócio jurídico processual, uma vez que este é instrumento de participação efetiva das partes no processo, dialogando com o magistrado em busca de harmonizar seus interesses próprios, como sujeitos parciais do litígio, com o escopo da

⁶⁵ PORTUGAL. Superior Tribunal de Justiça. *Processo n.º 41/06.4TBCSC.LI.SI*. Relator: Ana Paula Boularot. Lisboa, 21 mar. 2012. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/89839075/details/maximized?sort=whenSearchable&sortOrder=DESC&q=decreto-lei+95-C%2F1997&print_preview=print-preview&perPage=50>. Acesso em 21 jan. 2020.

⁶⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 47.

⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 1 v, p. 81.

⁶⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador: JusPodvim, 2019, p. 126.

⁶⁹ MITIDIERO, Daniel. Op. Cit.

⁷⁰ MEDEIROS NETO, Elias Marques de; PINTO, Caroline Pastrí. Notas sobre o princípio da cooperação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 296, p.63-87, out. 2019.

jurisdição, de salvaguardar a composição justa das relações sociais, nos moldes dos princípios constitucionais e infraconstitucionais que balizam ordenamento jurídico, cuja coordenação e controle fica a cargo do magistrado.

1.3 POSTULADO HERMENÊUTICO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUAS NORMAS FUNDAMENTAIS

Como explanado nos tópicos anteriores o processo civil evoluiu de uma visão liberalista, em que as partes possuíam amplos poderes no processo e o magistrado deveria se mostrar inerte, simplesmente repetindo preceitos legais - *em um modelo dispositivo, de caráter privatista* -, para um paradigma publicista, no qual as transformações sociais levaram à necessidade de uma atuação incisiva do Estado, em prol da igualdade material, com a conferência de amplos poderes ao juiz, devendo as partes limitarem-se a iniciar a demanda - *em um modelo inquisitório* - e, posteriormente, para um modelo cooperativo, onde a percepção de que um dos sujeitos processuais seria o protagonista do processo perde forças, em prol da atuação conjunta de todos os envolvidos, em uma comunidade de trabalho policêntrica e coparticipativa.

Coroando esta evolução, surge o novo Código de Processo Civil, que busca materializar o ideal cooperativo, colocando-o sob uma nova visão metodológica, a qual precisa ser compreendida para o avanço nos estudos sobre o negócio jurídico processual.

Assim, diante da importância da novel codificação sobre a matéria alvo deste estudo, imprescindível se faz a análise de sua estrutura dogmática, de seus vetores interpretativos e das normas fundamentais que regem sua aplicação.

1.3.1 A estrutura dogmática do Código de Processo Civil e sua coerência com a Constituição Federal

Para compreensão do Código de Processo Civil e sua correta utilização, necessário se faz entender os motivos que levaram à sua elaboração, seu contexto histórico-cultural, suas justificativas e anseios, seus pontos norteadores intangíveis, seus critérios de interpretação e as premissas que devem nortear o aplicador da lei na sua concretização.

Em primeiro plano é possível destacar que o momento social do surgimento do

código é marcado pelas seguintes características: a massificação das relações sociais; o surgimento de diversos “novos” grupos sociais, com interesses distintos, buscando a tutela do Estado; o aumento do interesse da população no campo jurídico; o grande número de cursos de direito, disseminando o conhecimento e a divulgação de ideias e teses novas no ramo jurídico; as evoluções tecnológicas e a amplitude de acesso às informações; a mudança de um paradigma liberal para um paradigma de estado social e, posteriormente, um retorno ao neoliberalismo, colocando diversas camadas da população na posição de hipossuficientes; a promulgação da Constituição Federal de 88, seguida por um movimento de constitucionalização do direito; a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (1990) e do Código Civil (2002); as sucessivas atualizações legislativas do Código de Processo Civil até então vigente na busca de se adaptar ao novo paradigma constitucional; a criação do processo eletrônico; a facilitação do acesso ao judiciário e o conseqüente aumento de processos; o descrédito na justiça, diante de sua morosidade e o clamor por técnicas efetivas⁷¹.

Dentre todas as situações narradas, especial destaque merece a morosidade do poder judiciário, que, somada à grande quantidade de lides, passou a compor a denominada por muitos como a “crise do judiciário”. Exemplificativamente, de acordo com o Relatório do Conselho Nacional de Justiça denominado “Justiça em Números”, do ano-base de 2014, foram interpostos 28,9 milhões de processos, sendo que “a Taxa de Congestionamento do Poder Judiciário foi de 71,4% no ano de 2014, com aumento de 0,8 pontos percentuais em relação ao ano anterior”. Afirma o relatório que “em 2014, o Poder Judiciário iniciou com um estoque de 70,8 milhões de processos, que tende a aumentar devido ao total de processos baixados ter sido inferior ao de ingressados”⁷².

Segundo Luiz Antônio Ferrari Neto, referida “crise” tem origem no dinamismo das relações sociais, gerando um número excessivo de litígios, na abertura da justiça, garantindo o fácil acesso aos jurisdicionados, e à carência de recursos dos tribunais⁷³. Sobre o número exacerbado de lides, vale asseverar que, não obstante o acesso ao judiciário por muito tempo tenha sido somente aos mais abastados, tal situação foi se

⁷¹ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 223.

⁷² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2015: ano-base 2014*. 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2015/09/204bfbab488298e4042e3efb27cb7fbd.pdf>>. Acesso em 27 nov. 2019.

⁷³ NETO, Luiz Antônio Ferrari. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial: Tentativa de sistematização*. 2007. 239 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2007, p. 56-66.

modificando com o movimento de facilitação do acesso à Justiça, que incluem a lei da assistência judiciária gratuita, a implementação das procuradorias de assistência judiciária, as defensorias públicas, assim como a garantia constitucional de acesso irrestrito à Justiça, advinda da Constituição Federal de 88, além de tantas outras conquistas, como o Código de Defesa do Consumidor, o que acabou por assoberbar o poder judiciário.

Do mesmo modo, José Roberto dos Santos Bedaque reconhece a crise no processo civil, e a justifica diante da excessiva demora dos processos, da deficiência estrutural do poder judiciário e do aumento excessivo de demandas⁷⁴.

Todas as constatações acima levaram à necessidade de uma mudança, uma vez que o antigo código já não era mais apto a solucionar os problemas enfrentados pela população, clamando a sociedade por um novo sistema processual, justo e efetivo, que pudesse suprir a demanda de litígios postos ao poder judiciário, bem como prover a justiça a seus jurisdicionados, que cada vez mais se enquadravam em diversas relações sociais como hipossuficientes⁷⁵, concretizando o escopo social da jurisdição.

Essas constatações levaram a comunidade jurídica a perceber que o direito processual civil - como ramo intensamente prático do direito, que responde aos anseios sociais - precisava ser mais dinâmico e instrumental, inclusive reclamando a utilização de técnicas que flexibilizem o procedimento por meio de cláusulas gerais e de textos mais abertos, fluidos, e propositadamente menos rígidos, em sintonia com a mesma evolução que se passou e se passa com o direito material. Assim, busca-se mais solucionar conflitos de interesse do que dar importância a métodos procedimentais. O código quer, com efeito, que o foco de atenção do jurista seja o mínimo possível voltado ao próprio processo, já que este serve como um veículo de realização/aplicação do direito material⁷⁶.

Nesta toada, o ministro Luiz Fux, ao apresentar o anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil ao Senado, afirmou que “o Brasil clama por um processo mais ágil, capaz de dotar o país de um instrumento que possa enfrentar de forma célere, sensível

⁷⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *A efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 46-47.

⁷⁵ Note que os jurisdicionados frequentemente se colocam como hipossuficientes, em suas diversas relações jurídicas, como, por exemplo, quando o sujeito exerce seu papel de consumidor, em especial perante às grandes empresas globalizadas, de empregado, de administrado perante o Estado, de usuário do serviço público, de destinatário das relações coletivas, dentre tantos outros papéis que uma pessoa pode se colocar, em especial no mundo atual, onde a massificação das relações de consumo e a globalização levam à assunção de correntes riscos.

⁷⁶ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 223.

e efetiva, as misérias e as aberrações que passam pela ponte da justiça”, e assim complementa:

É que aqui e alhures não se calam as vozes contra a morosidade da justiça. O vaticínio tornou-se imediato: “justiça retardada é justiça denegada” e com esse estigma arrastou-se o Poder Judiciário, conduzindo o seu desprestígio a índices alarmantes de insatisfação aos olhos do povo. Esse o desafio da comissão: resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere. Como vencer o volume de ações e recursos gerado por uma litigiosidade desenfreada, máxime num país cujo ideário da nação abre as portas do judiciário para a cidadania ao dispor-se a analisar toda lesão ou ameaça a direito? Como desincumbir-se da prestação da justiça em um prazo razoável diante de um processo prenhe de solenidades e recursos? Como prestar justiça célere numa parte desse mundo de Deus, onde de cada cinco habitantes um litiga judicialmente? [...] No afã de atingir esse escopo deparamo-nos com o excesso de formalismos processuais, e com um volume imoderado de ações e de recursos. Mergulhamos com profundidade em todos os problemas, ora erigindo soluções genuínas, ora criando outras oriundas de sistema judiciais de alhures, optando por instrumentos eficazes, consagrados nas famílias da civil law e da common law, sempre prudentes com os males das inovações abruptas mas cientes em não incorrer no mimetismo que se compraz em repetir, ousando sem medo⁷⁷.

Deste modo, o objetivo do novo código foi sanar os problemas alhures mencionados, buscando saciar os anseios da sociedade. Neste sentido, a exposição de motivos do código afirma que na elaboração do anteprojeto uma das linhas principais de trabalho foi “resolver problemas” e “deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais”⁷⁸.

O Poder Judiciário está na janela do mundo e, por isso, passou a ser objeto de inúmeros questionamentos, principalmente acerca do desempenho da sua função social, da sua eficiência e da qualidade do serviço que presta à população. Acolá e por aqui já se ouviu falar acerca do custo-benefício do Poder Judiciário para a nação, deixando entrever que a justiça pode ser alvo de avaliações baseadas exclusivamente em custos numéricos e vir a provocar dúvidas acerca da necessidade da manutenção de uma instituição tão onerosa para o Estado. O risco está em se olvidar que o Poder Judiciário é um dos pilares do regime democrático e o depositário da última esperança daquele que sofre violação ao seu direito [...] Pouca valia terá um bom ordenamento legal

⁷⁷ BRASIL. SENADO FEDERAL. *Anteprojeto do novo código de processo civil*. 2010. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁷⁸ BRASIL. SENADO FEDERAL. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 2015. Exposição de Motivos. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

se estivermos à míngua de aplicadores conscientes e preparados para enfrentar os tempos modernos⁷⁹.

Compreendidos os motivos que ensejaram a promulgação da novel codificação, essencial esclarecer seus objetivos. É possível dizer, pela análise da exposição de motivos, que o novo código tem como corolários (i) a efetividade, em prol de um processo mais célere, mais justo, mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo, em resposta aos anseios da população que clamava por ferramentas para efetividade da justiça; (ii) a coerência e harmonia *interna corporis* e com a Constituição Federal da República; (iii), o respeito aos princípios constitucionais, através da sua inclusão na versão processual; (iv) a participação das partes, sob a ótica de que a sua satisfação efetiva pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz⁸⁰.

Para esta finalidade, o código estabeleceu, como norteamento cogente, o respeito à Constituição Federal e às normas fundamentais do processo civil, estabelecendo, logo em seu artigo 1º, que o processo será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”.

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero, as ideias de que a jurisdição tem a função de atuar a vontade concreta da lei e que o juiz cria a norma individual para o caso concreto - de Chiovenda e Carnelutti, respectivamente -, está ultrapassada, vez que a lei deve ser lida e interpretada de acordo com a Constituição e com os direitos fundamentais, esclarecendo que:

Não se pense, porém, que o princípio da legalidade simplesmente sofreu um desenvolvimento, trocando-se a lei pelas normas constitucionais, ou expressa apenas uma mera "continuação" do princípio da legalidade formal, característico do Estado legislativo. Na verdade, o princípio da legalidade substancial significa uma "transformação" que afeta as próprias concepções de direito e de jurisdição e, assim, representa uma quebra de paradigma⁸¹.

Deste modo, a previsão do Código de Processo Civil vem confirmar a tendência neoconstitucionalista do direito, segundo a qual o ordenamento jurídico não pode se

⁷⁹ ANDRIGUI, Fátima Nancy. *Conciliação Judicial*. 2001. Palestra Proferida na IV Jornada Brasileira de Direito Processual Civil. Fortaleza, 09 Agosto de 2001. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jsui/handle/2011/605>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

⁸⁰ BRASIL. SENADO FEDERAL. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 2015. Exposição de Motivos. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo curso de processo civil: teoria do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, 1 v., p. 29.

distanciar do modelo constitucional, considerando os direitos fundamentais como linhas mestras para a aplicação da lei.

Outrossim, ainda com o escopo de compreender os critérios norteadores que conduzem o diploma processual, fundamental a análise de seus vetores interpretativos, conforme irá ser tratado no tópico seguinte.

1.3.2 Hermenêutica e aplicação das leis processuais

Não se deve olvidar que os órgãos encarregados da execução ou da aplicação da norma jurídica devem interpretá-la, a fim de alcançar seu verdadeiro sentido e melhor amoldá-la ao caso concreto⁸². A esta técnica dá-se o nome de hermenêutica, que pode ser definida como:

uma arte que visa ao indispensável entendimento da lei, formada de regras técnicas próprias, que variam do simples ao complexo, desde a indagação do intérprete quanto à vontade legislativa, através dos termos escritos em que é redigida a norma, até as investigações sociológicas mais profundas⁸³.

Desta maneira, a lei, como fonte essencial do direito, “exprime em linguagem a palavra de comando, que deve então ser captada pelo aplicador, o que exige o trabalho de entendimento de seu conteúdo”⁸⁴. Interpretar a lei consiste em determinar seu significado e fixar o seu alcance⁸⁵.

Para a atividade, o aplicador da lei (notadamente o juiz na decisão dos casos de espécie), irá se valer de uma técnica interpretativa, o que não permite, por óbvio, o arbítrio judicial, mas sim a busca pela clarificação de seu sentido e extensão. Deste modo, os métodos de interpretação da norma possuem o escopo de alcançar o seu real sentido, a partir da construção de técnicas, o que exige a análise de seu conteúdo de forma a coadunar a letra da lei a seus fins sociais:

A posição correta do intérprete há de ser uma posição de termo médio. Sem negar a supremacia da lei escrita, máxime da Constituição, como fonte jurídica, pois nisto está a ideia fundamental do ordenamento jurídico regularmente constituído, deverá tomar da escola cinética a

⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 151.

⁸³ *Ibid.*, p. 158-159.

⁸⁴ *Ibidem.*, p. 150.

⁸⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 101-104.

ideia de que a lei é um produto da sociedade organizada, e tem uma anualidade social de realizar o bem comum. A pretexto de interpretar, não pode o aplicador pender para o campo arbitrário de julgar a própria lei, de recusar-lhe aplicação ou de criar um direito contrário ao seu texto⁸⁶.

Desta feita, cabe ao operador do direito interpretar a lei, determinando seu significado e fixando o seu alcance, para o que pode se valer de diversos métodos, dentre os quais é possível citar (i) o método gramatical, que realiza a análise do dispositivo individualmente e em sua sintaxe, buscando o real sentido do texto legal, a partir das regras de linguística do vernáculo nacional; (ii) o método lógico, que utiliza uma construção mental de preceitos, utilizando mecanismos da lógica, como silogismos, deduções, presunções e relações entre textos legais; (iii) o método sistemático, que vê a lei dentro do sistema que ela está inserida, visando uma comparação entre a lei atual, em vários de seus dispositivos e outros textos ou textos anteriores; (iv) o método histórico, que enxerga a lei como produto da vivência social e consiste no estudo das circunstâncias fáticas que envolviam a elaboração da norma, procurando nesse contexto o real sentido do texto legal; (v) o método teleológico, que visa a finalidade da norma, buscando a sua essência, a sua motivação e a sua razão de ser (*ratio legis*)⁸⁷⁻⁸⁸⁻⁸⁹⁻⁹⁰. Dinamarco fala, ainda, em um método lógico-sistemático, que percebe os dispositivos não isoladamente, mas organicamente em um sistema, que é o ordenamento jurídico⁹¹.

Proveitoso expor que a técnica hermenêutica não é aplicada somente em casos obscuros, ambíguos ou confusos, mas sim em toda atividade de aplicação da lei, a fim de alcançar o seu real sentido⁹².

Especificamente no que tange à lei processual, a sua interpretação e integração está subordinada às mesmas regras que regem a interpretação e a integração dos demais ramos do direito⁹³, respeitada a particularidade de seu caráter instrumental⁹⁴.

⁸⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 160-162.

⁸⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 101-104.

⁸⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.*, p. 152.

⁸⁹ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: Teoria do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 255.

⁹⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 22-24.

⁹¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.*, p. 101-104.

⁹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.*, p. 151.

⁹³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 101-104.

⁹⁴ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 256.

Logo, a legislação está sujeita à Lei de Introdução ao Direito Brasileiro⁹⁵, que prevê em seu artigo 5º que na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum e à Constituição Federal.

Além disto, o próprio Código de Processo Civil prevê vetores interpretativos em seu artigo 8º, que determina que, ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz deverá atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

No que diz respeito à dignidade da pessoa humana, à legalidade, à publicidade e à eficiência, útil lembrar que são princípios já constitucionalmente previstos (artigos 1º, III; 37, CF), tendo sido repetidos no Código de Processo Civil, visando resguardar a aplicação humanizada do direito, a regra de que somente a lei obriga os jurisdicionados a fazer ou deixar de fazer algo e a publicidade dos atos do judiciário. Outrossim, a norma deve ser interpretada de acordo com os valores do estado social, respeitando as exigências do bem comum.

O respeito à eficiência, por seu turno, impõe a condução eficiente do processo pelo julgador, que deve geri-lo de forma adequada, visualizando o procedimento como meio para um fim⁹⁶. Também esta gestão deve ser econômica, buscando se atingir o máximo de resultados com o mínimo de atos⁹⁷. A eficiência garante que devem ser assegurados meios que instrumentalizam a eficácia dos serviços jurisdicionais⁹⁸.

Por fim, deve nortear a aplicação da lei, as máximas da proporcionalidade e da razoabilidade.

A proporcionalidade é, basicamente, uma estrutura formal de pensamento para a análise de uma medida restritiva, que pode ser extraída de três pontos da Constituição Federal: da cláusula do devido processo legal em seu caráter substantivo (art. 5º, LIV e LV, CF); do princípio do estado de direito (art. 1º, caput, CF), já que em um estado de direito não se pode admitir atos desproporcionais e arbitrários; do sistema de direitos fundamentais, já que tais direitos são instrumentos de contenção do arbítrio do Estado. O postulado da proporcionalidade costuma ser dividido em três máximas parciais:

⁹⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit., p. 101-104.

⁹⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador: JusPodvim, 2019, p. 128-134.

⁹⁷ ALVIM, Arruda. Op. Cit., p. 259.

⁹⁸ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 193.

adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação é a relação entre meio e fim, ou seja, as medidas adotadas devem ser aptas para fomentar os objetivos almejados, os quais devem ser legítimos. Nesta ótica, o meio empregado deve ser precisamente designado e juridicamente avaliado. Já a necessidade é a busca pelo meio menos oneroso possível. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é o sopesamento entre dois direitos, sendo que, para que a restrição de um direito seja proporcional, além de adequada e necessária, é imprescindível que fomente ou promova um outro direito. O grau de satisfação do direito fomentado deve ser suficientemente forte para justificar a restrição do direito atingido⁹⁹.

Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos - caso sejam aplicáveis - é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos¹⁰⁰.

Deve-se buscar, através da ponderação, a simultaneidade sadia dos direitos envolvidos no caso, procurando harmonizá-los com os vetores interpretativos aqui tratados. Já afirmava Miguel Reale que o direito “não tem a finalidade de exclusiva de realizar a coexistência das liberdades individuais, mas sim a finalidade de alcançar a coexistência e a harmonia do bem de cada um com o bem de todos”¹⁰¹.

A razoabilidade, por seu turno, consiste na avaliação se determinado ato é razoável para atingir determinado fim ou se é arbitrário.

De todo o exarado, é possível chegar às seguintes conclusões: (i) a interpretação das leis processuais deve ter como critério norteador a Constituição Federal, como já explicitado nos tópicos anteriores; (ii) a interpretação das leis processuais deve respeitar a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, que admite, quando a lei for omissa, que o juiz decida o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito e prevê que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum; (iii) a interpretação das leis processuais deve seguir os vetores estabelecidos no artigo 8º, do CPC; (iv) remanescendo dúvidas, o julgador pode adotar os

⁹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117-119.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 118

¹⁰¹ REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 311.

métodos de interpretação, com especial enfoque ao método sistemático, que vê a lei dentro do sistema que ela está inserido e o método teleológico, que visa compreender a finalidade da norma; (v) em todos os casos, o magistrado não pode ignorar o caráter instrumental do processo, tendo como finalidade a tutela do direito material pleiteado pelas partes.

Compreendidas tais premissas, relevante mencionar que Arruda Alvim aponta que o rol do artigo 8º não é taxativo, não devendo ser esquecida a disposição de outros mandamentos constitucionais. O autor sustenta, ainda, que não pode o dispositivo ser utilizado como justificativas genéricas para não se aplicar as normas legais¹⁰². Aliás, rememora-se aqui o artigo 20, da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro que prevê que nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

1.3.3 Das normas fundamentais

Estando clara a estrutura dogmática do Código de Processo Civil, bem como os vetores de interpretação a serem respeitados pelo magistrado ao julgar a lide, primordial pontuar que a codificação prescreve, ainda, normas fundamentais processuais civis, as quais, uma vez topograficamente alocadas em sua parte geral, trazem diretrizes a serem aplicadas a todos os procedimentos, remédios e incidentes regulados na parte especial, criando uma verdadeira orientação para a aplicação da lei. Passa-se a análise individualizada das mesmas.

1.3.3.1 A efetividade e a duração razoável do processo

As primeiras normas fundamentais a serem analisadas são a efetividade e a duração razoável do processo.

José Roberto dos Santos Bedaque define um processo efetivo como a soma de segurança, garantida pelo contraditório e ampla defesa, e celeridade, proporcionando às partes o resultado desejado. Para o autor, efetividade, celeridade e economia processual

¹⁰² ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: Teoria do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 260.

estão diretamente relacionados à promessa de justiça¹⁰³.

Nesta toada, o artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, garante a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. No mesmo sentido, o artigo 4º, do Código de Processo Civil, prevê que as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. Aliás, veja que o artigo não trata, unicamente, da tramitação célere, mas também da primazia da resolução do mérito, em conjunto com os artigos 317 e 448, do Código de Processo Civil.

O dispositivo não pretende predeterminar a duração razoável do processo, atividade esta de difícil consecução, uma vez que vários fatores influenciam na marcha da lide, como, por exemplo, a complexidade da causa, mas sim nortear a atividade do julgador para evitar diligências desnecessárias, reprimindo condutas desleais¹⁰⁴.

Todavia, a razoável duração do processo não pode justificar a ausência de garantias mínimas, nem desrespeitar o devido processo legal, sendo “ilusão compreender que celeridade é somente agilidade”¹⁰⁵.

1.3.3.2 A boa-fé e a cooperação processual

As próximas normas fundamentais cujo respeito se mostra imprescindível ao bom andamento do processo são os princípios boa-fé e da cooperação.

Embora a boa-fé possa ser vista em sua face subjetiva ou objetiva, assume importância no ordenamento jurídico o respeito ao seu aspecto objetivo, como uma exigência ético-jurídica, demandando que o agente pratique o ato “pautado em valores acatados pelos costumes, identificados com a ideia de lealdade e lisura”, garantindo uma segurança às relações jurídicas¹⁰⁶.

Desta feita, em que pese um processo ser fundado, via de regra, em um litígio entre partes antagônicas, tal litigiosidade não significa que possam agir de forma desleal. De forma idêntica, os demais sujeitos do processo não podem agir de forma antiética, devendo respeitar o princípio estabelecido no artigo 5º, do Código de Processo Civil, que

¹⁰³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *A efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 49-51.

¹⁰⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 1 v., p. 77-78.

¹⁰⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. Cit.*, p. 49-51.

¹⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. Cit.*, p. 78-79.

determina que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Como desdobramento da boa-fé, é possível encontrar, ainda, o dever de cooperação, extraído ao artigo 6º, do *códex*, que prevê que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Diante disso, boa-fé e cooperação estão simbioticamente interligadas, sendo a primeira justificante da segunda:

Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação. O princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro. Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes¹⁰⁷.

Remete-se o leitor ao item 1.2, onde o tema foi amplamente tratado em tópico específico, haja vista sua importância para o estudo.

1.3.3.3 A igualdade processual e o contraditório efetivo: o diálogo entre os sujeitos do processo

É possível encontrar na parte geral do código, também, o princípio da igualdade material.

O direito à igualdade, materializado na máxima de que todos são iguais perante a lei, surge a partir das revoluções liberais, contudo, à época, fora concebido exclusivamente em sua dimensão formal, a qual demandava tratamento isonômico a pessoas que estavam na mesma situação, independentemente do conteúdo justo ou injusto do tratamento. Com as revoluções industriais e a consagração dos direitos sociais, houve uma nova configuração do princípio da isonomia, surgindo a noção de igualdade material.

De forma ampla, podemos considerar que a isonomia jurisdicional apresenta três dimensões, ou três momentos de influência que de certa maneira são conectados entre si. O Estado deve garantir aos jurisdicionados igualdade de acesso aos instrumentos processuais; igualdade de tratamento durante o curso do processo; e promover a

¹⁰⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 198, n. 36, p.213-225, jun. 2011.

igualdade através do resultado do processo, em especial diante do conteúdo das decisões judiciais. Quer dizer, não basta que a atividade judicial seja neutra e equidistante em relação às partes - essa é apenas uma primeira dimensão da isonomia. É importante, para dar cumprimento ao art. 7º do CPC/2015, que possíveis desigualdades sejam imunizadas por meio do processo.¹⁰⁸

No artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, é prevista a igualdade jurídica, enquanto no artigo 3º, do mesmo diploma, a igualdade material. No âmbito do Código de Processo Civil, o artigo 7º assegura às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. Portanto, o juiz deve equilibrar as partes do processo, para que possam fazer uso do contraditório efetivo.

Uma vez estabelecida às partes posição materialmente igualitária, o juiz deve ouvir os litigantes previamente, antes de qualquer decisão, ressalvados os casos previstos em lei, não podendo decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado a eles oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício (artigos 09 e 10, CPC).

A disposição evita decisões surpresas, permitindo que as partes influam na decisão judicial.

1.3.3.4 Publicidade e motivação das decisões

O artigo 11, da codificação processual, impõe que todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos, ressalvados os casos de segredo de justiça. Isso ocorre diante do interesse público no processo, que suplanta o interesse privado. Aliás, referida publicidade é imposta a todos poderes institucionais (art. 37, CF)¹⁰⁹.

Ademais, todas as decisões emanadas pelo poder judiciário serão fundamentadas, com o intuito de permitir o contraditório efetivo.

Vale ressaltar que, além de ser um direito da parte, os julgamentos públicos e as decisões fundamentadas são um dever do julgador, estabelecido no artigo 97, IX, da Constituição Federal, que determina tais condutas, sob pena de nulidade.

¹⁰⁸ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 250.

¹⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 1 v., p. 94.

Frisa-se, ainda, que a própria carta constitucional, no artigo supracitado, prevê que a lei pode limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, nos casos em que a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. O Código de Processo Civil, por seu turno, prevê que nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.

1.4 A FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO COMO COROLÁRIO DO PROCESSO EFETIVO

Após a análise das normas que regem o novo código, bem como de seus critérios interpretativos, é possível constatar que um dos motivos ensejadores de sua promulgação, bem como um de seus vetores aplicativos, foi a busca por um processo efetivo, ou seja, um processo apto a obter “o máximo possível de resultados práticos adequados e tempestivos, com a maior amplitude possível dos interessados”¹¹⁰. Nas palavras descritas na própria exposição de motivos, “a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça”:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo¹¹¹.

Dessa maneira, se mostra primordial que o processo ofereça à sociedade decisões judiciais qualificadas de efetividade, tempestividade e adequação, de forma a corresponder às necessidades das partes e sua expectativa.

Ocorre que, por muitos anos, o poder judiciário não se mostrou apto a manejar a grande quantidade de lides, conforme se tratou no item 1.3.1, gerando a denominada

¹¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 17, p.61-69, out. 2009, p. 72.

¹¹¹ BRASIL. SENADO FEDERAL. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 2015. Exposição de Motivos. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

“crise do judiciário”. Consequentemente, se tornou inegável a constatação que a metodologia de trabalho tradicional já não se mostrava viável, criando no jurisdicionado um descrédito no Poder Judiciário.

Em busca de soluções, alguns autores, muito antes da promulgação do novo código, começaram a apontar, como meio de resolver, ainda que parcialmente, a problemática, a flexibilização do processo, que há muito estava dormente, graças à cultura publicista.

Corroborando com esse pensamento, William Santos Ferreira argumenta que a flexibilização é um meio de resolver os problemas contemporâneos, uma vez que o julgador deve responder às diversas variáveis sequer previstas pelo legislador¹¹². Interessante colacionar que Lóic Cadiet explica o fenômeno do negócio jurídico processual, especificamente na França, como materialização da tendência à contratualização das relações sociais e a decadência do centralismo estatal, bem como um meio de reduzir a crise que passa a justiça com o excesso de processos¹¹³:

Por una parte, desde un punto de vista general, estas convenciones relativas al proceso se inscriben en Francia dentro de una tendencia muy clara, la contractualización contemporánea de las relaciones sociales, ligada a la decadencia del centralismo estatal y de su corolario en la categoría de la producción normativa, el legicentrismo. Este fenómeno, que se ha desarrollado en los años 60, es objeto de numerosos estudios doctrinales, que subrayan su importancia, independientemente de las diferentes posiciones que adoptan, favorables o desfavorables [...] Por otra parte, desde un punto de vista más particular, la renovación actual se debe al nuevo uso que se hace de la técnica contractual, como una de las respuestas posibles a la crisis de la justicia, a la saturación de los tribunales y a la prolongación de los procedimientos¹¹⁴.

Para compreensão da flexibilização procedimental, importante compreender o sistema da liberdade de formas procedimentais, segundo o qual “não há uma ordem legal pré-estabelecida para a prática dos atos processuais, competindo aos sujeitos do processo (ora às partes, ora ao juiz) determinar a cada momento qual o ato processual a ser praticado”. O sistema se contrapõe ao sistema da legalidade das formas procedimentais, no qual “o lugar em que cada ato processual tem cabimento se encontra rigidamente pré-

¹¹² FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 189-194.

¹¹³ CADIET, Lóic. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*, Munique, v. 3, n. 3, p.3-35, 2012. Semestral. Ago-dez.

¹¹⁴ Ibid.

estabelecido em lei”, podendo a desobediência ao comando legal “implicar invalidade do próprio ato processual, do seu conjunto (do procedimento todo), ou do resultado do processo (da sentença)”¹¹⁵.

O sistema de liberdade de forma do procedimento permite um encaminhamento mais célere ao feito, já que possível a eliminação dos atos desnecessários do iter, bem como sua adequação à efetiva tutela do direito material. Gera, todavia, suposta insegurança, visto que as partes podem ser surpreendidas por decisões surpresas e exigências formais desarrazoadas. Além disso, aduz-se que o juiz pode, conscientemente ou não, ceder a influências prejudiciais ao interesse de uma das partes, manipulando o procedimento em desfavor da igualdade¹¹⁶.

Especificamente no que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com Fernando Gajardoni, embora não haja sistemas completamente puros, há uma preferência pelo sistema da legalidade das formas procedimentais, bem como a preponderância de regras legais, o que necessita ser modificado, uma vez que as normas não podem converter-se em fins próprios, conduzindo a lide a um formalismo excessivo, vez que isso torna sua utilidade estéril e vai em desencontro com os fins do processo, cuja preocupação “há de se ater aos resultados, e não com formas pré-estabelecidas e engessadas com o passar dos séculos”¹¹⁷.

O autor ressalta que a flexibilização procedimental pode advir pela força da lei - *técnica preponderantemente adotada pelo Brasil, e.g. no artigo 355, CPC, em que a lei possibilita, nos casos pré-determinados, julgar antecipado o mérito* -, pelo magistrado - *adotado em alguns poucos casos no Brasil, como no artigo 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente* - e, por fim, pelas partes. Para Gajardoni, esta flexibilização de procedimento não é viável no plano normativo, haja vista a demora incompatível do processo legislativo, bem como a rapidez com que evoluem os conflitos em uma sociedade moderna, de modo que as variações rituais precisam se dar na esfera judicial¹¹⁸.

Não se nega que certo rigor formal “é a espinha dorsal do processo”, e que “seria impensável o processo sem determinada ordem de atos e paralela distribuição de poderes entre os sujeitos”. O que não parece certo é vincular a fonte de emissão destas regras exclusivamente à

¹¹⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. 2007. 285 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 94-95.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Ibidem., p. 100-103.

¹¹⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. 2007. 285 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 100-103.

norma cogente, ou estabelecer que só assim há previsibilidade, conseqüentemente segurança aos contendores, como se o juiz fosse um ser inanimado incapaz de ordenar adequadamente o rito processual. O juiz, investido por critério estabelecidos na Constituição Federal, é também agente político do Estado, portador de seu poder, inexistindo, portanto, “razão para enclausurá-lo em cubículos formais dos procedimentos, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa”. É preciso, pois, conforme bem aponta José Roberto dos Santos Bedaque, “reconhecer no julgador a capacidade para, com sensibilidade e bom senso, adequar o mecanismo às especificidades da situação, que não é sempre a mesma”¹¹⁹.

Acerca da flexibilização voluntária, vale esclarecer que, como já tratado no item 1.1, a impossibilidade de a parte eleger o procedimento conforme sua preferência somente surgiu com os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, sendo que anteriormente era possível referida negociação, conforme se visualiza nos revogados 390, do Código de Minas Gerais e 1.347 do Código do Estado do Rio de Janeiro¹²⁰. Idem ao artigo 245, do Regulamento 737, que assim dispunha: “esta fôrma de processo é extensiva a qualquer acção, si as partes assim convencionarem expressamente” (*sic*)¹²¹. De mais a mais, mesmo sob a vigência das últimas codificações, diversas hipóteses de opção ritual foram se construindo, relativizando o sistema¹²².

Advogando em prol da flexibilização, Gajardoni expõe que um sistema flexível não viola a segurança jurídica, que reside na previsibilidade das ações futuras e de suas conseqüências, bastando, para tanto, que as normas sejam de conhecimento dos litigantes antes de sua implementação no curso do processo. De acordo com o autor, o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal) não significa obediência de um trâmite processual estabelecido em regras rígidas fixadas em lei, mas sim que seja oportunizado às partes o direito a um processo justo, isto é, onde lhes sejam assegurados o respeito às garantias e às oportunidades previstas na norma processual¹²³. Aliás, a redação do artigo 188, do Código de Processo Civil determina que os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

O jurista identifica, todavia, requisitos indispensáveis à flexibilização

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Ibidem., p. 235-243.

¹²¹ BRASIL. Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do juízo no processo commercial. Rio de Janeiro, 1850.

¹²² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. Cit., p. 235-243.

¹²³ Ibid., p. 117-122.

procedimental, assim sistematizados: (i) finalidade: a flexibilidade deve ocorrer em caráter excepcional, quando o instrumento predisposto pelo sistema não for apto à tutela eficaz do direito reclamado ou não existir lógica para a imposição legal havida por mero culto à forma ou a parte for hipossuficiente; (ii) contraditório útil, com participação da parte; (iii) motivação, devendo a decisão ser fundamentada¹²⁴.

Destarte, as regras existentes não podem conduzir à uma postura rígida do juiz, porque isso vai em desencontro com a eficiência do processo, que exige a instrumentalização de meios para sua consecução, o que exige do magistrado uma postura mais cooperativa¹²⁵.

Neste espeque, a discussão ganha novos relevos com a promulgação do novo Código de Processo Civil, que regulamenta expressamente a figura do negócio jurídico processual em seu artigo 190, segundo o qual, versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Entretanto, não se pode menoscabar que a positivação do artigo 190 não foi o fim dos debates quanto à admissibilidade do negócio processual. Em que pese todas as constatações acima exaradas, bem como sua posterior positivação, o ideal de flexibilização não é aceito com unanimidade pela doutrina. Para alguns autores a sistemática de flexibilização é inviável e, na prática, somente gera mais discussões, em detrimento da satisfação do conflito, trazendo severos ônus ao juiz e ao cartório judicial, que deverá processar centenas de procedimentos diferenciados¹²⁶. Para outros, a possibilidade de negociar sobre o procedimento seria inconstitucional, por violar a regra prevista no artigo 24, XI, da Constituição Federal¹²⁷.

Por sua vez, dentre os autores que a admitem, a problemática ganha contornos diversos, passando-se a discutir o *modus operandi* para aplicação dos referidos negócios, bem como seus limites, podendo ser constatada severa divergência doutrinária acerca do tema.

¹²⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. 2007. 285 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 103-111.

¹²⁵ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 189-194.

¹²⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil: Parte geral*. São Paulo: Verbatim, 2015. 1 v., p. 505.

¹²⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 225-227.

Sobre tais discussões, importante mencionar a resistência da doutrina em aplicar o negócio jurídico processual à matéria probatória, podendo ser constatada, inclusive, uma escassez de estudos sobre o tema, que é comumente aventado na doutrina de forma pontual, em meio ao estudo de outras temáticas. Acerca da resistência do negócio jurídico processual em matéria probatória, Willian Santos Ferreira atesta que essa postura inflexível pode ser justificada pelo excesso de regras minuciosas da matéria, cristalizada ao longo de séculos. Para o autor, esse dogma precisa ser modificado pelos “novos ares” constitucionais e infraconstitucionais, assegurando aos jurisdicionados um processo mais efetivo, na disponibilização e utilização de instrumentos hábeis ao esclarecimento do *thema probandum*¹²⁸. Para o processualista, esta flexibilização da matéria probatória é corolário da efetividade, vez que:

Se questões fáticas não são eficientemente esclarecidas, o processo não somente tende a ser mais demorado, como também pode prejudicar a eficiência da atividade jurisdicional, que deve ter como última alternativa as regras inerentes à distribuição do ônus da prova, como forma de viabilizar o julgamento das questões fáticas não esclarecidas¹²⁹.

Sendo assim, a flexibilização do processo, embora positivada no novo código, deixa muitas lacunas quanto à sua aplicabilidade, das quais o presente trabalho elege especificamente a problemática da aplicação do negócio jurídico processual especificamente em matéria probatória.

1.5 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

Da análise deste capítulo, foi possível evidenciar que a evolução do processo civil nos últimos três séculos, que variou de acordo com cada momento histórico, a fim de priorizar a prevalência de um dos sujeitos processuais – *ora em um modelo adversarial, ora em um modelo inquisitivo* – culminou com a criação de um modelo cooperativo, que busca a contribuição de todos os envolvidos na lide, em uma verdadeira comunidade de trabalho, em prol de alcançar um processo justo e efetivo, no qual os anseios da sociedade possam ser atendidos de forma satisfatória, em tempo razoável, sempre sob a égide da Constituição Federal, que figura como verdadeiro critério norteador e balizador da

¹²⁸ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 189-194.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 192.

atividade jurisdicional.

Pari passu, sem embargo da Constituição Federal ter trazido avanços imensuráveis para a população, conferindo-lhe diversos direitos e meios concretos para reclamá-los, foi possível observar que o movimento de acesso ao Poder Judiciário acabou por assoberbá-lo, diante do excesso de demandas, somado à morosidade do processo e à falta de recursos do órgão, não conseguindo, assim, suprir os anseios da população.

Foi exposto, ainda, que uma das soluções encontradas pela doutrina para sanar o problema – *dentre tantas outras medidas* – foi a opção pela flexibilização do processo, o que permitiria que a lide se amoldasse ao caso concreto. Notou-se, com o estudo, que referida solução, antes adormecida pelo movimento publicista, ganhou espaço no modelo cooperativo de processo, passando a ser estudada e defendida por diversos doutrinadores até ser finalmente positivada no Código de Processo Civil de 2015, que passou a prever expressamente o negócio jurídico processual atípico em seu artigo 190, bem como outros negócios jurídicos processuais típicos ao longo do texto legal.

No entanto, não obstante a sua positivação, a matéria ainda remanesce controvertida, seja acerca de sua admissibilidade, ou não, seja no que tange às balizas de sua aplicação no ordenamento jurídico, nas mais diversas esferas. Dentre todos os embates, este trabalho elegeu especificamente estudar os limites do negócio jurídico processual em matéria probatória, dada a sua importância para que o processo possa atingir o seu escopo máximo, qual seja, promover justiça, pacificando os conflitos sociais, a partir da descoberta, ainda que parcial, da verdade.

Em prol deste estudo, conduzir-se-á o leitor, no capítulo 02, à análise do negócio jurídico processual, com especial enfoque ao papel das partes e do magistrado, e, em seguida, ao longo do capítulo 03, ao exame do microssistema probatório, mais uma vez priorizando o debate acerca da atuação dos sujeitos do processo, para que, ao fim, no capítulo 04, seja possível o estabelecimento de diretrizes para materialização dos poderes instrutórios do juiz no negócio jurídico processual em matéria probatória.

2 O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO

Como explanado no capítulo anterior, a evolução do processo civil caminhou para a concepção de um modelo cooperativo, onde todos os sujeitos processuais devem colaborar em prol de uma solução efetiva do litígio, se tornando um campo fértil para o tema da flexibilização da lide, que passa a ser vista não só como uma materialização da cooperação entre litigantes e julgador, mas também como uma esperança de solução à morosidade e inefetividade do processo.

Dita flexibilização, já aventada em momentos históricos anteriores, ganha novos contornos no ordenamento jurídico nacional com a promulgação do novo *códex* processual, que passa a prever expressamente a possibilidade de negócios jurídicos processuais, tanto típicos quanto atípicos.

Contudo, naturalmente, a disposição legal não significa imediata aceitabilidade ou aplicabilidade do instituto, não lhe conferindo eficácia sociológica¹³⁰, de forma que a sua execução, ao menos em sua modalidade atípica, passa a encontrar óbices tanto em sua aceitação pelos litigantes – *sem menoscar que o código é, ainda, recente* –, quanto em sua sistematização pela doutrina, que diverge em diversos pontos sobre sua admissibilidade, aplicabilidade e balizas.

Passa-se a analisar, então, neste capítulo, as características e questionamentos levantados pela comunidade jurídica no que concerne ao negócio jurídico processual, com especial enfoque à figura do magistrado, mormente sua vinculação ao pacto avençado entre as partes e a amplitude de seu controle sobre o negócio processual firmado.

O exame da matéria irá construir premissas teóricas mínimas sobre o negócio jurídico processual, para que, ao fim deste estudo, no capítulo 04, possam ser traçados parâmetros para atuação do magistrado especificamente no que concerne ao negócio processual na atividade probatória.

2.1 NEGÓCIO JURÍDICO: TIPOLOGIA, EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

¹³⁰ De acordo com Uadi Lammêgo, a eficácia normativa ou técnico-jurídica é a simples possibilidade de aplicação da norma, a sua aptidão técnica para produzir efeitos jurídicos. Contudo, a norma pode não ter eficácia sociológica, quando desrespeitada, tornando-se letra morta, gerando um problema de efetividade. In: BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 478.

Antes do ingresso no tema do negócio jurídico processual propriamente dito, necessário se faz compreender a tipologia envolvendo o instituto, mormente a diferenciação entre fatos, atos e negócios jurídicos, além de seus requisitos de existência, validade e eficácia, de acordo com o direito material, bem como sua correspondência no direito processual civil, para que se possa avançar no estudo que segue com mais propriedade.

2.1.1 Tipologia: fatos, atos e negócios jurídicos processuais

Em primeiro plano, necessário se faz a definição dos conceitos básicos de fato jurídico e suas subdivisões. Veja que os *fatos* preexistem ao direito, podendo ser divididos em (i) *fatos naturais (não jurídicos)*, nos quais não incidem norma jurídica e, portanto, são irrelevantes juridicamente e (ii) *fatos jurídicos latu sensu*, que podem ser definidos como fatos que se subsumem à incidência da norma. Por sua vez, os fatos jurídicos se dividem em (ii.i) *fatos jurídicos em sentido estrito*, que são fatos involuntários ou da natureza e em (ii.ii) *fatos em sentido amplo ou atos jurídicos*, que são os atos humanos voluntários. Os últimos, por seu turno, se dividem em (ii.ii.i) *atos jurídicos em sentido estrito*, cujos efeitos são previstos em lei, ou seja, não há escolha voluntária do agente quanto ao resultado e em (ii.ii.ii) *negócios jurídicos*, que, finalmente, são a expressão da autonomia de vontade das partes.

Nesta toada, Caio Mário define negócio jurídico como “toda declaração de vontade, emitida de acordo com o ordenamento legal, e geradora de efeitos jurídicos pretendidos”¹³¹. Do mesmo modo, Clóvis Beviláqua esclarece que negócio jurídico “é toda manifestação da vontade individual, a que a lei atribui o efeito de movimentar as relações jurídicas”¹³², informação esta corroborada por Washington de Barros Monteiro, segundo o qual a característica primordial do negócio jurídico é ser um ato de vontade¹³³⁻¹³⁴.

Assim, o negócio jurídico é geralmente definido como ato de autonomia privada,

¹³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 381.

¹³² BELIVÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo Ltda., 1959. 1 v., p. 261.

¹³³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 181.

¹³⁴ Esclarece-se, aqui, que Clóvis Beviláqua e Washington de Barros Monteiro utilizam a expressão “ato jurídico”, para denominar o negócio jurídico.

esclarecendo Orlando Gomes que “é através dos negócios jurídicos que os particulares autorregulam seus interesses, estatuidos as regras que voluntariamente quiserem subordinar o próprio comportamento”¹³⁵.

Insta salientar, aqui, que embora parte expressiva da doutrina considere característica marcante do negócio a vontade declarada (definição esta de forte influência no modelo liberal), modernamente a massificação da produção e do consumo teria tornado inviável a concepção liberal do negócio jurídico, como é possível observar, por exemplo, no contrato de adesão, bem como os excessivos intervencionismos legislativos minorariam as características típicas dos negócios jurídicos. Para solucionar a questão Marcos Bernardes de Mello, citado por Leonardo Carneiro Cunha, define negócio jurídico como:

O fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e amplitude variada, 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 jurídico¹³⁶.

Conveniente colacionar que há três teorias sobre o negócio jurídico, quais sejam: (i) teoria subjetiva ou do dogma da vontade, segundo a qual o negócio jurídico deve ser vislumbrado a partir da vontade do agente, que, por sua vez, pode ser dividida em três vertentes, que reconhecem a vontade psicológica, a vontade externada e uma posição intermediária; (ii) teoria preceptiva, que preceitua que o negócio jurídico seria um preceito que emerge da declaração da vontade, ou seja, uma forma de objetivar o negócio jurídico, fora da sede da consciência; (iii) teoria da autorregulação, de acordo com a qual o negócio jurídico é entendido como ato de autonomia¹³⁷.

Exposta a definição de negócio jurídico, bem como sua distinção em relação aos demais fatos, importante transportar a matéria para o objeto deste trabalho, o processo civil, especificamente o negócio jurídico processual. Neste ponto, essencial aduzir que no âmbito processual devem ser respeitadas, sempre, as peculiaridades das normas

¹³⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 264.

¹³⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodvim, 2019. p. 39-74, p. 41-44.

¹³⁷ OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Negócio jurídico processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil*. 2017. 202 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2017, p. 45-47.

processuais como normas de direito público, bem como o regime de invalidades característico do Código de Processo Civil.

Sobre o tema, não se pode olvidar que não há na doutrina consenso quanto ao critério adequado para se classificar um fato jurídico como processual. Guilherme Peres de Oliveira, valendo-se das lições de Fredie Didier Júnior, Pedro Henrique Nogueira, Cândido Rangel Dinamarco, explica que pode o fato jurídico ser entendido como processual, pela análise dos seguintes critérios alternativos: (i) o fato deve produzir efeitos no processo; (ii) o fato deve ser praticado por um sujeito do processo; (iii) a sede do fato deve ser no processo; (iv) o fato deve ser praticado por um sujeito do processo, e no procedimento, anotando sua predileção pelo primeiro critério, ou seja, o fato passa a ser processual quando produz efeitos no processo¹³⁸. Daniel Mitidiero, por seu turno, reconhece a existência de fatos processuais unicamente quando eles ocorrem dentro do processo, aptos a nele produzir efeitos¹³⁹.

Nesta toada, alguns doutrinadores negam a existência de fatos jurídicos processuais em sentido estrito, como, por exemplo, José Joaquim Calmon de Passos, que aduz que no processo somente existem atos processuais, sendo que fatos jurídicos são estranhos ao processo¹⁴⁰. Ademais, outros autores reconhecem a existência do ato jurídico processual *stricto sensu*, mas não reconhecem a existência do negócio jurídico processual, sob o argumento de que todos os atos das partes teriam seus efeitos previstos em lei. A matéria será melhor tratada no item 2.2.2.

Assimilada a divergência, fundamental analisar a classificação do negócio jurídico processual, lastreada no modelo civilista já exposto neste tópico.

Sobre o tema, Antonio do Passo Cabral divide os fatos jurídicos¹⁴¹ processuais em: (i) fato jurídico processual *stricto sensu*¹⁴², que é todo evento fático, prescindível de qualquer ato humano, que “assume caráter jurídico pela incidência de uma norma processual, e que produz, ou pode produzir, efeitos em um processo”¹⁴³; (ii) ato jurídico

¹³⁸ OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Negócio jurídico processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil*. 2017. 202 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2017, p. 49-51.

¹³⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodvim, 2019. p. 39-74, p. 44.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Repisa-se: fato jurídico é aquele em que, pela doutrina civilista, incide a norma jurídica.

¹⁴² O qual, no âmbito do direito material, representa fatos involuntários.

¹⁴³ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodvim, 2016, p. 46.

processual *latu sensu*¹⁴⁴, que, de acordo com grande parte da literatura, é o ato jurídico que produz, ou é apto a produzir, efeitos em um processo¹⁴⁵.

Por sua vez, o ato jurídico processual se divide em: (i) ato jurídico processual *stricto sensu*, que pode ser caracterizado como aquele em que a vontade é elemento para estrutura do ato, mas não determina seu conteúdo eficaz, ou seja, a vontade do agente é considerada na escolha entre praticar ou não o ato; (ii) negócio jurídico processual o qual pode ser definido como “o ato que produz ou pode produzir efeitos no processo escolhidos em função da vontade do sujeito que o pratica”¹⁴⁶.

Leonardo Carneiro Cunha, em posição semelhante, afirma que o fato jurídico processual *stricto sensu* é o acontecimento da natureza que, juridicizado pela incidência da norma processual, é apto a produzir efeitos dentro do processo, como a morte da parte, que leva à suspensão de um prazo, enquanto o ato jurídico processual *stricto sensu* são manifestações da vontade em que a parte não tem escolha da categoria jurídica ou do conteúdo negocial¹⁴⁷. Neste, o ato volitivo se limita à vontade e à consciência de praticar o ato, sem que essa vontade do agente tenha o poder de determinar os efeitos que serão produzidos como consequência da prática do ato¹⁴⁸.

Além das classificações acima, a doutrina divide os atos processuais, ora levando em conta os sujeitos que os praticam – *separando-os em atos da parte; do juízo; de sujeitos secundários ao processo; de terceiros* -, ora valorizando aspectos objetivos, como, por exemplo, classificando os atos das partes em atos de postulação, como petições e requerimentos, que dependem de apreciação judicial, e em atos constitutivos, como declarações de vontade, que produzem efeitos de pleno direito¹⁴⁹.

2.1.2 Existência, validade e eficácia do negócio jurídico processual

Após a análise da definição de negócio jurídico, em sua esfera material e

¹⁴⁴ Que, no direito civil, representa atos humanos voluntários.

¹⁴⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodvim, 2016, p. 48.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 45; 48.

¹⁴⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodvim, 2019. p. 39-74, p. 45-46.

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Negócio jurídico processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil*. 2017. 202 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2017, p. 43-44.

¹⁴⁹ Afora referidas classificações, há diversas outras, tais quais, as classificações feitas por Dinamarco, Carnelutti, Fredie Didier Jr. e Paulo Sarna Braga, Marcos Bernardes de Mello e Pontes de Miranda, dentre outros, que não serão alvo de estudo neste trabalho. In: *Ibid.*, p. 54-60.

processual, e sua classificação, imprescindível visualizar os requisitos para que sejam considerados aptos a surtir efeito no ordenamento jurídico.

Com fulcro na teoria de Pontes de Miranda, os fatos jurídicos dividem-se em três planos, quais sejam, existência, validade e eficácia, de modo que é necessária a composição de um suporte fático que, a partir da incidência da norma, ingressa no mundo do direito (existência), o qual não pode estar eivado de vícios (validade) e deve produzir efeitos (eficácia)¹⁵⁰.

Melhor explicitando tais conceitos, observe que no plano da existência, que constitui o suporte fático mínimo do negócio jurídico, é possível encontrar a exigência da presença de partes, vontade, objeto e forma, sem nenhum critério valorativo. Posteriormente, avançando na escala ponteana, o segundo plano exige para validade do negócio jurídico partes capazes; vontade livre, sem vícios; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei. Por fim, na terceira escala ponteana, encontra-se o plano da eficácia, com “elementos relacionados à suspensão e resolução de direitos e deveres das partes envolvidas”, tais quais a condição, o termo ou encargo¹⁵¹.

Analisando tais requisitos sob a ótica processual, é possível dizer, então, que um negócio jurídico processual para ser existente, válido e eficaz, deve preencher os requisitos supracitados, os quais se passa a analisar:

Quanto aos sujeitos do negócio processual, como exposto, exige-se que os mesmos sejam capazes. Aliás, esta é a disposição expressa do artigo 190, do Código de Processo Civil, cuja temática será melhor tratada no item 2.3.2 deste trabalho.

Outrossim, preenchendo o segundo requisito, o negócio jurídico processual deve resultar de um “processo volitivo, caracterizado por adequada consciência da realidade, em ambiente de liberdade de escolha e de boa-fé”, caso contrário, será anulado por vício resultante de erro, dolo ou coação. Para tanto, exige-se a igualdade real das partes que compõem o negócio jurídico processual¹⁵². Esta é, inclusive, a redação do Enunciado 132, do Fórum Permanente de Processualistas Civis¹⁵³.

¹⁵⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodvím, 2019. p. 39-74, p. 40.

¹⁵¹ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. São Paulo: Método, 2015, p. 198-210.

¹⁵² YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodvím, 2017, p. 80.

¹⁵³ Enunciado 132, FPPC. Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 190. In: CUNHA JUNIOR, Dirley da et al

Além disto, o objeto do negócio jurídico processual deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, sendo inconcebível um negócio processual que verse sobre um ato inatingível no plano fático, indeterminado ou, até mesmo ilícito, ocasião em que o negócio será eivado de invalidade.

Frisa-se que, embora haja divergências, o alvo do negócio jurídico processual deve ser a relação jurídica processual, ou, ao menos, o procedimento, podendo regular processo judicial ou extrajudicial, não precisando ser praticado, necessariamente, no contexto do processo¹⁵⁴.

Ainda, deve versar sobre direitos que admitam autocomposição, ou seja, renúncia, transação e submissão, conforme diretriz expressa do artigo 190, do Código de Processo Civil. A limitação advém do fato de que o negócio jurídico processual afetará a solução do mérito, de forma que se o direito litigioso não admite autocomposição, também não será admitido negócio jurídico sobre o procedimento que o tutela¹⁵⁵.

Vale asseverar, aqui, que, de acordo com Flávio Luiz Yarshell, o Código de Processo Civil distingue direito disponível e direito transacionável, como, por exemplo, o direito ao reconhecimento de paternidade, que é indisponível, podendo o réu, contudo, reconhecer a procedência da demanda. Deste modo, a possibilidade de transação não se resume a direitos patrimoniais, podendo versar sobre questões relativas ao estado e a capacidade das pessoas¹⁵⁶. Do mesmo modo, alega Fredie Didier Júnior, exemplificando os direitos coletivos e o direito aos alimentos¹⁵⁷. No mesmo sentido é o Enunciado 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), segundo o qual “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”¹⁵⁸.

Acerca da necessidade do objeto ser preciso e determinado (ou determinável),

(Org.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Salvador: Juspodivm, 2019. X Edição do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Brasília/DF. Março de 2019.

¹⁵⁴ Nesta toada, Flávio Yarshell afirma que não são elementos essenciais do negócio as disposições que atuam como fato jurídico processual. In: YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 78.

¹⁵⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil-2015* In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coordenador geral); CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coordenadores). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 117.

¹⁵⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *Op. Cit.*, p. 81-82.

¹⁵⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Op. Cit.*, p. 117.

¹⁵⁸ CUNHA JUNIOR, Dirley da et al (Org.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Salvador: Juspodivm, 2019. X Edição do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Brasília/DF. Março de 2019.

Antônio do Passo Cabral sustenta que “se não se sabe a respeito do que se dispõe, quais obrigações se assumem e a quais se renuncia, em qual intensidade se abdica de garantias processuais, não haveria propriamente exercício livre da autonomia da vontade”. O processualista elucida, ainda, que a doutrina germânica fala em um princípio da determinação (*Bestimmtheitsgrundsatz*), segundo o qual deve haver uma delimitação específica do conflito ou da relação jurídica e, se possível, um recorte temporal, bem como “deve haver para os convenientes a possibilidade de exercício de uma prognose sobre o desenvolvimento e as consequências do vínculo assumido”¹⁵⁹.

Encerrando a etapa da validade, para alguns autores a forma deve ser necessariamente escrita, sendo que o silêncio não deve ser considerado como suficiente, salvo se o próprio negócio jurídico processual previu que a ausência de manifestação seria apta a gerar alguma consequência¹⁶⁰. Contudo, há autores que admitem o negócio jurídico processual oral. Para Didier, por exemplo, não se exige forma especial como requisito de validade, embora existam casos especiais em que a lei exige forma escrita, *e.g.*, o foro de eleição e a convenção de arbitragem¹⁶¹.

O Enunciado 39 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), por seu turno, prevê que “não é válida convenção pré-processual oral”¹⁶².

Não obstante, pode o negócio processual apresentar elementos particulares que condicionem sua eficácia, como condição, termo ou encargo¹⁶³.

2.2 O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: PREMISSAS, FUNDAMENTOS E MODALIDADES

Uma vez concebido o negócio jurídico processual como fato jurídico *latu sensu*, mais especificamente como ato jurídico dotado de autonomia de vontade das partes, bem

¹⁵⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 70-80.

¹⁶⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 77.

¹⁶¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil-2015*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coordenador geral); CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coordenadores). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 119.

¹⁶² BRASIL. Escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados. *Enunciados aprovados*. 2015. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 15 dez. 2019.

¹⁶³ YARSHELL, Flávio Luiz. *Op. Cit.*, p. 78.

como demarcados os seus requisitos, passa-se a análise de sua conceituação e classificação, além de premissas indispensáveis para compreensão do fenômeno negocial.

2.2.1 Premissas introdutórias: autonomia da vontade e a máxima *in dubio pro liberta*

Não se pode negligenciar, neste momento do estudo, que a ideia de flexibilização voluntária da lide está intimamente ligada com a noção de autorregramento da vontade.

De acordo com Fredie Didier Júnior, o autorregramento da vontade pode ser definido como “um complexo de poderes que pode ser exercido pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada, de acordo com o ordenamento jurídico”, que pode ser concretizado através de atos negociais. No processo civil referida máxima se transforma no autorregramento da vontade no processo, valendo ser asseverado que no âmbito processual ele se mostra mais contido, haja vista que envolve uma função pública (jurisdição)¹⁶⁴.

Na opinião do autor, o autorregramento atinge a categoria de princípio e deve, inclusive, ser inserido no rol das normas fundamentais no processo civil, sendo um pilar estruturante do direito processual, vez que é uma das faces do direito fundamental à liberdade, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, e, ainda, uma dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana¹⁶⁵.

O doutrinador fala em um verdadeiro microsistema de proteção do exercício da livre vontade no processo, como se pode ver, por exemplo, no estímulo à mediação, conciliação e à autocomposição, bem como a possibilidade de homologação de acordo extrajudicial e a possibilidade de se celebrar negócios jurídicos processuais típicos e atípicos¹⁶⁶.

Sob a ótica de o autorregramento da vontade ser um dos vetores do processo civil, Peter Schlosser cunhou a máxima *in dubio pro libertate*, que significa que a regra deve ser a liberdade das partes em dispor acerca do procedimento, sendo que, para inverter essa sistemática, o magistrado deve fundamentar sua decisão, à luz do caso concreto¹⁶⁷. Destarte, há uma preferência normativa em favor da vontade das partes¹⁶⁸,

¹⁶⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 18-19.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 17-18.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 21-22.

¹⁶⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 115

¹⁶⁸ *Ibid.*

apta a derogar, inclusive, a lei, evitando a aplicação da norma legislada em favor da norma convencionada¹⁶⁹.

De acordo com essa máxima, as convenções são amplamente permitidas, devendo o magistrado se restringir a uma análise *a posteriori*, verificando se as partes extrapolarão os limites de atuação, sem, contudo, funcionar como um freio à autonomia da vontade¹⁷⁰.

Em aditivo, a máxima denota uma noção, *prima facie*, de validade desses acordos, sendo que, havendo dúvida sobre a validade da convenção, deve ser considerado válido o negócio jurídico processual¹⁷¹.

Desta feita, compreendidas as noções gerais que envolvem a autonomia de vontade e sua concretização no princípio *in dubio pro libertate*, é possível passar à análise do negócio jurídico processual.

2.2.2 Conceito e natureza jurídica do negócio jurídico processual

O negócio jurídico processual é aquele que permite aos sujeitos participantes da convenção regular, dentro dos limites legais, diversas situações jurídicas processuais ou o procedimento, ajustando-o às especificidades da causa. Nas palavras de Fredie Didier o negócio jurídico processual é “o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento”¹⁷².

Antonio do Passo esclarece que os negócios jurídicos processuais são, em geral, “declarações de vontade unilaterais ou plurilaterais admitidas pelo ordenamento jurídico como capazes de constituir, modificar e extinguir situações processuais ou alterar o procedimento”¹⁷³.

Convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação,

¹⁶⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 147

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 228

¹⁷¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 761.

¹⁷² DIDIER JÚNIOR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-15. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 25.

¹⁷³ CABRAL, Antonio do Passo. *Op. Cit.*, p. 49.

modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento¹⁷⁴.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery apontam que negócio jurídico processual “é o negócio celebrado, em juízo ou fora dele, com a intenção de produzir efeitos processuais, antes do processo (pré-eficácia do negócio processual), no curso processo ou depois de encerrado o processo (pós-eficácia do negócio processual)”¹⁷⁵. De acordo com Hernando Devis Echandía:

Característica común de los negocios jurídicos es que el efecto jurídico no se produce si el interesado no lo quiere. En ocasiones, el interesado determina la extensión del efecto jurídico o sus condiciones, y entonces se llama negocio discrecional, como sucede en el compromiso para someter un litigio a arbitramento y en el acuerdo para designar secuestre o en el nombramiento del defensor. En otros casos el interesado puede hacer producir o no el efecto jurídico, pero no señalar el alcance que tenga, porque la ley lo determina precisamente, y se llaman negocios vinculativos, como cuando se sanea una nulidad o se allana un impedimento del juez¹⁷⁶.

Segundo Löic Cadiet, os negócios jurídicos são a expressão perfeita do processo cooperativo¹⁷⁷:

Estos acuerdos procesales están en armonía con el principio de cooperación entre el juez y las partes que es, junto al principio de contradicción, uno de los principios directores del procedimiento civil francés. Son la expresión más perfecta del modelo de proceso cooperativo que trasciende las concepciones acusatoria e inquisitoria del procedimiento, tanto en common law como en derecho romano germánico¹⁷⁸.

São exemplos de negócios jurídicos processuais estabelecidos no Código de Processo Civil os artigos 63; 65; 168; 191; §§ 1 e 2; 313, II; 357, § 2; 362, I; 373, §§ 3º e 4º; 471; 509, I, todos do Código de Processo Civil e o art. 2º, da Lei 13.140/2015, que denotam negócios jurídicos bilaterais, ou seja, quando a manifestação de vontade emana de duas partes. São também exemplos os artigos 225; 337, § 6º; 485, VIII; 487, III, a, c;

¹⁷⁴ Ibid., p. 68.

¹⁷⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 761.

¹⁷⁶ ECHANDÍA, Hernando Devis, *Teoría general del proceso. Aplicable a toda clase de procesos. Nociones generales. Sujetos de la relación jurídica procesal. Objeto, iniciación, desarrollo y terminación del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997, p. 379.

¹⁷⁷ CADIET, Löic. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*, Munique, v. 3, n. 3, p.3-35, 2012. Semestral. Ago-dez.

¹⁷⁸ Ibid.

516, parágrafo único; 775; 816; 851, III; 916; 998; 999; 1000, todos do diploma processual, que podem ser classificados como negócios jurídicos processuais unilaterais, vez que decorrem da vontade de uma única parte.

Quanto à terminologia, embora o termo negócio jurídico processual seja o mais utilizado, alguns autores preferem a nomenclatura “convenção processual”, “pacto”, “contrato”, “avença”, “protocolo”, dentre outros. Logo, por exemplo, Antonio do Passo Cabral adota a expressão “convenção processual”, em que pese apontar que, pragmaticamente, há pouca utilidade em diferenciar os vocabulários, “porque a nomenclatura raramente interfere nos efeitos de cada categoria, tampouco em seus pressupostos, validade, eficácia”¹⁷⁹. De acordo com Trícia Navarro Xavier Cabral, o termo “convenção” se justifica, todavia, a autora rechaça a nomenclatura “processual”, haja vista que a natureza jurídica, em sua opinião, é de natureza material¹⁸⁰. Arruda Alvim argumenta que os vocábulos acordos ou convenções são mais adequados, dada a sua diferenciação do negócio jurídico de direito material¹⁸¹

Independente do nome atribuído, oportuno ressaltar que, para alguns autores, o negócio jurídico processual tem como critério caracterizador o seu objeto, enquanto que, para outra parcela da doutrina, o que o define são seus efeitos. Sob o primeiro ponto de vista, os negócios jurídicos são processuais “quando consideram a aplicação de regras processuais ou a criação ou alteração de situações jurídicas processuais”¹⁸². Já sob a ótica dos efeitos, a negociação será considerada como negócio jurídico processual – e não mero contrato privado – quando for apta a produzir efeitos jurídicos no processo. Neste espeque, a doutrina diverge, ainda, se para configuração de um negócio jurídico processual bastaria qualquer convenção apta a produzir efeitos no processo, ainda que indiretamente, ou se seria necessária uma conduta das partes que interferisse diretamente¹⁸³ na regulação de uma situação jurídica processual ou no procedimento¹⁸⁴.

No que tange ao *locus*, discute-se na doutrina se o negócio jurídico processual é um ato exclusivo do processo, discussão esta que parece superada com a redação do artigo

¹⁷⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 51-58.

¹⁸⁰ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 367-390.

¹⁸¹ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: Teoria do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 572.

¹⁸² CABRAL, Antonio do Passo. Op. Cit., p. 61.

¹⁸³ A expressão “diretamente” é compreendida por Antonio do Passo Cabral como a “suficiência do consentimento das partes para atingir o efeito processual pretendido”, sem necessidade de manifestação de outros sujeitos. In: *Ibid.*, p. 63.

¹⁸⁴ *Ibidem.*, p. 62-63.

63, do Código de Processo Civil que prevê a eleição de foro para futura ação oriunda de direitos e obrigações. Sobre o tema, Antônio do Passo Cabral alega que “pode haver acordos processuais praticados fora do processo ainda que tenham sido firmados previamente à instauração ou fora da relação processual”¹⁸⁵-¹⁸⁶. Por sua vez, Cássio Scarpinella Bueno pontua que o *caput* do artigo 190 permite que o negócio jurídico processual seja feito antes ou durante a tramitação do processo¹⁸⁷.

Arruda Alvim atesta que para caracterização de um negócio jurídico como processual, pode ser considerada a sede em que são praticados, ou seja, os atos praticados devem pertencer ao processo, independente de seus efeitos, como defende Salvatore Satta e Calmon de Passos, bem como pode ser usado um critério misto, que adota, além da sede, o critério dos efeitos, ou seja, que os atos produzam efeitos diretos e imediatos na relação processual, como defendido por Enrico Tulio Liebman e José Frederico Marques. Trazidas tais ilações, o autor indica sua opinião, informando que os atos processuais podem ser praticados fora do processo, de forma que considera negócios jurídicos processuais aqueles que têm como finalidade produzir efeitos em um processo.¹⁸⁸

No que tange ao tempo do negócio Flávio Luiz Yarshell declara que é necessário compreender o momento em que o mesmo fora celebrado para saber qual a incidência normativa sobre o caso, uma vez que, como não se trata, em sua opinião, de um ato processual, não se aplica a regra de isolamento dos atos processuais para aplicação temporal da lei processual, mas, ao contrário, o que for decidido no negócio jurídico processual deve valer mesmo diante de uma nova lei, podendo ser derogado somente se houver nova convenção das partes¹⁸⁹.

Do que poderia se cogitar seria a superveniência de norma processual cogente e de ordem pública a tornar inviável a execução da regra processual que as partes anteriormente haviam fixado. Mas, eventual restrição dessa ordem deve ser vista com grande reserva porque o negócio processual, como qualquer outro, está protegido pela regra constitucional que preserva o ato jurídico perfeito e o direito

¹⁸⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 60.

¹⁸⁶ O Enunciado 628, do Fórum Permanente de Processualistas Civis prevê que “As partes podem celebrar negócios jurídicos processuais na audiência de conciliação ou mediação”. In: CUNHA JUNIOR, Dirley da et al (Org.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Salvador: Juspodivm, 2019. X Edição do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Brasília/DF. Março de 2019.

¹⁸⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 225.

¹⁸⁸ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: Teoria do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 573.

¹⁸⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 79-80.

adquirido¹⁹⁰.

Acerca da natureza jurídica do instituto, discute-se se os negócios jurídicos processuais possuem natureza de direito material ou processual, ou até mesmo, “mista”.

Para parcela da doutrina, possuem natureza processual os acordos dispositivos (*verfügungsverträge*), ou seja, negócios sobre procedimentos, que modificam regras processuais ou procedimentais, impactando no rito processual. Por sua vez, possuem natureza material os acordos obrigacionais (*verpflichtungsverträge*), os quais não alteram o procedimento, mas sim estabelecem um fazer ou não fazer para um ou ambas as partes. Neste sentido: Gottfried Baumgartel, Gerhard Schiedermaier, Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab, Peter Gottwald, Antonio Palermo¹⁹¹.

Interessante colacionar, aqui, que a situação ganha contornos mais controversos quando os negócios jurídicos processuais contêm simultaneamente disposições de direito material e cláusulas sobre matéria processual, dividindo-se a doutrina entre aqueles que defendem a “dupla natureza” (*doppelnatur*), segundo os quais o negócio jurídico processual teria ambas características, “misturadas”, de contrato privado e acordo processual, e aqueles que militam pelo “duplo suporte fático” (*doppeltatbestand*), separando cada parcela do negócio jurídico processual em “capítulos” e tratando-as de maneira independente. Defende esta última corrente, Antonio do Passo Cabral¹⁹².

Neste sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que o negócio jurídico processual tem dupla natureza, de direito material e processual, ao mesmo tempo¹⁹³. Do mesmo modo, Flávio Luiz Yarshell expõe que “o negócio jurídico processual possui regime misto, uma vez que não corresponde exatamente a um ato processual; mas, por outro lado, sua função é de produzir efeitos no processo”¹⁹⁴.

A importância do debate residiria no regime das invalidades a serem aplicadas, porém, de acordo com Antonio do Passo Cabral, atualmente o debate perde forças, já que a separação entre direito material e processo é apenas relativa, e “requisitos formais previstos em normas materiais e processuais podem ser conjugados e aplicados

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 92

¹⁹² Ibid., p. 94.

¹⁹³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 761.

¹⁹⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 80.

harmonicamente”¹⁹⁵.

Uma relevante constatação, que não pode ser menoscabada por esse estudo, é que os negócios jurídicos processuais não são aceitos de forma unânime pela doutrina, sendo que alguns processualistas questionam sua possibilidade. Neste cenário, Cassio Scarpinella Bueno explicita que os sujeitos processuais não têm competência para negociar procedimentos. Para ele, o Código de Processo Civil ignorou a regra prevista no artigo 24, XI, da Constituição Federal, que prevê que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre procedimentos em matéria processual. O autor expõe, ainda, que lhe remanescem dúvidas acerca dos negócios jurídicos atípicos:

Confesso, prezado leitor, que ainda não me convenci sobre a possibilidade de um alcance muito amplo e generalizado do art. 190. Muito pelo contrário. As escolhas feitas pelo legislador nos mais diversos campos do direito processual civil não podem ser alteradas pelas partes¹⁹⁶.

Complementando sua afirmação, o doutrinador pondera, contudo, que lhe parece mais razoável “a possibilidade de as partes aperfeiçoarem, consoante as necessidades de cada caso concreto, as diversas (e amplas) possibilidades típicas de negócios processuais, reconhecidas pelo próprio CPC de 2015”.

De acordo com José Roberto dos Santos Bedaque, há duas situações: (i) relação de direito material, na qual se os interesses forem privados, as partes podem dispor de seus direitos, cabendo ao magistrado analisar a validade do ato, não interferindo em seu conteúdo; (ii) relação processual: no tocante a esta, as partes não devem exercer influência, vez que o processo possui função pública¹⁹⁷.

Outrossim, possuem posições contrárias aos negócios jurídicos processuais Cândido Rangel Dinamarco, Alexandre Freitas Câmara, Vicente Greco Filho, Ernane Fidélis dos Santos, Rodolfo Kronenberg Hartmann, José Joaquim Calmom de Passos¹⁹⁸, Vittorio Denti, Enrico Liebman, José Albuquerque Rocha e Roque Komatsu¹⁹⁹.

Vale asseverar, por fim, que o negócio jurídico processual é uma prática também

¹⁹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Op. Cit., p. 95.

¹⁹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 225-227.

¹⁹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 91-101.

¹⁹⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodvim, 2019. p. 39-74, p. 45-48.

¹⁹⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador: JusPodvim, 2019, p. 447.

encampada por outros ordenamentos alienígenas. É possível visualizar, por exemplo, que tanto a Alemanha quanto a Inglaterra admitem, por requerimento conjunto ou unilateral, que as partes possam controlar as dimensões e limitações da ação. Na Alemanha isso se justifica pelo princípio da *dispositionsmaxime*, segundo o qual os litigantes têm controle sobre a natureza e o escopo do processo²⁰⁰.

Em Portugal admite-se, do mesmo modo, a inversão convencional do ônus da prova (art. 344, 2) e as convenções em matéria de provas (artigo 345), ambos do Código Civil português²⁰¹, bem como a prorrogação de prazos por acordo das partes (artigo 141), a escolha consensual de peritos (artigo 467) e a alteração negocial do pedido e da causa de pedir por acordo, em qualquer momento ou instância, salvo se a alteração ou ampliação perturbar inconvenientemente a instrução, discussão e julgamento do pleito” (artigo 264), todos do Código de Processo Civil português²⁰².

Ademais, de acordo com o princípio 10.5 do documento “Principles of Transnational Civil Procedure”, produzido pelo American Law Institute e pelo International Institute for the Unification of Civil Law (UNIDROIT), as partes devem ter o direito de modificar o processo ou qualquer parte dele, por acordo.

10.5. The parties should have a right to voluntary termination or modification of the proceeding or any part of it, by withdrawal, admission, or settlement. A party should not be permitted unilaterally to terminate or modify the action when prejudice to another party would result²⁰³.

Já na França, há a possibilidade de acordos processuais²⁰⁴, denominados de *contrat de procédure*, inicialmente criados com a finalidade de dar efetividade aos processos²⁰⁵. São exemplos, o artigo 41²⁰⁶, que prevê que as partes podem escolher o

²⁰⁰ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 237-238.

²⁰¹ PORTUGAL. Decreto Lei n.º 47344, de 1966. Código Civil. Lisboa, 25 nov. 1966. Disponível em: <<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

²⁰² PORTUGAL. Lei n.º 41/2013, de 2013. Aprova o Código de Processo Civil. Lisboa, 26 jun. 2013. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/497406/details/normal?l=1>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

²⁰³ THE AMERICAN LAW INSTITUTE; INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF CIVIL LAW (UNIDROIT). *Principles of Transnational Civil Procedure*. Disponível em: <<https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>>. Acesso em 30. nov. 2019.

²⁰⁴ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 587.

²⁰⁵ ALMEIDA, Diego Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 367-390.

²⁰⁶ Artigo 41. Le litige né, les parties peuvent toujours convenir que leur différend sera jugé par une juridiction bien que celle-ci soit incompétente en raison du montant de la demande. Elles peuvent

tribunal que julgará a causa, além de abdicar da apelação²⁰⁷; bem como o artigo 12²⁰⁸, que permite que os demandantes delimitem a causa de pedir, não podendo o juiz alterar o decidido pelas partes em acordo expresso, no que tange aos direitos de que têm livre disposição²⁰⁹, todos os artigos da codificação francesa.

Nesse sentido, Marcelo Dias Ponte e Pablo Freire Romão esclarecem que o Code de Procédure Civile francês “não concebe entre os princípios do processo nenhuma norma que impossibilite um procedimento organizado de acordo com o que os litigantes preferem”, sendo que, “diante da inexistência de disposição legal, a jurisprudência fixa os parâmetros para os pactos”²¹⁰. O direito francês favorece, ainda, os negócios prévios ao processo, seja para evitá-lo, seja para programar a solução judicial de um possível litígio. Nesse último caso, a liberdade contratual é mais limitada, vez que envolve a jurisdição²¹¹.

2.2.3 Classificação dos negócios jurídicos processuais

Os negócios jurídicos processuais comportam as mais diversas classificações trazidas pela doutrina. Pretende-se traçar, com esse trabalho, as comumente encontradas nos estudos sobre a temática, sem pretensão de esgotar a matéria.

No que tange à forma, os negócios jurídicos processuais podem ser (i) escritos

également, sous la même réserve et pour les droits dont elles ont la libre disposition, convenir en vertu d'un accord exprès que leur différend sera jugé sans appel même si le montant de la demande est supérieur au taux du dernier ressort. In: FRANÇA. *Code de Procédure Civile*. Disponível em <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>. Acesso em: 10 jan 2020.

²⁰⁷ 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: Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 305-334, jul. 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19968/14311>. Acesso em: 21 jan. 2020.

²⁰⁸ Artigo 12. Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat. Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé. In: FRANÇA. Op. Cit.

²⁰⁹ ALMEIDA, Diego Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 367-390.

²¹⁰ PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. Op. Cit.

²¹¹ CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*, Munique, v. 3, n. 3, p.3-35, 2012. Semestral. Ago-dez.

ou, (ii) orais. Para Luiz Antônio Ferrari Neto os negócios devem ser necessariamente escritos ou, se orais, reduzidos a termo, pois não lhe parece possível a realização de negócio por via oral sem que haja reprodução do ajuste entre as partes²¹². Mesmo posicionamento pode ser encontrado na doutrina de Flávio Luiz Yarshell²¹³. Em contrapartida, Didier admite negócio oral ou escrito, salvo nos casos em que a lei exige²¹⁴.

Quanto ao momento processual o negócio jurídico pode ser (i) antecedente à demanda²¹⁵, como ocorre, por exemplo, com a cláusula de eleição de foro, ou uma celebração prévia ao processo que decida acerca da distribuição do ônus da prova ou que estabeleça cláusula de realização prévia de mediação, ou (ii) incidental, celebrada após o início da lide, como o saneamento compartilhado do processo, a calendarização de atos processuais ou a suspensão do processo²¹⁶.

Antônio do Passo Cabral menciona que o negócio jurídico pretérito ao litígio foi tradicionalmente refutado pela doutrina, o que o autor discorda. Para o doutrinador, é plenamente possível a celebração de negócios prévios, desde que haja previsibilidade, ou seja, desde que o negócio seja preciso e determinado, como já pormenorizado no tópico 2.1.2, ao analisar os requisitos de validade do negócio processual²¹⁷.

Em relação à manifestação da vontade, os negócios processuais podem ser (i) unilaterais, quando emanam de uma única parte, como, por exemplo, a renúncia de prazo (art. 225, CPC), a desistência da ação e da execução (art. 485 e art. 775, CPC), o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção ou a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção (art. 487, CPC), a desistência do recurso (art. 998, CPC) e da penhora (art. 851, iii, CPC), dentre outros; (ii) bilaterais, quando a manifestação de vontade emana de duas partes, como a cláusula de eleição de foro (art. 63, CPC), a suspensão convencional de prazo ou de audiência (art. 313 e art.

²¹² NETO, Luiz Antônio Ferrari. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial: Tentativa de sistematização*. 2007. 239 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2007, p. 120.

²¹³ YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 77.

²¹⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil-2015*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coordenador geral); CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coordenadores). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 119.

²¹⁵ O Enunciado 492, do Fórum Permanente de Processualistas Civil prevê que “O pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter negócios processuais”. In: CUNHA JUNIOR, Dirley da et al (Org.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cívís*. Salvador: Juspodivm, 2019. X Edição do Fórum Permanente de Processualistas Cívís. Brasília/DF. Março de 2019.

²¹⁶ NETO, Luiz Antônio Ferrari. *Op. Cit.*, p. 119.

²¹⁷ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 70-80.

362, CPC), a distribuição convencional do ônus da prova (art. 373, CPC), a escolha do perito de comum acordo (art. 471, CPC) e a escolha convencionalizada pela liquidação por arbitramento (art. 509, CPC); (iii) plurilaterais, quando envolvam mais de dois sujeitos, inclusive o juiz, e.g. calendarização processual (art. 191, CPC) e o saneamento compartilhado (art. 357, § 2º, CPC) e o negócio jurídico processual atípico de acordar, com os julgadores, a ampliação do tempo para sustentação oral.

Os negócios bilaterais podem ser divididos em convenções, quando os interesses são comuns, e contratos, quando os interesses são opostos^{218_219_220}.

Em aditivo, os negócios jurídicos processuais podem ser (i) onerosos ou (ii) gratuitos. Nos negócios gratuitos haverá benefícios a uma parte e prejuízos a outra, enquanto nos onerosos ambas as partes recebem um benefício, à custa de um sacrifício, mesmo que esse ônus tenha níveis distintos para os litigantes. Para Antônio do Passo Cabral, nos negócios jurídicos gratuitos, a parte que somente sofre o ônus, sem benefícios, deve responder por eventual ilícito apenas a título de dolo, bem como, por analogia ao artigo 114 do Código Civil, em caso de dúvida acerca da abrangência do negócio, deve-se interpretá-lo restritivamente²²¹.

Os acordos onerosos, por seu turno, podem se subdividir em duas categorias: (ii.i) comutativos ou sinalagmáticos, que envolvem sacrifícios recíprocos que, em geral, se equivalem; (ii.ii) aleatórios, o qual, no momento da celebração, o negócio está sujeito à uma álea, dependendo do acaso, não tendo nenhum dos pactuantes certeza das vantagens e sacrifícios vindouros, que poderão depender de um fato ou de um momento incerto, como, por exemplo, o artigo 533, do código processual, que prevê, em caso de indenização por ato ilícito, a possibilidade do exequente requerer que o executado constitua capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão²²².

É possível falar, ainda, em negócios (i) expressos, como o foro de eleição, e (ii) tácitos, e.g. a recusa tácita à autocomposição ou à convenção de arbitragem e a aceitação tácita da decisão (artigos 154, parágrafo único; 337, § 6º e 1000, respectivamente, todos do CPC). Menciona Fredie Didier Júnior que os negócios tácitos podem ser comissivos

²¹⁸ NETO, Luiz Antônio Ferrari. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial: Tentativa de sistematização*. 2007. 239 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2007, p. 120.

²¹⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-15. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 25-46, p. 27. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 761.

²²¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 80-82.

²²² *Ibid.*, p. 82-84.

ou omissivos²²³.

Por fim, quanto à previsão legal, os negócios jurídicos processuais podem ser (i) típicos ou (ii) atípicos, classificação esta que, dada a sua importância, será extensivamente tratada no tópico seguinte.

2.3 O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO E SEUS VETORES APLICATIVOS

Como exposto no tópico anterior, os negócios jurídicos podem ser típicos ou atípicos, sendo que os negócios atípicos, por sua característica de cláusula geral – *ou seja, uma cláusula aberta para permitir a ampla aplicação da lei e do ideal de justiça pelo intérprete*²²⁴ – geram, obviamente, uma grande abertura para a atuação dos sujeitos do processo.

Referida liberdade poderia parecer, se vista de forma descontextualizada, fonte justificadora de abusos da parte, que teriam a oportunidade de dispor do processo ao seu bel prazer, de modo a privilegiar seus interesses particulares, em detrimento dos outros litigantes e do interesse comum, ou motivação para uma resposta estatal exacerbada, que de forma arbitrária negasse validade ao convencido, tornando o instituto inócuo e sem eficácia sociológica, denegando todos os preceitos estabelecidos no novo código, delineados no capítulo anterior.

Ocorre que tal ilação se mostra incorreta, vez que o instituto deve ser assimilado no atual contexto do processo civil, que, como já traçado, está arraigado no modelo cooperativo, que valoriza a atuação conjunta e policêntrica dos sujeitos do processo, e possui como vetor interpretativo o respeito aos meta-limites estabelecidos pela Constituição Federal e às normas fundamentais do sistema processual civil, já estudados no capítulo anterior, evitando, de um lado, a arbitrariedade do julgador – *da qual os doutrinadores publicistas ainda parecem guardar traumas* – e de outro, sua colocação

²²³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Op. Cit., p. 25-46, p. 27-28.

²²⁴ As cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo. É indiscutível a constatação, hoje da existência de uma crise na teoria das fontes, que se reflete na metodologia da ciência do direito. Esta crise resulta, segundo Clóvis do Couto e Silva, justamente "da admissão de princípios tradicionalmente considerados metajurídicos no campo da Ciência do Direito, aluindo-se, assim, o rigor lógico do sistema com fundamento no puro raciocínio dedutivo. In: MARTINS, Judith Costa. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 274.

como figura inativa, permitindo que a liberdade irrestrita das partes seja exercida em detrimento dos direitos fundamentais.

Assim, sob a luz dos preceitos traçados no primeiro capítulo, passa-se à atividade hermenêutica de estabelecer balizas que adequem a aplicação da matéria, através da análise dos requisitos positivados no artigo 190, Código de Processo Civil e nas diretrizes que, embora não localizadas topograficamente no artigo alhures mencionado, podem ser extraídas de uma interpretação sistemática da Constituição Federal e da parte geral do diploma processual.

Antes desta atividade exegética, passa-se à análise da concepção de negócio jurídico processual.

2.3.1 Concepção e abrangência do negócio jurídico processual atípico

Luiz Antônio Ferrari Neto define negócios típicos como aqueles que possuem previsão legal expressa, como, por exemplo, o saneamento compartilhado do processo, a calendarização de atos processuais, a eleição de foro ou a suspensão do processo. Por sua vez, são atípicos os celebrados com fulcro no artigo 190, do Código de Processo Civil²²⁵, assim redigido:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Importante consignar que a redação do dispositivo estabelece uma verdadeira cláusula geral, que permite às partes entabularem negócios jurídicos processuais em que o conteúdo não esteja previsto em lei, ou seja, atípicos²²⁶. Neste sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ressaltam que os negócios jurídicos processuais atípicos “configuram verdadeira gerência parcial do processo, conforme a conveniência e desejo das partes”²²⁷. É expressão da autonomia da vontade, que consagra uma cláusula

²²⁵ NETO, Luiz Antônio Ferrari. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial: Tentativa de sistematização*. 2007. 239 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2007, p. 119.

²²⁶ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: Teoria do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 578-579.

²²⁷ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 760.

geral de convencionalidade²²⁸.

Do mesmo modo, Antônio do Passo Cabral proclama que os negócios jurídicos atípicos são aqueles em que não haja um modelo expressamente previsto na legislação, sem qualquer adequação a um tipo²²⁹. De acordo com Cássio Scarpinella Bueno, a regra autoriza partes capazes a realizarem ajustes no procedimento e convencionarem sobre ônus, poderes, faculdades e deveres²³⁰.

Fredie Didier Júnior complementa, esclarecendo que o artigo 190, da codificação processual é uma cláusula geral, de onde se extrai o subprincípio da atipicidade da negociação processual, derivado do princípio do autorregramento da vontade. O negócio jurídico processual atípico pode versar sobre situações jurídicas processuais – *ônus, faculdades, deveres e poderes* – ou sobre o objeto do ato processual, redefinindo, por exemplo, sua forma ou a ordem de encadeamento²³¹.

Útil apontar que, nas palavras do autor, o negócio jurídico processual se torna uma fonte de norma jurídica processual, vinculando o julgador, desde que nos moldes legais²³², derogando a norma processual²³³.

Notável asseverar que, embora o Código de Processo Civil de 1973 já previsse hipóteses de negócio jurídico processual típico, a novel codificação inovou a matéria, ampliando a possibilidade de negócios jurídicos processuais de forma atípica. Neste sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero sustentam que a lei brasileira conhece há muito a possibilidade de acordos processuais – *e.g. a convenção sobre o ônus da prova e a convenção sobre a suspensão do processo, já previstas na codificação anterior* – porém o novo código ampliou essas situações, autorizando a parte a dispor de praticamente todo o procedimento previsto em lei²³⁴.

De forma idêntica Flávio Luiz Yarshell aduz que o negócio jurídico processual não é novidade, uma vez que desde o código de 1973 já facultava às partes a distribuição do ônus da prova e a convenção sobre competência, além de já existir a possibilidade do

²²⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 85-86.

²²⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 85-86.

²³⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 225.

²³¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 447-448.

²³² DIDIER JÚNIOR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-15. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 25.

²³³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Op. Cit., p. 447-448.

²³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo curso de processo civil: teoria do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, 1 v., p. 532-533.

artigo 58, IV, da Lei 8245/91²³⁵, lembrando, ainda, a doutrina de José Barbosa Moreira de 1984 que já tratava do tema, embora reconheça que o assunto ganhou novos contornos com a nova codificação²³⁶.

Valoroso consignar, neste esboço, que a disposição do artigo 190, foi acrescentada pelo substitutivo da Câmara ao projeto original do Senado²³⁷, sob a justificativa de valorizar um processo colaborativo e a solução da controvérsia obtida diretamente pelos próprios litigantes:

A proposta insere no PL n.º 8.046, de 2010, um novo art. 165, renumerando-se os demais. O dispositivo segue o modelo estabelecido pelo projeto: o processo colaborativo, como indicam as normas fundamentais e as diversas regras de colaboração espalhadas ao longo do texto. Trata-se de introduzir no sistema brasileiro uma modalidade de acordo de procedimento, permitindo que as partes possam, em certa medida, regular a forma de exercício de seus direitos e deveres processuais e dispor sobre os ônus que contra si recaiam. É importante acréscimo que vai ao encontro de ideia presente em várias passagens do PL n.º 8.046, de 2010, no sentido de favorecer e prestigiar, sempre quando possível, as soluções da controvérsia obtidas diretamente pelos próprios litigantes. Se a solução consensual do litígio é benéfica porque representa, além do encerramento do processo judicial, a própria concretização da pacificação, nada mais justo do que permitir que os litigantes possam, inclusive quando não seja possível a resolução da própria controvérsia em si, ao menos disciplinar a forma do exercício das suas faculdades processuais conforme suas conveniências, ou até mesmo delas dispor, conforme o caso²³⁸.

Isto posto, através da disciplina da forma do exercício das suas faculdades processuais, o novo código inova, trazendo a figura dos negócios jurídicos processuais atípicos, reforçando a autonomia da vontade, confirmando a tendência do rompimento

²³⁵ Art. 58. Ressalvados os casos previstos no parágrafo único do art. 1º, nas ações de despejo, consignação em pagamento de aluguel e acessório da locação, revisionais de aluguel e renovatórias de locação, observar - se - á o seguinte: IV - desde que autorizado no contrato, a citação, intimação ou notificação far-se-á mediante correspondência com aviso de recebimento, ou, tratando - se de pessoa jurídica ou firma individual, também mediante telex ou fac-símile , ou, ainda, sendo necessário, pelas demais formas previstas no Código de Processo Civil; In: BRASIL, Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, 1991.

²³⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 75-76.

²³⁷ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 760.

²³⁸ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Parecer do Relator-Geral*. 2013. Elaborado por Paulo Teixeira. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

entre publicismo e privatismo, em prol da construção de um processo cooperativo²³⁹.

Compreendidas tais noções, pertinente colacionar, nesta ocasião, os seguintes exemplos de negócios jurídicos processuais atípicos: (i) que versam sobre os sujeitos do processo: o acordo para autorizar intervenção de terceiro fora das hipóteses legais; acordo sobre legitimação extraordinária²⁴⁰; pré-fixação de indenização por dano processual prevista nos artigos 81, §3º, 520, I c/c 297, parágrafo único; (ii) que versam sobre atos processuais: a previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de ampliação ou redução de prazos; acordo de rateio das despesas processuais; acordo que estabeleça a contagem dos prazos processuais dos negociantes em dias corridos; (iii) que versam sobre o procedimento comum: o pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; acordo para superação de preclusão; acordo para julgamento antecipado da lide convencional; negócio de anuência prévia para aditamento ou alteração do pedido ou da causa de pedir até o saneamento (art. 329, inc. II); (iv) que versam sobre provas: o ajuste sobre o tempo para realização de audiência; acordo para limitar o número de testemunhas; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal; dispensa consensual do assistente técnico; acordo para tornar ilícita uma prova; convenções sobre novas modalidades de prova ou sobre a exclusão de determinada prova; pacto de disponibilização prévia de documentação (*pacto de disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, subrogatórias ou indutivas; acordo de produção antecipada de prova; (v) que versam sobre cumprimento de sentença e execução: a execução de sentença negociada em processo que implanta política pública; acordo para não promover execução provisória; acordo para dispensa de caução em execução provisória; acordo de substituição do bem penhorado; pacto de impenhorabilidade; pacto de alteração de ordem de penhora; acordo para pré-indicação de bem penhorável preferencial (art. 848, II); a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; pacto de inexecução parcial ou total de

²³⁹ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: Teoria do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 578.

²⁴⁰ Fredie Didier Jr. defende a possibilidade de um negócio jurídico processual sobre a legitimação, criando, por conseguinte, uma legitimação extraordinária negocial. O autor admite a legitimação extraordinária ativa, bem como a passiva, em relação a última, porém, ressalva que somente será possível para ampliação do polo passivo, não podendo o réu transferir a legitimação. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Ensaios sobre negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodvim, 2018. p. 47-54.

multa coercitiva; (vi) que versam sobre recursos e ação rescisória: o acordo de instância única (admitido expressamente no direito português, em seu art. 681, 1, e no direito francês, em seu art. 41, par. 2, dos respectivos diplomas processuais); acordo para retirar efeito suspensivo da apelação; acordo para realizar sustentação oral; acordo para ampliação do tempo de sustentação oral; negócio jurídico processual abrindo mão da possibilidade de ação rescisória; (viii) é possível visualizar, ainda, um acordo para decisão por equidade ou baseado em direito estrangeiro ou consuetudinário, bem como um negócio jurídico estabelecendo que a alegação de existência de convenção de arbitragem será feita por simples petição, com a interrupção ou suspensão do prazo para contestação²⁴¹. Tais exemplos foram retirados das doutrinas que tratam do tema, bem como dos enunciados 19, 21, 262, 490, 579 e 580 do Fórum Permanente de Processualistas Civis²⁴².

Demarcado o conceito de negócio jurídico processual e visualizado diversos exemplos de sua aplicação, relevante explicar, outrossim, a sua abrangência, ou seja, sobre quais situações recaem a negociação das partes. De acordo com Fredie Didier as partes podem convencionar sobre o objeto do litígio, como, por exemplo, no caso em que reconhecem a procedência do pedido, bem como sobre o próprio processo, estabelecendo, por exemplo, sua suspensão condicional. Nesse último caso, os negócios jurídicos poderão redefinir situações jurídicas processuais (ônus, poderes, faculdades e deveres) ou reestruturar o procedimento²⁴³.

Assim, é permitido que as partes, antes ou durante o processo: (i) estipulem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa; (ii) convençionem sobre seus ônus; (iii) convençionem sobre seus poderes; (iv) convençionem sobre suas faculdades; (v) convençionem sobre seus deveres processuais²⁴⁴.

Acerca do procedimento, o artigo permite, *a priori*, que as partes o adaptem livremente, estabelecendo mudanças que atendam às demandas do caso concreto. Tais mudanças se justificariam pelo encaminhamento mais célere do feito, em prol de melhor adequá-lo ao interesse das partes, evitando que as normas se convertam em fins próprios,

²⁴¹ Todos os artigos mencionados referem-se ao Código de Processo Civil.

²⁴² CUNHA JÚNIOR, Dirley da et al (Org.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Salvador: JusPodvim, 2019. X Edição do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Brasília/DF. Março de 2019.

²⁴³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador: JusPodvim, 2019, p. 444.

²⁴⁴ Conforme será visto em momento oportuno, apesar da redação do art. 190, CPC prever o negócio jurídico processual sobre deveres processuais, alguns autores a refutam.

conduzindo a um formalismo excessivo. Nesse caso, a segurança jurídica seria assegurada pela previsibilidade das ações futuras e de suas consequências, garantida pelo contraditório útil e pelo princípio da cooperação (vide tópico 1.4).

Em relação às situações jurídicas processuais, a primeira delas passível de negociação é o ônus. Importante conceituar que o ônus é caracterizado por uma imposição de uma obrigação ao sujeito que, uma vez descumprida, gerará a ele – *e tão somente a ele* - consequências negativas. Observa-se que é interesse do sujeito cumprir com a obrigação, vez que, caso assim não faça, será o único que sofrerá as consequências. Por outro lado, caso cumpra com a obrigação, será o único beneficiado pelo cumprimento. De tal modo, o adimplemento ou não do ônus gera consequências exclusivas ao titular da obrigação. Exemplos clássicos são a ausência de contestação, que gera, via de regra, a aplicação dos efeitos da revelia; a não produção de provas quando o ônus lhe pertencia, que gera o risco de julgamento em seu desfavor²⁴⁵.

No que tange aos negócios jurídicos processuais típicos, vale asseverar que o artigo 373, § 3º, do Código de Processo Civil admite a convenção sobre distribuição do ônus da prova, salvo quando recaia sobre direito indisponível da parte ou torne excessivamente difícil a um litigante o exercício do direito.

A segunda situação jurídica processual transacionável é a faculdade processual, que se traduz na possibilidade de se exercer um direito. Tais possibilidades podem ser exercidas, ou não, pela parte, e podem encontrar, ou não, limitação legal. Ela traz liberdade de escolha, sendo seu exercício livre e, caso não sejam exercidas, o sujeito não sofrerá consequências. São exemplos: eleição de foro; convenção de arbitragem, possibilidade de apresentar contestação antes da audiência de conciliação, dentre outros²⁴⁶. Note que o artigo 63 do código processual admite a eleição de foro, ressaltando, porém, em seu § 3º, que o Juiz poderá considerá-la ineficaz, se abusiva.

As próximas situações jurídicas processuais negociáveis são o poder e o dever. Diferente da faculdade, que se traduz em uma possibilidade de exercer um direito, o poder é a possibilidade de exigir de outra pessoa determinada atitude. O dever, por seu turno, subordina o interesse próprio a um outro alheio, trazendo benefícios à outra parte. Ou seja, ao sujeito é imposta uma obrigação, para tutelar interesse alheio, e o seu

²⁴⁵ NETO, Luiz Antônio Ferrari. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial: Tentativa de sistematização*. 2007. 239 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2007, p. 126

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 127-129.

descumprimento gerará uma sanção jurídica, configurando um ilícito, como, por exemplo, os deveres de boa-fé, cooperação²⁴⁷. A conduta violadora do dever poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça, litigância de má-fé, com a aplicação de multa ou com a indenização da parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu.

São exemplos o artigo 77, que traz deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo, podendo os sujeitos, em caso de descumprimento, ser punidos como ato atentatório à dignidade da justiça; artigo 334, § 8º, que determina que o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa; o artigo 202, que veda lançar nos autos cotas marginais ou interlineares, sob pena de multa e de exclusão da cota; o artigo 234, que traz o dever dos advogados públicos ou privados, o defensor público e o membro do Ministério Público de restituir os autos no prazo do ato a ser praticado, sob pena de multa, sem olvidar dos artigos 81 e 774, que trazem, respectivamente, a figura do litigante de má-fé e a sua obrigação de pagar multa, indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou, e um rol de atos atentatórios à dignidade da justiça, sendo todos os dispositivos do Código de Processo Civil²⁴⁸.

Um ponto que merece destaque nesta explanação é que a redação do artigo 190, do código processual especifica que é lícito às partes convencionar sobre os seus próprios ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, não admitindo a negociação sobre situações alheias. Neste sentido, inclusive, o Enunciado 402, do Fórum Permanente de Processualistas Civis prevê que a eficácia dos negócios processuais para quem deles não fez parte depende de sua anuência, quando lhe puder causar prejuízo²⁴⁹.

Sobre a temática, Guilherme Peres aduz que as partes podem convencionar sobre direitos, deveres, ônus e obrigações próprias, nunca de terceiros, ainda que sujeitos do processo, como juiz, perito, intérprete, serventuário, dentre outros, em relação aos elementos da relação jurídica processual²⁵⁰.

²⁴⁷ Ibidem., p. 126-131.

²⁴⁸ Inclusive o Enunciado 17, da FPPC prevê que “As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção”. In: CUNHA JUNIOR, Dirley da et al (Org.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Salvador: Juspodivm, 2019. X Edição do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Brasília/DF. Março de 2019.

²⁴⁹ Ibidem.

²⁵⁰ OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Negócio jurídico processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil*. 2017. 202 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2017, p. 163-164.

Desta maneira, todas as situações jurídicas supradescritas – *poder, dever, ônus e faculdade* –, desde que das próprias partes, admitem negócio jurídico processual, sem embargo da possibilidade de se flexibilizar o procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa.

2.3.2 Premissas positivadas para formação do negócio jurídico processual atípico e seu controle de validade

Embora o artigo 190 seja uma cláusula geral de negociação²⁵¹, há balizas positivadas no próprio código, que delimita dois requisitos em seu *caput* para que as partes possam formular negócio jurídico, quais sejam, o processo deve versar sobre direitos que admitam autocomposição e as partes devem ser plenamente capazes. Não obstante, realizado o negócio processual, é possível ao magistrado, de acordo com o parágrafo único do artigo, recusar sua aplicação nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade, conforme se verá em seguida.

2.3.2.1 Requisitos para formação do negócio jurídico processual: direitos que admitam autocomposição e partes capazes

O primeiro requisito estabelecido pelo Código de Processo Civil para que as partes possam formular negócio jurídico processual é que o acordo verse sobre direitos que admitam autocomposição, o que encontra lastro no fato de que não é possível transigir a respeito de direitos indisponíveis²⁵²⁻²⁵³.

Arruda Alvim ressalva o fato de que, atualmente, a noção de indisponibilidade comporta gradação, quando associada à autonomia de vontade, à celeridade na concretização dos direitos, dentre outros valores. Não obstante, mesmo aqueles que admitem a flexibilização da indisponibilidade, visualizam a necessidade de se

²⁵¹ ATAPIDE JR., Jaldemiro Rodrigues. Negócios jurídicos materiais processuais – existência, validade e eficácia – campo invariável e campos dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 289-314.

²⁵² ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: Teoria do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 579.

²⁵³ A mesma *mens legis* pode ser encontrada no artigo 334, § 4º, II, do código processual, que prevê a impossibilidade de audiência de conciliação ou mediação quando não se admitir a autocomposição.

salvaguardar um núcleo intangível, essencial, estabelecido pelo direito constitucional. De todo modo, alega o autor que há direitos indisponíveis suscetíveis de serem transacionados, ao menos em relação a alguns aspectos, *e.g.* a pensão alimentícia, a qual, embora indisponível, admita transação quanto ao valor, bem como há diferença entre dispor de um direito e transacionar suas questões procedimentais sobre ele, haja vista a possibilidade do Ministério Público firmar Termos de Ajustamento de Conduta em ação civil pública que trate de direitos difusos²⁵⁴.

Rememora-se, nesta ocasião, a já explicitada visão de Flávio Luiz Yarshell, segundo o qual o Código de Processo Civil distingue direito disponível e direito transacionável, sendo que a possibilidade de transação não se resume a direitos patrimoniais, podendo versar sobre questões relativas ao estado e a capacidade das pessoas²⁵⁵.

Considerável esclarecer que José Roberto dos Santos Bedaque rechaça a ideia de que os poderes do juiz na produção probatória variam de acordo com a disponibilidade do direito material, sendo que, tratando-se de direitos disponíveis, a construção da verdade dependeria da parte, porém, caso indisponíveis, caberia ao juiz maior atuação, uma vez que o processo, como instrumento da atividade jurisdicional, é um só, sendo irrelevante a matéria discutida²⁵⁶.

Ademais, as partes devem ser plenamente capazes²⁵⁷. De acordo com Fredie Didier Júnior, a capacidade mencionada pelo Código de Processo Civil é a capacidade processual, o que se denota da ilação óbvia de que o artigo trata de um negócio jurídico processual. Porém, mais do que a capacidade processual, exige-se a capacidade processual negocial, ou seja, que além de capaz, o sujeito não seja vulnerável. À vista disso, por exemplo, um consumidor ou um trabalhador, pode ter capacidade processual, mas ser um incapaz processual negocial. Ressalta o autor, contudo, que esta incapacidade não se origina simplesmente do *status* do sujeito, devendo ser aferida no caso concreto,

²⁵⁴ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: Teoria do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 579-580.

²⁵⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 81-82.

²⁵⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 91-101.

²⁵⁷ Neste sentido, o Enunciado 38 do ENFAM afirma que “Somente partes absolutamente capazes podem celebrar convenção pré-processual atípica”. In: BRASIL. Escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados. *Enunciados aprovados*. 2015. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%c3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 15 dez. 2019.

haja vista que o próprio Código de Processo Civil logrou em delimitar a “manifesta situação de vulnerabilidade”²⁵⁸.

Neste cenário, é possível se falar em negócio jurídico processual com incapaz, desde que devidamente representado; com consumidores e trabalhadores, desde que não estejam na aludida manifesta situação de vulnerabilidade; com o Poder Público e com o Ministério Público. Flávio Luiz Yarshell admite, ainda, a possibilidade de entes com personalidade processual, tais quais espólio, massa falida e condomínio, celebrarem negócios jurídicos processuais. O autor pondera, em aditivo, que não é necessária a presença de advogado se os negócios jurídicos forem feitos fora do processo, uma vez que não são atos processuais, não exigindo capacidade postulatória²⁵⁹.

Outo pronto pertinente é que, de acordo com o Enunciado 115, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, o negócio jurídico processual obriga os sucessores de quem o celebrou, sendo que, caso haja inadimplemento por um dos celebrantes, a parte deverá reclamar ao juízo, sob pena de preclusão da alegação²⁶⁰.

Interessante colacionar que Yarshell compreende que, aqui, aplicam-se os regimes de invalidade do Código Civil, que prevê a incapacidade relativa do agente como causa de anulabilidade (art. 171, I, do CC) e a incapacidade absoluta como causa de nulidade (art. 166, I, do CC), de modo que a primeira não se pronuncia de ofício e só os interessados a podem alegar - *o que não impede, contudo, que o juiz alerte as partes envolvidas* -, bem como aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade (art. 177, do CC), enquanto a segunda pode ser alegada por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir, não sendo permitido ao juiz supri-la (art. 168, do CC). De qualquer forma, “se a incapacidade for superada no curso do processo, os atos processuais praticados com base no negócio processual antes viciado podem ser ratificados, atentando-se para o disposto nos artigos 172/175 do Código Civil”²⁶¹.

²⁵⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil-2015*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coordenador geral); CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coordenadores). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 114-116.

²⁵⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 88.

²⁶⁰ CUNHA JUNIOR, Dirley da et al (Org.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*. Salvador: Juspodivm, 2019. X Edição do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Brasília/DF. Março de 2019.

²⁶¹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Op. Cit.*, p. 85-86.

2.3.2.2 Controle de validade do negócio jurídico processual: nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão e parte em manifesta situação de vulnerabilidade.

Afora a determinação do *caput*, o parágrafo único do artigo 190, do Código de Processo Civil, prevê que o juiz controlará a validade dos negócios jurídicos processuais, recusando sua aplicação nos casos de nulidade, de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

No caso de nulidade, a situação avoca a análise dos requisitos de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos em geral, devendo o negócio jurídico processual, para ser aceito, ter objeto lícito, possível, determinado ou determinável, ser firmado na forma prescrita ou não defesa em lei, por partes capazes, dotadas de vontade livre, sem vícios, com respeito a eventual condição, termo ou encargo estabelecido. Remete-se o leitor ao tópico 2.1.2, onde tais conceitos foram amplamente tratados, a fim de não tecer comentários repetitivos.

Outrossim, o mesmo parágrafo nega validade aos negócios jurídicos processuais nos casos de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Não se deve negligenciar, aqui, que uma das preocupações do ordenamento jurídico - *libertando-se de ideais liberalistas, onde a vontade das partes é soberana* - é com a função social do contrato que, nesse contexto, resvala na função social do negócio jurídico processual, demandando a salvaguarda da parte hipossuficiente da relação, garantindo a esta uma igualdade material.

Sem igualdade, não há condições mínimas para exercício da liberdade porque as disposições convencionais terão sido assumidas num quadro em que o consentimento não foi livre e esclarecido, e, portanto, fora de um espaço real e efetivo para o exercício da liberdade²⁶².

Deste modo, não pode o negócio jurídico processual ser tabulado em detrimento da parte hipossuficiente.

Esclarece Cabral, entretanto, que a assimetria é típica das negociações, uma vez que o “poder de barganha e negociação de cada indivíduo é resultante de variáveis diversas, como conhecimento, informação, necessidade e urgência de fechar o acordo

²⁶² CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 320.

(pressões internas e externas), habilidades negociais, experiência, dentre outras”, e tais variáveis não levam, por si só, a uma desigualdade apta a invalidar o negócio jurídico processual, sendo que a isonomia é um conceito que exige uma avaliação casuística²⁶³. Cabral sugere, para aferição da vulnerabilidade, o critério baseado no resultado, ou *outcome-based approach*, segundo o qual não se analisa o negócio jurídico processual pelos meios ortodoxos, mas sim verificando se o resultado final foi favorável ao hipossuficiente. Sendo favorável, não há que se falar em desigualdade²⁶⁴.

Consigna-se, aqui, que o Enunciado 18, do Fórum Permanente de Processualistas Civis, entende que há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica²⁶⁵.

Crucial, neste ponto, esclarecer que, embora haja o estabelecimento de tais requisitos de invalidade, a sua decretação deve respeitar as normas do processo civil, mormente o princípio da instrumentalidade das formas.

Corroborando com tal entendimento, o Enunciado 16, do Fórum Permanente de Processualistas Civis, prevê que 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 prejuízo²⁶⁶.

Antônio do Passo Cabral, concordando com a regra de invalidades processuais – *sob o argumento de que o negócio jurídico processual vê seus efeitos processualizados* –, explica a importância da adoção deste posicionamento:

Uma das repercussões mais relevantes deste vetor aplicativo e a possibilidade de convalidação ou aproveitamento das convenções processuais se suprido o vício, se sanada a manifestação de vontade, se complementada a inobservância da forma ou se atingido o escopo pretendido pela parte com a prática do ato (instrumentalidade das formas). A pedra de toque deve ser a regra de que não se deve pronunciar nulidade sem prejuízo (art. 282 § 2º e 283, parágrafo único, ambos do CPC/2015)²⁶⁷.

De mais a mais, vale asseverar que o negócio jurídico processual é autônomo em

²⁶³ Ibid., p. 321.

²⁶⁴ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 327-328.

²⁶⁵ CUNHA JUNIOR, Dirley da et al (Org.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Salvador: Juspodivm, 2019. X Edição do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Brasília/DF. Março de 2019.

²⁶⁶ Ibid.

²⁶⁷ CABRAL, Antônio do Passo. Op. Cit., p. 254-255.

relação ao negócio principal a que estiver inserido²⁶⁸⁻²⁶⁹, bem como que pode ser invalidada apenas parcialmente, conforme enunciado 134, do Fórum Permanente de Processualistas Civis²⁷⁰.

2.3.3 Demais limitações à atividade negocial no campo processual

Como exposto no tópico anterior, a redação do artigo 190, do Código de Processo Civil, de forma ampla, prevê a possibilidade de firmar negócios jurídicos processuais atípicos, limitando o poder das partes capazes tão somente aos direitos que admitam autocomposição e permitindo o controle de validade pelo magistrado nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Com fulcro na disposição legal, muitos autores defendem a ampla e irrestrita aplicação dos negócios jurídicos processuais, materializando a máxima do autorregramento da vontade. Tal visão, contudo, encontra posicionamento resistente na doutrina, que paulatinamente começa a estabelecer limites para celebração do negócio, além dos estabelecidos na codificação.

Nesta toada, Flávio Luiz Yarshell alega que a abertura aos negócios jurídicos processuais “não deve ser encarada apenas como uma oportunidade para o exercício da criatividade dos advogados”, de modo que a alteração das opções feitas pelo legislador “devem ser pensadas como forma de trazer resultados relevantes para a racionalização do processo”²⁷¹.

De forma ainda mais incisiva, Guilherme Peres de Oliveira, embora reconheça ser inegável a liberdade das partes celebrarem negócio jurídico processual, bem como compreenda que muitos autores defendam o *in dubio pro liberta*, defende que há de se estabelecer limites à atividade negocial, sob o risco de aproximar o processo civil brasileiro do modelo adversarial, elegendo a liberdade como novo paradigma do processo. Afirma o autor que a atual codificação segue um modelo cooperativo que visa

²⁶⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador: JusPodvím, 2019, p. 452.

²⁶⁹ Enunciado 409, do FPPC. A convenção processual é autônoma em relação ao negócio em que estiver inserta, de tal sorte que a invalidade deste não implica necessariamente a invalidade da convenção processual. In: CUNHA JUNIOR, Dirley da et al (Org.). Op. Cit.

²⁷⁰ Enunciado 134: “Negócio jurídico processual pode ser invalidado parcialmente”. In: Ibid.

²⁷¹ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodvím, 2017, p. 92.

à efetividade, não tendo sido a liberdade estabelecida na parte principiológica do código, ou enunciada como paradigma²⁷².

Neste espeque, Dinamarco ao tratar da participação do juiz na atividade probatória – *fora do contexto do negócio jurídico processual* – aduz que a jurisdição é uma função pública por excelência, voltada a escopos associados ao interesse da sociedade (políticos, sociais, jurídicos), de modo que aos juízes não cabe atuar como meros homologadores de contrato²⁷³.

Por conseguinte, se passa a analisar, neste tópico, as balizas estabelecidas pela doutrina para a celebração do negócio, ressaltando que os critérios abaixo firmados resultam da soma do posicionamento de uma série de processualistas, o que não significa que todos os autores indicados adotem de forma unânime todos os limites abaixo especificados, podendo adotar somente um ou alguns deles. Ademais, o presente tópico não tem pretensão de esgotar o tema, mas tão somente busca sistematizar as limitações comumente traçadas na doutrina.

2.3.3.1 Garantias Fundamentais

O primeiro ponto limitador da autonomia da vontade, que ousamos considerar unânime na doutrina, é a necessidade de o negócio jurídico processual respeitar garantias fundamentais.

Para Luiz Antônio Ferrari Neto, o primeiro e principal limite aos negócios jurídicos processuais pode ser encontrado na Constituição Federal, que se consubstancia nos direitos e garantias fundamentais, os quais não podem ser afastados sequer por emendas constitucionais, vez que são considerados cláusulas pétreas, de modo que um negócio jurídico também não poderá alterá-los²⁷⁴. Do mesmo modo, Leonardo Carneiro da Cunha reconhece que a licitude do negócio jurídico processual passa pelo respeito às garantias fundamentais do processo²⁷⁵.

²⁷² OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Negócio jurídico processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil*. 2017. 202 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2017, p. 146-159-163.

²⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 54.

²⁷⁴ NETO, Luiz Antônio Ferrari. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial: Tentativa de sistematização*. 2007. 239 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2007, p. 146-174.

²⁷⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios*

Por sua vez, Arruda Alvim estabelece como limite do negócio jurídico processual o respeito ao núcleo essencial das garantias processuais constitucionais e infraconstitucionais, como, por exemplo, convenções que reduzam o prazo de defesa a ponto de tolher o contraditório, ou que admitam provas ilícitas, afastem deveres de litigância proba, ou excluam a participação do Ministério Público, quando determinada por lei, dentre outros²⁷⁶.

Guilherme Peres defende o resguardo do núcleo essencial dos direitos fundamentais como um limite não positivado para celebração do negócio jurídico processual, sob a justificativa de que a disponibilidade dos direitos fundamentais não pode ser absoluta²⁷⁷. Consigna-se que o doutrinador não considera válida a renúncia prévia e abstrata ao direito de recorrer, pois tal direito está ligado à garantia da ampla defesa²⁷⁸.

Antônio do Passo Cabral, por seu turno, propõe o seguinte método para avaliar a cláusula geral de negociação: “analisar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais envolvidos, conciliá-los com a autonomia das partes e proteger o seu núcleo essencial”²⁷⁹. Em suma, o autor propõe que a primeira etapa deve ser a identificação do direito fundamental, ou, muitas vezes, dos direitos envolvidos no ato de disposição; posteriormente propõe que seja feita a análise de padrões legalmente tipificados, similares ao negócio jurídico processual atípico que se pretende produzir, estabelecendo um diálogo entre a figura típica e a atípica; por fim, propõe que haja a identificação da margem de disponibilidade deste direito, preservando seu núcleo essencial. Desta forma, os negócios jurídicos processuais devem ser desconsiderados se violarem o núcleo essencial do direito fundamental envolvido, como, por exemplo, um acordo probatório que modifique as regras ao ponto de gerar a uma das partes prova diabólica²⁸⁰.

Luiz Antônio Ferrari Neto, complementa as informações acima, alegando que há, entre o rol de garantias, as garantias constitucionais do processo, que também não podem ser afastadas no negócio processual. Segundo o autor, são elas: (i) o direito ao acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, XF), de modo que seria inadmissível um negócio

processuais. 3. ed. Salvador: JusPodvím, 2019. p. 39-74, p. 71.

²⁷⁶ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: Teoria do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 589.

²⁷⁷ OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Negócio jurídico processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil*. 2017. 202 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2017, p. 125.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 169.

²⁷⁹ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodvím, 2016, p. 331.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 332-340.

jurídico que afastasse tal possibilidade, o que não se confunde com cláusula que exija conciliação prévia ao processo, ou convenção de arbitragem; (ii) o direito à tutela provisória, que decorre da garantia anterior, valendo ser asseverado, aqui, que o Enunciado 19, do Fórum de Permanente de Processualistas Civis²⁸¹, aponta ser possível a celebração de negócio jurídico para que as partes não promovam execução provisória, o que, para o autor, deve ser visto com cautela, para não tolher os atos executivos da tutela antecipada; (iii) o princípio do juiz natural, não podendo o negócio processual escolher o juiz que julgará a demanda, ou a instância em que a demanda deverá ser ajuizada. O processualista defende, ainda, o respeito ao princípio do promotor natural; (iv) princípio da isonomia, não podendo existir negócios que estejam em situação de desigualdade, o que é previsto, inclusive, na redação do artigo 190, do código; (v) contraditório, ampla defesa e devido processo legal, os quais não podem ser esquecidos na celebração do negócio jurídico; (vi) princípio da publicidade (artigos 5º, LX e 93, IX, CF; 8º, 11, 26, 189 e 194 do CPC), de modo que o negócio processual não poderia prever que atos e termos do processo tramitassem em sigilo, exceto nos casos legalmente previstos; (vii) duplo grau de jurisdição, que não é expresso na constituição, mas dela decorre. Para o autor, é possível que as partes abram mão de seu direito ao recurso, desde que a atitude não prejudique terceiro; (viii) princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF), sendo vedado o negócio que vise desobrigar o magistrado de fundamentar suas decisões; (ix) proibição da prova ilícita (art. 5º, XII, CF), a qual não pode encontrar amparo em negócios processuais; (x) garantia da coisa julgada (art. 502, CPC), que também não poderá ser mitigada com o negócio jurídico. O mesmo raciocínio serve para diminuição ou ampliação das hipóteses de ação rescisória; (xi) razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), que não poderá ser prejudicada com os negócios jurídicos processuais²⁸².

Se aprofundando sobre o tema, Flávio Luiz Yarshell alega que a adequação ao devido processo legal é um limite do negócio jurídico processual, sendo inconcebível, por exemplo, que o negócio vise interferir na imparcialidade do juiz²⁸³.

²⁸¹ CUNHA JUNIOR, Dirley da et al (Org.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Salvador: Juspodivm, 2019. X Edição do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Brasília/DF. Março de 2019.

²⁸² NETO, Luiz Antônio Ferrari. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial: Tentativa de sistematização*. 2007. 239 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2007, p. 146-174.

²⁸³ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 82-83.

Não é possível deixar de destacar, neste tópico, que o estudo do capítulo 01 demonstra, sem espaço para dúvidas, que o Código de Processo Civil foi construído tendo o respeito à Constituição Federal como vetor principal, conforme se vê na previsão – *inclusive tida por muitos autores como desnecessária, haja vista o caráter cogente do respeito às normas constitucionais, fruto da ideia kelseniana de hierarquia das normas* – do artigo 1º, do código, segundo o qual “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”. A mesma noção é aferida pelo estudo das bases dogmáticas do novel diploma processual, bem como pela constatação de que a disciplina processual se encontra, atualmente, vivendo o período neoconstitucionalista, premissas estas também delineadas no primeiro capítulo.

2.3.3.2 Normas de ordem pública e de caráter cogente

Um segundo ponto balizador do negócio jurídico processual, é o respeito às normas de ordem pública e normas de caráter cogente.

Vale asseverar, aqui, que o artigo 122, do Código Civil, ao tratar de negócios jurídicos, prevê que são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes, de onde se deduz que o ordenamento jurídico limita a celebração de negócios que contrariem a ordem pública. De forma similar, o artigo 2.035, que trata das disposições finais e transitórias do Código Civil, prevê que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública²⁸⁴.

No que tange à definição de normas de ordem pública Guilherme Peres de Oliveira, conceitua as mesmas como sendo aquelas que tutelam as regras nas quais haja um interesse público na sua aplicação, tais quais a função social do contrato, regras de direito de família, direitos da personalidade, regras do direito do consumidor, dentre outros, embora reconheça que a definição não possua conceituação unívoca na doutrina²⁸⁵. Trazendo tal ilação para o campo processual, o autor define normas de ordem pública processual como “aquelas referentes aos requisitos e pressupostos do processo e dos atos processuais, bem como os direitos fundamentais e tudo aquilo que compõe o

²⁸⁴ Todas as vezes que se importam ensinamentos do Código Civil, o leitor deve assimilá-los com ponderação, sempre utilizando o filtro processual da instrumentalidade das normas.

²⁸⁵ OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Negócio jurídico processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil*. 2017. 202 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2017, p. 126-134.

devido processo legal”. O autor complementa, ainda, dizendo que o conceito está ligado com o resguardo mínimo de prerrogativas do Estado-Juiz, ínsitas à ideia de que o processo civil tem escopo público, não podendo o negócio jurídico processual adentrar a um núcleo publicista mínimo do processo, como, por exemplo, a de determinar as provas que entender necessárias²⁸⁶.

Ricardo Aprigliano, citado por Luiz Antônio Ferrari Neto, argumenta que há três modalidades de ordem pública processual, as condições da ação, os pressupostos processuais e as nulidades processuais, hipóteses nas quais não se admitiria negócio jurídico processual. Destarte, conclui que há impedimento à celebração de negócios que versam, dentre tantas outras, sobre as matérias constantes no artigo 337, com exceção da incompetência relativa e da convenção de arbitragem (incisos II, *in fine*, e X), quais sejam, inexistência ou nulidade da citação; incompetência absoluta; incorreção do valor da causa; inépcia da petição inicial; perempção; litispendência; coisa julgada; conexão; incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; ausência de legitimidade ou de interesse processual; falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar; indevida concessão do benefício de gratuidade de justiça²⁸⁷.

Vale asseverar, aqui, que Fredie Didier Júnior, de forma distinta, admite como plenamente possível o negócio jurídico sobre pressupostos processuais²⁸⁸.

Outrossim, Flávio Luiz Yarshell assevera ser necessário observar normas processuais cogentes²⁸⁹, embora também reconheça a dificuldade de defini-las, chegando às seguintes constatações: (i) pode o próprio ordenamento jurídico afirmar o caráter cogente da norma quando descarta a possibilidade de as partes modificarem determinada regra; (ii) pode o caráter cogente ser compreendido do fato da matéria poder ser decidida pelo juiz de ofício, não se sujeitando à preclusão; (iii) traçando um paralelo com o artigo 166, do Código Civil, menciona a nulidade de negócio jurídico processual que tenha por

²⁸⁶ OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Negócio jurídico processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil*. 2017. 202 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2017, p. 126-134; 173-177.

²⁸⁷ NETO, Luiz Antônio Ferrari. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial: Tentativa de sistematização*. 2007. 239 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2007, p. 210-218.

²⁸⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-15*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 25-46, p. 31.

²⁸⁹ As normas podem ser classificadas em normas cogentes e normas dispositivas. As normas cogentes devem ser aplicadas compulsoriamente, independente da vontade das partes, a qual se mostra irrelevante. Por sua vez, as normas dispositivas podem ter sua incidência afastada pela vontade das partes ou dependem da sua vontade para incidirem. In: ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: Teoria do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 205-206.

objetivo fraudar lei imperativa ou quando a lei taxativamente reconhecer o negócio jurídico processual nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção (incisos VI e VII, respectivamente); (iv) norma cogente não é sinônimo de devido processo legal; (v) norma cogente não se relaciona às normas que asseguram a regularidade do processo, já que estas possuem caráter instrumental, nem aos requisitos para julgamento do mérito (condições da ação e pressupostos processuais). Ao fim, conclui que será necessário ponderar os valores estabelecidos nas regras processuais, adequando-os aos escopos da jurisdição, seja estatal ou arbitral, avaliando a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito²⁹⁰.

Leonardo Carneiro da Cunha atesta que não podem os negócios jurídicos processuais atuarem no campo alcançado por normas cogentes, devendo os negócios situarem-se no espaço de disponibilidade outorgado pelo legislador²⁹¹.

Guilherme Peres de Oliveira também reconhece a inadmissibilidade de negócio jurídico processual sobre normas cogentes, que seriam – *embora haja divergências e dificuldades na sua conceituação* - as feitas para adequar o processo aos escopos da jurisdição, tais quais as normas sobre admissibilidade do processo (pressupostos processuais e condições da ação)²⁹².

Luiz Antônio Ferrari Neto alega que os negócios jurídicos processuais devem respeitar, além dos princípios constitucionais, os princípios previstos no Código de Processo Civil, tais quais, os princípios dispositivo (ou da inércia) e do impulso oficial (art. 2º, CPC), em conjunto com o princípio da adstrição (art. 141, CPC), de modo que os negócios não podem prever que o magistrado poderá instaurar demanda ou que deverá permanecer inerte durante o processo; os princípios da boa-fé processual (art. 5º, CPC) e da cooperação, que não podem ser afrontados pelo negócio processual; os princípios destacados no artigo 8º, do código, quais sejam, proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência, bem como no artigo 9º, que veda as decisões

²⁹⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 83-84.

²⁹¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 39-74, p. 71.

²⁹² OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Negócio jurídico processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil*. 2017. 202 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2017, p. 180-181.

surpresas ou sequer o princípio da primazia do julgamento do mérito²⁹³.

Cássio Scarpinella Bueno alega que devem-se respeitar às normas públicas processuais de caráter cogente – *ou ordem pública processual* -, que se mostram como núcleo duro. O autor compreende que a liberdade das partes diante de um direito material que aceita autocomposição é muito diferente da liberdade de transacionar sobre o modo de atuação do Estado-Juiz, inclusive na organização de seus próprios atos, ou seja, do procedimento. Assim complementa o autor:

A liberdade delas (das partes) com relação ao procedimento, aos seus próprios ônus, poderes, faculdades, deveres processuais fica restrita àqueles casos em que o ato processual não é regido por norma cogente. Não se trata de exigir ou deixar de exigir forma específica. Disto se ocupa suficientemente o art. 188. Trata-se, isto sim, de negar validade e aplicação a negócios processuais que queiram alterar o que não é passível de alteração nos precisos termos da primeira parte do parágrafo único do art. 190. Por mais intenso que seja - e deve ser - o diálogo entre os planos material e o processual, inclusive para criar condições ótimas de resolução do conflito, a liberdade dada às partes para "ajustá-lo às especificidades da causa" referida pelo caput do art. 190 encontra limites no modelo de atuação estatal. Não se trata, insisto, de hipertrofiar o "processo" em detrimento do "direito", mas de ter (cons)ciência dos limites que existem para o exercício da função jurisdicional - sempre e invariavelmente desde o "modelo constitucional" -, e que o processo, o procedimento e, de forma ampla, a atuação das partes não estão sujeitos a negociações que atrem com o seu núcleo duro, muito bem representado pelas normas de ordem pública ou cogentes. Não pode a lei federal, passando por cima do inciso XI do art. 24 da CF, em verdade desconsiderando-o - e isso é uma tônica do CPC de 2015 -, "delegar" liberdade a determinados sujeitos do processo para estabelecer o seu próprio procedimento ou os seus próprios ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Por tal razão, ao menos por ora, não vejo como aceitar convenções processuais sobre (i) deveres-poderes do magistrado ou sobre deveres regentes na atuação das partes seus procuradores; (ii) sobre a força probante dos meios de prova; (iii) sobre os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo e/ou do exercício do direito de ação; (iv) sobre as hipóteses (e o regime) da tutela provisória; (v) sobre as normas e técnicas de cumprimento a sentença, inclusive o provisório, e as de execução; (vi) sobre a coisa julgada; (vii) sobre o número de recursos cabíveis ou interponíveis e seu respectivo regime jurídico; ou (viii) sobre as hipóteses de rescindibilidade²⁹⁴.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery expõem que as normas cogentes do Código de Processo Civil são circunstâncias que limitam a vontade das partes

²⁹³ NETO, Luiz Antônio Ferrari. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial: Tentativa de sistematização*. 2007. 239 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2007, p. 175-186.

²⁹⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 225-227.

na realização de negócio jurídico processual²⁹⁵.

Vale ressaltar, nesta toada, o Enunciado 129, do Fórum Permanente de Processualistas Civis, segundo o qual a autorização legal para ampliação de prazos pelo juiz não se presta a afastar preclusão temporal já consumada. Por sua vez, o Enunciado 254 determina ser inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica. Também, o Enunciado 20, prevê que não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos²⁹⁶.

Interessante colacionar o entendimento de Humberto Theodoro Júnior, segundo o qual a ideia de que as normas de procedimento são cogentes deve ser revista, diante da possibilidade de negócio jurídico processual atípico. Segundo o autor, o procedimento é cogente, salvo se as partes convencionarem de forma diversa²⁹⁷.

Por fim, primordial a ressalva de Guilherme Peres de Oliveira, segundo o qual essa limitação deve ser encarada sob a ótica da instrumentalidade do processo²⁹⁸.

2.3.3.3 Tutela efetiva e vedação de externalidades

Outra fonte norteadora do negócio jurídico processual é a efetividade do processo, norma fundamental garantida na parte geral do Código de Processo Civil e vetor de aplicação das leis processuais.

Não se pode descuidar, conforme trazido no capítulo 01, que a busca pela efetividade motivou a criação do novo código, bem como foi estabelecida como máxima a ser seguida, podendo ser vislumbrada em inúmeros dispositivos do diploma. Relembrando as palavras descritas na própria exposição de motivos, já transcritas no capítulo anterior, “um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o

²⁹⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 761.

²⁹⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da et al (Org.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Salvador: Juspodivm, 2019. X Edição do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Brasília/DF. Março de 2019.

²⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 1 v., p. 205-206.

²⁹⁸ OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Negócio jurídico processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil*. 2017. 202 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2017, p. 126-134.

reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito”²⁹⁹.

Deste modo, a efetividade é valor central do processo civil contemporâneo, não podendo ser sacrificada³⁰⁰.

Assim, o negócio jurídico processual deve tender a promover a efetividade processual e não pode prejudicá-la, como, por exemplo, um negócio que preveja a impenhorabilidade do único bem apto a satisfazer a execução, causando entrave para o próprio processo.

Proveitoso examinar que Guilherme Peres de Oliveira sugere que a efetividade funcione como verdadeira diretriz, propondo uma máxima de *in dubio pro efetividade*, em substituição ao *in dubio pro libertate*³⁰¹.

Ademais, sob a égide da efetividade, o negócio jurídico processual não pode gerar externalidades ao poder judiciário, de modo que o negócio jurídico processual somente será válido se as partes internalizarem os prejuízos. Esclarece Cabral que os acordos processuais podem deixar o processo mais oneroso, citando, como exemplo, o caso de se estipular atos processuais fora da sede do juízo³⁰².

Naturalmente o processo possui um custo, o qual nem sempre é suprido pelo sistema de custas processuais. É possível, neste íterim, que os negócios jurídicos processuais onerem demasiadamente o Poder Judiciário, transferindo-lhes um ônus³⁰³, o que não pode ser admitido.

Guilherme Peres, expandindo a ideia, entende que o grande problema não é sequer financeiro – *haja vista que custos podem ser repassados às partes por meio de custas processuais* – mas sim o dispêndio de material humano, como, por exemplo, em um negócio que crie prazos muito extensos, ou audiências consecutivas, que gerará prejuízo à administração da justiça. O autor conclui dizendo não ser admissível o negócio jurídico processual que imponha obrigação a nenhum terceiro estranho ao litígio, inclusive o próprio Poder Judiciário³⁰⁴.

²⁹⁹ BRASIL. SENADO FEDERAL. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 2015. Exposição de Motivos. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

³⁰⁰ OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Negócio jurídico processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil*. 2017. 202 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2017, p. 157.

³⁰¹ Ibid., p. 165-167.

³⁰² CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 329.

³⁰³ Ibid., p. 329.

³⁰⁴ OLIVEIRA, Guilherme Peres de. Op. Cit., p. 171-172.

2.3.3.4 Cooperação e Boa-Fé

Outrossim, quando as partes celebrarem um negócio jurídico processual devem sempre agir de acordo com os princípios da boa-fé e da cooperação (artigos 5º e 6º, CPC), resguardando a prestação adequada de informações.

Nesse cenário, acordos eivados de dolo ou simulação, que ferem o princípio da boa-fé, podem ser anulados, sendo que ambos os princípios limitam o autorregramento da vontade³⁰⁵. Como já amplamente tratado no item 1.3.3.2, a litigiosidade entre as partes não significa que possam agir de forma desleal. De forma idêntica, os demais sujeitos do processo não podem agir de forma antiética, devendo respeitar o princípio estabelecido no artigo 5º, do Código de Processo Civil.

Do mesmo modo, essencial respeitar o modelo cooperativo de processo.

Neste ínterim, Fernando Gajardoni reconhece que não existe “no processo civil moderno, espaço para a investigação solitária do órgão judicial em verdadeiro monólogo”, de modo que se mostra necessária a participação de todos os sujeitos do processo, esclarecendo – *com fulcro na doutrina de Max Weber e Niklas Luhmann* -, que o procedimento é o fator de legitimação da atividade estatal (executiva, legislativa e judicial), e a tolerância das partes com o resultado só ocorre quando elas participam ativamente do procedimento decisório:

Aliás, admitida a participação das partes na construção do próprio rito, o potencial legitimante do procedimento seria catalisado, pois a conformação das partes se daria não só quanto ao resultado do processo, mas também quanto ao caminho nele adotado para se alcançar o resultado final. De certo o afastamento das iniquidades da rigidez procedimental contribuiriam para melhor aceitação do produto concebido após regular procedimento³⁰⁶.

Conclui o autor declarando que “ao se permitir aos litigantes influenciar também sobre o fluxo procedimental, o poder de conformação com a decisão é maximizado, ainda que sua fundamentação seja falha”³⁰⁷.

³⁰⁵ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 318

³⁰⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. 2007. 285 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 105-116.

³⁰⁷ Ibid. 105-116.

Ademais, para Luiz Antonio Ferrari Neto, o magistrado deve estar presente sempre que o negócio jurídico versar sobre procedimento, fortalecendo a base triangular do princípio da cooperação³⁰⁸.

Guilherme Peres, por seu turno, rechaça qualquer proposição, legislativa ou hermenêutica, que afaste o processo do modelo cooperativo estabelecido no Código de Processo Civil³⁰⁹.

Nesse sentido, é o Enunciado 6, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que prevê que “o negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”³¹⁰. Do mesmo modo, o Enunciado 405, segundo o qual os negócios jurídicos processuais devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, e o 407, que afirma que nos negócios processuais, as partes e o juiz são obrigados a guardar nas tratativas, na conclusão e na execução do negócio o princípio da boa-fé. Também se visualiza o Enunciado 259, segundo o qual a decisão referida no parágrafo único do art. 190 depende de contraditório prévio, materializando um dever cooperativo do magistrado³¹¹.

Em aditivo, influenciados pela interpretação do negócio jurídico processual com lastro na boa-fé e na cooperação, é possível encontrar, ainda, os seguintes Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: 404, que prevê que nos negócios processuais, atender-se-á mais à intenção consubstanciada na manifestação de vontade do que ao sentido literal da linguagem; 406, segundo o qual os negócios jurídicos processuais benéficos e a renúncia a direitos processuais interpretam-se estritamente; 408, que determina que quando houver no contrato de adesão negócio jurídico processual com previsões ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente; 410, que considera o art. 142 do CPC – *que estabelece a aplicação das penalidades da litigância de má-fé quando as partes se servirem do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei* - no controle de validade dos

³⁰⁸ NETO, Luiz Antônio Ferrari. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial: Tentativa de sistematização*. 2007. 239 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2007, p. 191.

³⁰⁹ OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Negócio jurídico processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil*. 2017. 202 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2017, p. 146-147.

³¹⁰ CUNHA JUNIOR, Dirley da et al (Org.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*. Salvador: Juspodivm, 2019. X Edição do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Brasília/DF. Março de 2019.

³¹¹ *Ibid.*

negócios jurídicos processuais³¹².

Para aprofundamento do tema, remete-se o leitor ao item 1.2, onde o modelo cooperativo foi amplamente tratado.

2.3.3.6 Reserva Legal

Por fim, outra situação delimitadora da vontade das partes são as hipóteses em que o ordenamento jurídico reserva à lei dispor sobre a temática. Nesses casos, há uma compreensão prévia do legislador de que aquela matéria está excluída da autonomia da vontade. São exemplos as normas que determinam a criação de recurso³¹³.

Um primeiro limite a convencionalidade são hipóteses em que o ordenamento estabelece reserva de lei para a norma processual. Nestes espaços, a vontade das partes não lhes autoriza, por acordo, criar uma regra que pudesse derogar a norma legal. Assim, por exemplo seria inválida convenção para criar recurso não previsto em lei, porque a previsão de tipos recursais deve estar prevista em regra legal. Também não seria possível alterar o cabimento dos recursos (ampliar o rol do art. 1.015 do CPC para as decisões interlocutórias agraváveis; ou afirmar que alguma daquelas decisões seria apelável)³¹⁴.

Leonardo Carneiro da Cunha também inadmite negócio jurídico processual em tema reservado à lei³¹⁵.

2.4 A FIGURA DO JUIZ NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

Como exposto, o artigo 190, responsável pela positivação do negócio jurídico processual atípico, embora traga grande evolução, permitindo que as partes transacionem em matéria procedimental e sobre situações jurídicas processuais, em prol de atingirem maior efetividade no processo, pouco diz sobre a atuação do magistrado, limitando-se a prever que o juiz controlará a validade das convenções, de ofício ou a requerimento da parte, em casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que

³¹² Ibidem.

³¹³ OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Negócio jurídico processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil*. 2017. 202 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2017, p. 180.

³¹⁴ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 316.

³¹⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodvim, 2019. p. 39-74, p. 72.

alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Em aditivo à norma positivada, como já visto, a doutrina estabelece certas balizas à esta liberdade, limitando os negócios processuais que ferem garantias fundamentais, normas de ordem pública e cogentes, bem como situações cuja lei reserva exclusividade sobre a temática. Além disto, alguns doutrinadores acrescentam que o negócio jurídico deve prestigiar um processo cooperativo e visar a efetividade do processo, evitando externalidades.

Todavia, remanescem questionamentos sobre o papel do magistrado, tais quais, a necessidade de participação, ou não, do juiz no negócio jurídico processual; os limites de seu controle; a necessidade, ou não, de homologação; sua vinculação ao decidido pelas partes, dentre outras dúvidas.

Nesta toada, se mostra inegável o fato de que o magistrado, enquanto sujeito do processo cooperativo, exerce significativa importância no negócio jurídico processual, devendo zelar pelos escopos sociais da jurisdição, por intermédio do controle dos negócios jurídicos processuais, sem menosprezar a atuação das partes. Porém, justamente em busca desse equilíbrio, questionam-se os limites de sua atuação neste controle.

Em resposta ao questionamento, é possível encontrar na doutrina os mais variados posicionamentos, que vão desde a liberdade plena das partes, com diminuto controle de validade do magistrado em casos excepcionais, até a autores que advogam pela necessidade de homologação de todos os atos.

Neste espeque, Flávio Luiz Yarshell diz que não cabe ao juiz homologar o ato das partes, em primeiro lugar porque não há previsão legal; em segundo porque “não há o que homologar, mas simplesmente observar e efetivar”, o que não impede o juiz de exercer posteriormente seu controle nas hipóteses de anulabilidade do negócio, sendo “poder e dever do magistrado controlar a presença dos requisitos de existência e de validade do negócio, recusando-lhe eficácia, se for o caso, em decisão fundamentada e sujeita à impugnação”³¹⁶.

Tudo isso evidentemente não significa que o juiz no momento oportuno esteja privado do controle da licitude do negócio. Exceto nas hipóteses de anulabilidade do negócio, é poder e dever do magistrado controlar a presença dos requisitos de existência e de validade do negócio, recusando-lhe eficácia, se for esse o caso, em decisão fundamentada e sujeita à impugnação³¹⁷.

³¹⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 79.

³¹⁷ Ibid.

Observe que o processualista não admite sequer a derrogação de negócio jurídico processual por nova norma, esclarecendo que somente um novo negócio pode derogar anterior, exceto a superveniência de norma processual cogente e de ordem pública a tornar inviável a execução da regra processual que as partes anteriormente tenham fixado³¹⁸.

De forma similar, Fredie Didier Júnior entende que, em regra, os negócios jurídicos processuais não precisam de homologação, o que ocorre somente nos casos em que a exigência está prevista em lei, se tornando, nesse caso, uma condição de eficácia. Consequentemente, defende o autor que o negócio jurídico processual atípico produz efeitos imediatamente (nos termos do art. 200, CPC), salvo se as partes expressamente modularam sua eficácia³¹⁹.

O doutrinador esclarece, ainda, que o juiz, só pode recusar a aplicação do negócio jurídico processual em caso de defeito³²⁰ e o negócio, após celebrado, é irrevogável, podendo, contudo, a onerosidade excessiva servir como fundamento para sua resolução ou revisão³²¹.

Por sua vez, Antônio do Passo Cabral explicita que o Magistrado exerce, sobre a convenção processual, uma função de controle e fiscalização, onde ele analisa a validade do ato, controlando a extensão em que a vontade das partes pode modificar o procedimento estatal, velando pelos interesses públicos. De acordo com o autor, a função de controle justifica-se nos princípios da boa-fé processual e da cooperação³²².

Porém, essa atividade “restringe-se a verificar, *a posteriori*, se as partes extrapolaram o espaço que o ordenamento jurídico lhes atribui para atuar”, não podendo figurar como um freio para liberdade das partes. Vigora, de acordo com o autor, o princípio do *in dubio pro libertate*³²³.

No entanto, não sendo caso de invalidade, para Cabral, o juiz deverá não apenas cumprir os acordos processuais, como também dar-lhes cumprimento. Por conseguinte, “a vista de uma convenção processual válida, o juiz deverá atuar *secundum voluntas partium* porque vinculado a regra convencionalmente estabelecida”. Desta feita, não tem o juiz o poder de apreciar a conveniência da celebração do acordo, limitando-se a um

³¹⁸ Ibidem., p. 80.

³¹⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-15. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 25-46, p. 28.

³²⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 460-461.

³²¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Op. Cit., p. 41-42.

³²² CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 227-229

³²³ Ibid.

exame de validade, nos termos da regra do art. 190, parágrafo único, do CPC/2015, que prevê que o juiz controlará a validade das convenções³²⁴.

O autor, em um paralelo com o regime do direito contratual, expõe que a convenção vincula às partes que celebraram o negócio, conforme o brocardo *pacta sunt servanda*, porém pode repercutir na esfera de terceiros, fruto do solidarismo contratual, que relativizou os acordos³²⁵.

Por conseguinte, o negócio jurídico processual, desde que válido, vincula o magistrado³²⁶.

Acerca da possibilidade de reconhecer o negócio de ofício, alega o autor que a convenção obrigacional (sobre as prerrogativas processuais dos litigantes) deve ser alegada pela parte, diferente dos acordos dispositivos (sobre o procedimento), cujo reconhecimento deve ser *ex officio*³²⁷.

Outrossim, na opinião do doutrinador, não é necessária a homologação do negócio ou o deferimento por parte do Magistrado, só podendo exigir homologação se houver norma específica, para o que apresenta três razões principais: primeiro, porque as convenções processuais decorrem diretamente da autonomia das partes no processo; segundo, porque submeter toda e qualquer convenção processual ao controle judiciário seria certamente inconcebível, sendo os atos negociais das partes eficazes desde o momento de sua prática; por fim, a necessidade de homologação negaria a autonomia, reforçando as relações de dependência dos cidadãos em relação ao Estado³²⁸.

Entretanto, quando a lei prevê a necessidade de homologação, ela se mostra como condição de eficácia do negócio jurídico, uma vez que seus efeitos só ocorrem após a homologação (exemplos: art. 677 § 2º do CPC/73 e art. 862 § 2º do CPC/2015; art. 449 e 475-N, ambos do CPC/73, e art. 515, II do CPC/2015; art. 158, parágrafo único, do CPC/73 e do art. 200, parágrafo único, do CPC/2015). Contudo, mesmo nesses casos em que a lei exige homologação, o ato das partes não perde a sua natureza negocial, sendo que o acordo continua se formando apenas entre as partes. E assim conclui:

Então, a homologação judicial, que só é exigida em alguns poucos casos em que a lei prevê expressamente essa necessidade, não é pressuposto

³²⁴ Ibidem., p. 227-229; 238.

³²⁵ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 220-221.

³²⁶ Ibid., p. 220-221.

³²⁷ Ibidem., p. 243.

³²⁸ Ibidem., p. 229-232

de constituição válida dos negócios processuais, mas apenas uma condição de eficácia³²⁹.

Não se deve olvidar, também, que o condicionamento da eficácia do negócio jurídico processual, pela homologação, pode ser uma condição ao acordo processual estabelecida pelas partes, no sentido de que seus efeitos só se produzirão depois de homologado em juízo. Para tanto, Antônio do Passo Cabral faz um paralelo com a disciplina geral dos negócios jurídicos, no Código Civil, que regula a condição e o termo como modais que subordinam a eficácia do negócio a um evento futuro certo (termo) ou incerto (condição). Deste modo, dentre as condições possíveis, as partes podem estabelecer que a eficácia do negócio jurídico fique subordinada à homologação judicial³³⁰.

Não obstante, o autor ressalva uma exceção: para ele, as convenções processuais não podem dispor sobre prerrogativas do juiz. Isto posto, toda vez que ao magistrado forem atribuídas iniciativas independentes da atuação das partes, o juiz poderá atuar, mas, mesmo assim, tem também o dever de dar cumprimento à convenção das partes³³¹.

Oportuno observar que Antônio do Passo Cabral pondera que o Juiz, apesar de não ser estranho à convenção - *vez que o negócio surte efeitos no processo do qual, junto com as partes, conduz o procedimento* -, dela não faz parte. O magistrado, neste contexto, assume duas funções: (i) de fomentar o uso de instrumentos autocompositivos (em conjunto com os deveres de diálogo, esclarecimento e consulta e prevenção), o que se dá, inclusive, não só nos acordos processuais; (ii) a função de controle e fiscalização, onde ele analisa a validade, controlando a extensão em que a vontade das partes pode modificar o procedimento estatal, velando pelos interesses públicos³³².

De acordo com o autor, não se deseja, contudo, que os litigantes manipulem indiscriminadamente o processo, uma vez que o paradigma do processo cooperativo prioriza a repartição de poder na condução do processo, devendo haver um equilíbrio³³³.

Já Cassio Scarpinella Bueno não diferencia os negócios processuais, mencionando que, em todos os casos, o Magistrado deve controlar a validade destas convenções, recusando-lhes aplicação nos casos previstos expressamente no Código de Processo Civil,

³²⁹ Ibidem., p. 234.

³³⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 220-221, p. 235/236

³³¹ Ibidem., p. 226

³³² Ibidem., p. 223-224.

³³³ Ibidem., p. 226

quais sejam: nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão ou quando alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade, concluindo que “é o que basta para afastar o entendimento de que as partes têm a primeira e/ou última palavra do que pode ser objeto de negociação para fins do *caput* do dispositivo”³³⁴.

O autor sustenta, porém, que não há como aceitar convenções processuais sobre deveres-poderes do magistrado ou sobre deveres regentes na atuação das partes e de seus procuradores, bem como tantas outras negociações atípicas. Alega, ainda, que não vê a possibilidade de as partes convencionarem sobre o aumento dos prazos, sendo tal prerrogativa do juiz, conforme artigo 139, VI, Código de Processo Civil, embora admita a diminuição, prevista expressamente no art. 222, § 2º, do mesmo código³³⁵.

Na mesma toada, Arruda Alvim proclama ser desnecessária a homologação judicial, haja vista que o artigo 200, do Código de Processo Civil, prevê que os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais, independente de chancela judicial. Todavia, o autor entende que o juiz sempre deve realizar, de ofício, o controle de legalidade e validade dos atos. Assevera o doutrinador que, respeitado o autorregramento da vontade, o espaço para invalidação de um negócio processual é restrito, limitando-se a casos de (i) nulidade, caso não estejam presentes os requisitos de existência e validade, utilizando-se do artigo 166, do Código Civil, porém em harmonia com o princípio processual da instrumentalidade das formas; (ii) inserção abusiva em contrato de adesão ou manifesta situação de vulnerabilidade, em prol do equilíbrio entre as partes³³⁶.

No entanto, o autor ressalta que o juiz não pode figurar como parte no negócio jurídico processual, inadmitindo, desta forma, um negócio jurídico processual plurilateral, o que não obsta o juiz de controlar a validade das convenções. Partindo do pressuposto que o juiz não é parte, Arruda Alvim aduz que o acordo não pode atingir o magistrado, que não é parte do negócio. Nesta toada, alega que a atividade judicante não pode ser desfigurada pela autonomia de vontade, não podendo a parte convencionar cláusulas que afetem verdadeiramente o procedimento, atingindo os poderes-deveres do juiz. Destarte, acordos que limitarem desarrazoadamente a atividade jurisdicional são

³³⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 225-226.

³³⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 226-227.

³³⁶ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: Teoria do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 582-584.

inválidos, extrapolando o artigo 190, que permite que se convençione sobre processo e sobre procedimento, e não sobre jurisdição³³⁷.

Já para os autores Marinoni, Arenhart e Mitidiero, a participação do juiz dependerá da espécie de convenção processual, que é dividida em dois grandes grupos:

O primeiro deles são os acordos que disciplinam somente interesses das partes, os quais não exigem participação do magistrado, devendo obedecer tão somente aos requisitos comuns a qualquer negócio jurídico (agentes capazes, objeto lícito, forma prevista ou não proibida em lei, além da disponibilidade do direito, respeito aos direitos fundamentais)³³⁸.

Em segundo plano, há os acordos que afetam a atividade jurisdicional, os quais podem se subdividir em acordos que afetam a distribuição de competência e acordos que limitam os poderes jurisdicionais na condução e na decisão da causa, sendo que, naquele, não há grande interesse do Estado, vez que afeta a própria atividade jurisdicional de direção e julgamento da causa, não sendo exigível, assim, a presença do Juiz³³⁹.

Entretanto, de acordo com os autores, os acordos que afetam a atividade jurisdicional, mais especificamente aqueles que limitam os poderes jurisdicionais na condução e na decisão da causa, exigem a participação do Magistrado na celebração do negócio, vez que, sem ela, o negócio se torna apto a vincular tão somente às partes do processo - *podendo haver exigência mútua de seu cumprimento* -, porém não será oponível ao Juiz. Isso porque, o negócio sem a participação do Juiz afeta diretamente o dever da jurisdição de prestar tutela aos direitos, usurpando a competência constitucionalmente conferida³⁴⁰.

Frisa-se que, de todo modo, mesmo a participação conjunta do magistrado na elaboração do negócio não soluciona, de forma conglobante, eventuais problemas, como, por exemplo, a extensão do negócio aos demais juízes. Neste sentido, questionam os autores: É possível conceber que um acordo celebrado por um magistrado vincule outros? Ou, de forma mais ampla, pode esse acordo ser revisto em um segundo grau de jurisdição³⁴¹?

É possível observar, também, o posicionamento de Humberto Theodoro Júnior,

³³⁷ Ibid., p. 582-587.

³³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo curso de processo civil: teoria do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, 1 v., p. 537-538.

³³⁹ Ibid.

³⁴⁰ Ibidem.

³⁴¹ Ibidem.

que reconhece que o negócio jurídico processual possui um requisito negativo, ou seja, a impossibilidade de se dispor sobre a situação jurídica do magistrado, já que “o juiz tem funções no processo que são inerentes ao exercício da jurisdição e à garantia do devido processo legal, sobre as quais, é óbvio, as partes não exercem o poder de dispor”. Nesses casos, o negócio jurídico processual depende que o juiz aquiesça para que seja válido, atuando o magistrado como sujeito negociante ao lado das partes, e não como simples homologador do acordo. Todavia, quando o negócio tratar de faculdades e interesses exclusivos das partes, não cabe ao juiz interferir no mérito do negócio processual, exceto para verificação de legalidade extrínseca³⁴².

Podem-se distinguir pelo menos três modalidades de participação do juiz no negócio jurídico processual: a) aquelas em que o negócio produz sua plena eficácia por força da própria convenção entre os litigantes, sem depender de qualquer autorização judicial, como se dá na eleição de foro ou na renúncia ao direito de recorrer; b) aquelas em que o ato independe de autorização ou aprovação judicial, mas só produz eficácia no processo depois de homologado pelo juiz (v.g. desistência da ação em curso); c) aquelas, enfim, em que o próprio negócio processual só se aperfeiçoa com a participação do juiz na sua formulação, como ocorre no saneamento consensual (art. 357, §§ 2º e 3º) e no estabelecimento do calendário processual (art. 191, caput)³⁴³.

Notável, ainda, o posicionamento de Luiz Antonio Ferrari Neto, segundo o qual a necessidade ou não de participação do magistrado dependerá da classificação dos negócios processuais, os quais podem ser divididos em (i) negócios jurídicos processuais que geram reflexo para o processo; (ii) negócios jurídicos processuais que versam sobre poderes, faculdades e ônus processuais; (iii) negócios jurídicos processuais que versam sobre deveres processuais; (iv) negócios jurídicos processuais sobre procedimentos³⁴⁴.

Em primeiro plano, o autor classifica os negócios jurídicos processuais que geram reflexo para o processo, que podem ser compreendidos como negócios de natureza material que geram efeitos no processo (*e.g.* transação e pagamento), sendo meras extensões do direito material, seguindo, portanto, seu regramento. Nesse caso, não é necessário que o juiz participe da confecção do negócio, em que pese não haver óbice para tanto, sendo o papel do magistrado simplesmente verificar o cumprimento da norma,

³⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 1 v., p. 503-504.

³⁴³ *Ibid.*, p. 503.

³⁴⁴ NETO, Luiz Antônio Ferrari. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial: Tentativa de sistematização*. 2007. 239 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2007, p. 122.

atuando como fiscal na administração de interesses privados. Isso se dá pelo fato que a lei material não exige a participação do judiciário na entabulação de negócios jurídicos, salvo casos expressamente previstos em lei (e.g. alienação de imóvel pertencente a menor, sob tutela)³⁴⁵.

Em segundo lugar, o autor traz os negócios jurídicos processuais que versam sobre poderes (possibilidade de exigir de outrem um determinado comportamento), faculdades (possibilidades que podem ser exercidas, ou não, pela parte, e.g. possibilidade de apresentar contestação oral ou por escrito, no âmbito dos juizados) e ônus processuais (que impõem uma obrigação ao sujeito que, uma vez descumprida, gerará somente a ele consequências negativas, e.g. o ônus de contestar e de produzir provas), os quais podem ser realizados sem a participação do Magistrado, seja ela pretérita (requisito para celebração, requisito de validade), seja ela posterior (condição de eficácia), cabendo a ele analisar tão somente sua adequação aos princípios constitucionais e infraconstitucionais do processo. Essa é, inclusive, a redação dos artigos 63, § 3º e; 190, parágrafo único; 173, § 3º, todos do Código de Processo Civil³⁴⁶.

Especificamente no que tange ao ônus, o autor aponta que deve o magistrado analisar se a distribuição recai sobre direito indisponível da parte ou torna excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito, conforme redação do artigo 373, § 3º, do Código de Processo Civil (correspondente ao 333, § 1º, CPC/73). O autor ressalta, porém, que a celebração de negócio processual sobre o ônus da prova não retira o poder instrutório do Magistrado³⁴⁷.

No que se refere, contudo, aos negócios jurídicos processuais que versam sobre deveres processuais (que subordinam o interesse próprio a um outro alheio, trazendo benefícios à outra parte), tais quais os deveres de boa-fé e de cooperação, aponta o autor que não pode haver negócio jurídico processual que afastem os deveres positivados, vez que há norma expressa prevendo sanção para seu descumprimento (como, por exemplo, a configuração de ato atentatório à dignidade da justiça ou litigância de má-fé), normas estas que interessam à administração da justiça, e não às partes³⁴⁸.

³⁴⁵ Ibid., p. 124-125.

³⁴⁶ NETO, Luiz Antônio Ferrari. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial: Tentativa de sistematização*. 2007. 239 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2007, p. 130.

³⁴⁷ Ibid.

³⁴⁸ Aliás, posição similar pode ser encontrada na doutrina de Teresa Arruda Alvim e Cássio Scarpinella Bueno.

É possível, contudo, para o autor, celebrar negócios para estabelecer novos deveres processuais ou para a abdicação da consequência financeira que beneficiaria uma das partes (exemplo: o art. 774, parágrafo único, determina que, em caso de ato atentatório à dignidade da justiça, o executado pagará multa a ser revertida em proveito do exequente, sendo possível que o exequente abdique do seu direito de receber o valor estipulado)³⁴⁹.

Por fim, no que se refere aos negócios jurídicos processuais sobre procedimentos, para o autor é necessária a homologação judicial, haja vista que o juiz é um dos sujeitos da relação jurídica processual e a sua alteração influenciará sua atividade. Para Luiz Antônio Ferrari Neto, a necessidade de aquiescência do magistrado é necessária “seja como requisito de validade do negócio processual (quando previstos expressamente em lei – como nas hipóteses de calendarização e saneamento compartilhado do processo), seja como condição para a eficácia do negócio jurídico processual”³⁵⁰.

O processualista justifica sua asserção, argumentando que a mudança de procedimento afeta a atividade jurisdicional como um todo (o juiz e os jurisdicionados), de modo que se mostra fundamental a participação do magistrado, que deve aferir, no caso concreto, se tal modificação trará ganhos, auxiliando na rápida solução do litígio. O autor exemplifica a possibilidade de usar recursos tecnológicos, como apresentações de Power Point, para explicar provas de alta complexidade, porém o Magistrado deverá ter ciência – e *aquiescência* – tendo em vista que, “a depender da complexidade da causa, uma audiência poderá levar praticamente o dia todo para ser realizada, o que prejudicará a pauta do magistrado”. Outro exemplo dado pelo autor é a possibilidade de dilação do prazo da sustentação oral (admitido pelo Enunciado 21, do Fórum Permanente de Processualistas Civis), que pode prejudicar severamente o andamento da pauta do órgão colegiado perante o qual o recurso seria julgado, de modo que seria necessária a participação do Órgão Colegiado ao Tribunal para celebração do acordo³⁵¹.

O doutrinador explica, ainda, que há casos em que a participação do magistrado é prevista como essência do ato, *e.g.* o saneamento compartilhado e a calendarização processual, e outras em que isso não ocorre. Quando a participação do Magistrado for necessária como essência do ato, ela será requisito de validade do negócio jurídico, uma vez que ele deve ser multiparte. Nesse caso, um acordo procedimental não poderia ser

³⁴⁹ NETO, Luiz Antônio Ferrari. Op. Cit., p. 126-131.

³⁵⁰ NETO, Luiz Antônio Ferrari. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial: Tentativa de sistematização*. 2007. 239 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2007, p. 133-134.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 134-138.

celebrado antes do início do processo, haja vista que, como exposto, a participação do magistrado é indispensável. Por outro lado, há negócios jurídicos procedimentais que não preveem como requisito de validade a participação do magistrado, *e.g.* a dilação de prazos para a prática de atos processuais, ocasiões nas quais a participação do julgador será condição de eficácia para o negócio jurídico processual. Logo, o negócio pode ser celebrado antes do início da demanda – *ou seja, sem a presença do julgador* – necessitando, contudo, de posterior homologação judicial³⁵².

Em suma, defende o autor que os negócios jurídicos processuais que geram reflexo para o processo e que versam sobre poderes, faculdades e ônus processuais não necessitam de homologação judicial, diferentemente dos negócios jurídicos processuais sobre procedimentos, nos quais a homologação se faz necessária. Em relação aos deveres processuais, o autor sequer admite a possibilidade de negócios jurídicos processuais.

Enquanto isso, para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, a eficácia do negócio jurídico processual dependerá de homologação judicial:

A eficácia de negócio jurídico processual, somente ocorrerá quando juiz o homologar. A homologação do juiz, portanto, é condição da eficácia endoprocessual do negócio, isto é, da produção de efeitos dentro do processo. A vontade das partes na celebração de negócio jurídico processual é limitada pela ordem pública. Ninguém pode contratar contra *constitutionem*, *contra legem* ou, ainda, contra a ordem pública³⁵³.

Para os autores, o negócio jurídico processual pode ser invalidado, ainda, por vícios processuais ou vícios intrínsecos ou sociais, invalidades essas que podem ter fulcro na lei material ou processual³⁵⁴.

Importante colacionar, neste íterim, que Antônio do Passo Cabral argumenta que o juiz não é parte do negócio jurídico processual, uma vez que tão somente as partes possuem capacidade negocial, característica inerente à parte que possui interesse próprio na lide³⁵⁵.

Flávio Luiz Yarshell, do mesmo modo, diz que o juiz (ou órgão judicial) não é agente do negócio jurídico processual:

³⁵² NETO, Luiz Antônio Ferrari. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial: Tentativa de sistematização*. 2007. 239 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2007, p. 139-140.

³⁵³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 761.

³⁵⁴ *Ibid.*

³⁵⁵ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 223-224.

Ainda que o respectivo conteúdo possa até ser discutido na presença do magistrado (o que pode eventualmente se afigurar conveniente pelo caráter profilático que isso possa ter), isso não faz do juiz um sujeito do negócio: dele não emana declaração de vontade constitutiva do negócio e, a rigor, nem é o caso de o juiz ‘homologar’ o ato das partes³⁵⁶.

A eventual atuação do juiz como parte, assevera Flávio Luiz Yarshell, impediria que ele fizesse o controle do negócio jurídico processual³⁵⁷.

Diferente do árbitro, o juiz estatal tem sob sua presidência outros processos (frequentemente em número significativo) e não parece desejável ou sequer factível que o juízo estabeleça regras diferenciadas que, inclusive, poderiam comprometer o respeito à ordem cronológica que a própria lei cuidou de estabelecer³⁵⁸.

De todo o exposto, se visualizam diferentes posicionamentos acerca do papel do magistrado, sendo possível identificar três grandes grupos: (i) no primeiro, a participação do magistrado é reduzida a um controle *a posteriori* do negócio jurídico processual, estando vinculado à vontade das partes; (ii) o segundo grupo, cada qual com sua especificidade, parece concordar com o papel do magistrado como fiscal dos requisitos legais, porém restringem, cada um com sua intensidade e forma, os negócios jurídicos processuais que tratem de prerrogativas do magistrado, determinando sua participação, ou exigindo sua homologação posterior, ou, até mesmo, entendendo pela impossibilidade da realização de negócios em tais casos; (iii) por fim, é possível encontrar autores que defendem a ampla necessidade de homologação dos negócios jurídicos processuais, de forma conglobante, sem distinção de diferentes classificações.

2.5 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

Buscou-se, com o presente capítulo, apresentar o negócio jurídico processual, demonstrando os elementos que o caracterizam, sua classificação, e alguns conceitos que estão intimamente ligados à sua aplicação.

Do estudo, foi possível dessumir que o instituto é a materialização máxima da

³⁵⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 79.

³⁵⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 91.

³⁵⁸ *Ibidem.*, p. 91-92.

autonomia da vontade das partes, que reassumem seu papel ativo no processo, podendo convencionar sobre situações jurídicas processuais e sobre o procedimento. Essa atuação, contudo, em muito difere do modelo dispositivo, de caráter liberal, pois sua conduta, nitidamente norteada pelo processo cooperativo, é balizada por preceitos mínimos, estabelecidos na própria codificação, que exige que (i) o negócio jurídico verse sobre direitos que admitam autocomposição, resguardando o núcleo essencial de direitos indisponíveis, cujo interesse não cabe tão somente às partes, mas sim é alvo da preocupação de um estado social; (ii) bem como que as partes sejam capazes, evitando que pessoas em situação de desvantagem assumam obrigações que lhe onerem; (iii) salvaguardando, ainda, os hipossuficientes, impedindo que o negócio seja inserido abusivamente em contrato de adesão e negócio onde a parte esteja em manifesta situação de vulnerabilidade, evitando que sujeitos desiguais sofram arbitrariedades, prestigiando a liberdade material constitucionalmente prevista; (iv) por fim, inadmite negócios jurídicos nulos, protegendo os litigantes – *e o ordenamento jurídico* – de negócios viciados, frutos do abuso do direito.

Por conseguinte, para garantir que os negócios jurídicos processuais não violem os preceitos alhures, ganha também importância a figura do juiz, que recebe o poder/dever de controlar as convenções processuais, porém não de forma arbitrária, franqueando abusos estatais, como no período pré-iluminista, nem mesmo de forma a prestigiar o processo em detrimento do direito tutelado, mas sim de forma cooperativa, respeitando, sempre, a autonomia de vontade das partes, negando aplicabilidade às convenções (i) nos casos que violem o determinado no mencionado artigo 190, (ii) ou as balizas estabelecidas pelo estado constitucional de direito, (iii) ou as normas fundamentais do processo civil, mormente nos casos que em os negócios jurídicos processuais infrinjam garantias fundamentais; normas de ordem pública e caráter cogente; e os princípios da efetividade, da cooperação e da boa-fé, que norteiam a aplicação do Código de Processo Civil.

Tendo por base as figuras da parte e do juiz cooperativos, o capítulo passa a analisar a extensão e os limites do papel do magistrado neste controle, de onde se dessumiu que a doutrina – *embora haja divergentes correntes* – avança no sentido que o papel do magistrado é dar efetividade ao decidido pelas partes – *em uma verdadeira comunidade de trabalho* – funcionando como fiscal dos requisitos legais, negando efeitos aos negócios que violem os preceitos supra narrados, ou atinjam as suas próprias prerrogativas.

Neste ponto, alcança-se à matéria alvo deste trabalho: se o negócio jurídico

processual não pode atingir as prerrogativas do magistrado, nem violar normas cogentes, como coadunar o autorregramento da vontade com a matéria probatória, cujas características fortemente publicistas evidenciam regras endurecidas que, *a priori*, colocam o magistrado em uma posição de superioridade em relação às partes?

Para esta análise, fundamental compreender a temática probatória, para que, a partir de suas premissas teóricas, seja possível associá-la ao negócio processual, estabelecendo estandartes para sua conexão, motivo pelo qual passa-se a analisar o assunto no próximo capítulo.

3 A PROVA: TEORIA GERAL E ATUAÇÃO DOS SUJEITOS DO PROCESSO

No capítulo anterior, foi possível examinar a matéria do negócio jurídico processual, com especial enfoque à figura das partes e do juiz, mormente a extensão da atuação deste no controle dos negócios processuais. Com estas evidências, cada vez mais há elementos para verificar o tema alvo deste trabalho, qual seja, o negócio jurídico processual em matéria probatória à luz dos poderes instrutórios do juiz. Ocorre que, se necessário foi, para este fim, entender os negócios jurídicos processuais, também se mostra primordial a absorção da matéria probatória, com todas as particularidades que lhe são inerentes.

Para tanto, se analisam neste capítulo sua teoria geral, seus princípios estruturantes, sua finalidade e, especialmente, o papel dos sujeitos da prova na sua produção e valoração, conforme se verá a seguir.

3.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS: PREMISSAS CONCEITUAIS, TEORIA GERAL DA PROVA E PARTE GERAL DO DIREITO PROBATÓRIO

O vocábulo “prova” - *derivado da expressão em latim probatio, que por sua vez emana do verbo probare* -, exprime o ato de examinar, persuadir, demonstrar. Etimologicamente, o termo “prova” retrata, ainda, a consequência de uma análise³⁵⁹. Nas palavras de Vicente Greco Filho, “prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém”³⁶⁰.

Para Proto Pisani, em citação de Marinoni e Arenhart, a palavra prova pode assumir diferentes conotações, como instrumento para o conhecimento de um fato, procedimento de cognição, atividade lógica ou o resultado dessa atividade³⁶¹.

Analisando no âmbito da atividade jurisdicional, a matéria ganha significativa importância, vez que, dentro da atividade cognitiva realizada pelo juiz para declaração do direito em dado caso concreto³⁶², regularmente se mostra necessária, diante da

³⁵⁹ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 54.

³⁶⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. 2 v., p. 179-180.

³⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 69.

³⁶² YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 17.

controvérsia, a comprovação das alegações das partes³⁶³, o que pode ser materializado por intermédio da produção de provas.

Giuseppe Chiovenda afirma que “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo”³⁶⁴.

Francesco Carnelutti aduz que, na linguagem comum, a prova se destina à comprovação da verdade de uma proposição, enquanto a prova em sentido jurídico “é a demonstração da verdade de um fato realizado por meios legais (por meios legítimos) ou, mais brevemente, demonstração da verdade de um fato”³⁶⁵. Nas palavras de Dinamarco, “na dinâmica do processo e dos procedimentos, prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento”³⁶⁶.

Enrico Tullio Liebman, nas palavras de Marinoni e Arenhart, define prova como “os meios que servem para dar conhecimento de um fato e por isso para fornecer a demonstração e para firmar a convicção da verdade de um fato específico”³⁶⁷.

William Santos Ferreira argumenta que, para que o juiz profira uma decisão, não basta a alegação dos fatos, sendo necessária a sua demonstração, o que pode ser feito pelos meios de prova (testemunhas, documental, entre outros), ou por formas de solução, “como as máximas de experiência, presunções e o ônus da prova, sendo sucedâneos probatórios”³⁶⁸.

Nesta toada, Humberto Theodoro Júnior, em consonância com substancial parcela da doutrina, alega que a prova, quando vista sob a ótica jurídica, pode ser analisada sob dois espeques: (i) como “instrumento ou meio hábil para demonstrar a existência de um fato”, ao que a doutrina entende como sendo o sentido objetivo da prova; (ii) como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado, ou seja, como a certeza (estado psíquico), o que traduz o caráter subjetivo da prova³⁶⁹.

³⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 273.

³⁶⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições do direito processual civil*. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009. Tradução do original italiano “Instituzioni di Diritto Processuale Civile” de: Paolo Capitanio, com anotações do Prof. Enrico Tulio Liebman, p. 1.047.

³⁶⁵ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Campinas: Bookseller, 2005, p. 67-73.

³⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 43.

³⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 69.

³⁶⁸ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 53.

³⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 1 v, p. 892-893.

Do mesmo modo, apontam Fredie Didier Júnior, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira que a prova pode ser compreendida em seu aspecto objetivo, que designa os meios de produção de prova, ou seja, a atividade probatória; ou subjetivo, que indica a convicção gerada no julgador com a produção probatória³⁷⁰.

Flávio Luiz Yarshell, por seu turno, ao tratar do tema, diferencia elementos, meios e resultado da prova, afirmando que são elementos de prova (ou dados probatórios) os “elementos objetivos que confirmam ou negam a afirmação de determinado fato”, que pode ser encontrado na terminologia inglesa na palavra *evidence*; por sua vez, são meios *de prova* os instrumentos ou atividades pelos quais os elementos de prova são introduzidos e fixados no processo ou fora dele, ou seja, são “canais de informação”; por fim, o resultado de prova, “indica a conclusão que se extrai de diversos elementos de prova, a partir de uma operação intelectual, isto é, a crença que se passa a ter acerca de uma determinada realidade”, traduzido pela terminologia inglesa como *proof*³⁷¹.

No sentido jurídico, são basicamente três as acepções com que o vocábulo é utilizado: a) às vezes, é utilizado para designar o ato de provar, é dizer, a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem a sua alegação; b) noutras vezes, é utilizado para designar o meio de prova propriamente dito, ou seja, as técnicas desenvolvidas para extrair a prova de onde ela jorra; nesse sentido, fala-se em prova testemunha, prova pericial, prova documental, etc.; c) por fim, pode ser utilizado para designar o resultado dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na causa de pedir³⁷².

De forma similar, Leonardo Greco pontua que a prova pode ser vista como meio, como atividade e como resultado: (i) a prova como meio, materializa seu sentido lógico. É o resultado de um processo mental, resultante da análise dos argumentos, sendo composta “de um conjunto de raciocínios, por meio do qual o juiz procura estabelecer suas conclusões a respeito da existência ou não dos fatos sobre os quais exerce a jurisdição”. Contudo, o autor entende que tal concepção é perigosa e insuficiente, porque “nela se superestimam, na avaliação das provas, a estratégia e os argumentos dos advogados, desprezando a busca da verdade, que passa a ser uma verdade artificial”; (ii)

³⁷⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: Juspodvim, 2019, p. 50-51.

³⁷¹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 33-34.

³⁷² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Alexandria de. Op. Cit., p. 50-51.

a prova como atividade processual, reconhece que a verdade do processo é desprendida da verdade do mundo dos fatos, sendo o resultado dos elementos de convicção do processo como fruto de um conjunto de atos processuais; (iii) prova como resultado, “identifica a prova como um fenômeno humano, utilizado pelo conhecimento em todas as áreas do saber” e não como resultado de um processo, existindo, inclusive, fora dele e independentemente de sua existência, devendo o processo “ser capaz de reproduzir a realidade da vida com a mesma segurança e credibilidade do mais atento observador ou do mais aparelhado cientista”³⁷³.

Oportuno colacionar que Flávio Luiz Yarshell assevera que a produção de prova possui eficácia constitutiva, uma vez que, além de revelar os fatos (de onde se deduz seu caráter “declaratório”), ela gera consequências relevantes que só se produzem a partir de sua consumação, consequências estas que se afiguram relevantes e imprescindíveis para diferentes indivíduos³⁷⁴.

Acerca da natureza jurídica da prova, é possível encontrar diversas divergências doutrinárias, compreendendo alguns autores que as normas que tratam de provas possuem natureza processual, enquanto outros concebem tais normas como substanciais, valendo ser asseverado que há tratamentos distintos em diferentes ordenamentos jurídicos, sendo que alguns países tratam da temática em seu diploma processual, enquanto outros, como o direito italiano e o português, tratam da matéria em seu diploma material. Em verdade, o ordenamento português possui grande parte de suas normas sobre provas no diploma material, que regula o ônus da prova, sua admissibilidade e a força probatória dos documentos, embora alguns artigos remanesçam no código processual, que trata, mormente, do modo de produção da prova³⁷⁵.

De acordo com a primeira visão, as normas sobre provas são processuais, uma vez que se destinam à formação de convicção do juiz, linha esta adotada pelo Código de Processo Civil de 1973, por Alfredo Buzaid, e pela codificação atual, que mantém a regência do direito probatório, embora se possam encontrar artigos que versam sobre o tema no Código Civil (neste sentido: C.F. Gabba; Giuseppe Chiovenda; Hermenegildo de

³⁷³ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 2 v, p. 100-103.

³⁷⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 316.

³⁷⁵ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil: vol. II*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 247-248.

Souza Rego; Enrico Tullio Liebman; Ugo Rocco; Cândido Rangel Dinamarco)³⁷⁶. Nesta toada Dinamarco afirma que a prova exerce sua função no processo, sendo um instituto de direito processual, de modo que o Código Civil de 2002, ao tratar de matéria probatória, “invadiu o espaço que metodologicamente é próprio do direito processual”³⁷⁷. Giuseppe Chiovenda, do mesmo modo, alega que “a matéria de provas pertence por inteiro ao direito processual”³⁷⁸.

Já a teoria materialista visualiza as normas sobre provas como normas substanciais, “tendo em vista que disciplinam a relação jurídica substancial subjacente”. Nas palavras de Fredie Didier Júnior, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, a segunda teoria pode ser extraída da constatação de que nem sempre a prova é destinada ao processo, sendo admitida a produção de prova extraprocessual³⁷⁹, como, por exemplo, a vistoria prévia de um imóvel a ser locado. Para os autores, a prova pode ser dividida em: “i) extraprocessual, que independe de qualquer processo; ii) pré-constituída, produzida para ser levada a um processo; iii) processual, de fato produzida no processo e, muitas vezes, também para o processo”³⁸⁰.

Para José Roberto dos Santos Bedaque em matéria de prova há um relacionamento entre direito material e substancial, já que a prova dos fatos feita na instrução se refere exclusivamente à técnica processual, a qual sofre evidentemente influência do fenômeno sociopolítico³⁸¹.

Referida classificação permite ao aplicador do direito dar à matéria o regime próprio, de direito processual ou material, o que se mostra especialmente importante para definição da regência da lei no tempo e do espaço e das nulidades.

Necessário se faz frisar, ainda, que o objeto da prova é o fato alegado, ou, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, as

³⁷⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: Juspodvim, 2019, p. 96-97.

³⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 45-47.

³⁷⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições do direito processual civil*. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009. Tradução do original italiano “Instituzioni di Diritto Processuale Civile” de: Paolo Capitanio, com anotações do Prof. Enrico Tulio Liebman, p. 1.053.

³⁷⁹ Sobre o tema, Flávio Luiz Yarshell afirma que a própria distinção de prova judicial e extrajudicial encontrou críticas, sob a ótica de que a prova somente poderia ter natureza processual e, logo, somente poderia ser produzida em juízo. In: YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 23-24.

³⁸⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. Cit., p. 98.

³⁸¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 9.

afirmações de fato³⁸²⁻³⁸³. Importante estabelecer, todavia, que nem todos os fatos serão submetidos à atividade probatória, como ocorre, por exemplo, com os fatos notórios ou impertinentes ao processo³⁸⁴, não interessando fatos não importantes à solução do litígio.

A produção de provas de alegações de fatos impertinentes, ou seja, que não se relacionam à causa posta à apreciação do juiz, é medida inútil, e por isso deve ser evitada em prol do princípio da economia processual. O mesmo ocorre com os fatos irrelevantes, que, mesmo dizendo respeito à causa, em nada influenciam o convencimento do juiz. Fatos irrelevantes e impertinentes não modificam o conteúdo da decisão judicial, o que dispensa a produção de prova a seu respeito. Também são considerados irrelevantes os fatos impossíveis e os de prova impossível, por disposição da lei (p. ex., prova contra presunção absoluta) ou pela natureza do fato (p. ex., prova oral para comprovar casamento)³⁸⁵.

No que se refere às questões de direito, estas não dependem de prova, “já que é dever do magistrado conhecer o Direito independentemente de qualquer manifestação dos sujeitos parciais”³⁸⁶.

Ainda, no que tange ao objeto da prova, vale salutar que este pode se referir ao próprio fato que se pretende provar, ocasião em que ganham o nome de provas diretas, ou podem se referir a outras circunstâncias cuja análise leve ao raciocínio necessário, denominada de prova indireta, ou também denominada de prova indiciária ou por presunção^{387-388,389-390}. Também, a prova pode derivar de uma fonte pessoal ou real, ou seja, de afirmações pessoais ou do exame de coisas, respectivamente, bem como pode ser colhida de forma oral, como a prova testemunhal, documental, como uma escritura pública, ou material, como um exame pericial.

³⁸² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 273-275.

³⁸³ Os autores esclarecem que, no que se refere às normas municipais, estaduais, estrangeiras ou consuetudinárias, o que se busca provar não é o direito, mas o teor e a vigência de determinada norma.

³⁸⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. 2 v., p. 181.

³⁸⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 271.

³⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit., p. 273-275.

³⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 1 v, p. 896.

³⁸⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: Juspodvim, 2019, p. 55.

³⁸⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. 2 v., p. 180.

³⁹⁰ Diversamente, Carnelutti entende que prova direta é aquela em que o juiz diretamente percebe o fato, enquanto indireta é aquela em que o juiz analisa um fato representativo (objeto da percepção) do fato representado, ou seja, que se pretende provar (objeto da prova), como, por exemplo, um documento que atesta a ocorrência de um fato In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. Cit., p. 55.

Sobre a valoração da prova, é possível aferir quatro sistemas distintos: (i) o sistema da prova legal, em que o magistrado está vinculado ao valor que a lei atribui à prova; (ii) o sistema da livre convicção, em que o juiz decide com absoluta liberdade, mesmo contra a prova produzida nos autos, sem que isso exija motivação adequada; (iii) o sistema da persuasão racional, em que o magistrado pode decidir de acordo com sua convicção, mas deve motivar sua decisão com base nas provas que foram produzidas e que o levaram a decidir de uma ou de outra maneira. O último sistema é, via de regra, adotado no ordenamento jurídico brasileiro, havendo exceções provenientes de normas específicas, que se coadunam ao molde da prova legal, *e.g.* a prova da propriedade de um imóvel, bem como a hipótese de adoção do sistema do livre convencimento no procedimento do Tribunal do Júri, atualmente adotado pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Penal nos crimes dolosos contra a vida³⁹¹.

Indispensável esclarecer, outrossim, que a matéria, dada à sua expressiva importância³⁹², encontra posituação na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8, Decreto 678/69) e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos art. 14.1, “e”, Decreto 592/92)³⁹³. Em âmbito nacional, pode ser extraída da Constituição Federal, mormente da garantia de acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da CF) e do direito ao contraditório e à ampla defesa (artigo 5º, LV, da CF)³⁹⁴, bem como pode ser encontrada no Capítulo XII do Título I do Livro I da Parte Especial, do Código de Processo Civil, estendendo-se dos artigos 369 a 384³⁹⁵.

De tais previsões legais, é possível deduzir que o ordenamento jurídico prevê um verdadeiro direito fundamental à prova, extraído do direito ao contraditório, em sua dimensão substancial³⁹⁶, o qual se mostra “elemento indissociável do direito ao processo justo, que constitui toda a estrutura do nosso direito processual civil”³⁹⁷. Nesta toada,

³⁹¹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Curso de direito processual civil: Tutela de conhecimento. São Paulo: Verbatim, 2016, 2 v., p. 234-237.

³⁹² A atividade probatória assume tamanha importância no sistema processual civil, que os fatos não comprovados não podem ser sequer levados em conta em uma decisão judicial, situação que se traduz no brocardo “*quod non est in actis non est in mundo*”, ou “o que não está nos autos, não está no mundo”. In: *Ibid.*, p. 205.

³⁹³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: Juspodvim, 2019, p. 53.

³⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 275.

³⁹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 368.

³⁹⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. Cit.*, p. 53.

³⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 275.

observe que a redação do artigo 369, do Código de Processo Civil prevê expressamente que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais e moralmente legítimos para provar a verdade dos fatos. Para Dinamarco, o direito à prova é um dos fundamentais pilares do processo civil contemporâneo³⁹⁸.

Importante consignar, aqui, que o direito à prova não se resume ao direito de produzir provas, mas se estende, além disso, ao direito de requerer provas, participar da produção probatória – *inerente ao contraditório* -, manifestar-se sobre a prova produzida, e o direito ao adequado exame de sua prova pelo órgão julgador³⁹⁹. Acerca da temática, William Santos Ferreira assevera que o direito à prova corresponde ao direito de produção probatória, compreendido como a disponibilidade de utilização dos meios de prova, bem como ao tratamento em contraditório, que se refere à ciência acerca da prova, e, ainda, à oportunidade de manifestação e contraprova, e, também, à correta valoração da prova pelo juiz, de forma fundamentada⁴⁰⁰. Flávio Luiz Yarshell assim explicita:

Assim, enquanto a ação – ressalva feita a suas diferentes concepções - pode ser entendida como direito de invocar do Estado um provimento jurisdicional e a defesa como o direito do demandado de ter levadas em consideração suas alegações, o direito à prova tem sido concebido, de um lado, como o direito de empregar todos os meios disponíveis a fim de se demonstrar a verdade dos fatos em que fundada uma pretensão ou resistência; e, de outro, como o direito de influir sobre a formação do convencimento do juiz a propósito dos fatos, através de todos os meios, diretos e contrários, de que se disponha⁴⁰¹.

O autor expõe, ainda, a existência de (i) um direito à prova, que define como um direito à produção (obtenção e pré-constituição) de determinada prova, entendido como a prerrogativa de invocar do Estado um ato que nele se esgote; e (ii) um direito de provar, que compreende “o direito de empregar todos os meios de prova disponíveis para demonstração da verdade dos fatos em que fundada uma pretensão ou resistência”, atuando concretamente na formação do convencimento do juiz por intermédio dos meios ao seu dispor⁴⁰².

³⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 47.

³⁹⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: Juspodvim, 2019, p. 53.

⁴⁰⁰ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 57.

⁴⁰¹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 209.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 232-234.

William Santos Ferreira esclarece, do mesmo modo, que o direito à prova, proveniente do direito ao contraditório e ampla defesa, tem dois aspectos, um negativo e um positivo, sendo o primeiro materializado na máxima de que não pode existir obstáculos legislativos que inviabilizem o direito de provar o *thema probandum*, enquanto o segundo se concretiza na necessidade de um ferramental assecuratório da efetividade⁴⁰³.

Em aditivo, mais do que um direito, a produção de provas se mostra como um dever, extraído da lealdade e da boa-fé processual, uma vez que cabe à toda coletividade a obrigação de fornecer as informações que possa conhecer, auxiliando o poder judiciário na busca de uma tutela efetiva⁴⁰⁴.

Para que o Estado possa desempenhar adequadamente as tarefas de decidir controvérsias que lhe são submetidas, é essencial que as pessoas que tenham conhecimento dos fatos relevantes para a solução desse litígio efetivamente colaborem e tragam para o processo esses elementos em que se fundará o conhecimento do órgão jurisdicional⁴⁰⁵.

Este dever de colaboração pode ser aferido de diversos dispositivos do diploma processual civil, como dos artigos 77, I, II, III e VI; 379; 380; 403, parágrafo único, podendo gerar, inclusive, sanções, como as previstas nos artigos 77, VI e § 7º; 80, II c/c 81, todos do Código de Processo Civil, e nos artigos 347⁴⁰⁶ e 356⁴⁰⁷, do Código Penal.

3.2 PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO DIREITO PROBATÓRIO

Para a compreensão das finalidades da produção probatória, bem como dos limites de atuação do magistrado, mostra-se fundamental o estudo dos seus princípios estruturantes, que funcionam como verdadeiros vetores do direito probatório.

O primeiro princípio explícito na legislação processual é o (livre) convencimento

⁴⁰³ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 183-184.

⁴⁰⁴ Não se pode olvidar que tais direitos também serão ponderados com outros privilégios, como a vedação à autoincriminação e o sigilo inerente a determinados ofícios, cf. artigo 388, 404 e 448, do Código de Processo Civil.

⁴⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 275.

⁴⁰⁶ Fraude processual: Art. 347. Inovar artificialmente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito: Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa.

⁴⁰⁷ Sonegação de papel ou objeto de valor probatório: Art. 356. Inutilizar, total ou parcialmente, ou deixar de restituir autos, documento ou objeto de valor probatório, que recebeu na qualidade de advogado ou procurador: Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa

motivado do juiz⁴⁰⁸, extraído do artigo 371, do Código de Processo Civil, que prevê que o juiz, ao apreciar a prova constante dos autos, deve indicar na decisão as razões da formação de seu convencimento⁴⁰⁹. Observe que a motivação das decisões tem previsão na Constituição Federal, a qual garante, em seu artigo 93, IX, que serão fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Especificamente no que tange ao vocábulo “livre”, alguns doutrinadores entendem que a sua ideologia foi deliberadamente expungida do código, em prol da eliminação da subjetividade do julgamento do magistrado. Sobre o tema, Lenio Luiz Streck – *idealizador da mudança* – assim pormenoriza:

Com efeito, o projeto do CPC, ao chegar à Câmara dos Deputados, continha o poder de livre convencimento e a livre apreciação da prova. Uma emenda supressiva do Relator, Dep. Paulo Teixeira, a partir de um artigo que produzi na revista *Jurídica Conjur* (<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>), eliminou todas as expressões que indicavam a “liberdade de apreciação da prova ou livre convencimento acerca dos fatos”. Assim, uma simples interpretação histórica demonstra a “vontade” explícita do legislador – expressão aqui utilizada como “limites semânticos do texto” – em dar um passo à frente na história, superando o paradigma da subjetividade (e/ou de suas vulgatas). Assim, a exclusão do livre convencimento não pode ser entendida simplesmente como um “acidente de percurso” ou um “descuido epistêmico” por parte do Parlamento. O que ocorreu foi uma superação paradigmática⁴¹⁰.

Sobre o tema, esclarece Maurício Ferreira Cunha:

A propósito, é preciso que se esclareça que, embora o art. 371, do Código de Processo Civil em vigência, tenha mantido o sistema da persuasão racional (mitigado ao longo do tempo, é bom que se diga, e, agora, sem a utilização da palavra “livremente”), tal qual se deu em relação aos arts. 131, do Código de Processo Civil de 1973, e 118, do Código de Processo Civil de 1939, e tal qual ocorre no Direito Português com a redação do art. 158º, do Código de Processo Civil7, há regras legais de apreciação da prova elencadas tanto no Código Civil quanto no Código de Processo Civil⁴¹¹.

⁴⁰⁸ Os outros sistemas de valoração da prova - *sistema da prova legal e livre convicção* – já foram expostos no tópico anterior.

⁴⁰⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 369.

⁴¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Artigo 369, 370, 371, 372. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org). *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 567.

⁴¹¹ CUNHA, Maurício Ferreira. O (livre) convencimento motivado e o indissociável direito fundamental à prova – base para a legitimidade dos provimentos. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar. *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 464-488.

No que tange ao convencimento motivado, conveniente registrar que o Juiz, ao avaliar as provas, deve aplicar as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial, nos termos do artigo 375, do Código de Processo Civil.

Aqui, valoroso mencionar que não há hierarquia entre os meios de prova, devendo o juiz valorá-las livremente, ressalvados casos em que a própria legislação estabelece maior aptidão de algum dos meios, como, por exemplo, o artigo 443, do Código de Processo Civil, que prevê o indeferimento da inquirição de testemunhas sobre fatos já provados por documento ou confissão da parte ou que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados⁴¹².

Alinhado ao princípio do livre convencimento motivado do juiz, está o princípio da unidade probatória, segundo o qual todas as provas relevantes devem ser consideradas no momento das decisões judiciais⁴¹³.

Ademais, do artigo 371 extrai-se, também, o princípio da aquisição da prova, que determina que uma vez que as provas ingressarem no processo, passam a pertencer a ele, independentemente do sujeito que as tiver promovido. O princípio de origem italiana, especialmente nos trabalhos de Chiovenda e Carnelutti, aclara a natureza pública do ato jurisdicional, especialmente das provas, que não têm titulares, podendo, inclusive, prejudicar a própria parte que a produziu, ou beneficiar a parte contrária ao produtor⁴¹⁴.

Outrossim, é princípio norteador da produção probatória o princípio da oralidade, também de inspiração Chiovendiana, o qual prioriza o contato do juiz com a manifestação oral, não significando, contudo, a exclusão da prova escrita. É possível estabelecer os seguintes pilares lastreadores do princípio: oralidade, com a predominância da palavra falada; imediatidade, ou seja, o contato direto do juiz com as partes e os meios de prova e identidade física do juiz durante o procedimento; a concentração dos atos processuais; a irrecorribilidade das decisões interlocutórias. De acordo com Chiovenda, o princípio tem dupla função: preparar as etapas iniciais da fase postulatória, definindo quais provas serão produzidas e documentar o que for importante para a causa⁴¹⁵.

Não se pode menoscar que o princípio da oralidade ganhou um incremento

⁴¹² FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 74-75.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 261.

⁴¹⁴ *Ibidem.*, p. 127-129.

⁴¹⁵ *Ibidem.*, p. 154-156.

com o novo código, de caráter cooperativo, uma vez que se passou a valorizar ainda mais o contato verbal e direto entre os sujeitos do processo, ou seja, entre partes, seus advogados e o julgador, a fim de alcançar a efetividade. Assim, institutos como audiência preliminar, sustentação oral e saneamento compartilhado, viabilizam o ideal cooperativo na formação democrática do provimento jurisdicional⁴¹⁶.

Pormenorizando o princípio mencionado, um dos seus elementos mais relevantes dá azo a um outro princípio, denominado princípio da mediação ou imediatidade, que determina que o juiz deve colher diretamente a prova, o que se mostra mais adequado para que o magistrado forme sua convicção, embora possa ser mitigado em prol do princípio da eficiência⁴¹⁷.

Referido princípio está estreitamente conexo com a ideia da identidade física do juiz. Vale lembrar, neste ponto, que o Código de Processo Civil de 1973 previa, em seu artigo 132, que o juiz que concluísse a audiência julgaria a lide, salvo em casos específicos, dispositivo este que não foi repetido na novel codificação. Note que, embora a premissa tenha sido suprimida do código de 2015, alguns autores ainda advogam pela sua importância – *considerando-a até mesmo como princípio implícito* - dentro da ótica da efetividade, uma vez que a proximidade do juiz com a prova, *a priori*, garante uma sentença em conformidade com as impressões colhidas por um julgador apto a tanto, vez que responsável pela instrução. Sobre o tema, assim explica Humberto Theodoro Júnior:

O NCPC, é verdade, não prevê a identidade física do juiz entre a coleta das provas orais e a sentença, atento, pode ser, à realidade da justiça brasileira assoberbada com os consectários de uma litigiosidade absurda e endêmica, incapaz de suportar a sistemática repetição de audiência todas as frequentes vezes em que o juiz da instrução é substituído antes de decidir a causa. Entretanto, para obviar as questões mais graves e as particularidades do caso, restará sempre ao juiz o poder, conferido pelo art. 370 do NCPC, de determinar as provas necessárias ao julgamento da causa, entre as quais se pode incluir a repetição das provas orais colhidas pelo magistrado que o antecedeu no processo. Com isso, o juiz da sentença, na medida do possível, terá tido contato pessoal com os elementos orais de convencimento⁴¹⁸.

Ainda em relação aos princípios derivados da oralidade, é possível se falar no princípio da concentração dos atos probatórios, isto é, “que em uma ou em poucas

⁴¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 1 v., p. 62.

⁴¹⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 367 e 370.

⁴¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. Cit.*, p. 63.

audiências próximas se realize a produção das provas e o julgamento da causa”⁴¹⁹. Pondera-se, neste cenário, que o princípio foi criado, originariamente, com o escopo de alcançar a característica anteriormente explicitada, qual seja, a viabilidade do julgador que atuou na colheita de provas, julgar a lide⁴²⁰.

Atualmente, o artigo 365, do Código de Processo Civil, delimita que a audiência é una e contínua, mas admite a sua cisão em casos, como, por exemplo, a ausência de perito ou de testemunha, desde que haja concordância das partes, ou na impossibilidade de realização da instrução, do debate e do julgamento no mesmo dia.

Ainda sob a ótica de concentração dos atos processuais, e da identidade física do juiz – *frisa-se, subtraída, ao menos textualmente, da nova codificação* -, era possível falar em irrecorribilidade das decisões interlocutórias, evitando a cisão do processo, o que atualmente não se admite, uma vez que o Código de Processo Civil prevê um sistema recursal destas decisões, materializado pelo Agravo de Instrumento, em que pese inexistir efeito suspensivo *ope legis* no referido recurso.

Outro princípio de suma importância, com origem constitucional, é o princípio da proibição de utilização das provas obtidas por meios ilícitos, concepção fruto da ponderação entre o direito à prova e outros direitos fundamentais, como privacidade, intimidade, sigilo das comunicações, dentre outros. As provas que violem tais direitos serão consideradas ilícitas, assim como as provas que dela derivem, conforme a “doutrina dos frutos da árvore envenenada” ou “*the fruits of the poisonus tree doctrine*”⁴²¹.

Veja que o artigo 5º, LVI, da Constituição Federal veda a produção de provas obtidas por meios ilícitos, enquanto o 369, do código processual determina que as partes têm o direito de empregar quaisquer meios de provas, desde que legais e moralmente legítimos.

A respeito do tema, Daniel Amorim Assumpção Neves reconhece existirem três correntes: i) restritiva, que não admite a prova ilícita em nenhuma hipótese; ii) liberal, a qual prevê o irrestrito direito de o juiz conhecer a verdade a respeito dos fatos, sendo o direito constitucional à prova superior a qualquer outro que se busque resguardar com a vedação; iii) intermediária, que nega ser o princípio constitucional da prova ilícita absoluto, defendendo, dependendo das circunstâncias, em aplicação do princípio da

⁴¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 1 v., p. 61-62.

⁴²⁰ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 172.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 116.

proporcionalidade, a utilização da prova ilícita⁴²².

Para os adeptos da terceira corrente, que é majoritária no Brasil, é possível afirmar que o ordenamento jurídico viabiliza, excepcionalmente, o uso de provas ilícitas, quando o bem jurídico tutelado for maior que a própria vedação ao uso da prova.

Há, ademais, exceções viabilizadoras da licitude e admissibilidade da prova, criadas pela doutrina norte-americana, sendo algumas delas francamente utilizadas no Brasil, quais sejam: i) *independent source limitation*, quando a prova é adquirida por fonte independente; ii) *inevitable discovery limitation*, quando a prova poderia ser obtida pelos procedimentos legais; iii) *pugger taint exception*, quando a ocorrência de fatos posteriores quebram o vínculo causal com a prova ilícita; iv) *good faith exception*, quando o agente estatal produtor da prova agiu de boa-fé⁴²³. Algumas das exceções narradas são tratadas pelo Código de Processo Penal, em seus §§ 1º e 2º do artigo 157, as quais, nos termos do Enunciado 301 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), aplicam-se ao processo civil, por analogia, de modo a afastar a ilicitude da prova⁴²⁴.

Vale asseverar que a Lei nº 13.964, de 2019, que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, incluiu, no artigo 157, do Código de Processo Penal, o § 5º, que traz uma causa de impedimento ao juiz que tem contato com o conteúdo da prova ilícita, demonstrando a preocupação do legislador em evitar que referido tipo de prova seja utilizada na formação do convencimento do magistrado.

A redação do dispositivo, que prevê que “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”, visa evitar que o julgador psicologicamente contaminado com a prova ilícita profira decisão, considerando, para tanto, o magistrado que “não apenas tomou conhecimento formal da prova declarada inadmissível, mas sim aquele que, de qualquer modo, contribuiu para sua produção ou, ainda, indiretamente a julgou admissível”⁴²⁵.

É possível encontrar, também, o princípio da máxima eficiência dos meios probatórios, que admite a utilização das medidas adequadas, sejam elas típicas ou atípicas,

⁴²² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 280.

⁴²³ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 118-120.

⁴²⁴ CUNHA JUNIOR, Dirley da et al (Org.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Salvador: Juspodivm, 2019. X Edição do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Brasília/DF. Março de 2019.

⁴²⁵ CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime: Lei 13.964/2019 - Comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 172-173.

conforme necessário, em busca do esclarecimento do direito probando⁴²⁶. Como já exposto, este princípio é a materialização do aspecto positivo do direito à prova, que garante ao litigante as ferramentas necessárias para o exercício do contraditório e da ampla defesa⁴²⁷.

Mencionado princípio pode ser visto sob a ótica das partes, garantindo-lhes meios instrutórios dotados de potência e qualidade suficientes para demonstrar o fato que lhe beneficia, ou do magistrado, dando-lhe poderes de indeferir provas inúteis, ou seja, irrelevantes para a demanda, bem como de exigir dos litigantes e de terceiros posturas colaborativas com o processo⁴²⁸.

Nesta toada, o artigo 378, do Código de Processo Civil estipula que ninguém deve se eximir do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade. Para tanto, o artigo 379, do Código de Processo Civil estabelece diversos deveres às partes – *resguardado sempre o direito de não produzir prova contra si próprio* –, tais quais: (i) comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; (ii) colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; (iii) praticar o ato que lhe for determinado. De forma idêntica, impõe a codificação em seu artigo 380 os deveres de terceiros, que devem informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento e exibir coisa ou documento que esteja em seu poder. De acordo com Cássio Scarpinella Bueno, o parágrafo único do artigo 380, que permite ao juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, demonstra que a codificação prevê um dever a ser obedecido, em estreita harmonia com o artigo 139, IV, do mesmo código⁴²⁹.

Igualmente sob o prisma da eficiência, é possível encontrar o princípio da atipicidade das provas, segundo o qual é admissível a produção de quaisquer meios de provas – *respeitados, claro, os limites da legalidade e da moralidade* – estando elas positivadas ou não. Diz-se prova atípica, assim, a prova não tratada em capítulo próprio pelo código, como, por exemplo, a reconstituição de fatos, testemunhos em conferência, prova estatística e a prova por amostragem⁴³⁰. A temática será melhor tratada no item 3.4.

⁴²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 369.

⁴²⁷ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 183-184.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 185-186.

⁴²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. Cit.*, p. 370.

⁴³⁰ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil: Tutela de conhecimento*. São Paulo: Verbatim, 2016, 2 v., p. 238.

3.3 A FINALIDADE DA PROVA E O SEU DESTINATÁRIO

A fim de buscar maior compreensão sobre a temática alvo desse estudo, necessário se faz a análise de qual a finalidade da prova e a quem ela se destina, mormente em prol da construção de uma percepção sobre as eventuais limitações para flexibilização da produção probatória, face ao negócio jurídico processual, que será alvo do próximo capítulo.

No que se refere à finalidade da prova, pertinente apontar a explicação dos processualistas Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, que bem destacam a existência de diversas controvérsias na doutrina. No entanto, mesmo diante das referidas disparidades os autores logram estabelecer uma premissa norteadora, de que “a finalidade da prova seria a de formar a convicção de alguém sobre a verdade dos fatos, o que esbarra em duas questões de enorme complexidade: saber quem é o destinatário da prova e saber se a prova se destina a obtenção da verdade”⁴³¹.

No que tange à primeira problemática, qual seja, a compreensão de quem é o destinatário da prova, importante consignar que, pela concepção clássica, o destinatário da prova é o juiz. Neste sentido, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco afirmam que a prova constitui “o instrumento pelo qual se forma a convicção do juiz, a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”⁴³².

Do mesmo modo, Humberto Theodoro Júnior afirma que o destinatário da prova é o juiz, “pois é ele que deverá se convencer da verdade dos fatos para dar solução jurídica ao litígio”⁴³³. Nas palavras de Vicente Greco Filho, no processo, a prova não tem um fim em si mesma, sendo sua finalidade prática, de convencer o juiz⁴³⁴.

Cássio Scarpinella Bueno, do mesmo modo, afirma que é para quem julga a causa que a prova deve ser produzida, sendo que, caso o juiz se encontre convencido, não

⁴³¹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Curso de direito processual civil: Tutela de conhecimento. São Paulo: Verbatim, 2016, 2 v., p. 208.

⁴³² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 373.

⁴³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 1 v, p. 896.

⁴³⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. 2 v., p. 180.

se mostra mais necessária a produção probatória⁴³⁵.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, também reconhecendo que a prova se destina ao convencimento do juiz da validade – *ou verossimilhança* – das proposições fáticas, afirmam que a prova “assume um papel de argumento retórico, elemento de argumentação, dirigido a convencer o magistrado de que a afirmação feita pela parte, no sentido de que alguma coisa efetivamente ocorreu, merece crédito”, consignando, ainda, que a legitimidade da manifestação judicial fica condicionada à legitimidade do procedimento. E assim concluem:

O convencimento do julgador – em face da sua peculiar situação diante dos demais sujeitos da argumentação e frente ao objeto do processo – merece especial atenção, já que toda a retórica do ‘diálogo judicial’ se destina a ele (...) Dessas afirmações ressurgem a importância de se colocar o juiz no centro do problema probatório. Como destinatário final da prova, é ele quem deve estar convencido da validade (ou não), das proposições formuladas⁴³⁶.

Surge na doutrina, no entanto, uma visão mais moderna, de que a prova não seria destinada unicamente ao magistrado, mas também aos litigantes. Nas palavras de Fredie Didier Júnior, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, as partes também devem ser consideradas destinatárias, vez que sua convicção lhes permite decidir acerca de que conduta tomar no processo⁴³⁷.

Para Leonardo Greco, o juiz não é o único destinatário das provas, que também se destina à apreciação dos tribunais superiores que exercerão a jurisdição no mesmo processo em instâncias diversas e às partes que, com elas, buscam demonstrar a verdade, e que “têm o direito de que sejam produzidas no processo todas as provas necessárias ou úteis a demonstrá-los e de discutir as provas produzidas em contraditório com o adversário e com o juiz”⁴³⁸.

Importante consignar o Enunciado 50 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), que afirma “os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir

⁴³⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: Procedimento comum: ordinário e sumário*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 235-236.

⁴³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 63-66.

⁴³⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: Juspodvim, 2019, p. 65.

⁴³⁸ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 2 v, p. 107.

eficazmente na convicção do juiz”⁴³⁹.

Acerca do assunto, Flávio Luiz Yarshell afirma que a teoria processualista, segundo a qual a prova seria produzida exclusivamente para o processo e o juiz seria o seu destinatário, se mostra limitada e, em certa medida, arbitrária, vez que desconsidera o relevante papel da prova perante os sujeitos da relação material⁴⁴⁰. O processualista aponta, também, que a busca da prova é prerrogativa de caráter instrumental também destinada às partes, na medida em que propicia elementos que, até mesmo, podem evitar o ingresso da parte em juízo, rompendo-se, desta feitas, “a tradicional e limitada ligação que se faz entre a prova e o julgamento estatal”, sendo possível falar, inclusive, em uma autonomia do direito à prova⁴⁴¹. O autor ressalva, porém, que para justificar a intervenção estatal na sua produção, é imprescindível a ligação da prova a uma afirmada situação de direito material atual ou potencialmente controvertida, a fim de que a sua produção seja útil, razoável e proporcional⁴⁴².

Assim, a prova também pode ser constituída com o escopo de orientar as partes, e não só servir de fundamento a um julgamento estatal.

Os autores Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, por sua vez, trazem um terceiro ponto de vista, no sentido de que a prova é destinada ao próprio processo⁴⁴³. A ideia parece se coadunar com o artigo 371, do Código de Processo Civil, de onde se extrai o princípio da aquisição da prova, que determina que uma vez que as provas ingressarem no processo, passam a pertencer a ele, independentemente do sujeito que as tiver promovido.

⁴³⁹ CUNHA JUNIOR, Dirley da et al (Org.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Salvador: Juspodivm, 2019. X Edição do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Brasília/DF. Março de 2019.

⁴⁴⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 113.

⁴⁴¹ Neste espeque, relevante a conceituação do que a doutrina francesa denomina “direito à prova em sentido estrito”, que pode ser entendido como o direito à busca, à obtenção e à pré-constituição da prova, bem como a diferença entre referido direito – direito à prova – e o direito de provar. Explica Flávio Luiz Yarshell que o direito à prova, como já tratado, é o “direito de empregar todos os meios disponíveis para a demonstração da verdade dos fatos em que se funda uma pretensão ou resistência, no contexto de um dado processo cujo objeto é a declaração do direito”, bem como “o direito de atual concretamente na convicção do juiz”. Por seu turno, o direito de provar é desdobramento dos direitos de ação e defesa, o que enfeixa uma série de posições jurídicas ativas do autor, em prol de um provimento jurisdicional. “Não se pode conceber um direito de provar que não esteja associado ao exercício do direito de ação ou de defesa”, entendido tal exercício como provimento jurisdicional, sendo indissociável de um processo, onde “a parte só pretende produzir a prova porque pretende um provimento jurisdicional” In: *Ibid.*, p. 232-233.

⁴⁴² *Ibidem.*, p. 211-212.

⁴⁴³ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil: Tutela de conhecimento*. São Paulo: Verbatim, 2016, 2 v., p. 208.

Exaradas tais constatações, não se pode negar, todavia, que mesmo que a prova se destine também às partes ou, até mesmo, ao processo, em dado momento ela será avaliada pelo juiz, em prol do interesse público. Neste cenário, Flávio Luiz Yarshell ressalta que, embora não seja possível subtrair o fato de que a produção probatória também se destina aos protagonistas do conflito, ela tem em mira o interesse público, e não meramente o interesse privado das partes, sendo que, em última análise, a prova tem por finalidade convencer o juiz⁴⁴⁴.

Retomando aos questionamentos expostos no início do capítulo, necessário se faz compreender, ainda, se a prova se destina à obtenção da verdade.

Sobre o tema, a doutrina parece concordar que a produção probatória, em um processo judicial, tem o escopo de tentar demonstrar a possível verdade de uma proposição, a fim de efetivar um resultado favorável a quem tenha razão, através da análise de fatos suscitados, hodiernamente, pelas partes e postos sob o crivo do contraditório⁴⁴⁵, sem descuidar em nenhum momento do fato que referida verdade proporcionada pela prova não visa, exclusivamente, atender ao interesse da parte em obter êxito no processo, mas busca, também, atingir o escopo jurídico e social do processo, proferindo decisões justas e contribuindo com a segurança jurídica⁴⁴⁶.

Portanto, a busca da verdade se mostra deveras importante ao processo, sendo que, para que a norma seja devidamente aplicada, se mostra imprescindível a adequada reconstrução dos fatos, sendo a verdade escopo básico da atividade jurisdicional⁴⁴⁷.

Neste contexto, Leonardo Greco ressalta, valendo-se das lições de Jaime Guasp, que a doutrina reconhece um dilema, verificando a prova em sua versão material e outra formal. Na concepção material, a função da prova seria a demonstração da existência de um fato ou da verdade de uma afirmação, enquanto na formal bastaria a convicção psicológica do julgador sobre a existência dos fatos⁴⁴⁸. Do mesmo modo Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart sustentam que a verdade formal, é aquela refletida no processo, e juridicamente apta a sustentar a decisão judicial, mesmo que distante da

⁴⁴⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 238-239.

⁴⁴⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: Juspodvim, 2019, p. 50.

⁴⁴⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Op. Cit., p. 149.

⁴⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 30-31.

⁴⁴⁸ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 2 v, p. 105.

verdade fática, explicando, porém, que o conceito perdeu sua razão de ser no processo civil moderno⁴⁴⁹. Nesse sentido afirma Lenio Luiz Streck:

O tema da verdade é extremamente controverso e paradoxal. Quem ainda defende a verdade correspondencial, espécie de ideal de verdades universais (apodífticas), esquece a virada paradigmática ocorrida a partir do ingresso da subjetividade moderna, em que se sobressai o sujeito e sua consciência, agora disposto numa relação sujeito-objeto. A essência da lei passou, então, a estar na vontade do homem, que de certa forma submete a compreensão dos fatos à sua consciência. Ali, na subjetividade, também se pode designar o lugar da morada do livre convencimento ou livre apreciação da prova, agora eliminados do CPC. Relembre-se, nesse sentido, que o protagonismo judicial e o solipsismo judicial estão baseados nesse paradigma. Há que ter presente, portanto, que o CPC não admite o uso de artifícios retóricos como a invocação da “verdade real”, como se a “essência de um fato” pudesse ser buscada sem as (inter)mediações expressas em e na linguagem jurídica; mas também não permite que a verdade seja o resultado de percepções individuais de mundo, como se o livre convencimento “motivado” pudesse autorizar exercícios arbitrários de interpretação. A verdade é um conceito intersubjetivo, superando, por isso, a noção de verdade subjetivista-solipsista (*adequatío rei et intellectum*) e a verdade como adequação do intelecto com a coisa (verdade metafísica clássica – onde se insere o malsinado “princípio” (sic) da verdade real). O CPC faz cair por terra, destarte, a velha distinção entre verdade formal e verdade real⁴⁵⁰.

No que tange à potencial veracidade, aduzem Fredie Didier Júnior, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira que a análise sobre um fato deve se resumir a aferição se o fato ocorreu ou não, vez que está localizado no campo ôntico, do ser, impossibilitando a análise sobre sua real veracidade. Remanesce, no entanto, no campo axiológico, da valoração, as afirmações sobre o fato, que podem ser verídicas ou não⁴⁵¹.

O debate ganha contornos mais acirrados quando se analisa o que a doutrina convencionou chamar de “verdade real”, ou seja, a absoluta certeza sobre o que de fato ocorreu no campo fático. Nas palavras de Vicente Greco Filho, a certeza absoluta é impossível, sendo a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado⁴⁵².

Para Teresa Arruda Alvim, “não se pode exigir a certeza absoluta acerca da

⁴⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 35-37.

⁴⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. Artigo 369, 370, 371, 372. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org). *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 567.

⁴⁵¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 14. ed. Salvador: Juspodvim, 2019, p. 59.

⁴⁵² GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. 2 v., p. 180.

existência do fato, porque a verdade absoluta é inalcançável”⁴⁵³.

Do mesmo modo, Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart afirmam que “a verdade, enquanto essência de um objeto, jamais pode ser atingida se esse objeto está no passado, porque não se pode recuperar o que já passou” os autores rechaçam, ainda, a ideia de certeza, vez que somente pode ser concebida em um nível subjetivo específico, que pode variar de pessoa para pessoa, o que demonstra a relatividade da noção, e assim complementam:

A busca pela verdade e pela verdade real sempre será meta do juiz na perquirição dos argumentos probatórios encartados no processo. Esse será, aliás, no mais das vezes, o argumento retórico que legitimará a decisão. Todavia, é preciso estar consciente das limitações da ciência processual (como, de resto, de qualquer outra) e, partindo dessa premissa, aprender a lidar mais adequadamente com o instrumento que é posto à disposição do Estado-jurisdição. Não há dúvida que o ideal não pode ser abandonado – apenas é necessário estar consciente da realidade das possibilidades, porque isso autorizará a estar mais bem afinado com as limitações do meio utilizado, logrando-se, daí, maior efetividade no trato do processo⁴⁵⁴.

Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira alegam que “a finalidade da prova não é a busca da verdade, mas a comprovação das afirmações dos fatos trazidos pelas partes no processo”. Os autores, citando Michele Taruffo, aduzem que:

A verdade real é uma meta a ser sempre perseguida pelo juiz, embora ele saiba que no processo judicial não irá alcançá-la. Essa busca da verdade ideal, cujo instrumento mais adequado é a prova, faz com que a decisão judicial se aproxime cada vez mais do ideal de Justiça para o caso concreto e admite a conclusão de que a prova judicial, embora não sendo uma verdade absoluta, representa uma verdade que se estabelece mediante uma valoração racional da prova confiável, o que por si só já se demonstra suficiente para uma adequada administração da justiça⁴⁵⁵.

William Santos Ferreira reconhece a oscilação doutrinária sobre a temática, mas – citando Francesco Carnelutti, Salvatore Patti, Rui Manuel de Freitas Rangel, Alessandro Giuliani e Leo Rosenberg - esclarece que existe um traço comum entre os doutrinadores de que a convicção judicial será uma “máxima probabilidade”, uma

⁴⁵³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 707-708.

⁴⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 73.

⁴⁵⁵ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil: Tutela de conhecimento*. São Paulo: Verbatim, 2016, 2 v., p. 210.

“certeza razoável”, uma “verdade possível”, uma “verità probabile” ou um “alto grau de probabilidade”, concluindo, por fim, com a máxima de que “verdade de qualquer forma mitigada, não é verdade”, uma vez que “o conceito exige uma noção de completude incompatível com reducionismos”⁴⁵⁶.

Humberto Theodoro Júnior argumenta que “o processo moderno procura solucionar os litígios à luz da verdade real”, mas reconhece que a solução, muitas vezes, não corresponde à verdade real, haja vista que o processo não pode deixar de prestar a tutela jurisdicional, não podendo o “juiz eternizar a busca da verdade, sob pena de sonegar a justiça postulada pelas partes”. Conclui o autor afirmando que o direito processual se contenta com a verdade processual, ou seja, “aquela que aparenta ser, segundo os elementos do processo, a realidade”⁴⁵⁷.

Fredie Didier Júnior, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira apontam que o processo deve sim buscar a verdade, como premissa da resolução justa da lide, sendo necessário revalorizar a verdade e redimensionar seu papel no processo⁴⁵⁸.

Por sua vez, Flávio Luiz Yarshell expõe que percepção da verdade não vai além de um juízo de probabilidade e é marcada pelo subjetivismo do julgador, que “forma sua convicção, no tocante aos fatos, a partir do que reputa ser o mais provável”⁴⁵⁹. Neste espeque, importante consideração fazem os processualistas Marinoni e Arenhart de que o objeto da prova será analisado pelo juiz, cujo convencimento será condicionado por variáveis políticas, econômicas, sociais, dentre outros, de modo que dois juízes distintos podem chegar a conclusões completamente antagônicas. Ademais, alega que “a prova está condicionada, ainda, pelos componentes culturais, políticos econômicos e sociais dos outros sujeitos do processo”⁴⁶⁰.

Isto posto, o que se vê é que se mostra muito difícil o alcance da verdade real, que sofre mitigação em prol da efetividade do processo, que precisa contar com um desfecho, mesmo na ausência da convicção absoluta de como ocorreram os fatos narrados

⁴⁵⁶ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 278.

⁴⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 1 v, p. 901.

⁴⁵⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: Juspodvim, 2019, p. 61.

⁴⁵⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 249.

⁴⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 66-67.

pelas partes. Então, busca-se com a produção de provas, a maior proximidade com a veracidade no contexto da lide.

De todo modo, como já exposto, não se pode olvidar que a verdade proporcionada pela prova é instrumento para a edição de decisões justas, contribuindo para a segurança jurídica, atendendo ao fim social do processo⁴⁶¹, sendo uma imposição ética buscá-la⁴⁶².

3.4 OS MEIOS ATÍPICOS DE PROVA

O Código de Processo Civil, traz, além das disposições gerais sobre a matéria probatória, já tratadas neste capítulo, diversos meios de prova típicos, ou seja, cujas possibilidades estão expressamente previstas em lei, sendo que muitos deles possuem, inclusive, regramentos específicos quanto ao seu modo de realização.

O primeiro meio de prova previsto na codificação é a ata notarial (art. 384, CPC), que visa atestar ou documentar a existência e o modo de existir de algum fato, mediante ata lavrada por tabelião. Pode ser utilizada para a captura de imagens e de conteúdos de sites, vistoria de objetos e lugares, bem como a narração de situações fáticas⁴⁶³.

O diploma admite, também, a produção de prova documental⁴⁶⁴ (art. 405 e ss., CPC), valendo ser observado que o Código de Processo Civil esclarece, em seu bojo, a força probante dos documentos, determinando, por exemplo, que, quando público, faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença, bem como exigindo que, quando a lei demandar instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta. A codificação estabelece, também, regramentos para arguição de falsidade, bem como trata dos documentos eletrônicos.

Ademais, o próprio código delimita o procedimento para a produção da prova documental (art. 434 e ss.), prevendo as obrigações das partes, bem como seus direitos e

⁴⁶¹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 149.

⁴⁶² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: Juspodvim, 2019, p. 108.

⁴⁶³ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/73*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 681.

⁴⁶⁴ Ressalta-se que a ata notarial também é uma espécie de documento público, todavia, possui especial destaque no Código de Processo Civil, em sessão própria.

faculdades, estabelecendo modos de impugnação e concedendo poderes ao juiz. O diploma prevê, ainda, a possibilidade da exibição de documento ou coisa (art. 396 e ss.), permitindo que o juiz ordene que a parte exiba documento ou coisa que se encontre em seu poder, bem como pormenorizando o conteúdo de eventual pedido formulado pela parte, o prazo de resposta do requerido, estabelecendo possibilidades de recusa, obrigações de terceiros, dentre outros.

É possível encontrar, ainda, o depoimento pessoal (art. 385 e ss., CPC), que consiste no depoimento prestado por uma das partes, desde que requerido pela parte contrária, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício. O não comparecimento ou a recusa a depor, desde que cumpridas as formalidades legais, poderá gerar a pena da confissão. Neste cenário, a confissão (art. 389 e ss., CPC), também considerada um meio de prova, consiste na admissão pela parte da verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário, que não poderá prejudicar os litisconsortes⁴⁶⁵. Assevera-se que, com a confissão, o confitente adere à versão dos fatos, e não de suas consequências jurídicas⁴⁶⁶. Todavia, não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis, bem como será ineficaz se feita por quem não for capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados e, se feita por um representante, somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado. Ademais, a confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação. Interessante colacionar, ainda, que este meio de prova é, em regra, indivisível.

O ordenamento processual admite, também, como meio de prova típico, a prova testemunhal (art. 442, CPC), que, em regra, será sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso, com a ressalva de que o juiz poderá indeferir a inquirição de testemunhas sobre fatos já provados por documento ou confissão da parte ou que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados. O código cuida de especificar pessoas que não podem depor como testemunhas, bem como seleciona fatos sobre os quais a testemunha não é obrigada a depor, delimitando, ainda, o *modus operandi* de sua produção.

Mais um meio de prova expressamente previsto no código é a prova pericial (art. 464 e ss., CPC), cujos regramentos e procedimentos também são extensivamente

⁴⁶⁵ Frisa-se que nas ações que versarem sobre bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios, a confissão de um cônjuge ou companheiro não valerá sem a do outro, salvo se o regime de casamento for o de separação absoluta de bens.

⁴⁶⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/73*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 685.

previstos pelo ordenamento jurídico (o CPC reserva quase vinte artigos que pormenorizam o tema), cujos detalhes serão melhor tratados no item 4.3.2.

Por fim, o último meio de prova previsto na codificação é a inspeção judicial (art. 481 e ss., CPC), que preconiza que o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa. Por ela, o juiz obtém, diretamente, “suas impressões sobre coisas e pessoas ou mesmo sobre o local onde os fatos aconteceram”⁴⁶⁷.

Desta feita, o código processual prevê expressamente diversos meios de prova, pormenorizando sua exigibilidade – *ou regulamentando casos em que sua utilização se mostra inócua ou inadequada* – e os regramentos que envolvem cada um deles, bem como, muitas vezes, delineando as condutas dos sujeitos do processo em sua produção.

Em aditivo, além das provas alhures mencionadas, prescreve o artigo 369, do Código de Processo Civil que as partes têm o direito de empregar todos os meios para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa, mesmo que não especificados no código pátrio, desde que eles sejam legais e moralmente legítimos.

Este artigo positiva a utilização de meios atípicos de prova, acolhidos desde o código de 1973, que traz a possibilidade de utilização, pelos sujeitos do processo, de todos os meios de prova, previstos ou não na legislação, desde que legais e moralmente legítimos⁴⁶⁸, adotando um sistema aberto, que não especifica de forma exaustiva os meios probatórios, o que se mostra de grande utilidade, em especial diante do surgimento contínuo de novas tecnologias⁴⁶⁹. Explicando a expressão “moralmente legítimos”, afirma Lênio Luiz Streck que:

O sentido da alocação “moralmente legítimos” não tem o condão de cindir – estruturalmente – moral e direito, que, no Estado Democrático, são cooriginários (Habermas). Não mais se poderá alegar, por exemplo, que, “embora a prova seja lícita ou ‘legal’, ela é imoral”. Isso seria cindir moral e direito e retroceder ao positivismo clássico. Trata-se, pois, de levar em conta que a democracia produziu a secularização do direito. Ou seja, a moral não pode corrigir o direito (nem o modo de produzir provas), que possui um elevado grau de autonomia em face da política, da economia e a ela, da moral. Os meios moralmente legítimos

⁴⁶⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/73*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 754.

⁴⁶⁸ LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 5, p.389-402, jan./jun. 2010. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/23097/16450>>. Acesso em: 26 out. 2019.

⁴⁶⁹ FERREIRA, William Santos. Artigos 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1117.

de que fala o CPC são abrangidos pela Constituição e pela legislação atinente. Portanto, não há falar em “princípio da proporcionalidade” para legitimar uma prova ilícita. Na verdade, até mesmo perde sentido a distinção entre “prova ilegal” e “prova ilícita”. Não há espaço constitucional e tampouco legal (no CPC) para isso⁴⁷⁰.

De acordo com Michelle Taruffo, citado por José Carlos Barbosa Moreira, a melhor maneira de conceituar a prova atípica, é contrapondo-a à prova típica, o que pode se dar por dois possíveis modos: i) a prova é atípica por constituir espécie diferente da prevista em lei; ii) é atípica a prova que se realiza de modo diferente da expressamente prevista na lei⁴⁷¹. Complementando a lição, William Santos Ferreira assim explicita:

Explicando melhor, se a forma que a prova ingressa no processo está regulamentada, por exemplo, no dispositivo versando sobre a oitiva de uma testemunha em audiência de instrução, a prova será típica. Porém, se o alcance da mesma declaração de um terceiro se dá por modo documental, gravação de declaração durante uma entrevista em telejornal juntada aos autos, será prova atípica, porque é um modo não previsto especificamente para a obtenção de informação prestada por terceiro (não parte)⁴⁷².

Barbosa Moreira assevera, ainda, que as fontes de prova são sempre as mesmas, sejam elas pessoas, coisas, documento fenômenos, dentre outros, não havendo como haurir conhecimento de outro modo, sendo que, o que difere é a forma como o juiz tem acesso à fonte de prova⁴⁷³.

Desta feita, são meios atípicos de prova todos aqueles cuja espécie ou o seu modo de ingresso aos autos não estejam previstos em lei, mas servem para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do magistrado. Aliás, o princípio da atipicidade tem estrita ligação com o princípio do (livre) convencimento motivado do juiz⁴⁷⁴.

Por sua vez, para Teresa Arruda Alvim, “os meios atípicos de prova são aqueles que a lei não disciplina, mas que podem ser admitidos pelo juiz desde que repute necessários à formação do seu convencimento, sejam lícitos e moralmente aceitáveis”. A processualista exemplifica as declarações de terceiros prestadas por escrito, ou o

⁴⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. Artigo 369, 370, 371, 372. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org). *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 566.

⁴⁷¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. *Revista dos Tribunais*, v. 19, n. 76, p. 114-126, outubro, 1994.

⁴⁷² FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 60.

⁴⁷³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. Cit.

⁴⁷⁴ FERREIRA, William Santos. Op. Cit., p. 59.

depoimento de testemunhas técnicas, afora dos casos do artigo 464, do Código de Processo Civil⁴⁷⁵.

Sendo a atipicidade das provas corolário do princípio da eficiência, não só podem, como devem ser empregadas todas as fontes de prova em busca de uma tutela jurisdicional justa e eficiente, de forma que a eventual negativa do magistrado na sua produção deve ser excepcional e justificada. Oportuno esclarecer que, nas palavras de Taruffo, citado por William Santos Ferreira o princípio da relevância estabelece que o importante é o esclarecimento do fato, não sendo adequado restringir provas⁴⁷⁶.

Há, todavia, autores que pensam de forma contrária. Bruno Cavallone, por exemplo, conforme explica Barbosa Moreira, entende não existirem provas atípicas, uma vez que, na verdade, o julgador estaria colhendo uma prova típica, porém de forma diversa à prevista em lei, ou seja, prova ilegalmente colhidas, o que violariam as garantias do processo⁴⁷⁷.

Não é possível ignorar, ainda, que a adoção de provas atípicas pode gerar alguns problemas, mormente o risco da ilegalidade da prova, a violação ao contraditório e a valoração da prova. Para solucioná-los, William Santos Ferreira sugere que seja feito o uso ponderado das provas atípicas, quando o modo típico não apresentar as mesmas condições ideais da primeira ou quando a prova típica for de impossível ou onerosa execução. Em aditivo, ressalta ser necessário respeitar o contraditório, mesmo que posterior, devendo o juiz valorar a prova de acordo com as peculiaridades do caso concreto⁴⁷⁸. Na mesma toada, Barbosa Moreira aduz que os limites para a produção da prova atípica são: que a prova não conflite com a lei; que seja assegurado o contraditório; que a decisão seja cuidadosamente fundamentada, demonstrando as questões de fato que levaram à conclusão do magistrado⁴⁷⁹.

Além disso, haja vista a falta de disciplina legal para as provas atípicas - *condição natural de sua atipicidade* – as partes, em sua produção, e o magistrado, em sua valoração, devem respeitar normas fundamentais que estruturam a sistemática processual

⁴⁷⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 708.

⁴⁷⁶ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 61.

⁴⁷⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. *Revista dos Tribunais*, v. 19, n. 76, p. 114-126, outubro, 1994.

⁴⁷⁸ FERREIRA, William Santos. Op. Cit., p. 64-73.

⁴⁷⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. Cit.

civil, especialmente o direito probatório, sobretudo o princípio do contraditório⁴⁸⁰.

3.5 O PAPEL DO JUIZ E DAS PARTES NA PRODUÇÃO PROBATÓRIA

Cotejadas as regras que permeiam a teoria geral da prova, seus princípios estruturantes e a sua finalidade, assim como a admissão pelo ordenamento jurídico dos meios atípicos de prova, revela-se valioso para o estudo analisar o papel dos dois principais sujeitos do processo, quais sejam, o juiz e as partes, na fase instrutória, em especial no que concerne à produção e avaliação das provas atípicas, que, irrefutavelmente, permitem a ampla atuação dos litigantes, demandando maior atenção estatal.

Neste tópico, pretende-se colacionar o papel das partes na produção da prova, incluídos seus direitos, faculdades ônus e deveres, bem como o labor do juiz, como garantidor do interesse social, com especial ênfase em seus poderes instrutórios e nos limites para avaliação e valoração das provas produzidas no processo.

Para tanto, este estudo considera a visão metodológica do modelo cooperativo, caracterizada por um magistrado que executa sua atividade cognitiva de forma compartilhada – *o que não retira seu poder decisório* -, ao invés de um condutor inquisitorial, e, *pari passu*, por uma parte que atua ativamente na produção das provas, possibilitando a todos os sujeitos da relação processual influir, realmente, sobre a formação do provimento jurisdicional

Não se menoscaba, neste contexto, que tradicionalmente a distribuição das funções probatórias se dá com base nos modelos processuais demonstrados no tópico 1.2, sendo que, nos sistemas informados pelo princípio dispositivo, cabe às partes a iniciativa probatória, enquanto nos sistemas informados pelo princípio inquisitivo, cabe ao juiz uma postura mais ativa na atividade da instrução, conforme explica Leonardo Greco:

O princípio dispositivo reserva a iniciativa probatória às partes (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*), enquanto o princípio inquisitivo impõe ao juiz o dever de determinar de ofício a produção de todas as provas necessárias à apuração da verdade⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: Juspodvim, 2019, p. 113.

⁴⁸¹ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 2 v, p. 118.

Não se olvida, ainda, que, como exposto, para alguns autores, o ordenamento jurídico brasileiro, seguindo os países latino-americanos, adota o sistema inquisitorial, de acordo com o artigo 370, do Código de Processo Civil, que prevê amplos poderes instrutórios ao magistrado⁴⁸², enquanto outros compreendem que o Código de Processo Civil brasileiro harmonizou os sistemas inquisitivo e dispositivo, “já que ampliou os poderes instrutórios do juiz, mas não excluiu o ônus das partes de demonstrar os fatos afirmados”⁴⁸³. Todavia, a premissa metodológica escolhida por este trabalho coaduna com os autores que vislumbram a matéria de provas sob a ótica da comunidade de trabalho.

Neste contexto, Wilian Santos Ferreira esclarece que, neste modelo, a busca pelo esclarecimento dos fatos passa a ser coletiva, de modo que a preclusão para um sujeito, não implica que os demais integrantes do processo não possam buscá-la, devendo o magistrado cumprir seus deveres instrutórios, não sendo o ônus da prova liberatório deste dever⁴⁸⁴.

3.5.1 A atuação das partes

Em primeiro plano essencial explicitar que as partes exercem papel de grande relevância na atividade de produção de provas, uma vez que a elas pertencem a iniciativa de enunciar os fatos e, a partir deles, produzir as provas de suas alegações⁴⁸⁵. Esclarece João Batista Lopes que no processo a parte deve alegar os fatos que subsidiarão seus pedidos e, posteriormente, prová-los, sendo possível, então, visualizar um ônus de alegar e um ônus de provar, respectivamente⁴⁸⁶.

Nesta toada, Luigi Paolo Comoglio, em passagem citada por Flávio Yarshell, reconhece a importância da participação do juiz na produção probatória, porém ressalva que a mesma não pode servir para minimizar o papel das partes na busca e na produção da prova, sendo que “mesmo nos ‘modelos-base’ de *civil law*, se reconhece que os

⁴⁸² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: Juspodvim, 2019, p. 100-103.

⁴⁸³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 65.

⁴⁸⁴ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 245-246.

⁴⁸⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. 2 v., p. 197.

⁴⁸⁶ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 42-43.

poderes de instrução do juiz são contrabalanceados pelos deveres das partes de mútua colaboração”⁴⁸⁷.

Por óbvio não é possível menoscar que cabe ao juiz atribuir o valor que as provas merecem, bem como intervir para prevenir que providências desnecessárias gerem demora e aumento de custos no processo, no entanto este papel não serve para diminuir a atuação dos litigantes, Aliás, importante constatação é que reforçar o papel das partes é diminuir o ônus do Estado, incumbência esta que “exige tempo e recursos materiais e humanos”⁴⁸⁸.

Corroborando o papel das partes em matéria de provas, o Código de Processo Civil, especificamente em seu artigo 369, regulamenta que a elas cabem a produção probatória, empregando todos os meios – *desde que legais e moralmente legítimos* - para provar a verdade dos fatos e influir na convicção do juiz. De forma complementar, o artigo 373 determina que é ônus da parte provar os fatos que alega, sejam eles constitutivos de seu direito ou impeditivos, modificativos ou extintivos do direito daquele com quem litiga.

Parece não haver dúvida quanto à circunstância de ser conveniente para o sistema que a prova resulte da iniciativa e da atividade das partes (não apenas na ótica de julgamento). Isso porque são elas que, presumivelmente têm – ou devem se empenhar para ter – conhecimento dos meios e fontes disponíveis para demonstração dos fatos alegados ou a alegar perante o órgão judicial⁴⁸⁹.

Este ato de produção de provas pelos sujeitos parciais do processo é tradicionalmente classificado pela doutrina como um ônus, sob a justificativa de que a parte não está obrigada a produzir provas, mas, caso não o faça, se sujeita a consequências desfavoráveis, ou seja, tem seu próprio interesse prejudicado.

Para melhor compreensão do tema, importante relembrar o conceito de ônus, trazido no capítulo 02, que pode ser definido como “um poder da parte que o possibilita agir, segundo interesses próprios, não obstante a existência de norma pré-determinada, cuja inobservância pode trazer prejuízos à própria parte onerada”⁴⁹⁰. É a “subordinação

⁴⁸⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 182.

⁴⁸⁸ Ibid.

⁴⁸⁹ Ibidem., p. 181.

⁴⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 203.

de um interesse próprio a outro interesse próprio”⁴⁹¹. “Na linguagem do direito processual, ônus é o nome usado para designar uma conduta imperativa, imposta a alguma das partes, para que se realize um interesse próprio”⁴⁹².

Consequentemente, partindo do pressuposto de que a inação da parte na iniciativa probatória lhe gera um prejuízo, a atividade passa a ser classificada como um ônus.

De todo modo, vale salientar que a inércia não significa necessariamente que a parte terá prejuízos com sua conduta, mas tão somente submete-a a um risco de um julgamento desfavorável, haja vista que, mesmo não produzindo as provas, ainda pode ter o processo julgado a seu favor⁴⁹³.

Compreendida a atividade probatória das partes como um ônus, conforme se denota tradicionalmente na doutrina⁴⁹⁴, é importante ressaltar que parcela dos processualistas compreendem que o ato probatório pode ser visto, ainda, como um direito da parte.

Neste sentido, Flávio Luiz Yarshell entende que a visão da prova unicamente em sua dimensão “negativa” – *ou seja, vista como um encargo, cuja não observância conduz ao insucesso do interessado* – é insuficiente, tanto para explicar sua dimensão “positiva”, materializada nas garantias constitucionais que emanam do devido processo legal, tanto para que ela possa ser vista como um direito ou um poder⁴⁹⁵. Para Marinoni e Arenhart, não há dúvidas de que aquele que tem o ônus da prova também é titular de seu direito, assim como aquele que não o possui. Em outras palavras, têm direito à prova ambas as partes, independente se sobre ela recai o ônus de provar ou não⁴⁹⁶.

Como já exposto no item 2.1, o ordenamento jurídico prevê um verdadeiro direito fundamental à prova, extraído do direito ao contraditório, em sua dimensão substancial, corolário do processo justo.

Outro ponto que merece destaque é que a produção de provas – *além de ser, como visto, um ônus e um direito das partes* - também se materializa em um dever, pautado na cooperação e lealdade.

⁴⁹¹ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 34.

⁴⁹² CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2019, p. 228.

⁴⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit., p. 203-204.

⁴⁹⁴ LOPES, João Batista. Op. Cit., p. 34-36.

⁴⁹⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 46-50.

⁴⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit., p. 213.

Frisa-se que, diferente do ônus, os deveres processuais são estabelecidos em favor de interesse estranho ao sujeito cuja conduta se busca vincular, subordinando o interesse próprio a um outro alheio e trazendo benefícios à outra parte, apta a gerar sanção em caso de descumprimento.

Neste espeque, proveitoso ressaltar que, nas palavras de Flávio Luiz Yarshell, a matéria denota um paradoxo, uma vez que, se o objetivo do processo é descobrir a verdade, atendendo a um interesse público, sendo um instrumento de decisões justas em prol de uma segurança jurídica, se torna inexato afirmar que as consequências desfavoráveis do ônus de provar sejam unicamente para os sujeitos que detinham seu encargo⁴⁹⁷.

De tal modo, a prova se conecta com a ideia de dever processual, que “ora aparece sob as vestes de um dever de colaboração ou de cooperação, ora se revela – *quicá com mais contundência* – como um dever de veracidade atribuído às partes”, associado a um princípio da lealdade, probidade e moralidade, reguladora de todos os sujeitos da relação processual⁴⁹⁸.

No mesmo sentido, Marinoni e Arenhart afirmam que a colaboração na produção probatória deve ser considerada um dever, relacionado ao artigo 77, I, do Código de Processo Civil, que obriga as partes e qualquer pessoa que participe do processo a expor os fatos em juízo conforme a verdade, simbioticamente interligado ao artigo 378, do mesmo diploma, que determina que ninguém se exime do dever de colaborar com o poder judiciário para o descobrimento da verdade⁴⁹⁹.

Deste modo, é possível falar em um dever de veracidade e em um dever de cooperação, que se traduz na máxima de que “a atividade das partes, ainda que empenhadas cada qual em obter a vitória, contribui para que a decisão judicial seja o mais aderente possível à realidade dos fatos”. Assim, “desde que as partes tenham como dispor de elementos de prova para avaliar a ‘verdade’, há, sim, para elas um verdadeiro dever ético que abrange não apenas a avaliação de tais elementos, mas igualmente a busca de tais elementos”⁵⁰⁰.

Ademais, argumentam Marinoni e Arenhart que a prova “antes de se destinar à

⁴⁹⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 46-50.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 149-150.

⁴⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 181.

⁵⁰⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Op. Cit.*, p. 163 e 181.

reconstrução dos fatos (componente ideal intangível), destina-se a estabelecer o diálogo entre as partes e o Estado-juiz para a fixação dos fatos controvertidos”⁵⁰¹.

Interessante colacionar, em aditivo, que o artigo 77, I, Código de Processo Civil determina que é dever da parte expor os fatos em juízo conforme a verdade, semelhante à ZPO alemã, em seu § 138⁵⁰². De mais a mais, materializando o dever de cooperação, diversos dispositivos do Código de Processo Civil determinam as mais diversas obrigações às partes, tais quais, os artigos 379; 385, § 1º; 386; 396, todos do Código de Processo Civil.

Outrossim, sendo um dever, é possível concluir que a sua violação caracteriza litigância de má-fé, nos termos do artigo 80, II, do Código de Processo Civil⁵⁰³.

Não se deve negligenciar, contudo, que esse dever possui exceções, como a prevista no artigo 379, da codificação processual, que preserva à parte o direito de não produzir prova contra si própria, bem como o artigo 388, do mesmo diploma, que desobriga a parte de depor, exceto em ações de estado e de família, sobre fatos criminosos ou torpes que lhe forem imputados; a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo; acerca dos quais não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível, ou que as coloquem em perigo a vida ou a vida do próprio depoente. Na mesma toada, o artigo 404, do Código de Processo Civil, exige a parte de exibir documento ou a coisa concernente a negócios da própria vida da família; quando sua apresentação puder violar dever de honra; quando sua publicidade redundar em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau, ou lhes representar perigo de ação penal; quando sua exibição acarretar a divulgação de fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo; quando subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição; quando houver disposição legal que justifique a recusa da exibição.

⁵⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 63.

⁵⁰² § 138 Erklärungsspflicht über Tatsachen; Wahrheitspflicht. (1) Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben. (2) Jede Partei hat sich über die von dem Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären. (3) Tatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht. (4) Eine Erklärung mit Nichtwissen ist nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. In: ALEMANHA. BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. *Zivilprozessordnung*. 1877. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/BJNR005330950.html>>. Acesso em: 10 out. 2019.

⁵⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.*, p. 181.

Superadas tais premissas – *sobre a posição jurídica da prova como ônus, dever e direito* – necessário se faz compreender que, a *prima facie*, cada parte deve provar os fatos que respectivamente dão suporte às suas alegações, de modo que o autor tem o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto ao réu cabe a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor⁵⁰⁴. Aliás esta é a exata redação do artigo 373, do Código de Processo Civil, que determina que é ônus da parte provar os fatos que alega, sejam eles constitutivos de seu direito ou impeditivos, modificativos ou extintivos do direito daquele com quem litiga

Todavia referida regra pode ser dinamizada, por disposição legal (art. 373, § 1º, *ab initio*, CPC), por decisão judicial (art. 373, § 1º, *in fine*, CPC) ou por convenção das partes (art. 373, § 3º, CPC). Especificamente no que tange à última categoria, ou seja, à distribuição convencional do ônus da prova, há, então, um típico negócio jurídico processual bilateral, que pode ocorrer, nos termos no artigo 373, § 4º, do código, antes ou durante o processo.

A matéria do ônus da prova será melhor tratada no item 4.3.1, que se reserva a analisar especificamente sua caracterização e dinamização.

3.5.2 Os poderes instrutórios do juiz

Conforme já exposto, o juiz – ao menos sob a ótica tradicional – é o destinatário dos elementos probatórios, de forma que sua atuação se mostra imprescindível à fase instrutória. De todo modo, independente de se compreender o magistrado como destinatário único ou não da prova, fato é que a ele cabe garantir que o processo seja um instrumento para consecução do interesse estatal de eliminação de controvérsias e pacificação social⁵⁰⁵.

Com fulcro na constatação de que o magistrado tem o dever de solucionar o que lhe foi imposto, devendo, buscar a verdade - *ou, ao menos, verificar a probabilidade efetiva dos fatos terem se dado da forma exposta* -, em prol de um ideal de justiça, parcela substancial da doutrina defende que o juiz deve figurar na produção probatória de forma

⁵⁰⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Artigos 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379 e 380. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). *Comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 571-587, p. 576.

⁵⁰⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 23-24.

ativa, dotado de poderes-instrutórios⁵⁰⁶.

Para José Roberto dos Santos Bedaque, o direito processual é ramo autônomo, regido por regras publicitas, tendo fins distintos do direito material, os quais “se confundem com o objetivo do próprio Estado, na medida em que a jurisdição é uma das funções que ele procura cumprir seu papel, qual seja, de assegurar o bem-estar da humanidade”. Para o autor, a repercussão do direito material no processo, não nega o caráter instrumental, todavia, o processo não é instrumento da parte, mas sim do Estado e de seus objetivos⁵⁰⁷.

Não se pode menoscar que o processo civil já foi fortemente guiado pela ideologia liberal e iluminista, que restringia os poderes do juiz, considerando o processo *sache der parteien* (coisa das partes), e o juiz, via de consequência, não mais que um *bouche de la loi* (a boca da lei)⁵⁰⁸, porém tal visão perdeu forças, em razão da crescente publicização do processo e sua instrumentalização, que culminou no fortalecimento dos poderes do magistrado⁵⁰⁹, apoiado pela constitucionalização do processo civil, que, com a busca da efetividade, deu azo à maior participação do juiz, impedindo que ele se converta em um *convidado de pedra*, como afirma Santiago Sentis Melendo (a matéria foi amplamente tratada no tópico 1.1)⁵¹⁰.

Para Dinamarco, a concepção dispositiva do processo, que coloca o juiz como uma figura estática e receptiva, deve ser superada, seja porque o processo civil não trata só de direitos disponíveis, seja porque ao juiz cabe um comportamento mais ativo no processo, sendo que a característica privatista do processo deve ser superada pelo publicismo⁵¹¹.

Neste esquete, Bedaque alega que o juiz deve ter amplos poderes, uma vez que o interesse no resultado do processo extravasa a relação estabelecida entre as partes, sendo

⁵⁰⁶ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 240.

⁵⁰⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 10-11.

⁵⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 32.

⁵⁰⁹ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 65-66.

⁵¹⁰ MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba – Los grandes temas de derecho probatório*. Buenos Aires: Ejea, 1978 In: LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 163.

⁵¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 52.

interesse de toda a coletividade⁵¹².

De forma similar, Teresa Arruda Alvim afirma que o processo é destinado não só ao interesse das partes, mas também à pacificação social, à estabilização das relações jurídicas e preservação da ordem e segurança jurídica, de onde se justificam os poderes instrutórios do juiz⁵¹³.

Encampano referido pensamento, o Código de Processo Civil prevê que cabe ao magistrado a direção da instrução probatória, podendo determinar a produção de provas, inclusive, de ofício, bem como lhe cabe valorar a necessidade e suficiência da prova, podendo rejeitar as diligências inúteis ou protelatórias.

Acerca da possibilidade de o magistrado determinar a produção de provas, Cappelletti esclarece que, embora a iniciativa das provas seja comumente tomada pelas partes, não lhes é exclusiva, podendo o magistrado determinar sua produção, uma vez que, como diretor formal do processo, exerce um poder de intervenção, a fim de assegurar a igualdade substancial⁵¹⁴.

Impor ao juiz a condição de mero espectador da contenda judicial, atribuindo-se às partes o exclusivo ônus de produzir provas no processo, é, quando menos, grave petição de princípios. Ora, se o processo existe para a tutela dos direitos, deve-se conceder ao magistrado amplos poderes probatórios para que bem possa cumprir sua tarefa. Ademais, é sempre bom lembrar que o juiz que se omite em determinar a produção de uma prova relevante para o processo estará sendo parcial ou mal cumprindo sua função. Já o juiz que determina a realização de prova de ofício, especialmente porque deve lhe importar apenas a descoberta da verdade, e não aquele que resulta vitorioso (o autor ou réu), estará voltado apenas para a efetividade do processo⁵¹⁵.

Tal disposição pode ser vista no artigo 370, do Código de Processo Civil, que prevê que caberá ao juiz determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Cássio Scarpinella Bueno afirma que o poder instrutório do juiz pode ser dessumido, inclusive, da disposição do artigo 378 do código, que determina que cabem às partes e aos terceiros colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade⁵¹⁶.

⁵¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 91-101.

⁵¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 712-713.

⁵¹⁴ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 66.

⁵¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 284.

⁵¹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*: Procedimento comum: ordinário e sumário. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 236.

Para João Batista Lopes, a análise conglobante dos artigos 130 e 133, Código de Processo Civil de 1973 – *atuais artigos 370⁵¹⁷ e 373⁵¹⁸, da nova codificação* - revelam perfeita compatibilidade, “no sentido de que incumbe às partes o ônus da prova, mas não está o juiz impedido de determinar as provas necessárias à instrução do processo”⁵¹⁹.

José Roberto dos Santos Bedaque afirma que, se o juiz é o responsável por atingir os escopos do processo, é inconcebível a inércia judicial no tocante à investigação probatória, devendo o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançar os fins sociais da lide:

Estabelecido que a instrumentalidade do processo deve ser concebida em função do ordenamento jurídico-substancial criado pelo Estado, e cuja preservação encontra nele o maior interessado, impossível aceitar a intransigente defesa que a maioria da doutrina brasileira faz da inércia judicial no tocante à investigação probatória, postura muito comum principalmente quando os direitos em questão são disponíveis. Não há como conciliar as duas conclusões. Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico," deve o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-lo, pois somente se tal ocorrer, a jurisdição terá cumprido sua função social. E, como o resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão do órgão jurisdicional, deve ele assumir posição ativa na fase investigatória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas procurá-los, quando entender necessário⁵²⁰

Para o autor, a iniciativa probatória é incumbida predominantemente às partes unicamente por questões de ordem prática, uma vez que ninguém conhece os fatos melhor do que elas, o que não retira o poder do magistrado de produzir provas, sejam os direitos materiais envolvidos disponíveis ou indisponíveis⁵²¹.

Desta feita, o magistrado não está restrito à escolha das partes sobre as provas a serem produzidas, podendo determiná-las de ofício. De acordo com Marinoni e Arenhart, o objetivo é o de possibilitar que o juiz elucide os fatos imprescindíveis para formação de sua convicção, quando as provas produzidas pelas partes sejam insuficientes. Para os autores, a determinação da prova de ofício permite ao juiz influir no resultado da decisão,

⁵¹⁷ Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

⁵¹⁸ Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁵¹⁹ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 68.

⁵²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 12-13.

⁵²¹ *Ibid.*, p. 91-101.

poder este que se mostra natural⁵²².

Nesta toada, Dinamarco acrescenta que a omissão probatória das partes, em muitos casos, pode comprometer direitos sobre os quais eles não possuem disponibilidade, seja parcial ou total, exemplificando casos de direito de família, relações de massa e casos em que as partes sejam desiguais econômica e culturalmente⁵²³.

Acerca da prescindibilidade da iniciativa probatória, Daniel Amorim Assumpção Neves assevera que a produção de provas de ofício “não é um dever do juiz, mas sim uma faculdade”⁵²⁴, enquanto que Cássio Scarpinella Bueno afirma ser um dever-poder, configurando o princípio da máxima eficiência dos meios probatórios⁵²⁵. No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero aduzem que tal prerrogativa se mostra como um poder-dever do magistrado⁵²⁶.

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró – citado por William Santos Ferreira – traz relevante constatação histórica, demonstrando que o Código de Processo Civil de 1939 determinava que o juiz *poderia* ordenar diligências necessárias à instrução⁵²⁷, enquanto os artigos 130⁵²⁸ e 370, respectivamente dos Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015, preveem que caberá ao juiz determinar as provas necessárias, o que demonstra, segundo o autor, que a produção de prova é um dever do juiz⁵²⁹.

De acordo com Willian Santos Ferreira, a função jurisdicional é a descoberta da verdade (conforme artigo 378, CPC), de onde se deduz que é dever do juiz, enquanto sujeito imparcial responsável por tal atividade, determinar as provas necessárias para tanto (nos termos do artigo 370, CPC), o que justifica seu dever-poder instrutório⁵³⁰.

⁵²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 100.

⁵²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 53-54.

⁵²⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 275.

⁵²⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 369.

⁵²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 284.

⁵²⁷ Art. 117, CPC/1939. A requerimento ou ex-offício, o juiz poderá, em despacho motivado ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação a seu objeto, ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios. In: BRASIL. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, 1939.

⁵²⁸ Art. 130, CPC/1973. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. In: BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 1973.

⁵²⁹ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 242.

⁵³⁰ FERREIRA, William Santos. Artigos 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.145.

Interessante colacionar que, analisando o entendimento da jurisprudência pátria, o Superior Tribunal de Justiça admite amplamente a iniciativa probatória de ofício, sob o manto da busca da verdade real⁵³¹.

Para melhor compreensão do tema, pertinente conhecer o acórdão paradigmático de relatoria da Ministra Nancy Andrigui, exarado ainda sob a égide do antigo Código de Processo Civil, onde a julgadora reconhece a necessidade da iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, em prol do interesse público de efetividade da Justiça:

Além das incorreções lógicas, que por sua natureza não podem ser reduzidas ao campo probatório, deve-se reconhecer que o julgador não é sujeito meramente passivo na relação jurídico-processual. O juiz não está obrigado a aceitar a verdade que lhe é trazida ao processo quando a narração das partes lhe pareça inverossímil, pois ele tem verdadeiro interesse na prestação de tutela jurisdicional célere e idônea, apta a resolver a controvérsia. Por isso, a doutrina vem reconhecendo, há tempos, a legitimidade da iniciativa probatória do julgador, de forma a flexibilizar o princípio da inércia judicial. Afinal, "a experiência mostra que a imparcialidade não resulta comprometida quando, com serenidade e consciência da necessidade de instruir-se para melhor julgar, o juiz supre com iniciativas próprias as deficiências probatórias das partes. Os males de possíveis e excepcionais comportamentos passionais de algum juiz não devem impressionar o sentido de fechar a todos os juízes, de modo absoluto, as portas de um sadio ativismo" (Cândido Rangel Dinamarco. Instituições de Direito Processual Civil, volume III, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 52-54). No mesmo sentido, vide REsp 629.312/DF, 4 a Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia

⁵³¹ Neste sentido, veja: REsp 1818766/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/08/2019, DJe 18/10/2019; REsp 1788314/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/03/2019, DJe 30/05/2019; REsp: 1757276 RS 2018/0198232-8, Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira, Data de Publicação: DJ 18/09/2018; REsp: 1660564 RJ 2016/0082335-9, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Publicação: DJ 06/02/2018; AREsp: 1314379 SP 2018/0151797-7, Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira, Data de Publicação: DJ 18/09/2018; AgInt no REsp 1.361.284/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 23/11/2018; REsp: 1384689 SC 2013/0141293-4, Relator: Ministra Assusete Magalhães, Data de Publicação: DJ 09/03/2018; AgInt no AREsp 897.363/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30/8/2016; AgRg no AgRg no Ag 1.403.421/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 7/8/2017. Encontram-se, ainda, precedentes lastreados no Código de Processo Civil de 1973: AgRg no AgRg no AREsp 416.981/RJ, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 28.05.2014; REsp 382.742/PR, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, DJ 26.04.2006; AgRg no Ag 1.345.439/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 07.06.2011; AgInt no AREsp 1137248/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 24/04/2018, DJe 04/05/2018; AgInt no REsp 1687153/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 15/03/2018, DJe 20/03/2018; REsp 1671550/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 30/06/2017. Importante pontuar que no Recurso Especial nº 1.384.689 é possível encontrar situação recorrente nos acórdãos da corte, qual seja, a possibilidade de o magistrado requisitar, de ofício, a cópia do processo administrativo fiscal, com amparo no art. 370, CPC e na Lei de Execuções Fiscais. De forma idêntica: STJ - REsp: 1236769 PR 2011/0030776-2, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Data de Publicação: DJ 06/02/2017; STJ - REsp: 1462038 RS 2014/0149246-7, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Publicação: DJ 03/05/2018; STJ - REsp: 1579973 RS 2016/0021540-1, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Data de Publicação: DJ 11/10/2017.

Barbosa, DJ 23/04/2007. Como já tive oportunidade de asseverar, “os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC. A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça” (AgRg no REsp 738.576/DF, 3ª Turma, minha relatoria, DJ 12/09/2005). Por isso, recai primordialmente sobre os ombros do devedor-executado o ônus de demonstrar a inexatidão dos cálculos apresentados pelo credor-exequente. Essa regra não afasta, entretanto, a iniciativa probatória do juiz⁵³².

Vale observar, da mesma forma, trecho do acórdão exarado no Recurso Especial nº 1.485.313/PR, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que trata de um caso concreto onde o poder instrutório do magistrado se mostrou necessário diante da hipossuficiência de uma das partes do processo:

[...] 2. O direito à prova é componente inafastável do princípio do contraditório e do direito de defesa. O problema não pode ser tratado apenas pelo ângulo do ônus (CPC, art. 333). Necessário examiná-lo do ponto de vista da garantia constitucional ao instrumento adequado à solução das controvérsias, dotado de efetividade suficiente para assegurar ao titular de um interesse juridicamente protegido em sede material a tutela jurisdicional.' (Bedaque, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 5. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, pp. 26-27). 3. A complementação do conjunto probatório, corolário do poder do juiz de averiguar os fatos, sobre o qual as partes não podem dispor, visa, por meio da busca pela verdade real, à formação de um juízo de livre convicção motivado, atendendo, assim, ao interesse público de efetividade da Justiça, cujo escopo é o alcance da verdadeira paz social, que se eleva sobre os interesses individuais das partes. Precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça. [...] 6. Justifica-se tal discricionariedade do Juiz para evitar que a parte vulnerável da relação processual seja tolhida no seu direito, por insuficiência financeira. Nesses casos, penso que o Magistrado tem o dever de ser sensível às vicissitudes da vida humana, tendo a prerrogativa de agir de ofício quando preciso, protegendo determinada pessoa que se encontre em desproporção econômica, assim como se justifica a criação do direito das crianças, dos idosos e dos incapazes por qualquer enfermidade que ostentem. 7. Mesmo pensamento deve ser aplicado nas demandas de caráter previdenciário, que tem por objetivo a concretização de um direito social fundamental, razão pela qual, dada a natureza da fundamentalidade do direito em questão, impõe-se ao Julgador o dever de buscar a verdade que der a resposta mais justa ao caso concreto [...]⁵³³.

⁵³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1012306/PR. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 07 jul. 2009.

⁵³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2014/0253421-0/PR. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 03 abr. 2018.

Interessante pontuar que, segundo Teresa Arruda Alvim, a iniciativa probatória pelo juiz sequer está sujeita à preclusão, sendo admissível, até mesmo, em segundo grau de jurisdição⁵³⁴.

Tal entendimento também é encampado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o mesmo argumento de que a iniciativa probatória do juiz é feita no interesse público de efetividade da Justiça, excluindo, assim, a preclusão *pro judicato*, em matéria de instrução probatória, conforme se vê no EDcl no REsp 806.235/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/10/2018, DJe 19/12/2018; REsp: 1575173 SP 2015/0319598-5, Relator: Ministra Assusete Magalhães, Data de Publicação: DJ 01/09/2017; REsp: 1691427 ES 2017/0199865-9, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Data de Publicação: DJ 29/06/2018.

Interessante destacar, dentre os acórdãos mencionados, o REsp 1788314/MG, onde o desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em sede recursal, determinou, de ofício, a realização de nova perícia para avaliação dos imóveis objeto da desapropriação. Instado a se manifestar, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

[...] O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que, com amparo no art. 130 do CPC/1973 (equivalente ao art. 370 do CPC/2015), o magistrado é autorizado a determinar a realização de perícia de ofício se entender que a prova é indispensável, com a finalidade de buscar a verdade real e firmar seu convencimento motivado, o que obsta a configuração de preclusão para o Juízo, mesmo que os autos estejam no segundo grau de jurisdição, e não afronta o princípio da demanda [...] ⁵³⁵.

É possível aferir, ainda, dos acórdãos supramencionados que, para a corte, a determinação de provas de ofício não viola a imparcialidade do magistrado. Igualmente, Joan Piso I Junoy, José Roberto dos Santos Bedaque, João Batista Lopes e Sérgio Alves Gomes, afirmam que a iniciativa probatória não significa tomar partido das partes, uma vez que não se sabe quem se beneficiará da prova⁵³⁶.

Todavia, sob a égide de um processo cooperativo, norteados por vetores constitucionais, a doutrina estabelece balizas para a iniciativa de provas *ex officio*, não

⁵³⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 712-713.

⁵³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1788314/MG. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 30 maio 2019.

⁵³⁶ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 69-70.

admitindo que o magistrado substitua indiscriminadamente a desídia da parte ou acrescente novos fatos e fundamentos. Nesse sentido, ressalva João Batista Lopes:

Não devemos superestimar o comando do artigo 130, do Código de Processo Civil para converter o magistrado em investigador dos fatos ou juiz de instrução. Não se figura adequado, pois, que o juiz substitua as partes na tarefa que lhes é atribuída, premiando sua omissão e descaso. Mas também não se deve subestimar a força do preceito, que se insere nas modernas tendências do processo civil, presentes a função do processo e ideais de justiça. Em suma, o princípio dispositivo não foi abandonado, mas possui, agora, uma nova configuração (...) Cabe advertir, por último, que a informação advertindo que as iniciativas probatórias devem se limitar aos fatos controvertidos do processo, não lhe sendo lícito alterar a causa petendi, introduzindo fatos e fundamentos novos⁵³⁷.

Do mesmo modo, Humberto Theodoro Junior estabelece os seguintes princípios limitadores:

a) o juiz não deve, necessariamente, defender o interesse de uma das partes, procurando realizar prova útil à sua defesa, mas que deixou de ser requerida em tempo hábil. Isto importaria, quase sempre, advogar a causa de um dos litigantes, o que fere os princípios da igualdade das partes e da imparcialidade do julgador; b) a iniciativa do juiz deve restringir-se, apenas à eliminação de situações de perplexidade diante de provas contraditórias, confusas ou incompletas, ou diante de controvérsias que exijam, forçosa e obrigatoriamente, certas provas, cuja existência o juiz conhece, mas cuja produção não foi oportunamente requerida pela parte; b) as provas 'ex officio' podem ser determinadas em qualquer fase do procedimento, antes da sentença, mesmo depois de encerrada a audiência de instrução e julgamento, porque não há preclusão para a faculdade judicial de busca da verdade real; d) o juiz, a pretexto de esclarecimento da verdade, não pode determinar prova de fatos outros que não aqueles trazidos pelas partes ao processo; há de restringir-se ao tema probatório traçado pelo litígio, dentro dos fatos deduzidos pelas partes em juízo⁵³⁸.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart complementam:

Lembre-se, ainda, que a prova de ofício, além de ter de ser adequadamente justificada pelo juiz, deve abrir às partes a devida oportunidade: i) de considerar sobre a sua oportunidade; ii) de participar da sua produção; e iii) de falar sobre o seu resultado⁵³⁹.

⁵³⁷ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 69-70.

⁵³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Os poderes do juiz em face da prova. *Revista Forense*, São Paulo, v. 74, n. 263, p.39-47, jun. 1978.

⁵³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 100.

Ademais, afirmam os processualistas supracitados que a prova de ofício é possível em casos específicos, basicamente no que se refere às provas periciais, haja vista que o magistrado desconhece documentos ou testemunhas que não lhe foram trazidos pelas partes, bem como que, além de seguirem os mesmos limites que qualquer outro meio de prova, “a possibilidade da participação do juiz na produção da prova não retira das partes a possibilidade de participar da formação (produção) e da interpretação da prova (consideração dos seus resultados)”⁵⁴⁰.

Para Leonardo Greco a iniciativa probatória do juiz deve ser exercida para:

(...) evitar dano ao direito indisponível de uma das partes; para coibir simulação, falsidade ou fraude, para suprir, em caráter subsidiário, a deficiência de iniciativa probatória da parte que não se encontre comprovadamente em condições favoráveis de propor ou produzir as provas de seu interesse ou para submeter ao contraditório fatos e provas relevantes cujo conhecimento tenha adquirido fora do processo⁵⁴¹.

Fredie Didier Júnior, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, defendem que o artigo 370, do Código de Processo Civil precisa ser interpretado de forma equilibrada, compreendendo que cabe às partes a atividade probatória, cabendo ao magistrado uma atividade complementar, caso subsista dúvidas após a produção probatória feita pelas partes. A atividade judicial seria substitutiva da atividade das partes, contudo, em caso de vulnerabilidade, econômica ou técnica⁵⁴².

Nesta toada, Paulo Henrique dos Santos Lucon assim explicita:

O passo seguinte e mais tormentoso, no entanto, após reconhecer a existência de poderes instrutórios do juiz, é identificar quais os limites desses poderes. Sem uma precisa identificação de tais limites, corre-se o risco de se ter um indesejado juiz inquisidor. Dois limites, não exaustivos, são indicados a título de ilustração: o primeiro deles atine à conformação do objeto do processo. Não pode o magistrado, por exemplo, determinar produção de provas totalmente estranhas à causa petendi e à causa excipendi suscitadas pelo autor e pelo réu, sob pena de trazer à discussão elementos estranhos ao litígio e eternizar o conflito. Além disso, a produção das provas determinadas pelo juiz deve se dar em colaboração com as partes, respeitado o contraditório⁵⁴³.

⁵⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 100-101.

⁵⁴¹ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*: processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 2 v, p. 119.

⁵⁴² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 14. ed. Salvador: Juspodvim, 2019, p. 108.

⁵⁴³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Artigos 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379 e 380. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). *Comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 571-587, p. 573.

Do mesmo modo se encontra a clássica posição de Moacyr Amaral, segundo o qual - *nas palavras de João Batista Lopes* -, na atividade probatória exerce o juiz função meramente supletiva ou complementar⁵⁴⁴.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça reconhece que o Código de Processo Civil permite ao julgador determinar a realização das provas necessárias à formação do seu convencimento, porém, também ressalva que tal atividade não deve suprir a deficiência probatória da parte, violando o princípio da imparcialidade, mas sim deve ser utilizada para aclarar os pontos obscuros, quando restarem dúvidas ao julgador, e complementar a instrução processual, de modo a formar adequadamente sua convicção, assegurando sempre a garantia do contraditório⁵⁴⁵. Para melhor compreensão, observe trecho elucidativo do Resp. 1818766/AM:

O princípio dispositivo tem sido mitigado em benefício da busca da verdade real, a fim de que se alcance correto e justo julgamento da causa. Nesse passo, estimula-se a aplicação do princípio da investigação, que, de certa forma, contrapõe-se ao princípio dispositivo. Já o princípio da investigação, cada vez mais visitado pela jurisprudência em casos semelhantes, tem atenuado, de forma nítida, a ideia arraigada no ordenamento positivo pátrio, de que a prova é monopólio das partes, na medida em que confere ao magistrado poderes de iniciativa na instrução. O que não se revela possível é o julgador suprir a deficiência probatória da parte, violando o princípio da imparcialidade, mas, por óbvio, diante da dúvida surgida com a prova colhida nos autos, compete-lhe aclarar os pontos obscuros, de modo a formar adequadamente sua convicção, devendo, contudo, ser assegurada a garantia do contraditório. Dessarte, sobressai a jurisprudência desta Corte que admite a possibilidade de complementação da instrução processual por iniciativa do juiz, tanto em primeiro como em segundo grau de jurisdição⁵⁴⁶.

Pela análise dos referidos acórdãos e da doutrina mencionada, é possível deduzir os seguintes parâmetros para produção de prova por iniciativa do juiz, seja em primeiro ou segundo grau de jurisdição, ainda que no exercício de competência recursal revisional: i) a impossibilidade de o juiz defender o interesse de uma das partes; ii) a iniciativa do juiz deve se restringir à eliminação de situações obscuras, complementando

⁵⁴⁴ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 65-66.

⁵⁴⁵ Vide: AgInt no AREsp 753.810/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/08/2016, DJe 23/08/2016; no AgRg no AgRg no AREsp 416.981/RJ, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 08.05.2014, DJe 28.05.2014; EDcl no REsp 806.235/ES, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe16/10/2018.

⁵⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1818766/AM. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 18 de out. 2019.

a instrução processual; iii) o juiz deve se restringir ao tema probatório traçado pelo litígio; iv) a prova deve ser justificada pelo juiz; v) o juiz deve possibilitar às partes participar da formação (produção) e da interpretação da prova (consideração dos seus resultados).

Tecidas tais considerações acerca da iniciativa probatória por parte do juiz, fundamental compreender ainda que, existindo requerimento da parte para realização de determinadas provas, o magistrado não será obrigado a determinar sua produção, podendo, desde que em decisão fundamentada, indeferir o pleito, quando as diligências se mostrarem inúteis ou meramente protelatórias, conforme artigo 370, do diploma processual.

Dessa forma, William Santos Ferreira, utilizando as palavras de José Rodrigues Urraca, explica que, mesmo nos países vinculados ao sistema dispositivo, cabe ao juiz a decisão acerca da realização ou não da prova⁵⁴⁷.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de que o magistrado é destinatário da prova, de modo que lhe cabe valorar sua necessidade e suficiência, rejeitando as diligências inúteis ou protelatórias, não havendo que se falar em violação do Código de Processo Civil quando o juiz, sopesando todo o conjunto probatório produzido, julga a causa em sentido oposto ao pretendido pela parte. Nesta toada, de acordo com a corte, o julgador não é obrigado sequer a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa de suas teses, devendo, apenas, enfrentar a demanda observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução⁵⁴⁸⁻⁵⁴⁹.

⁵⁴⁷ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 240.

⁵⁴⁸ Referido entendimento pode ser aferido, entre diversos outros acórdãos, nos seguintes julgamentos: REsp 1837445/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/10/2019, DJe 28/10/2019; AgInt no AREsp 1224070/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 01/10/2019, DJe 04/10/2019; AgInt no AREsp 1263615/MS, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 24/09/2019, DJe 30/09/2019; AgInt no AREsp 1491940/MG, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 23/09/2019, DJe 27/09/2019; REsp 1809494/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/08/2019, DJe 11/09/2019; AgInt no AREsp 1331437/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/06/2019, DJe 27/06/2019; AgInt no REsp 1784052/CE, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 17/06/2019, DJe 25/06/2019; REsp 1802785/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/05/2019, DJe 19/06/2019; REsp 1806337/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/05/2019, DJe 18/06/2019; REsp 1798895/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/05/2019, DJe 12/09/2019; REsp 1804146/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 09/05/2019, DJe 29/05/2019.

⁵⁴⁹ A fim de compreender a evolução das decisões no Superior Tribunal de Justiça sobre a temática desde a vigência do Código de Processo Civil de 2015, este estudo realizou uma pesquisa sobre os acórdãos que trataram dos poderes instrutórios do juiz. O método de colheita foi a busca pelo artigo 370, do Código de Processo Civil, no período de 18/03/2016 a 19/12/2019 (data de fechamento desse estudo), no portal do STJP (<<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>). Pelos critérios exarados, foi possível encontrar 65 (sessenta e cinco) acórdãos, dos quais 64 (sessenta e quatro) avalizaram a conduta do magistrado de primeiro grau ou do tribunal de origem em rejeitar determinada prova, sob a ótica do princípio da persuasão racional, sendo que,

Em suma, os acórdãos afirmam que é entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça a interpretação que compete ao juiz a direção da instrução probatória, apreciando livremente as provas produzidas a fim de formar a sua convicção, de acordo com o princípio da persuasão racional.

Esta prerrogativa do julgador decorre do princípio do (livre) convencimento motivado⁵⁵⁰, já explanado nesse trabalho no tópico 2.2, conforme elucida o acórdão proferido no AgInt no Resp. n. 1.784.052/CE:

O CPC/2015 manteve em sua sistemática o princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado - adotado pela norma adjetiva revogada (arts. 130 e 131 do CPC/1973) -, conforme o disposto nos seus arts. 370 e 371, segundo os quais compete ao juiz a direção da instrução probatória, apreciando livremente as provas produzidas nos autos, a fim de formar a sua convicção acerca da controvérsia submetida a sua apreciação, desde que devidamente fundamentada, não havendo que se falar na violação desses dispositivos legais quando o juiz, sopesando todo o conjunto probatório produzido e carreado ao feito, julga a causa em sentido oposto ao pretendido pela parte, como no caso dos autos⁵⁵¹.

Vale consignar, ainda, que o deferimento da prova pleiteada pela parte também não está sujeito à preclusão *pro judicato*, ou seja, o juiz pode decidir pela negativa da produção probatória e, posteriormente, rever seu posicionamento⁵⁵². Explica Barbosa Moreira que “o poder de ordenar de ofício a realização de provas subsiste íntegro mesmo que o juiz tenha anteriormente indeferido o requerimento da parte; não ocorre, para ele, preclusão⁵⁵³”.

Ademais, vale ressaltar que, uma vez produzida a prova, cabe ao magistrado avaliá-la, nos termos do artigo 371, do Código de Processo Civil, que prevê que o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

em somente um dos casos, a atitude do julgador foi considerada cerceamento de defesa (AgRg no REsp 1563993/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 19/03/2019, DJe 22/03/2019).

⁵⁵⁰ Relembrando que há autores, como Lênio Luiz Streck, que defendem que o princípio fora extirpado do atual Código de Processo Civil.

⁵⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp nº 1.784.052/CE. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 25 de jun. 2019.

⁵⁵² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 714.

⁵⁵³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 56.

3.6 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

Do estudo do presente capítulo é possível deduzir que a prova apresenta grande relevância para o processo, vez que é instrumento para a edição de decisões justas, contribuindo para a segurança jurídica, atendendo, além do interesse privado das partes, ao fim social do processo. Para tanto, a instrução probatória é dirigida com o escopo de tentar demonstrar a veracidade - *ou ao menos uma certeza razoável* – dos fatos levados ao poder judiciário, a fim de efetivar um resultado favorável a quem tenha razão, concretizando um ideal de justiça, sendo a busca da aproximação da verdade uma imposição aos sujeitos do processo.

Neste contexto, ganha substancial importância o papel das partes, que possuem um direito fundamental à prova, extraído do direito ao contraditório, em sua dimensão substancial, direito este que, sob a ótica cooperativa, não se resume à possibilidade abstrata de se produzir provas – *classificada por Flávio Luiz Yarshell como direito à prova* – mas sim um direito que abrange a possibilidade de requerer provas, participar da produção probatória, manifestar-se sobre a prova produzida, e obter um adequado exame da matéria pelo órgão julgador. Ademais, este direito – *ou, para muitos, ônus* - se desdobra em um dever de contribuir com a busca da verdade, em prol do escopo social do processo, extraído da lealdade e da boa-fé processual.

Ocorre que, não obstante a imprescindibilidade de sua atuação, a produção probatória das partes pode ser cerceada pelo julgador, o qual deve dirigir a fase instrutória, podendo, sob a égide do princípio da máxima eficiência dos meios probatórios, denegar a sua confecção, ou, se deferir, apreciá-la em desfavor de uma das partes, desde que de forma motivada. Outrossim, o magistrado, como representante do Estado, buscando alcançar os escopos da prova alhures mencionados, é dotado de poderes instrutórios, podendo determinar a produção de provas de ofício, ressalvados os limites expostos ao longo deste texto.

Relevante mencionar que foi colacionado no presente capítulo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o *thema probandum*, a qual avaliza largamente os poderes do juiz, compreendendo que a natureza da prova não permite que o magistrado atue como sujeito meramente passivo na relação jurídico-processual, bem como, via de consequência, que a iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, deve ser amplamente efetivada, porque feita no interesse público de efetividade da Justiça.

Contudo, questiona-se, aqui: como a amplitude da participação do magistrado

em matéria probatória, mormente seus poderes instrutórios, pode se coadunar com o negócio jurídico processual, norteado pelas máximas do autorregramento da vontade e do *in dubio pro liberta*, bem como com o direito fundamental das partes de produzirem provas, inclusive atípicas, e, também, com os vetores do processo cooperativo?

Tal questionamento será alvo do estudo do último capítulo.

4 O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL EM MATÉRIA PROBATÓRIA

Com os capítulos anteriores foi possível traçar a evolução do processo civil nos últimos três séculos, que, após sofrer variações dogmáticas lastreadas nos seus respectivos momentos históricos, culminou com o rompimento dos paradigmas inquisitivo e dispositivo, criando uma nova visão metodológica, consubstanciada no modelo cooperativo, que busca a contribuição de todos os envolvidos na lide, em uma verdadeira comunidade de trabalho, em prol de alcançar um processo justo e efetivo. Este modelo, que elege a Constituição Federal como arquétipo norteador da atividade do intérprete e do aplicador do direito e estabelece o cânone da efetividade como seu pilar de sustentação, passa a ver como solução para a ineficiência do sistema processual, a flexibilização do procedimento, concepção esta assimilada pela promulgação do novel Código de Processo Civil, que positivou a matéria.

Nesta toada, foi possível compreender este fenômeno, denominado, ainda que de forma não unânime, de negócio jurídico processual, cuja aplicação é a materialização máxima da autonomia da vontade das partes, que reassumem seu papel ativo no processo, sem, contudo, minar a participação do magistrado, que recebe o poder/dever de controlar os negócios processuais, negando efeitos àqueles que violem o ordenamento jurídico.

Pari passu, estudou-se o fenômeno da prova, que se mostra como instrumento para a edição de decisões justas, onde o papel das partes, embora de suma importância, sofre forte influência da atividade judicial, vez que o julgador pode, em determinados casos, denegar a produção da prova, motivadamente valorá-la, bem como produzir provas de ofício, em prol do interesse público de efetividade da Justiça.

Cotejadas tais informações, se mostra possível, finalmente, analisar o fenômeno do negócio jurídico processual especificamente no que tange à matéria probatória, estabelecendo diretrizes para sua aplicação, coadunando o direito fundamental das partes de produzirem provas – *no qual se inclui o direito de convencionar sobre elas* - e os poderes instrutórios do magistrado, tudo sob a égide de um modelo cooperativo.

4.1 A SIMBIOSE DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL EM MATÉRIA PROBATÓRIA E OS PODERES DO MAGISTRADO

Não se pode olvidar, neste cenário, que, conforme demonstrado no capítulo 03,

o microsistema de provas prevê uma participação ativa do magistrado na formação e direção do procedimento instrutório, constatação esta facilmente aferível pela análise dos seguintes pontos:

(i) Para parcela da doutrina, o destinatário da prova é o juiz. De todo modo, mesmo os autores que entendem que as provas são destinadas também às partes ou ao próprio processo, reconhecem que o magistrado é, ao menos, um de seus destinatários, responsável por garantir a consecução do interesse estatal de eliminação de controvérsias e pacificação social.

(ii) A prova se destina à obtenção da verdade (mesmo que não absoluta), atendendo ao escopo jurídico e social do processo de produzir decisões justas e contribuir com a segurança jurídica, colocando o magistrado como garantidor de tal finalidade.

(iii) São inerentes à prova os princípios do (livre) convencimento motivado do juiz; da proibição de utilização das provas obtidas por meios ilícitos; da máxima eficiência dos meios probatórios, dos quais se denota a importância da participação do julgador.

(iv) Cabe ao magistrado a direção da instrução probatória, podendo determinar a produção de provas de ofício, bem como lhe cabe valorar a necessidade e suficiência da prova, podendo rejeitar as diligências pleiteadas pelas partes quando inúteis ou protelatórias. Inclusive, parcela da doutrina fala em um dever-poder do magistrado de produzir provas, já que a função jurisdicional é a descoberta da verdade, posicionamento este encampado amplamente pelo Superior Tribunal de Justiça.

(v) Os artigos que regem a matéria probatória, dão amplos poderes ao juiz, como pode ser observado nos seguintes dispositivos do Código de Processo Civil, que permitem ao julgador, dentre outros: a) Indeferir, em decisão fundamentada, diligências inúteis, meramente protelatórias

ou desnecessárias em vista de outras provas produzidas (art. 139, III; 370, 443 e 464) ou em caso de fato que só possa ser provado por meio diverso de prova (art. 443); b) Determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito (art. 370); c) Determinar a produção de prova técnica simplificada, em substituição à perícia (art. 464, § 2º); d) Ordenar o depoimento pessoal (art. 385); e) Ordenar à parte a exibição parcial dos livros e dos documentos (art. 421); f) Ordenar a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas ou a acareação (art. 461); g) Determinar a realização de nova perícia quando entender que a matéria não estiver suficientemente esclarecida (art. 480); h) Inspeccionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa (art. 481); i) Inadmitir perguntas em audiência (art. 459). Ademais, o Código de Processo Civil exige deliberação judicial para: a) dilatar o prazo para manifestação sobre a prova (art. 437, § 2º e 139, VI, respeitada a determinação do parágrafo único); b) mudar a ordem de testemunhas em audiência (art. 456, parágrafo único); c) permitir a oitiva de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas ou a acareação (Art. 461).

(vi) O microsistema de provas é dotado de uma série de normas cogentes, como, por exemplo, os artigos 370, 385, 421, 461, 465, § 2º e 480⁵⁵⁴, se admitida a definição de Flávio Luiz Yarshell de que o caráter cogente da norma se deduz do fato da matéria poder ser decidida pelo juiz de ofício⁵⁵⁵⁻⁵⁵⁶.

⁵⁵⁴ Os artigos dispõem sobre: a possibilidade do juiz determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito (art. 370, CPC); ordenar depoimento pessoal (art. 385, CPC); ordenar à parte a exibição parcial dos livros e dos documentos (art. 421, CPC); a inquirição de testemunhas referidas; a acareação (art. 461, CPC); determinar a produção de prova técnica simplificada (art. 465, § 2º); determinar nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida (art. 480, CPC).

⁵⁵⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 83-84.

⁵⁵⁶ Vale consignar, ainda, que, se admitida a definição de Guilherme Peres de Oliveira, de que são cogentes as normas feitas para adequar o processo aos escopos da jurisdição, o julgador poderia utilizar tal justificativa para denegar negócios jurídicos processuais indistintamente, sob o argumento de que os mesmos violariam o escopo social do processo, qual seja, a busca da verdade. Seria possível, por exemplo, o julgador negar validade ao negócio jurídico que previsse a impossibilidade de as partes exibirem integralmente seus livros empresariais (art. 420, CPC), sob o argumento do prejuízo à busca da verdade, escopo da prova. O conceito pode ser visto em: OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Negócio jurídico*

Independente das particularidades alhures mencionadas, indispensável compreender, outrossim, que a matéria de negócio jurídico processual, conforme demonstrada no capítulo 02, permite às partes verdadeira gerência do processo, priorizando o autorregramento da vontade, o que pode ser verificado pelo cotejo das seguintes informações:

(i) O negócio jurídico processual é lastreado na flexibilização do procedimento e na autonomia da vontade. Para muitos autores, deve-se adotar a máxima *in dubio pro liberta*, segundo a qual, na dúvida, deve-se priorizar o determinado pelas partes.

(ii) O Código de Processo Civil prevê a ampla possibilidade de os sujeitos regularem diversas situações jurídicas processuais, bem como o procedimento, ajustando-o às especificidades da causa, como se pode ver nos artigos 63; 65; 168; 191; §§ 1 e 2; 225; 313, II; 337, § 6º; 357, § 2; 362, I; 373, §§ 3º e 4º; 471; 485, VIII; 487, III, a, c; 509, I; 516, parágrafo único; 775; 816; 851, III; 916; 998; 999; 1000, todos do Código de Processo Civil e o art. 2º, da Lei 13.140/2015. Também se visualizam fartas possibilidades na doutrina, conforme enunciados 19, 21, 262, 490, 579 e 580 do Fórum Permanente de Processualistas Civis⁵⁵⁷.

(iii) O código possibilita, ainda, o negócio jurídico processual atípico, em seu artigo 190, que consagra uma verdadeira cláusula geral de convencionalidade, permitindo às partes entabularem negócios jurídicos processuais em que o conteúdo não esteja previsto em lei podendo ajustar o procedimento e a possibilidade de convencionarem sobre ônus, poderes, faculdades e deveres.

processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil. 2017. 202 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2017, p. 180-181.

⁵⁵⁷ CUNHA JUNIOR, Dirley da et al (Org.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Salvador: Juspodivm, 2019. X Edição do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Brasília/DF. Março de 2019.

Partindo das assertivas supranarradas, é possível, *a prima facie*, em uma leitura apressada, compreender os institutos em comento como antagônicos: de um lado, a matéria probatória, franqueando uma participação ativa do magistrado e limitando a atividade das partes; de outro, o negócio jurídico processual, dando ampla liberdade aos demandantes e priorizando o autorregramento da vontade.

Ocorre que tal constatação se mostra incorreta, haja vista que ambos os institutos são simbióticos e complementares, revelando perfeita compatibilidade, devendo ser analisados de forma conglobante e integrativa. Assim, a atuação das partes e do magistrado se complementam, não excluindo a participação de um ou de outro, em um perfeito ciclo cooperativo.

Veja que a ampla possibilidade de a parte realizar negócio jurídico processual em matéria probatória, convencionando sobre a sua produção, seu procedimento, suas faculdades e poderes, dessumida do artigo 190, que admite o negócio jurídico processual atípico, e do artigo 369, que permite às partes a produção de toda prova não ilícita e nem ilegal, não retira do magistrado o seu poder de direção da lide, que deve velar pelo respeito aos direitos fundamentais e pela efetividade do processo, garantindo sua duração razoável e adequando-o às necessidades do conflito.

De forma correlata, a gerência do juiz em matéria probatória, produzindo provas de ofício, avaliando sua necessidade e, ao fim, valorando-a, não impede a parte de participar ativamente de sua produção, exercendo seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, e, em aditivo, empregar todos os meios, mesmo que atípicos, para provar a verdade dos fatos.

Referida conclusão – *qual seja, a simbiose entre o negócio jurídico processual e a matéria probatória* – pode ser dessumida dos seguintes fundamentos: (i) pela interpretação sistemática do Código de Processo Civil; (ii) por analogia a dispositivos do código; (iii) pela utilização dos vetores hermenêuticos do modelo cooperativo.

Em primeiro lugar, no que tange à interpretação do código, importante relembrar o método hermenêutico lógico-sistemático, que prevê que “os dispositivos não têm incidência isolada, mas inserem-se organicamente em um sistema, que é o ordenamento jurídico”⁵⁵⁸⁻⁵⁵⁹ (remete-se o leitor ao item 1.3.2).

⁵⁵⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 101-104.

⁵⁵⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 22-24.

Leva o intérprete em conta não existir o dispositivo isolado, porém, articulado com outros dispositivos, e que a vontade legislativa não decorre do isolamento das emissões estanques, mas da conjugação dos princípios que se completam e se esclarecem⁵⁶⁰.

O método supramencionado permite interpretar o código de forma conglobante, sem que um dispositivo negue vigência aos demais, não existindo motivos para que um de seus institutos seja visto como antagônico ao outro. Aliás a exposição de motivos do Código de Processo Civil estabelece como um de seus corolários a coerência e harmonia *interna corporis* da codificação, demonstrando a escolha pela técnica exegética em comento⁵⁶¹.

De mais a mais, a matéria de negócio jurídico processual está prevista na parte geral do código, de onde se deduz que figura como vetor de aplicação para a codificação de forma global, inclusive para o capítulo de provas.

Em segundo lugar, já no que se refere à analogia, ou seja, à aplicação de uma norma jurídica à outra situação fática semelhante⁵⁶², merecem ser estudados os seguintes dispositivos, todos do Código de Processo Civil: (i) artigo 190, que, de um lado, admite que as partes estipulem mudanças no procedimento e convençionem sobre suas faculdades processuais, mas, de outro, em seu parágrafo único, permite que o juiz controle os negócios quando o processo não admitir autocomposição, as partes não forem plenamente capazes, em casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade; (ii) artigo 373, que permite às partes convençionar sobre o ônus da prova, mas, *pari passu*, ressalta o dever do magistrado de controlar a distribuição convencional do ônus quando recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a um dos litigantes o exercício do direito; (iii) artigo 471, que possibilita aos demandantes, de comum acordo, escolher o perito, mas admite, de forma complementar, que o juiz denegue a escolha quando os sujeitos adversariais não forem plenamente capazes ou a causa não admita autocomposição.

⁵⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 155.

⁵⁶¹ BRASIL. SENADO FEDERAL. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 2015. Exposição de Motivos. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

⁵⁶² “A analogia é a aplicação de uma norma jurídica que regula um determinado caso concreto à outra situação fática semelhante”. Ela é admitida pelo art. 4º, da LINDB. In: SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *Hermenêutica e interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 112.

Nota-se que os artigos supradescritos preveem a plena correspondência entre o direito convencional da parte e os poderes do juiz, podendo ser utilizados como paradigmas hermenêuticos, para compreensão dos artigos 190 e 369 c/c 370 e 371, por analogia, atividade exegética esta que permitiria as seguintes conclusões:

(i) É possível às partes, por meio de negócio jurídico processual, estipular mudanças no procedimento da produção de provas já previstas na codificação, para ajustá-lo às especificidades da causa, *e.g.* estipular que a perícia se realizará antes da apresentação da contestação; ou que a prova pericial será substituída pela exibição de coisas na própria audiência, para inspeção judicial. Seria possível, ainda, convencionar a possibilidade das partes inquirirem presencialmente as testemunhas sem a presença do juiz, ou, desde que um representante do poder judiciário registre os depoimentos por intermédio de estenografia ou filmagem; bem como estabelecer que a prova testemunhal será produzida por intermédio de declarações prestadas perante um tabelião e reduzidas a termo; ou simplesmente que o depoimento das partes ou das testemunhas serão prestados por escrito, em documento particular a ser apresentado em juízo (esse é, inclusive, o teor dos artigos 517, 518 e 520, do Código de Processo Civil português⁵⁶³). Ressalta-se que, em

⁵⁶³ Em suma, o artigo 518, do Código de Processo Civil português admite depoimento apresentado por escrito, desde acordado pelas partes, quando se verificar impossibilidade ou grave dificuldade de comparência no tribunal. Do mesmo modo, o artigo 517 permite a inquirição da testemunha pelos mandatários judiciais no domicílio profissional de um deles, devendo tal inquirição constar de uma ata, também por acordo das partes. Idem o artigo 520, que permite que quando ocorra impossibilidade ou grave dificuldade de comparecimento para depor na audiência, pode o juiz determinar, com o acordo das partes, que sejam os depoimentos prestados, através da utilização de telefone ou outro meio de comunicação direta do tribunal com o depoente. Veja a redação original dos artigos: Artigo 517º Inquirição por acordo das partes. 1 — Havendo acordo das partes, a testemunha pode ser inquirida pelos mandatários judiciais no domicílio profissional de um deles, devendo tal inquirição constar de uma ata, datada e assinada pelo depoente e pelos mandatários das partes, da qual conste a relação discriminada dos factos a que a testemunha assistiu ou que verificou pessoalmente e das razões de ciência invocadas, aplicando -se -lhe ainda o disposto nos n. 1, 2 e 4 do artigo 519º. 2 — A ata de inquirição de testemunha efetuada ao abrigo do disposto no número anterior pode ser apresentada até ao encerramento da discussão em 1.ª instância; Artigo 518º Depoimento apresentado por escrito. 1 — Quando se verificar impossibilidade ou grave dificuldade de comparência no tribunal, pode o juiz autorizar, havendo acordo das partes, que o depoimento da testemunha seja prestado através de documento escrito, datado e assinado pelo seu autor, do qual conste relação discriminada dos factos a que assistiu ou que verificou pessoalmente e das razões de ciência invocadas. 2 — Incorre nas penas cominadas para o crime de falsidade de testemunho quem, pela forma constante do número anterior, prestar depoimento falso; Artigo 520º Comunicação direta do tribunal com o depoente. 1 — Quando ocorra impossibilidade ou grave dificuldade de atempada comparência de quem deva depor na audiência, pode o juiz determinar, com o acordo das partes, que sejam prestados, através da utilização de telefone ou outro meio de comunicação direta do tribunal com o depoente, quaisquer

todos os casos sugeridos em que a testemunha seria ouvida sem a presença do juiz, a colheita do depoimento por outras vias não impediria que o magistrado, se entender necessário, chamasse a testemunha para ouvi-la para um esclarecimento adicional, ou, até mesmo, para acareação, sem prejuízo da posterior avaliação da prova.

(ii) Aos demandantes seria possível, por meio de negócio jurídico processual, estabelecer o emprego de novos meios de prova para provar a verdade dos fatos, desde que legais e moralmente legítimos, como, por exemplo, convencionar a criação de um formulário de perguntas e respostas a ser preenchido pelas testemunhas, antes da fase saneadora, a fim de auxiliar na delimitação das questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória (os depoimentos testemunhas por meio de formulários são admitidos na Rule 104, do diploma *Federal Rules of Evidence*, nos Estados Unidos)⁵⁶⁴; convencionar um novo meio de prova, em que a perícia seja feita pelo perito judicial, na presença do juiz, que participaria ativamente da produção da prova, apresentando quesitos suplementares durante a diligência e inspecionando o processo, em uma espécie de junção da prova pericial com a inspeção judicial; convencionar um novo ato processual, após a realização da perícia, em que os assistentes técnicos realizassem uma discussão conjunta, seguida de um parecer sobre os pontos que concordam ou discordam, e seus motivos (a prática se assemelharia à possibilidade do tribunal inglês determinar a discussão entre os peritos indicados pelas partes, seguida de uma declaração conjunta, indicando as questões que

esclarecimentos indispensáveis à boa decisão da causa, desde que a natureza dos factos a averiguar ou esclarecer se mostre compatível com a diligência. 2 — O tribunal deve assegurar -se, pelos meios possíveis, da autenticidade e plena liberdade da prestação do depoimento, designadamente determinando que o depoente seja acompanhado por oficial de justiça durante a prestação daquele e devendo ficar a constar da ata o seu teor e as circunstâncias em que foi colhido. 3 — É aplicável ao caso previsto neste artigo o disposto no artigo 513.º e na primeira parte do n.º 4 do artigo anterior. In: PORTUGAL. Lei n.º 41/2013, de 2013. Aprova o Código de Processo Civil. Lisboa, 26 jun. 2013. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/497406/details/normal?l=1>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

⁵⁶⁴ Rule 104. The court may direct that an offer of proof be made in questionand-answer form. In: ESTADOS UNIDOS. U.S. GOVERNEMENT. *Federal rules of evidence*. 2017. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/evidence-rules-procedure-dec2017_0.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2019.

concordaram, as que não houve acordo e o resumo de suas respectivas justificativas^{565_566}).

(iii) Podem os litigantes, por meio de negócio jurídico processual, convencionar sobre as faculdades de não produzir determinada prova, como, por exemplo, abdicar da possibilidade da produção de prova técnica simplificada ou negociar a abstenção da utilização da ata notarial.

(iv) Seria possibilitado às partes, ainda, por meio de negócio jurídico processual, negociar para abdicar, ou acrescentar, seus poderes e ônus relacionados à prova, *e.g.*, negociando que as partes podem servir-se de escritos anteriormente preparados para auxiliar em seus depoimentos;

(v) Os sujeitos antagônicos do processo teriam a possibilidade de, por meio de negócio jurídico processual, pactuar o aumento de seus deveres em matéria probatória, como, por exemplo, determinando a obrigatoriedade da apresentação de assistente técnico ou a compulsoriedade de se arrolar testemunhas que possam comprovar o caráter de outra testemunha, que preste uma informação essencial ao processo (semelhante ao previsto na Rule 405, do diploma americano)⁵⁶⁷. Seria possível convencionar o dever de as partes exibirem uma à outra, na audiência de conciliação ou mediação judicial (artigo 334, CPC), todas as informações que dispõem, auxiliando um eventual acordo (próximo ao *disclosure* inglês). As partes poderiam avançar, ainda, a obrigação de, antes de ingressar com um processo,

⁵⁶⁵ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 181-182.

⁵⁶⁶ Nesta discussão o advogado não participa, salvo excepcionalmente, caso em que não podem intervir.

⁵⁶⁷ Rule 405. Methods of Proving Character (a) BY REPUTATION OR OPINION. When evidence of a person's character or character trait is admissible, it may be proved by testimony about the person's reputation or by testimony in the form of an opinion. On cross-examination of the character witness, the court may allow an inquiry into relevant specific instances of the person's conduct. (b) BY SPECIFIC INSTANCES OF CONDUCT. When a person's character or character trait is an essential element of a charge, claim, or defense, the character or trait may also be proved by relevant specific instances of the person's conduct. In: ESTADOS UNIDOS. U.S. GOVERNEMENT. *Federal rules of evidence*. 2017. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/evidence-rules-procedure-dec2017_0.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2019.

notificar a outra extrajudicialmente, contando as alegações de fatos que justificam sua demanda, bem como a solução esperada, seguida por uma audiência extrajudicial de conciliação ou mediação, similar ao *statement of case* inglês. Do mesmo modo, poderiam estabelecer a obrigatoriedade de produzir provas de forma antecipada⁵⁶⁸.

(vi) Contudo, todas estas prerrogativas, traçadas nos itens “i” à “v”, não impediriam o juiz de limitar a efetividade destes negócios, nos casos em que violassem o ordenamento jurídico, nem tolheriam os seus poderes instrutórios, ou sequer a possibilidade de valorar motivadamente a prova.

Retomando às justificativas inicialmente apresentadas, em terceiro lugar, a lógica simbiótica exposta se coaduna com o modelo cooperativo do processo, que prima pela participação ativa de todos os envolvidos, os quais devem trabalhar para um resultado justo para a solução da lide, em uma atividade policêntrica, sem qualquer protagonismo, permitindo que todos possam participar e influir no resultado do exercício do poder jurisdicional. Portanto, é possível permitir à parte a participação na formação e na execução da prova, por intermédio de negócio jurídico processual que verse sobre o procedimento probatório, bem como sobre os seus ônus, deveres, poderes e faculdades, em matéria probatória, sem excluir do magistrado um papel de condutor de uma lide justa e equilibrada, garantindo os direitos fundamentais e a efetividade do processo, em prol de uma decisão judicial fruto da atividade cooperativa.

Veja que um processo colaborativo não exige um juiz apático – *característico do modelo inquisitivo* – mais sim um juiz que assegure uma lide justa; *pari passu*, não demanda uma parte inerte, desprovida de contraditório efetivo – *característica do modelo dispositivo* – , mas sim um demandante que auxilie, tanto quanto possível, na busca da verdade, podendo convencionar sobre o processo e suas situações processuais, o que só coaduna o entendimento acima exarado.

⁵⁶⁸ Veja que o artigo 656, do já arquivado projeto de lei 1572/2011, que visava instituir o Código Comercial, previa que, em medida preparatória à produção de prova judicial, o empresário poderia requerer a citação de outro empresário para a permuta de documento, conforme se verifica em: YARSHELL, Flávio Luiz. O projeto de novo código comercial e a proposta de permuta de documentos entre as partes: discovery brasileira? In: *Processo societário*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil; 2012, p. 203-207.

De todo o exposto, os dispositivos que preveem a participação do juiz em matéria probatória e os poderes de negociação da parte sobre provas típicas e atípicas, devem ser compreendidos de forma conjugada, como complementares.

No panorama traçado, Robson Renault Godinho denomina os negócios jurídicos processuais em matéria probatória de contratos probatórios, definindo-os como os negócios pelos quais as partes regulam o modo de produção da prova, podendo incidir sobre os ônus ou o meio de prova. O autor reconhece que tal negócio, assim como todos os negócios jurídicos processuais, afetam a atividade do magistrado, o que por si só não atinge sua admissibilidade, vez que o próprio ordenamento jurídico estabelece limitações à produção probatória, *e.g.*, a vedação de prova ilícita, sendo as limitações consensuais mais uma possibilidade admitida. O doutrinador ressalva, todavia, que os negócios não servem para entorpecer a ação do julgador, nem podem limitar totalmente a cognição do juiz⁵⁶⁹.

Há, contudo, aqueles que refutem a possibilidade de negócio jurídico processual em matéria de provas.

De acordo com José Roberto dos Santos Bedaque, não se admite esta modalidade de negócio, uma vez que o processo exerce função pública e, uma vez instaurado, seu andamento está fora da esfera de atuação das partes. O autor complementa, alegando que, para tal constatação, é indiferente a disponibilidade do direito material, já que o processo, como instrumento da atividade jurisdicional, é um só, sendo irrelevante a matéria discutida⁵⁷⁰.

Cássio Scarpinella Bueno, por seu turno, aduz que não vê como aceitar o negócio jurídico processual sobre a força probante dos meios de prova⁵⁷¹.

Sobre o tema, conveniente destacar a posição de Michele Taruffo, segundo o qual “o processo é justo se é sistematicamente orientado para a produção de decisões justas” e “uma decisão é justa se se funda sobre uma averiguação veraz dos fatos relevantes”. Partindo de tais embasamentos, alega serem inadmissíveis os acordos processuais entre as partes relativos à verdade ou à falsidade dos fatos alegados, não estando a verdade à mercê de acordos, não podendo o juiz se vincular a tal negócio

⁵⁶⁹ GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 577-586.

⁵⁷⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 91-101.

⁵⁷¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 225-227.

jurídico. Para o processualista, existem meios para descobrir a verdade⁵⁷² sobre eventos do mundo externo, sendo que a averiguação desta veracidade seria pressuposto de uma decisão justa. Diz, ainda, que as partes utilizam de suas habilidades para esconder a verdade, motivo pelo qual “no processo inteiramente confiado à iniciativa das partes a verdade se torna um objetivo impossível de alcançar, ou permanece irrelevante em relação à finalidade preeminente que é aquela de resolver de qualquer modo a controvérsia”⁵⁷³.

Blecaute Oliveira da Silva, em artigo destinado à análise da posição de Taruffo, afirma que o negócio jurídico processual em matéria probatória é possível, desde que não haja vedação positivada, “já que a verdade a partir de um modelo de justificação racional, vige com base na verdade como um consenso, que pressupõe acordo de vontade”⁵⁷⁴. O autor alega que a verdade não é o fim do processo, embora ela seja um dos critérios usados na decisão judicial, de modo que não há óbice ao negócio jurídico, sendo que “não é o negócio que fixa a verdade, mas um negócio que estabelece como o fato será provado”. À vista disso, as partes possuiriam uma ampla liberdade para indicar os meios de prova, respeitando-se as normas do ordenamento jurídico, vez que não se está a dispor sobre a verdade, mas sobre meios para estabelecer o fato. Por fim, ressalta o autor que o juiz não está vinculado ao negócio jurídico que não participou, devendo analisá-lo⁵⁷⁵.

Desse modo, a autonomia da vontade pode estipular quais os critérios aptos a estabelecer a fixação dos fatos no processo. Já é assim. O autor e o réu provam como querem e o que querem, mas isso de modo unilateral. Por que não de forma plurilateral? O sistema jurídico pode impor limites, mas isso é um problema de política legislativa. Caso haja limite, a estipulação no negócio jurídico contrária será nula⁵⁷⁶.

Sem embargo das posições narradas, o negócio jurídico processual em matéria probatória é uma realidade no processo civil brasileiro, o que se confirma, inclusive, pela previsão positivada de dois negócios jurídicos processuais típicos que tratam do tema probante no código processual, quais sejam, a inversão convencional do ônus da prova e

⁵⁷² O doutrinador considera, para tanto, de um lado, as premissas de que o mundo externo existe na sua materialidade empírica e um enunciado é verdadeiro se, primeiro, reproduz o ocorrido no mundo fático e, segundo, se existem razões suficientes a justificar aquilo que o enunciado diz acerca daquele evento. Conclui, então, que, “existe a possibilidade de descobrir, com métodos adequados e confiáveis, a verdade sobre eventos do mundo externo”.

⁵⁷³ TARUFFO, Michele. *Verità negoziata*. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, vol. 13, p. 634-657, 2014. Tradução de: Pedro Gomes de Queiroz.

⁵⁷⁴ SILVA, Blecaute Oliveira da. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 567.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 571-573.

⁵⁷⁶ *Ibidem.*, p. 572.

a escolha consensual do perito. Corroborando com este entendimento, é de se notar que o artigo 190, que trata de negócios jurídicos processuais atípicos, está localizado topograficamente na parte geral do código, o que demonstra que o mesmo possui aplicação a todas as situações previstas na codificação.

De mais a mais, a doutrina, embora, via de regra, não trate especificamente sobre o tema, ao versar sobre negócio jurídico processual constantemente traz exemplos de negócios que afetam a matéria probatória, o que se vê, também, nos enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Os exemplos mais frequentemente encontrados são: o ajuste sobre o tempo para realização de audiência; acordo para limitar o número de testemunhas; convenção que permite a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal; dispensa consensual do assistente técnico; convenções sobre novas modalidades de prova ou sobre a exclusão de determinada prova; pacto de disponibilização prévia de documentação (*pacto de disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, subrogatórias ou indutivas; acordo de produção antecipada de prova⁵⁷⁷.

Isto posto, é possível dizer que o negócio jurídico processual em matéria probatória é uma realidade, que demanda debate da doutrina pátria. Útil ressaltar, aqui, que em Portugal as convenções em matéria de provas são admissíveis expressamente por disposição do artigo 345, do Código Civil português, que prevê a modalidade de negócio jurídico processual sobre o tema probante e, posteriormente, o regula, delimitando, como exceção, a impossibilidade do negócio quando se tratar de direito indisponível ou a inversão tornar excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito ou se as determinações legais quanto à prova tiverem por fundamento razões de ordem pública:

Artigo 345º (Convenções sobre as provas). 1. É nula a convenção que inverta o ónus da prova, quando se trate de direito indisponível ou a inversão torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito. 2. É nula, nas mesmas condições, a convenção que excluir algum meio legal de prova ou admitir um meio de prova diverso dos legais; mas, se as determinações legais quanto à prova tiverem por fundamento razões de ordem pública, a convenção é nula em quaisquer circunstâncias⁵⁷⁸.

⁵⁷⁷ Vide, sobre o tema, os enunciados 19, 21, 262, 490, 579 e 580 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. In: CUNHA JUNIOR, Dirley da et al (Org.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Salvador: Juspodivm, 2019. X Edição do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Brasília/DF. Março de 2019.

⁵⁷⁸ Artigo 344.º (Inversão do ónus da prova). 1. As regras dos artigos anteriores invertem-se, quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ónus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine. In: PORTUGAL. Decreto Lei n.º 47344, de 1966. Código Civil. Lisboa,

Analisando a doutrina portuguesa, Manuel de Andrade, citado por Francisco Manuel Lucas Ferreira de Almeida, define o negócio jurídico processual em matéria probatória como estipulações das partes relativas às provas, “autorizando ou interdizendo certos meios de prova (incluídas as presunções), taxando-lhes o valor, alterando o formalismo processual aplicável, invertendo ou atenuando o ónus probatório”. De acordo com Francisco Manuel Lucas Ferreira de Almeida, “não pode o tribunal alterar *ex-officio* o elenco legal das provas, mas podem as partes, no âmbito das relações jurídicas disponíveis, convencionar a sua restrição ou seu alargamento, criando um meio de prova diverso dos legais”⁵⁷⁹.

De todo modo, não obstante a admissibilidade do negócio jurídico processual que trate sobre provas, é inegável que, em um estado constitucional de direito, e em um processo vetorizado pela ótica da efetividade, o ato de nenhum sujeito processual pode ser considerado ilimitado, sob o risco do retorno aos sistemas autoritários. Consequentemente, não podem nem as partes utilizarem do instituto deliberadamente, menoscabando o escopo social do processo, nem os magistrados exercerem controle autoritário e irrestrito, tolhendo o direito a um processo justo e efetivo, e violando, ainda que indiretamente, a norma do artigo 190, do Código de Processo Civil.

Diante deste cenário, inicia-se uma tarefa hermenêutica para estabelecer vetores que orientem a atuação do magistrado, os quais – *sem tolher o direito das partes ao negócio jurídico processual em matéria probatória* – sejam aptos a resguardar o devido processo legal, conservando seus poderes instrutórios, a fim de que possa participar, em conjunto com as partes, da produção probatória, de forma cooperativa.

4.2 UMA PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO⁵⁸⁰

Embora a atividade probatória das partes seja vista tradicionalmente como um ônus, já se explanou no capítulo 02 que ela é, também, um direito do demandante,

25 nov. 1966. Disponível em: <<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

⁵⁷⁹ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*: vol. II. Coimbra: Almedina, 2019, p. 273.

⁵⁸⁰ Frisa-se que a escolha topográfica pelo estabelecimento de limitações ao negócio jurídico processual em matéria probatória antes da análise dos negócios jurídicos processuais em espécie – *convenção sobre ônus da prova e escolha consensual do perito* – se deu tendo em vista que as balizas que se passa a apresentar funcionarão como diretrizes para todas as formas de negócios jurídicos processuais em matéria de provas, os quais serão individualmente vistos em seguida.

proveniente das garantias constitucionais que emanam do devido processo legal, sendo possível falar em um direito fundamental à prova – *ou, direito de provas, segundo Flávio Luiz Yarshell* - , extraído do direito ao contraditório, em sua dimensão substancial, corolário do processo justo. Tal direito compreende, dentre muitas faces, a prerrogativa de pleitear e ter disponibilidade de utilização dos meios de prova, inclusive por intermédio do negócio jurídico processual.

Em aditivo, os sujeitos antagônicos do processo possuem o direito de regular a forma de exercício de seus direitos e deveres processuais e dispor sobre os ônus que contra si recaiam, expressando a autonomia da vontade, em prol de um processo colaborativo, favorecendo e prestigiando as soluções da controvérsia obtidas diretamente pelos próprios litigantes, através da disciplina de suas faculdades processuais, conforme suas conveniências. Para tanto, o Código de Processo Civil permite a celebração de negócios jurídicos taxativamente previstos, bem como negócios jurídicos processuais atípicos.

Isto posto, é possível dizer que as partes possuem o direito de produzir toda e qualquer prova, seja ela tipificada ou não em lei, por intermédio do negócio jurídico processual, bem como negociar sobre seu procedimento e sua forma de exercício, mesmo em casos que a lei não preveja uma cláusula específica de convencionalidade, de onde se deduz, sem sombra de dúvidas, que há ampla possibilidade para celebração de negócio jurídico processual em matéria probatória, seja flexibilizando o procedimento de provas pré-estabelecidas no código, seja ampliando ou reduzindo os meios de prova ou seus deveres, poderes e faculdades, seja convencionando sobre seu ônus.

Porém, como exposto, a liberdade das partes não pode tolher o papel do magistrado, que, como sujeito cooperativo do processo, poderá estabelecer limites aos negócios firmados ou negar-lhes vigência, em casos que as disposições violem normas constitucionais e infraconstitucionais, os princípios norteadores do processo ou tolham as prerrogativas que lhe foram conferidas como condutor do litígio judicializado, em prol de uma lide justa e efetiva.

Assim, por exemplo, é possível que as partes firmem acordo para limitar ou ampliar o número de testemunhas (357, § 6º), o que não afetaria o direito de o juiz poder ordenar de ofício a inquirição das testemunhas referidas; ou poderiam os litigantes decidirem se abster de requerer o depoimento pessoal da parte contrária (art. 385), o que não impediria que o juiz determinasse, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa; ou seria possível que os demandantes convencionassem ampliar/reduzir prazos para apresentar quesitos (465), desde que, com

isso, não afetassem a efetividade do processo (como, por exemplo, estabelecendo um prazo de dez meses, em um caso considerado simples, sob o ponto de vista técnico-científico); ou, ainda, as partes poderiam ampliar/reduzir as modalidades de prova, o que não poderia violar a inadmissibilidade constitucional de prova ilícita (art. 5º, LVI, CF), nem seria possível que sua dispensa fosse tamanha a ponto de importar na ausência de contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, CF).

Desta forma, a liberdade das partes estaria permeada pela atuação do magistrado, em uma atuação policêntrica.

Neste cenário se torna crucial, em uma interpretação construtiva, sistematizar a matéria em debate, a fim de (i) auxiliar nos estudos sobre o tema; (ii) evitar manifestações abusivas de subjetividade pelo julgador, permitindo a negativa indiscriminada dos negócios jurídicos processuais em matéria probatória, que acabem indiretamente por tolher o próprio direito ao negócio processual; (iii) combater atitudes das partes, eivadas de má-fé, que possam usar do autorregramento da vontade para manipular o processo, em desacordo com o escopo social da jurisdição; (iv) conferir segurança jurídica, evitando decisões discrepantes, em face à falta de critérios, contrariando o objetivo do novo código de uniformizar a jurisprudência⁵⁸¹.

Uma dessas funções indiretas desempenhadas pelo princípio da segurança jurídica é a chamada função interpretativa, uma vez que ela é utilizada na atividade de interpretação de normas construídas a partir de outros textos normativos, restringindo ou ampliando seus sentidos. Desse modo, ao construir uma determinada norma, "dentre os seus vários sentidos possíveis, deve o intérprete escolher aquele que seja mais fortemente suportado pelo sobreprincípio da segurança jurídica"; o princípio da segurança jurídica, em outras palavras, "na sua relação vertical com as normas que o concretizam, serve de critério interpretativo a fim de lhes atribuir significado compatível com os ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do direito". Esta função do princípio da segurança jurídica exige, portanto, que as normas processuais sejam interpretadas não só a partir de uma ótica instrumentalista, mas também voltada à estabilidade e previsibilidade decorrentes de sua aplicação⁵⁸².

Isto posto, passa-se, neste momento, a propor vetores para atividade do magistrado, a fim de balizar a atuação estatal no controle de negócio jurídico processual

⁵⁸¹ STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. *Hermenêutica e jurisprudência no código de processo civil: coerência e integridade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 28-29.

⁵⁸² LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Segurança jurídica no código de processo civil de 2015. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al (Coord). *Processo em jornadas: XI jornadas brasileiras de direito processual*. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 769.

que verse sobre a atividade probante.

4.2.1 As balizas positivadas do artigo 190 do Código de Processo Civil

As primeiras balizas que se propõem, são as advindas da própria interpretação gramatical do artigo 190, do Código de Processo Civil, conforme se passa a expor:

4.2.1.1 O negócio jurídico não pode versar sobre direitos que inadmitam autocomposição

O primeiro requisito estabelecido pelo artigo 190, do Código de Processo Civil, é que o negócio jurídico processual verse sobre direitos que admitam autocomposição. A premissa é reforçada, analogicamente, pelos artigos 373, § 3º, que não admite distribuição diversa do ônus da prova quando recair sobre direito indisponível da parte; 392, que não admite como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis; 471, II, que inadmite escolha convencional do perito quando a causa não possa ser resolvida por autocomposição, todos do Código de Processo Civil.

José Calmon de Passos explica que não é conveniente a expressão “direitos indisponíveis”, sendo correto dizer “direitos que admitam autocomposição”⁵⁸³.

Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello complementam afirmando que não são somente direitos patrimoniais disponíveis que admitem autocomposição, citando, como exemplo, processos que versam sobre alimentos, guarda de menores, administração públicas e direito coletivo⁵⁸⁴.

Didier complementa, argumentando que em muitos casos o direito é indisponível, porém admite autocomposição, sendo raras as hipóteses em que se vedem a transação⁵⁸⁵.

Rememora-se, nesta ocasião, a já explicitada visão de Flávio Luiz Yarshell, segundo o qual o Código de Processo Civil distingue direito disponível e direito transacionável, sendo que a possibilidade de transação não se resume a direitos

⁵⁸³ PASSOS, José Joaquim Calmom de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, 3 v., p. 484.

⁵⁸⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 629-630.

⁵⁸⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador: JusPodvim, 2019, p. 727-728.

patrimoniais, podendo versar sobre questões relativas ao estado e a capacidade das pessoas⁵⁸⁶, bem como de Arruda Alvim, que ressalva o fato de que, atualmente, a noção de indisponibilidade comporta gradação, quando associada à autonomia de vontade, à celeridade na concretização dos direitos, dentre outros valores, reconhecendo que há direitos indisponíveis suscetíveis de serem transacionados, ao menos em relação a alguns aspectos⁵⁸⁷.

Além disto, o Enunciado 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), enfatiza que “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”^{588_589}.

Destarte, o juiz, ao exercer seu controle de validade de um negócio jurídico que trate de provas, deverá analisar o direito material em litígio, inadmitindo aqueles que, indiretamente, acabem por tolher o exercício do próprio direito material.

O ponto que parece sensível, em uma análise pessoal, é o negócio jurídico processual afetar o núcleo do direito indisponível, sendo que, indiretamente, acabasse por frustrá-lo, como, por exemplo, um negócio jurídico entabulado em um pacto antenupcial, que previsse que, em uma futura e incerta ação de investigação de paternidade, as partes deveriam abdicar do exame de DNA, ou em uma ação de guarda de menor em que os litigantes convencionassem a não formulação de um estudo social. Todavia, não parece que a lógica seria a mesma, caso nas mesmas ações fosse negociada uma dilação de prazo para produção de determinada prova, uma ampliação no número de testemunhas, ou a escolha convencional de um perito, sem prejuízo do exercício da atividade probatória complementar do juiz.

Ademais, a título de complemento, remete-se o leitor ao item 2.3.2.1.

4.2.1.2 O negócio jurídico não pode ser celebrado por partes incapazes

⁵⁸⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 81-82.

⁵⁸⁷ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 579-580.

⁵⁸⁸ CUNHA JUNIOR, Dirley da et al (Org.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Salvador: Juspodivm, 2019. X Edição do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Brasília/DF. Março de 2019.

⁵⁸⁹ Pertinente apontar que o Enunciado 494, do Fórum Permanente de Processualistas Civis prescreve que a admissibilidade de autocomposição não é requisito para o calendário processual. In: CUNHA JUNIOR, Dirley da et al (Org.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Salvador: Juspodivm, 2019. X Edição do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Brasília/DF. Março de 2019.

O artigo 190, do Código de Processo Civil exige, para formulação do negócio jurídico processual, que as partes sejam capazes. No mesmo sentido, encontra-se o artigo 471, I, do diploma, que inadmite escolha convencional do perito quando a parte for incapaz.

Deste modo, o litigante que entabulará o acordo deverá ter personalidade civil e aptidão para estar na relação jurídica processual e firmar o negócio processual, caso contrário a validade do mesmo deverá ser controlado pelo magistrado. Porém, não há óbice para que, nos termos do artigo 76 do diploma, a invalidade possa ser sanada.

Não se deve olvidar, aqui, que os incapazes poderão firmar negócio jurídico desde que representados ou assistidos (artigos 71, 72 e 75, do CPC). A fim de não repetir exaustivamente o tema, remete-se o leitor ao item 2.3.2.1.

4.2.1.3 O negócio jurídico deve respeitar os requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral

De acordo com o parágrafo único do artigo 190, do Código de Processo Civil, de ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade dos negócios jurídicos processuais, recusando-lhes aplicação nos casos de nulidade. Portanto, deve-se respeitar as exigências de validade dos atos jurídicos, como sujeito capaz, objeto lícito e a forma prescrita ou não defesa em lei, como amplamente tratado no item 2.1.2⁵⁹⁰.

Assim, os atos inválidos deverão ser considerados, *a priori*, nulos, seja por violarem normas disciplinadoras dos pressupostos processuais e condições da ação, afetando a própria jurisdição, seja por violarem faculdades processuais⁵⁹¹. Logo, a invalidade será sempre uma sanção⁵⁹².

Nessa situação são exemplos, o negócio jurídico processual que estabeleça uma dilação de prazo para apresentação de quesitos, celebrado por um sujeito incapaz; um negócio que permita a parte empregar expressões ofensivas nos escritos apresentados ou na audiência de instrução e julgamento; um acordo firmado exclusivamente com o

⁵⁹⁰ Consigna-se que o Enunciado 403, do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que prevê que a validade do negócio jurídico processual, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. In: CUNHA JUNIOR, Dirley da et al (Org.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Salvador: Juspodivm, 2019. X Edição do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Brasília/DF. Março de 2019.

⁵⁹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 1 v., p. 607-609.

⁵⁹² DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador: JusPodvim, 2019, p. 474.

objetivo de fraudar a lei; um negócio que estabeleça uma renúncia à determinada prova, motivada por um erro de fato ou por coação; um negócio jurídico que possibilite a oitiva de testemunha acometida por enfermidade ou retardamento mental, que ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los.

Não obstante, não se deve olvidar que as nulidades devem respeitar a sistemática processual civil.

4.2.1.4 O negócio jurídico deve respeitar à parte vulnerável e não pode estar inserido abusivamente em contrato de adesão

O artigo 190 veda negócio jurídico processual inserido abusivamente em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Não se deve olvidar, aqui, que o modelo de autonomia irrestrita das partes, inspirado no *laissez-faire* iluminista e materializado no *pacta sunt servanda*, foi substituído, com a crise do modelo liberal e a ascensão do *Welfare State*, que passou a exigir maior participação do Estado na equalização das relações jurídicas, conforme exposto no item 1.1.2. No Brasil, esta realidade teve seu ápice com a Constituição Federal de 1988, de forte cunho social, que trouxe a reafirmação do ordenamento jurídico como um instrumento de proteção de direitos fundamentais, instituindo um Estado social democrático. Nas palavras de Carmem Lúcia, foram criados novos paradigmas, consagrados constitucionalmente, estabelecendo restrições e limites voltados ao interesse coletivo⁵⁹³.

Tais paradigmas emanaram consequências também na ótica processual, que evoluiu “do liberalismo acanhado, cristalizado no processo escrito e na inércia do juiz”, para um processo civil social⁵⁹⁴, demandando uma participação mais ativa do julgador. Assim, cabe a ele, como representante estatal, proteger a parcela mais vulnerável da relação processual, especificamente aqui o vulnerável negocial. Acerca do conceito de vulnerável, assim explica Cláudia Lima Marques:

A vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de

⁵⁹³ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 16.

⁵⁹⁴ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral: fundamentos e distribuições dos conflitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 152

risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado (assim Ripert, *Le règle morale*, p. 153), é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva (Fiechter-Boulvard, *Rapport*, p. 324), que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a ‘explicação’ destas regras ou da atuação do legislador (Fiechter-Boulvar, *Rapport*, p. 324), é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa⁵⁹⁵.

Observe que o artigo 139, do atual diploma processual, que versa sobre os poderes, deveres e responsabilidades do juiz, prescreve que o magistrado, como diretor do processo, deve assegurar às partes um tratamento isonômico, garantindo a igualdade entre elas. A igualdade mencionada é a real ou substancial, que significa que o juiz deve tratar os desiguais na medida de suas desigualdades⁵⁹⁶.

Tema de grande relevância, a igualdade, a despeito de sua difícil delimitação em bases objetivas, não pode ser abandonada pelo estudioso das ciências sociais por suas conexões com a justiça e a legitimação democrática do sistema jurídico. A análise da realidade institucional brasileira desde sua gênese permite a constatação de significativas disparidades nos planos social e econômico com o constante reforço de privilégios em favor de certos indivíduos; como resultado, a noção de cidadania na sociedade brasileira não logrou o mesmo desenvolvimento verificado em outros países, tendo o Estado pátrio assumido o dever de suprir as diferenciações “naturais” da sociedade sem, contudo, lograr êxito. Como a prestação jurisdicional verifica-se por meio de serviço estatal e a visão da coisa pública no País tem gestão peculiar, o impacto dessa sistemática teve efeitos que repercutem até os dias de hoje⁵⁹⁷.

No que tange ao contrato de adesão, Flávio Tartuce e Daniel Mitidiero definem como sendo “aquele em que uma parte, o estipulante, impõe o conteúdo negocial, restando à outra parte, o aderente, duas opções: aceitar ou não o conteúdo desse negócio”⁵⁹⁸. Referido contrato, cujo conceito foi positivado no artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, é o resultado da dinamização das relações sociais e da expansão do capitalismo, responsável pela massificação contratual:

⁵⁹⁵ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 120.

⁵⁹⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 635

⁵⁹⁷ TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 351.

⁵⁹⁸ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 417.

A massificação se fez sentir também na matéria contratual, através do surgimento dos chamados contratos de adesão (ou contratos-formulário ou contratos standard). Em tais mecanismos, ficam bastante diminuídas, senão completamente afastadas, as características básicas dos moldes clássicos do contrato, no que se refere à igualdade dos contratantes (uma vez que desde logo se admite que há partes em desigualdade de condições, com uma delas ditando o conteúdo do contrato) e de liberdade contratual (pois que se reconhece também de imediato a necessidade que uma das partes tem de adquirir determinados bens da vida, negociáveis pela parte mais forte)⁵⁹⁹.

Do exposto, não terá validade o negócio jurídico processual que desrespeite a igualdade material entre as partes. Desta feita, poderia se aventar um contrato de compra e venda de um carro, que preveja que, caso o veículo apresente problemas, em um eventual processo judicial a fim de ressarcir o consumidor pelos defeitos da coisa, as partes abram mão da perícia mecânica. Tal negócio jurídico processual em matéria probatória seria inválido, haja vista a manifesta vulnerabilidade da parte, nos termos da codificação consumerista. Idem a um contrato bancário feito unilateralmente pelo banco, que determine a aplicação de juros e inadmita, em caso de um futuro processo judicial, a perícia contábil para aferir sua legalidade.

4.2.1.5 O negócio jurídico não pode dispor sobre situações processuais de titularidade alheia

O artigo 190 é claro ao fixar que as partes podem convencionar sobre os seus próprios ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Destarte, inadmite o ordenamento jurídico que as partes convencionem sobre situações alheias, sejam elas sujeitos do processo ou não⁶⁰⁰.

Fazendo um paralelo com o direito civil, a autonomia privada – *característica dos negócios jurídicos* - é o poder que os sujeitos têm de regular as relações que participam. Em consequência, o negócio processual não aproveita nem prejudica terceiros, senão aos que dela fizerem parte. Aliás, esta é a redação do artigo 844, do Código Civil, que prevê que “a transação não aproveita, nem prejudica senão aos que nela

⁵⁹⁹ SELEME, Sérgio. Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 266.

⁶⁰⁰ A ideia é reforçada pelos artigos 391 e 392, que afirmam que a confissão judicial não prejudica os litisconsortes, é ineficaz se feita por quem não for capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados e a confissão feita por um representante somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado.

intervierem, ainda que diga respeito a coisa indivisível”.

Neste sentido, Guilherme Peres esclarece que as partes só podem convencionar sobre direitos, deveres, ônus e obrigações próprias, nunca de terceiros, ainda que de sujeitos do processo, como juiz, perito, intérprete, serventuário, dentre outros, em relação aos elementos da relação jurídica processual⁶⁰¹. Neste sentido, o Enunciado 402, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis determina que a eficácia dos negócios processuais para quem deles não fez parte depende de sua anuência, quando lhe puder causar prejuízo⁶⁰².

No que tange especificamente ao juiz, importante observar que seus deveres, faculdades e poderes não podem ser tolhidos por iniciativa das partes em negócio jurídico processual, conforme se verá melhor no tópico seguinte.

Deste modo, não pode o negócio jurídico processual em matéria probatória prejudicar, por exemplo, os litisconsortes que não participaram do negócio jurídico; o representado, se o negócio é feito por um representante além de seus limites; terceiros alheios à relação processual, nem ao próprio juiz, casos em que o negócio não será oponível contra eles. Assim, por exemplo, não seria possível um caso envolvendo pluralidade de litisconsortes passivos em que um deles firmasse negócio jurídico processual com o litisconsorte ativo, decidindo por abdicar de assistentes técnicos na perícia, sendo que o negócio jurídico não valeria quanto aos demais litisconsortes que não anuíram com o negócio; do mesmo modo, no caso em que o representante da parte anísse, sem poderes para tanto, com um negócio jurídico processual que impedisse o representado de produzir determinada prova, não valeria contra ele; ademais, não teria eficácia um negócio jurídico processual que impedisse que testemunhas que residissem em outra comarca prestassem declarações por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico, ou fossem ouvidas na sede da comarca onde residem, obrigando-as a se deslocar para onde tramita o processo; também não seria admissível um negócio jurídico processual exigindo de terceiro, estranho às partes, a apresentação de um documento (sem menoscar, aqui, o poder do juiz de determinar a apresentação do documento).

⁶⁰¹ OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Negócio jurídico processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil*. 2017. 202 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2017, p. 163-164.

⁶⁰² CUNHA JUNIOR, Dirley da et al (Org.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*. Salvador: Juspodivm, 2019. X Edição do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Brasília/DF. Março de 2019.

4.2.2 As balizas positivadas nos artigos 369, 370 e 371 do Código de Processo Civil

Em aditivo aos requisitos positivados no artigo 190, é possível extrair vetores interpretativos e poderes-deveres que norteiam a atividade do magistrado também nos artigos 369, 370 e 371. Rememora-se, neste momento, que um dos deveres do juiz em sede de produção probatória é de conduzir adequadamente o processo, em busca de se alcançar a verdade – *ou o mais próximo dela* – e, com isso, promover justiça.

4.2.2.1 O negócio jurídico não pode ter por objeto meios de prova ilegais e ilegítimos

O artigo 369, do Código de Processo Civil, prevê grande amplitude de produção probatória às partes, admitindo que elas empreguem todos os meios de prova, desde que legais e moralmente legítimos. Tal dispositivo – lido *contrariu sensu* - proíbe as partes de valerem-se de provas que violem o ordenamento jurídico como um todo⁶⁰³. Marinoni e Arenhart esclarecem que meios moralmente legítimos são aqueles que estão de acordo com o direito⁶⁰⁴.

Importante enfatizar que a utilização da prova ilícita esbarra em um preceito constitucional, estabelecido no artigo 5º, LVI, sendo possível falar no princípio da proibição de utilização das provas obtidas por meios ilícitos, que salvaguarda direitos fundamentais, como privacidade, intimidade, sigilo das comunicações, dentre outros. Destarte, as provas que violem tais direitos serão consideradas ilícitas, assim como as provas que dela derivem, conforme a “doutrina dos frutos da árvore envenenada” ou “the fruits of the poisonus tree doctrine”⁶⁰⁵.

Como já exposto no item 3.2, há correntes que admitem a utilização de prova ilícita, seja de forma irrestrita, seja em casos específicos, em aplicação ao princípio da proporcionalidade, quando o bem jurídico tutelado for maior que a própria vedação ao uso da prova. A fim de evitar constatações repetitivas, remete-se a leitura ao item mencionado.

Ademais, o Enunciado 37, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento

⁶⁰³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1069.

⁶⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 294.

⁶⁰⁵ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 116.

de Magistrados (ENFAM), determina que “são nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) autorizem o uso de prova ilícita”⁶⁰⁶.

Desta feita, não seria admissível um negócio jurídico processual que admitisse o uso de prova obtida, por exemplo, mediante violação do sigilo de correspondência, ou por interceptação telefônica clandestina, ou pela violação da residência de um indivíduo, fora dos casos determinados na Constituição Federal. Seria inadmissível, ainda, um negócio processual que possibilitasse um depoimento motivado por práticas de tortura; ou que gerasse violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

4.2.2.2 O negócio jurídico não pode tolher ou minorar o poder instrutório do juiz

O artigo 370 estabelece que cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito, prerrogativa esta que não pode ser derogada pela possibilidade de as partes firmarem negócio jurídico processual em matéria probatória.

Como já exposto, o juiz é o diretor da lide, cabendo a ele garantir que o processo seja um instrumento para consecução do interesse estatal de eliminação de controvérsias e pacificação social⁶⁰⁷, buscando, ao máximo, a verdade, de forma que precisa figurar na produção probatória de forma ativa, dotado de poderes-instrutórios⁶⁰⁸⁻⁶⁰⁹. Como bem afirma José Roberto dos Santos Bedaque, o juiz representa o Estado na busca da justiça e, para tanto, deve participar ativamente do processo probatório⁶¹⁰.

⁶⁰⁶ BRASIL. Escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados. *Enunciados aprovados*. 2015. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%c3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 15 dez. 2019.

⁶⁰⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 23-24.

⁶⁰⁸ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 240.

⁶⁰⁹ Aliás, de acordo com Robson Renault Godinho, a grande resistência doutrinária na admissão de negócio jurídico processual em matéria probatória é o caráter cogente das normas que regem a matéria, bem como a ideia de que a mesma é exclusiva da atividade jurisdicional. O autor cita, como exemplo, Chiovenda, que inadmitia a inversão convencional do ônus da prova, sob o argumento que a possibilidade interferiria na atividade do magistrado, sendo que as partes não poderiam restringir vontade alheia sem autorização legal, o que acabou ocorrendo posteriormente na Itália. In: GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 577-586.

⁶¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 65.

Vale ressaltar que os poderes do juiz podem ser aferidos em todo Código de Processo Civil, mormente no capítulo de provas, do qual a análise conglobante denota que o julgador possui atuação ativa no processo. Soma-se a isso o fato de que, como já tratado, as partes não podem convencionar sobre os poderes e deveres do magistrado, vez que, caso o façam, excederão sua esfera de disponibilidade.

Os poderes instrutórios do juiz assim ficam preservados. E assim não poderia ser diferente, sob pena de se violarem a lógica e a teoria geral do direito. Como sujeitos capazes não podem dispor entre si a respeito da esfera jurídica de um terceiro, não podem as partes querer revogar poderes do juiz conferidos pela lei⁶¹¹.

Desta feita, seria plenamente possível o juiz, independente das provas avençadas no negócio jurídico processual, determinar, de ofício, as provas necessárias ao julgamento do mérito, em prol da busca da verdade, e da realização do escopo social do processo.

Neste espeque, Teresa Arruda Alvim afirma que é possível negócio jurídico processual em matéria probatória, o que não se limita ao ônus da prova, sendo possível negociar sobre os meios de prova, admissibilidade de provas atípicas, dentre outros, Porém, esclarece que não cabem negócios jurídicos processuais que disponham sobre os poderes instrutórios do juiz, sendo o negócio ineficaz em relação a ele. No mesmo sentido, Humberto Theodoro Junior⁶¹².

Para Guilherme Peres o Código de Processo Civil estabeleceu um sistema híbrido, no qual deve conviver a prerrogativa do juiz de determinar provas e a possibilidade de a parte produzi-las. De acordo com o autor, o negócio jurídico processual não pode eliminar a prerrogativa do juiz de determinar de ofício as provas necessárias, de modo que, por exemplo, caso as partes pugnem por uma perícia, embora haja um negócio jurídico processual abdicando desse meio de prova, o juiz deve denegá-la, fazendo cumprir o acordo, o que não impede, porém, de determiná-la de ofício. Desta feita, “o acordo permanece válido, na medida que não afeta prerrogativa do juiz⁶¹³.”

Paulo Henrique dos Santos Lucon defende que o fato de as partes poderem convencionar sobre ônus da prova permite que elas, de comum acordo, rejeitem a

⁶¹¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Artigos 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379 e 380. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). *Comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 571-587, p. 574.

⁶¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 715-716 e 723.

⁶¹³ OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Negócio jurídico processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil*. 2017. 202 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2017, p. 177-181.

produção de uma determinada prova, o que não significa, contudo, que o magistrado não possa determinar a sua produção, se assim ele entender necessário⁶¹⁴.

O posicionamento se assemelha ao previsto no Enunciado 36, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), que determina que “a regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que limitem seus poderes de instrução”⁶¹⁵.

Complementa Luiz Antônio Ferrari Neto, aduzindo que, no embate entre o poder instrutório do magistrado e a autonomia das partes em celebrar negócio jurídico processual deve-se dar preferência aos poderes do magistrado em casos de matéria de ordem pública e direitos indisponíveis. Conclui o autor que as partes poderiam abrir mão de produzir provas em caso de direitos que admitam autocomposição, todavia, mesmo em tais casos, o negócio jurídico processual deveria passar pelo crivo do magistrado⁶¹⁶.

Veja que na Alemanha, por exemplo, convenções que limitem a matéria probatória não impedem que o juiz determine a prova de ofício, ou seja, as partes podem abdicar da prova, mas não pode haver negócio jurídico processual que influa e limite o convencimento do juiz⁶¹⁷.

De forma oposta, Fredie Didier, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, compreendem que, uma vez manifestada a intenção do agente, seja em negócio jurídico processual unilateral ou bilateral, de expressamente não produzir a prova, sendo o negócio válido, o juiz não pode ignorar sua vontade, não admitindo sequer a produção de provas suplementar de ofício, vez que assim negaria o protagonismo da parte. Neste caso, remanescendo dúvidas, caberia ao juiz tão somente aplicar o ônus da prova⁶¹⁸.

Sem embargo de todo o exposto, é possível observar que a figura do juiz não deve ser de um julgador arbitrário, que se sobrepõe aos demandantes, vinculado ao

⁶¹⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Artigos 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379 e 380. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). *Comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 571-587, p. 574.

⁶¹⁵ BRASIL. Escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados. *Enunciados aprovados*. 2015. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%c3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 15 dez. 2019.

⁶¹⁶ NETO, Luiz Antônio Ferrari. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial: Tentativa de sistematização*. 2007. 239 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2007, p. 156 a 164.

⁶¹⁷ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 585.

⁶¹⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: Juspodvim, 2019, p. 109.

modelo dispositivo, mas sim um juiz cooperativo, que trabalha junto com os litigantes, zelando pela igualdade das partes (art. 139, I, CPC), pela efetividade (art. 139, II, III, IV, V, VII, VIII, IX e X, CPC), pela boa-fé e lealdade (art. 139, III, CPC) e gerenciando o processo, adequando-o às necessidades do conflito (139, VI, CPC). Desta feita, o negócio jurídico processual não deve tolher os poderes do juiz, o que não significa, contudo, menoscabar a vontade das partes de forma arbitrária.

Recorda Arruda Alvim, neste contexto, que, conforme já tratado no capítulo 03, a iniciativa probatória do juiz é limitada, sendo supletiva à atividade das partes, se justificando em caso de disparidade manifesta de armas, direito indisponível, ou situações em que o juiz disponha de algum indicativo da prova a ser produzida, *e.g.* uma testemunha referida. Desta forma, o julgador não poderia, para ele, suplantar a prova abdicada pelas partes em negócio jurídico processual, exceto nos casos mencionados, bem como quando estiver em risco o devido processo legal. Para o autor, são negociáveis os ônus da parte, e não os poderes do juiz⁶¹⁹.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, por seu turno, defendem que “a previsão do artigo 190, do Código de Processo Civil não pode redundar na exclusão de provas relevantes por acordo das partes”, conforme se interpreta da redação do artigo 370⁶²⁰.

De todo o exposto neste tópico, é possível concluir que as partes podem convencionar sobre a prova, no entanto, embora haja entendimento contrário, a convenção não impede que o juiz em prol da busca da verdade – *escopo do processo* – determine as provas que entender necessárias ou, até mesmo, a complementação da anteriormente produzida. Em suma, o juiz se vincula ao negócio jurídico processual, mas não ao seu resultado.

Assim, não poderia, por exemplo, o negócio jurídico processual proibir o magistrado de determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa (art. 139, VIII, CPC); determinar o interrogatório (art. 385), CPC; ordenar que a parte exhiba documento ou coisa que se encontre em seu poder (art. 396, CPC); requisitar documentos às repartições públicas (art. 438, CPC); ordenar a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas ou a

⁶¹⁹ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 585-586.

⁶²⁰ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 764.

acareação (art. 461, CPC); formular os quesitos que entender necessários ao esclarecimento da causa (art. 470, CPC); determinar a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida (art. 480, CPC); inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa (art. 481, CPC), bem como determinar a produção de toda a provas que entender ser necessária ao julgamento da causa.

Não se pode desconsiderar, ainda, a possibilidade de o juiz determinar a produção de provas quando estiver insatisfeito com as provas produzidas (art. 370), independente do negócio jurídico processual das partes, respeitando, de todo modo, o caráter complementar desta atuação. Assim, por exemplo, em um caso em que as partes negociaram a não realização de perícia contábil, o juiz deve dar cumprimento ao negócio processual, logo, se uma das partes pleitear a perícia, deve denegá-la (salvo novo negócio), porém nada impede que ele, ao final da instrução, ainda insatisfeito com a prova, determine a realização da perícia de ofício. Neste sentido, visualiza-se o artigo 480, do Código de Processo Civil.

4.2.2.3 O negócio jurídico deve respeitar a máxima da efetividade e não pode gerar externalidades

De acordo com José Roberto dos Santos Bedaque, “processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”⁶²¹. Aliás, a efetividade é um dos pilares do novo Código de Processo Civil. De acordo com sua exposição de motivos, “um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito”⁶²².

Desta feita, o processo ineficiente gera um ordenamento jurídico sem real efetividade, de modo que o código processual busca ser mais célere e menos complexo,

⁶²¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49.

⁶²² BRASIL. SENADO FEDERAL. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 2015. Exposição de Motivos. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

para atender as necessidades sociais, sendo “a ausência de celeridade, sob certo ângulo, ausência de justiça”⁶²³.

Por conseguinte, com vistas à efetividade do processo, o magistrado deve velar pela sua duração razoável, dilatando os prazos processuais e alterando a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito (art. 139, II e VI, CPC).

Para tanto, pode valorar a necessidade e a suficiência da prova estabelecida no negócio jurídico processual, podendo indeferi-la se o negócio prever diligências inúteis, meramente protelatórias ou desnecessária em vista de outras provas produzidas (art. 139, III; 370, CPC), bem como inadmitir perguntas que possam induzir a resposta, não tenham relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida (art. 459); indeferir a inquirição de testemunhas sobre fatos já provados por documento ou confissão da parte ou que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados (art. 443); indeferir perícia quando a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico, for desnecessária em vista de outras provas produzidas ou a verificação for impraticável (art. 464, § 1º); determinar, em substituição à perícia, a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade (art. 464, § 2º); na perícia indeferir quesitos impertinentes (art. 470); dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes (art. 472).

Previsão similar se encontra na Rule 403, da Federal Rules of Evidence, nos Estados Unidos, admitindo a exclusão de prova que traga confusão, perda de tempo, tiver o potencial de enganar os jurados, gerar atraso indevido ou apresentação desnecessária de evidências cumulativas. Também a Rule 611 admite um controle mínimo sobre o depoimento das testemunhas, em prol de tornar os procedimentos eficazes para determinar a verdade e evitar a perda tempo⁶²⁴. Relevante ponto de inspiração nas *rules*

⁶²³ BRASIL. SENADO FEDERAL. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 2015. Exposição de Motivos. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

⁶²⁴ Rule 403. Excluding Relevant Evidence for Prejudice, Confusion, Waste of Time, or Other Reasons The court may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence; Rule 611. Mode and Order of Examining Witnesses and Presenting Evidence (a) CONTROL BY THE COURT; PURPOSES. The court should exercise reasonable control over the mode and order of examining witnesses and presenting evidence so as to: (1) make those procedures effective for determining the truth; (2) avoid wasting time; and (3) protect witnesses from harassment or undue embarrassment. (b) SCOPE OF CROSS-EXAMINATION. Cross-examination

americanas, é o controle do magistrado na exclusão de prova que gere preconceito injusto e de depoimento que denote assédio ou constrangimento indevido.

Ainda sobre a efetividade, Antônio do Passo Cabral e Guilherme Peres, defendem que o negócio jurídico processual não pode prever prova ou meio de execução de prova que gere externalidades ao poder judiciário, seja deixando o processo mais oneroso, seja através do dispêndio de material humano⁶²⁵⁻⁶²⁶.

Desta forma, não seria possível um negócio jurídico processual que exigisse a produção de prova testemunhal em um caso que a produção de prova documental seria suficiente; ou de prova pericial em uma lide em que ela seria desnecessária. Do mesmo modo, negócios jurídicos processuais que prevejam, por exemplo, que as partes teriam direito a vinte perícias distintas, com técnicos diferentes, ou determinem a realização de três audiências de instrução, ou que cada testemunha seja ouvida em um dia distinto, seriam inadmissíveis.

4.2.3 O negócio jurídico não pode violar garantias fundamentais ou princípios infraconstitucionais

Como já exposto em tópicos oportunos, o direito sofreu um processo de constitucionalização, marcado pelo rompimento do paradigma secular de individualismo contratual, fenômeno este que passa a reconhecer a influência dos direitos fundamentais sobre as relações entre particulares⁶²⁷. Esta evolução repercutiu, inevitavelmente, na realidade do processo civil⁶²⁸, que através de sucessivas mudanças, coroadas com a promulgação do novo código, passou a ser um instrumento de transformação, tendo como pilar o respeito às garantias fundamentais. Nesta toada, a exposição de motivos do Código

should not go beyond the subject matter of the direct examination and matters affecting the witness's credibility. The court may allow inquiry into additional matters as if on direct examination. (c) LEADING QUESTIONS. Leading questions should not be used on direct examination except as necessary to develop the witness's testimony. Ordinarily, the court should allow leading questions: (1) on cross-examination; and (2) when a party calls a hostile witness, an adverse party, or a witness identified with an adverse party. In: ESTADOS UNIDOS. U.S. GOVERNEMENT. *Federal rules of evidence*. 2017. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/evidence-rules-procedure-dec2017_0.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2019.

⁶²⁵ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 329.

⁶²⁶ OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Negócio jurídico processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil*. 2017. 202 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2017, p. 171-172.

⁶²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 113.

⁶²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo, Malheiros, 1996, p. 25-28.

de Processo Civil registra que a intenção do código foi harmonizar a lei ordinária à Constituição Federal da República, devendo a coerência com a carta magna ser mantida de forma absoluta:

A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual [...] A coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição Federal da República. Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais⁶²⁹.

Outrossim, não se menoscaba que as normas constitucionais possuem caráter cogente, vez que hierarquicamente superiores à legislação processual, se encontrando no ápice da pirâmide kelseniana. Em tal panorama, Claus-Wilhelm Canaris explicita que todos são destinatários dos direitos fundamentais e todas as ações, tanto dos entes públicos como dos particulares, devem ser lastreadas em tais garantias⁶³⁰.

Nos referidos moldes, o Enunciado 37, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) prevê que são nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que autorizem o uso de prova ilícita⁶³¹.

Interessante colacionar, ainda, que, há garantias fundamentais infraconstitucionais, previstas no Código de Processo Civil e na legislação extravagante, como pode ser claramente visto na parte geral da codificação processual, que prevê, dentre outros, deveres de boa fé e cooperação (artigos 5º e 6º, CPC) e a igualdade entre as partes (artigos 7º; 139, I; 373, § 3º, CPC).

De mais a mais, extrai-se da Constituição Federal o direito ao devido processo legal, que também deve se mostrar como um limite do negócio jurídico processual⁶³², assim como todos deveres e princípios a ele inerentes, como a ampla defesa e o

⁶²⁹ BRASIL. SENADO FEDERAL. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 2015. Exposição de Motivos. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

⁶³⁰ CANARIS, Claus Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*, São Paulo, p.373-392, jan./jun. 2004, p. 375.

⁶³¹ BRASIL. Escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados. *Enunciados aprovados*. 2015. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%c3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 15 dez. 2019.

⁶³² YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 82-83.

contraditório. Não é possível, por exemplo, que um negócio jurídico processual abdique da produção de todo e qualquer tipo de provas; nem seria admissível que a inversão do ônus da prova tornasse excessivamente difícil a sua produção, pois isso seria o mesmo que negar vigência ao contraditório e à ampla defesa⁶³³.

Desta feita, não há dúvidas de que as garantias fundamentais exercem importante papel no direito pós-moderno, de modo que os negócios jurídicos processuais em matéria probatória também devem respeitá-las, nas quais se inclui o direito de a parte ter um processo justo e efetivo. Vale ressaltar, neste momento, que são garantias fundamentais a proibição de prova ilícita e a efetividade do processo, já tratados no tópico 4.2.2.1 e 4.2.2.3.

Não seria possível, assim, um negócio jurídico processual que privasse a parte do contraditório e ampla defesa e dos meios e recursos a ela inerentes; que previsse a restrição da publicidade dos atos processuais fora dos casos legais; que prejudicasse o acesso ao poder judiciário; que previsse juízo ou tribunal de exceção. Ademais, o negócio jurídico processual não poderia levar à extensão irrazoável do processo ou tolher da parte os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (artigo 5º, LXXVIII, CF c/c artigos 4º; 139, II; 139, III, CPC).

4.2.3.1 O negócio jurídico não pode violar o dever das partes de respeitar os princípios da cooperação e da boa-fé

Dentre as garantias estabelecidas na codificação processual, especial destaque ganham os deveres de boa fé e cooperação (artigos 5º e 6º, CF).

Interessante ressaltar, aqui, que a ideia de colaboração, assim como a ideia do próprio negócio jurídico processual parece, a *prima facie*, estranha, haja vista que as partes estão litigando entre si, de modo que não haveria interesse na colaboração mútua. Neste ponto interessante colacionar os ensinamentos de Reinhard Greger, que entende que “o princípio da cooperação não visa obrigá-las a atuarem em uma espécie de companheirismo, mas, visa assegurar que participem da gestão adequada do processo juntamente com o magistrado”⁶³⁴. No mesmo sentido, afirmam Nelson Nery Junior e

⁶³³ NETO, Luiz Antônio Ferrari. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial: Tentativa de sistematização*. 2007. 239 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2007, p. 156 a 164.

⁶³⁴ GREGER, Heinhard. Cooperação como princípio processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 296, p.123-134, abr. 2012. Traduzido por Ronaldo Kochen.

Rosa Maria de Andrade Nery⁶³⁵ e José Miguel Garcia Medina⁶³⁶. Sobre o assunto, vale colacionar as lições de Leonardo Carneiro da Cunha, em comentários ao enunciado normativo do art. 6º, do Código de Processo Civil:

Cooperar entre si não é unir-se à parte contrária, ajudá-la, mostrar-lhe simpatia, contribuir para sua atuação. Não se está diante de um compadrio ou de uma reunião de amigos. O termo cooperar pode causar essa falsa impressão. É por isso que há quem critique a cooperação no processo, afirmando ser uma utopia, um surrealismo ou uma ingenuidade”, pois não se deve pensar, imaginar ou supor “que o processo é um alegre passeio de jardim que as partes dão de mãos dadas, na companhia do juiz⁶³⁷.

Partindo do pressuposto de que é dever das partes cooperarem com o processo, surgem, em decorrência, as seguintes obrigações: (i) litigar de boa-fé (em suas vertentes objetiva e subjetiva); (ii) prestar os esclarecimentos exigidos pelo juiz; (iii) comparecimento perante o juiz sempre que solicitado^{638_639_640_641}.

À vista disso, as partes, ao firmar negócio jurídico processual em matéria probatória, devem respeitar os princípios supradescritos, de modo que não podem alterar a verdade dos fatos, inovar ilegalmente o estado de fato de bem ou direito litigioso ou provocar incidente manifestamente infundado. Não seria aceitável, por exemplo, uma escolha consensual de perito contratado para atestar circunstância incompatível com a realidade. Ademais, não seria admissível um negócio jurídico processual que previsse que as partes não irão prestar os esclarecimentos exigidos pelo juiz, ou comparecer perante

⁶³⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 218-219.

⁶³⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador: JusPodvim, 2019, p. 127.

⁶³⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodvim, 2019. p. 39-74, p. 42.

⁶³⁸ A autora Lorena Miranda traz, ainda, deveres de redução do dever de sigilo ou de confidencialidade; correção e urbanidade; veracidade In: BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Juspodvim, 2013, p. 195

⁶³⁹ *Ibid.*, p. 194-195

⁶⁴⁰ Veja que a previsão legal de deveres de cooperação das partes também pode ser encontrada no código português, que prevê em seu art. 7º, nº 3, a obrigação do comparecimento das partes sempre que para isso forem notificadas, além do dever de prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos. Vale asseverar que o mesmo código determina que todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade (cf. artigo 417, CPC). In: PORTUGAL. Lei nº 41/2013, de 2013. Aprova o Código de Processo Civil. Lisboa, 26 jun. 2013. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/497406/details/normal?l=1>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

⁶⁴¹ Da mesma forma, o código alemão prevê o dever de cooperação das partes, nos termos do § 282, da ZPO, sob pena, inclusive, de sentença de revelia ou preclusão dos argumentos (§ 296, da ZPO) e multa coercitiva (§ 141, III, da ZPO). In: GREGER, Heinhard. *Cooperação como Princípio Processual*. Tradução por Ronald Kochem. Revista de Processo, v. 206, n. 37, p. 123-134, 2012.

ele sempre que solicitado. Nem se poderia aceitar um negócio processual que permitisse a uma das partes trazer um excesso de documentos irrelevantes ao processo, a fim de confundir o outro litigante, configurando verdadeiro *document dump*⁶⁴².

Deste modo, os princípios da cooperação e da boa-fé devem limitar a autonomia da vontade.

4.2.4 O negócio jurídico não pode ir em desencontro às normas de ordem pública e de caráter cogente

O próximo ponto balizador do negócio jurídico processual é o respeito às normas de ordem pública e de caráter cogente previstas na codificação processual. Embora, como exposto no capítulo 02, os conceitos sejam alvo de grande discussão doutrinária, é possível afirmar que tais normas salvaguardariam um núcleo publicista mínimo do processo, abrangendo seus requisitos e pressupostos, bem como dos atos processuais; velariam, ainda, pelas condições da ação e por tudo aquilo que compõe o devido processo legal; abrangeriam, do mesmo modo, as nulidades processuais, as matérias alegáveis como preliminares - *tais quais, perempção, litispendência e coisa julgada* -, as matérias que podem ser decididas pelo juiz de ofício, bem como as que a lei descarta a possibilidade modificação pela parte; por fim, envolveriam os atos proibidos pelo ordenamento jurídico ou considerados nulos⁶⁴³. Remete-se o leitor ao tópico 2.3.3.2, onde a matéria foi amplamente tratada.

Em meio a este cenário, é possível alegar que embora conste da redação do artigo 190, do Código de Processo Civil, a possibilidade de convencionar sobre ônus, poderes, deveres e faculdades, o negócio jurídico processual sobre deveres violaria as normas cogentes do código, haja vista que deveres nada mais são do que obrigações, cujo descumprimento gera uma sanção jurídica, podendo configurar litigância de má-fé, pagamento de multa, indenização à parte contrária, ou um ato atentatório à dignidade da justiça. Defendendo tal posicionamento é possível encontrar a doutrina de Teresa Arruda

⁶⁴² YARSHEL, Flávio Luiz. *Prova documental volumosa: perplexidades geradas pelo document dump*. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-out-20/flavio-yarshell-perplexidades-geradas-document-dump>>. Acesso em: 17 dez. 2019.

⁶⁴³ O posicionamento se assemelha ao Enunciado 41, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), que prevê que “Por compor a estrutura do julgamento, a ampliação do prazo de sustentação oral não pode ser objeto de negócio jurídico entre as partes. In: BRASIL. Escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados. *Enunciados aprovados*. 2015. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%c3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 15 dez. 2019.

Alvim, segundo a qual não cabem negócios processuais relacionados aos deveres processuais⁶⁴⁴, bem como de Cássio Scarpinella, que defende não ser admissível negócio jurídico processual sobre deveres regentes da atuação das partes⁶⁴⁵, e, ainda, Luiz Antônio Ferrari Neto, que, embora inadmita negócios jurídicos que suprimam deveres, ressalta ser possível celebrar negócios que os ampliem⁶⁴⁶.

Contudo, importante ressaltar que a noção de inadmissibilidade de negócios jurídicos processuais que versem sobre tais disposições comportam gradação, quando ponderadas com outros valores, desde que se preserve um núcleo mínimo do processo, norteado pelo seu escopo social. Lembra-se, aqui, que até mesmo os direitos indisponíveis admitem transação, respeitados parâmetros mínimos, como já tratado nesse trabalho. Deste modo, seria possível, por exemplo, em negócio jurídico processual, relativizar a norma do artigo 421, do Código de Processo Civil, que permite ao juiz, de ofício, ordenar à parte a exibição parcial dos livros e dos documentos, se a disposição efetivasse uma garantia fundamental das partes e não gerasse prejuízos ao processo.

Do mesmo modo, ressalta-se que as vedações alhures mencionadas devem ser vistas sob a ótica da instrumentalidade do processo.

Em aditivo, vale consignar, aqui, que alguns artigos do Código de Processo Civil condicionam expressamente a eficácia do desejo da parte à deliberação do magistrado. São eles: o 420, que demanda comando do magistrado para a exibição integral dos livros empresariais nos casos determinados no artigo; o 437, § 2º, que exige o aval do juiz para a dilatação do prazo para manifestação sobre a prova documental produzida, levando em consideração a quantidade e a complexidade da documentação; o 456, parágrafo único, que estabelece a necessidade da concordância do julgador e das partes para mudar ordem de testemunhas em audiência; o 461, que requer decisão judicial para que as partes possam inquirir testemunhas referidas ou realizar a acareação; o 480, que exige determinação judicial para a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida. Não parece, sob uma ótica pessoal, que os regramentos supramencionados sejam normas cogentes ou sejam corolário de princípios constitucionais ou processuais, de forma a impossibilitar o negócio jurídico processual

⁶⁴⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 715-716 e 723.

⁶⁴⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 225-227.

⁶⁴⁶ NETO, Luiz Antônio Ferrari. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: Tentativa de sistematização. 2007. 239 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2007, p. 126/131

que modificasse seu trâmite. Então, as matérias apontadas admitiriam negócio jurídico processual, o que não tolhe os já expostos poderes do magistrado de avaliar e valorar a prova. Deste modo, por exemplo, as partes poderiam convencionar a dilatação do prazo para manifestação sobre a prova documental produzida ou convencionar sobre a ordem de testemunhas em audiência⁶⁴⁷.

4.2.4.1 O negócio jurídico não pode violar a reserva legal a um meio de prova

De acordo com a exposição de motivos do Código de Processo Civil, o diploma deve ser lido de forma harmônica e coerente⁶⁴⁸, de modo que a aplicação de uma norma deve ser feita com cautela se acabar por ferir outra disposição processual.

Neste espeque, é possível dizer que não será possível o negócio jurídico processual que permitisse comprovação de um fato, por um meio de prova que a lei inadmita, como se vê, por exemplo, no artigo 406, do Código de Processo Civil, que determina que quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta⁶⁴⁹.

Mais uma vez se consigna-se a ressalva de que tal proibição deve sempre ser ponderada e sopesada com os demais direitos e garantias dos sujeitos do processo, valendo ser asseverado que, a depender das peculiaridades do caso concreto, admite-se até mesmo a utilização de prova ilícita, de modo que não soa estranho aceitar negócios jurídicos processuais que violem a reserva legal, quando, com isso, resultem na tutela de direitos que, após uma exegese de ponderação, mereçam ser salvaguardados, em detrimento da disposição legal. Ademais, de forma idêntica ao narrado no tópico anterior, as vedações devem ser vistas sob a ótica da instrumentalidade do processo.

⁶⁴⁷ Importante notar, no entanto, que o comando do artigo pode recair sobre documentos que a parte esteja isenta de exhibir, nos termos do artigo 404, ou que viole alguma garantia fundamental, casos em que o juiz deve exercer seu controle de validade.

⁶⁴⁸ BRASIL. SENADO FEDERAL. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 2015. Exposição de Motivos. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

⁶⁴⁹ A exigência de escritura pública pode ser vista nos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país, os quais, de acordo com o artigo 108, do Código Civil, não dispõem a lei em contrário, exigem a escritura pública como essencial à validade do negócio jurídico. No mesmo sentido, observa-se os artigos 807, 1.369 e 1.653, do Código Civil.

4.2.5 Demais pontos importantes acerca do controle jurisdicional do negócio jurídico processual em matéria probatória

Compreendidos todos os vetores propostos, necessário se faz, ainda, a análise de alguns pontos relevantes para o estudo do negócio jurídico processual em matéria probatória, tais quais, seus parâmetros metodológicos, a forma de controle da atividade negocial, medidas a serem tomadas em caso de descumprimento, e a recorribilidade das decisões que denegarem validade ao negócio.

4.2.5.1 Atividade jurisdicional modulada pelo princípio cooperativo

Não se pode olvidar – *conforme repetido ininterruptamente neste trabalho* - que a atuação do magistrado no controle do negócio jurídico processual em matéria probatória deve ser orientada pelo princípio da cooperação.

Nos moldes deste princípio, o juiz deve atuar como um contribuinte do processo e não como um mero fiscal⁶⁵⁰, como ocorre sob a égide do princípio dispositivo, de modo que seu papel é redimensionado, “assumindo uma dupla posição: mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico quando da decisão da causa”⁶⁵¹.

A compreensão correta, em relação ao papel do juiz, significaria que esse não tem de conduzir o processo passiva nem autoritariamente. Ele deve se comportar, na interação com as significativas atividades das partes, de modo que se possa alcançar o propósito do processo o mais fácil, rápida e completamente possível⁶⁵².

Nesta perspectiva, é possível dizer que do processo cooperativo podem se deduzir os seguintes deveres do magistrado: (i) dever de esclarecimento; (ii) dever de consulta; (iii) dever de prevenção; (iv) dever de auxílio. De acordo com Marinoni, Arenhart e Mitidiero, tais obrigações decorrem dos pressupostos lógicos e éticos, de onde

⁶⁵⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 127, p.75-79, set. 2005.

⁶⁵¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo - valorativo*. 2007. 146 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

⁶⁵² GREGER, Heinhard. *Cooperação como Princípio Processual*. Tradução por Ronald Kochem. *Revista de Processo*, v. 206, n. 37, p. 123-134, 2012.

se dessem os deveres de esclarecimento e consulta; do pressuposto social, de onde se extraem os deveres de prevenção e auxílio⁶⁵³.

Pormenorizando as obrigações supramencionadas, veja que o dever de esclarecimento exige que o julgador elucide as dúvidas dos litigantes, bem como justifique suas decisões, esclarecendo os motivos que o levaram ao resultado alcançado. A motivação é exigida expressamente no Código de Processo Civil brasileiro, que admite, inclusive, caso a decisão seja obscura ou contraditória, a oposição de embargos de declaração (artigos 11 e 1.022, CPC); no Código de Processo Civil português (art. 154)⁶⁵⁴; e no parágrafo 139, nº 3, da codificação processual germânica⁶⁵⁵. De tal modo, a decisão que denega o negócio jurídico processual em matéria probatória deve ser motivada, explicitando aos litigantes os motivos que levaram o juiz a denegar a medida.

Ademais, se dessume do princípio cooperativo, o dever de consulta, que resulta na exigência de o magistrado indagar às partes sobre os aspectos que influenciarão sua decisão, possibilitando que as mesmas contribuam para o resultado, evitando decisões surpresas, sobre pontos que os demandantes não tenham exercido o devido contraditório. Esta obrigação pode ser encontrada nos artigos 3º, nº 2 e 3, do diploma lusitano⁶⁵⁶ e no parágrafo 139, nº 1 e 2 do *Zivilprozessordnung*⁶⁵⁷. Por exemplo, em um caso em que o

⁶⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 181

⁶⁵⁴ Artigo 154.º Dever de fundamentar a decisão. 1 — As decisões proferidas sobre qualquer pedido controvertido ou sobre alguma dúvida suscitada no processo são sempre fundamentadas. 2 — A justificação não pode consistir na simples adesão aos fundamentos alegados no requerimento ou na oposição, salvo quando, tratando-se de despacho interlocutório, a contraparte não tenha apresentado oposição ao pedido e o caso seja de manifesta simplicidade. In: PORTUGAL. Lei nº 41/2013, de 2013. Aprova o Código de Processo Civil. Lisboa, 26 jun. 2013. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/497406/details/normal?l=1>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

⁶⁵⁵ [...] (3) The court is to draw the parties' attention to its concerns regarding any items it is to take into account ex officio [...]. In: ALEMANHA. BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. *Zivilprozessordnung*. 1877. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/BJNR005330950.html>>. Acesso em: 10 out. 2019.

⁶⁵⁶ [...] 2 — Só nos casos excepcionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida. 3 — O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento officioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem. In: PORTUGAL. Lei nº 41/2013, de 2013. Aprova o Código de Processo Civil. Lisboa, 26 jun. 2013. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/497406/details/normal?l=1>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

⁶⁵⁷ [...] (1) To the extent required, the court is to discuss with the parties the circumstances and facts as well as the relationship of the parties to the dispute, both in terms of the factual aspects of the matter and of its legal ramifications, and it is to ask questions. The court is to work towards ensuring that the parties to the dispute make declarations in due time and completely, regarding all significant facts, and in particular is to ensure that the parties amend by further information those facts that they have asserted only incompletely, that they designate the evidence, and that they file the relevant petitions. (2) The court may base its decision on an aspect that a party has recognisably overlooked or has deemed to be insignificant, provided that this does not merely concern an ancillary claim, only if it has given corresponding notice of this fact and has allowed the opportunity to address the matter. The same shall apply for any aspect that the court assesses

magistrado pretende invalidar a inversão consensual do ônus da prova, ou denegar a produção de uma prova atípica lastreada em negócio jurídico, deve dar oportunidade para as partes se manifestarem, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Uma excelente oportunidade para avaliar o negócio jurídico processual em matéria probatória em conjunto com as partes é no saneamento compartilhado, momento em que o juiz poderá convidar as partes a integrar ou esclarecer suas alegações (art. 357, § 3º, CPC).

O dever de prevenção, por sua vez, demanda que o juiz demonstre às partes seus erros, alertando-as quanto às consequências de seus atos, impedindo que o uso inadequado do processo leve à perda do direito pleiteado. À vista disso, cabe ao julgador, ao se deparar com o negócio jurídico processual em matéria probatória, advertir os demandantes que determinadas condutas poderão lhe gerar consequências danosas ou, até mesmo, punições (art. 77, § 1º; 78, § 1º; 139, III; 385, § 1º, CPC). Na mesma medida, encontram-se os artigos 590 e 591, do Código de Processo Civil português⁶⁵⁸.

differently than both parties do. In: ALEMANHA. BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. *Zivilprozessordnung*. 1877. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/BJNR005330950.html>>. Acesso em: 10 out. 2019.

⁶⁵⁸ Artigo 590.º Gestão inicial do processo. 1 — Nos casos em que, por determinação legal ou do juiz, seja apresentada a despacho liminar, a petição é indeferida quando o pedido seja manifestamente improcedente ou ocorram, de forma evidente, exceções dilatórias insupríveis e de que o juiz deva conhecer oficiosamente, aplicando -se o disposto no artigo 560.º 2 — Findos os articulados, o juiz profere, sendo caso disso, despacho pré -saneador destinado a: a) Providenciar pelo suprimento de exceções dilatórias, nos termos do n.º 2 do artigo 6.º; b) Providenciar pelo aperfeiçoamento dos articulados, nos termos dos números seguintes; c) Determinar a junção de documentos com vista a permitir a apreciação de exceções dilatórias ou o conhecimento, no todo ou em parte, do mérito da causa no despacho saneador. 3 — O juiz convida as partes a suprir as irregularidades dos articulados, fixando prazo para o suprimento ou correção do vício, designadamente quando careçam de requisitos legais ou a parte não haja apresentado documento essencial ou de que a lei faça depender o prosseguimento da causa. 4 — Incumbe ainda ao juiz convidar as partes ao suprimento das insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto alegada, fixando prazo para a apresentação de articulado em que se complete ou corrija o inicialmente produzido. 5 — Os factos objeto de esclarecimento, aditamento ou correção ficam sujeitos às regras gerais sobre contraditoriedade e prova. 6 — As alterações à matéria de facto alegada, previstas nos n.os 4 e 5, devem conformar -se com os limites estabelecidos no artigo 265.º, se forem introduzidas pelo autor, e nos artigos 573.º e 574.º, quando o sejam pelo réu. 7 — Não cabe recurso do despacho de convite ao suprimento de irregularidades, insuficiências ou imprecisões dos articulados; Artigo 591.º Audiência prévia 1 — Concluídas as diligências resultantes do preceituado no n.º 1 do artigo anterior, se a elas houver lugar, é convocada audiência prévia, a realizar num dos 30 dias subsequentes, destinada a algum ou alguns dos fins seguintes: a) Realizar tentativa de conciliação, nos termos do artigo 594.º; b) Facultar às partes a discussão de facto e de direito, nos casos em que ao juiz cumpra apreciar exceções dilatórias ou quando tencione conhecer imediatamente, no todo ou em parte, do mérito da causa; c) Discutir as posições das partes, com vista à delimitação dos termos do litígio, e suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto que ainda subsistam ou se tornem patentes na sequência do debate; d) Proferir despacho saneador, nos termos do n.º 1 do artigo 595.º; e) Determinar, após debate, a adequação formal, a simplificação ou a agilização processual, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 6.º e no artigo 547.º; f) Proferir, após debate, o despacho previsto no n.º 1 do artigo 596.º e decidir as reclamações deduzidas pelas partes; g) Programar, após audição dos mandatários, os atos a realizar na audiência final, estabelecer o número de sessões e a sua provável duração e designar as respetivas datas. 2 — O despacho que marque a audiência prévia indica o seu objeto e finalidade, mas não constitui caso julgado sobre a possibilidade de apreciação imediata do

Note, por exemplo, um caso em que as partes cogitem a entabulação de negócio processual que gerará embaraços à efetivação de decisão judicial, deve o magistrado alertá-las que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça. Em aditivo, nos termos do artigo 76, do diploma processual, caso o juiz verifique a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte na formulação do negócio jurídico, deverá suspender o processo, delimitando prazo razoável para que seja sanado o vício. Do mesmo modo, se perceber alguma irregularidade sanável, deve advertir às partes, indicando os vícios a serem corrigidos ou completados, de forma a evitar que padeça uma postulação facilmente sanável (art. 317, CPC).

Por fim, necessário se faz respeitar o dever de auxílio, que consiste no dever de ajudar as partes na superação de eventuais problemas que venham a surgir durante o curso do processo, assessorando na remoção de dificuldades⁶⁵⁹, contribuindo “sempre que possível, na superação de empecilhos sérios à obtenção de documentos ou informações que condicionem o eficaz exercício de um direito ou de uma faculdade, ou o cumprimento de um dever ou de um ônus processual”⁶⁶⁰. De acordo com Neil Andrews, em obra sobre o processo civil inglês, o tribunal possui a obrigação de facilitar os acordos, exercendo, assim, uma gestão ativa do processo⁶⁶¹.

De todo o exposto, o que se vê é que o magistrado, ao exercer seu papel de condutor do processo, controlando o negócio jurídico processual em matéria probatória deve agir de acordo com o modelo cooperativo, fundamentando sua decisão, e dando oportunidade à manifestação das partes.

4.2.5.2 Controle *a posteriori* do negócio jurídico processual e o sistema de invalidades processuais

Como já tratado no capítulo 02, o artigo 200, do Código de Processo Civil prevê

mérito da causa. 3 — Não constitui motivo de adiamento a falta das partes ou dos seus mandatários. 4 — A audiência prévia é, sempre que possível, gravada, aplicando -se, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 155.º. In: PORTUGAL. Lei nº 41/2013, de 2013. Aprova o Código de Processo Civil. Lisboa, 26 jun. 2013. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/497406/details/normal?l=1>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

⁶⁵⁹ MEDEIROS NETO, Elias Marques de; PINTO, Caroline Pastrí. Notas sobre o princípio da cooperação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 296, p.63-87, out. 2019.

⁶⁶⁰ GALINDO, Maíra Coelho Torres. *Princípio da Cooperação: Dever de consulta e a proibição das decisões surpresas*. 2014. 155 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

⁶⁶¹ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 243.

que os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais, independente de chancela judicial.

Desse modo, o negócio jurídico processual em matéria probatória produziria efeitos imediatamente, cabendo ao juiz exercer, posteriormente, um controle, independente de homologação, a qual somente seria necessária se houvesse previsão legal⁶⁶², caso então que se mostraria como condição de eficácia do negócio jurídico. Nesse sentido é possível encontrar a doutrina de Fredie Didier Jr⁶⁶³, Antônio do Passo Cabral⁶⁶⁴, Arruda Alvim⁶⁶⁵, Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁶⁶⁶, Humberto Theodoro Júnior⁶⁶⁷⁻⁶⁶⁸.

Corroborando com este entendimento, visualizam-se os Enunciados 133, 260 e 261, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, segundo os quais o artigo 200 aplica-se tanto aos negócios unilaterais quanto aos bilaterais, incluindo as convenções processuais do art. 190 e, salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais não dependem de homologação judicial. Todavia, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio⁶⁶⁹.

Assim, o juiz exercerá um controle, *a posteriori*, do negócio jurídico processual em matéria probatória, independente de homologação, salvo nos casos que a lei assim exigir.

Interessante colacionar, neste cenário, que, de acordo com Flávio Luiz Yarshell, o controle do negócio jurídico processual deve ser feito “em correspondência com a fase processual, justamente porque não há preclusão sobre o tema e porque, no momento de aplicar a regra, o juiz a deixará de fazer se entender que ela, por qualquer razão, é

⁶⁶² Portanto, se as partes firmarem negócio jurídico processual para estabelecer as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos, por exemplo, a homologação será, neste caso, condição de eficácia para vinculação das partes e do juiz, por expressa disposição do artigo 357, § 2º, do Código de Processo Civil.

⁶⁶³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-15. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 25-46, p. 40-41.

⁶⁶⁴ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 227-236

⁶⁶⁵ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: Teoria do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 582-587.

⁶⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo curso de processo civil: teoria do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, 1 v., p. 537-538.

⁶⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 1 v., p. 504.

⁶⁶⁸ Relembrando que Antônio do Passo Cabral, Arruda Alvim, Marinoni, Arenhart e Mitidiero e Humberto Theodoro Júnior expressamente ressaltam que as convenções processuais não podem dispor sobre prerrogativas do juiz e os poderes jurisdicionais na condução e na decisão da causa.

⁶⁶⁹ CUNHA JUNIOR, Dirley da et al (Org.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*. Salvador: Juspodivm, 2019. X Edição do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Brasília/DF. Março de 2019.

inválida”. Esclarece, ainda, que nos tribunais este controle pode ser feito pelo relator⁶⁷⁰.

Não obstante, neste controle, não se deve olvidar que as invalidades no processo civil devem respeitar ao princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais, devendo o ato ser considerado nulo tão somente se não atingiu a sua finalidade (art. 277, CPC). Ademais, o ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte ou quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade (art. 282, CPC). No mesmo sentido, é a redação do artigo 283, do Código de Processo Civil. Da mesma forma, Flávio Luiz Yarshell reconhece a aplicabilidade das causas de nulidade e anulabilidade previstas no Código Civil, porém ressalva que “invalidar um negócio é invalidar um ato processual e, para tanto, é preciso considerar o regime do CPC”⁶⁷¹.

Por conseguinte, sendo caso de invalidade, a mesma somente pode ser aplicada se houver o defeito, somado ao prejuízo⁶⁷². É possível aventar, por exemplo, um negócio jurídico processual em matéria probatória firmado em um caso de litígio coletivo pela posse de terra rural, do qual o Ministério Público não faça parte, mesmo sendo fiscal da ordem jurídica, conforme comando do artigo 178, III, do código. Poder-se-ia falar que há uma invalidade, porém pode ser que não haja prejuízo aos litigantes ou que, posteriormente, o Ministério Público concorde com o negócio firmado, casos em que o ato deverá ser convalidado.

Ademais, dada a natureza da matéria apta a gerar o controle do juiz, não se mostra necessário que as partes aleguem a invalidade, podendo o juiz reconhecê-las de ofício. Registra-se, neste momento, mais uma vez a posição de Flávio Luiz Yarshell, segundo o qual os casos de anulabilidade do negócio jurídico – sob a ótica do direito material – demandam a alegações dos interessados⁶⁷³.

4.2.5.3 Agravo de Instrumento

Salienta-se que o legislador, ao promulgar o novo Código de Processo Civil, entendeu por bem limitar as hipóteses de interposição do agravo de instrumento. Ocorre

⁶⁷⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 89.

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 89-91.

⁶⁷² DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 477.

⁶⁷³ YARSHELL, Flávio Luiz. *Op. Cit.*, p. 89-91.

que foi verificado pelo Superior Tribunal de Justiça, a imprescindibilidade de atenuar tal taxatividade contida no artigo 1.015, uma vez que, analisando casos concretos litigados no poder judiciário, foi possível observar que a não modificação da decisão interlocutória cuja incidência não foi elencada pelo Código de Processo Civil, isto é, não agravável, acarretaria prejuízos imensuráveis à parte e de difícil ou nenhuma possível reparação posterior. Ao julgar o REsp. 1.696.396, a ilustre Ministra Nancy Andrighi assim entendeu:

A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo. 4- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos. A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na repriminção do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo. Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação⁶⁷⁴.

Desta feita, passou-se a admitir agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. Importante colacionar, aqui, que a doutrina anterior ao julgado supracitado já questionava este dispositivo, sob o argumento que “a recorribilidade somente no final do processo seria um convite aos tribunais de segundo grau a fazer vista grossa a eventuais

⁶⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1696396 MT 2017/0226287-4. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 19 dez. 2018.

irregularidades, nulidades e injustiças ocorridas durante o procedimento” restrigente⁶⁷⁵-
676_677.

Trazendo tais ilações para o caso de negativa de aplicação de negócio jurídico processual em matéria probatória, é possível observar que a não reanálise imediata pelo tribunal da matéria torna a controvérsia inútil, uma vez que a instrução probatória já terá sido realizada, o que possibilitará a invocação do princípio da instrumentalidade das formas, já que, teoricamente, o processo terá atingido sua finalidade. Assim, indiretamente, estaria se tolhendo o direito ao negócio jurídico processual e à produção das provas desejadas pela parte, o que fere gravemente o princípio constitucional do devido processo legal, visto que suprimido da parte o direito à prova.

Ademais, mesmo que a temática seja tratada no julgamento de apelação, se eventualmente o tribunal decidir pela necessidade da prova pleiteada em sede de negócio jurídico, necessário seria o retorno dos autos à primeira instância, o que geraria um atraso injustificado do processo, ferindo gravemente os princípios de economia processual, da celeridade, dentre tantos outros que garantem uma prestação justa, célere e efetiva do processo.

Outrossim, é possível que a negativa da prova pactuada acabe por frustrar a lide, uma vez que, diante da impossibilidade de sua realização, a parte não consiga comprovar a verdade dos fatos, de modo que o processo seria dirigido em dissonância com o escopo da jurisdição.

Demonstra-se, portanto, que a utilização do Agravo de Instrumento é medida que se impõe.

Vale ressaltar que tal afirmação encontra respaldo na doutrina de Fredie Didier Júnior⁶⁷⁸. Do mesmo modo, Flávio Luiz Yarshell reconhece que a decisão em que o magistrado controla a presença dos requisitos de existência e de validade do negócio, recusando-lhe eficácia, está sujeita à impugnação, sob a forma de recurso ou de eventual

⁶⁷⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil*, 3 ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 626

⁶⁷⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1614.

⁶⁷⁷ REICHELDT, Luis Alberto. Sistemática recursal, direito ao processo justo e o novo Código de Processo Civil: os desafios deixados pelo legislador ao intérprete. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 244, online, jun. 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.244.02.PDF>. Acesso em: 03 out. 2019.

⁶⁷⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-15. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 25-46, p. 41.

ação de impugnação autônoma⁶⁷⁹.

4.2.5.4 Descumprimento do negócio jurídico processual

Partindo do pressuposto que o negócio jurídico processual se torna uma fonte de norma jurídica processual⁶⁸⁰, em caso de descumprimento o juiz pode determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias à sua efetivação (art. 139, IV, CPC).

Ademais, tratando-se de matéria probatória, o juiz pode utilizar a regra objetiva do ônus da prova em desfavor daquele que descumpriu seu encargo, podendo considerar como verdadeiros os fatos alegados pela parte contrária. Interessante colacionar, aqui, que o artigo 417, nº 2, do Código de Processo Civil lusitano prevê que as partes que se recusarem a colaborar podem ter o ônus da prova invertido em seu desfavor⁶⁸¹.

Como já exposto, o Enunciado 252, do Fórum Permanente de Processualistas Civis sobreleva que o descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento⁶⁸². Além disto, nos termos do Enunciado 17, do mesmo fórum, “as partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção”⁶⁸³.

De toda forma, nada impede que as partes procedam ao distrato do negócio

⁶⁷⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 79.

⁶⁸⁰ *Ibid.*, p. 105.

⁶⁸¹ Artigo 417.º Dever de cooperação para a descoberta da verdade. [...] 2 — Aqueles que recusem a colaboração devida são condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal aprecia livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ônus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil. [...]. In: PORTUGAL. Lei n.º 41/2013, de 2013. Aprova o Código de Processo Civil. Lisboa, 26 jun. 2013. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/497406/details/normal?l=1>>. Acesso em: 05 ago. 2019. Vide, ainda, o artigo 344.º, do Código Civil português: Artigo 344.º. (Inversão do ônus da prova) 1. As regras dos artigos anteriores invertem-se, quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ônus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine. 2. Há também inversão do ônus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízo das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações. In: PORTUGAL. Decreto Lei n.º 47344, de 1966. Código Civil. Lisboa, 25 nov. 1966. Disponível em: <<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

⁶⁸² CUNHA JUNIOR, Dirley da et al (Org.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Salvador: Juspodivm, 2019. X Edição do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Brasília/DF. Março de 2019.

⁶⁸³ *Ibid.*

jurídico processual⁶⁸⁴.

4.3 PERSPECTIVAS NO PROCESSO

Firmada a premissa de que o negócio jurídico processual em matéria probatória é possível, em respeito ao autorregramento da vontade, bem como que tal faculdade não exclui a atuação do poder do magistrado, que poderá produzir as provas que entender necessárias, bem como fazer um controle *a posteriori* do negócio; estabelecido que a gerência judicial se dará nos termos das balizas demonstradas no tópico anterior, em respeito aos requisitos positivados no Código de Processo Civil, às garantias fundamentais, aos princípios infraconstitucionais e às normas cogentes da codificação processual, passa-se à análise individualizada dos negócios típicos previstos no capítulo de provas, quais sejam, a inversão convencional do ônus da prova e a escolha negociada do perito, traçando perspectivas para atuação do magistrado, em cotejo com as balizas propostas.

4.3.1 Inversão negocial do ônus da prova e os seus critérios balizadores

Antes do ingresso no tema alvo deste tópico – *inversão convencional do ônus da prova e os seus critérios balizadores* – necessário se faz analisar o instituto do ônus da prova e seus regramentos.

Rememorando que ônus é tudo aquilo que a parte não é obrigada a fazer – ou seja, *não é um dever* –, mas, caso não execute, sofrerá em sua esfera pessoal as consequências, é possível dizer que o ônus de provar é a prerrogativa da parte produzir provas, sob pena de, caso não o faça, prejudicar somente a si, colocando-se sob o risco de ter a demanda julgada em seu desfavor.

O artigo 373, do Código de Processo Civil determina que é ônus da parte provar os fatos que alega, sejam eles constitutivos de seu direito ou impeditivos, modificativos ou extintivos do direito daquele com quem litiga. Mais especificadamente, cada parte deve provar os fatos que respectivamente dão suporte às suas alegações, de modo que o

⁶⁸⁴ Enunciado 411: O negócio processual pode ser distratado. Enunciado 495: O distrato do negócio processual homologado por exigência legal depende de homologação. In: CUNHA JUNIOR, Dirley da et al (Org.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*. Salvador: Juspodivm, 2019. X Edição do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Brasília/DF. Março de 2019.

autor tem o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto ao réu cabe a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor⁶⁸⁵.

Sendo assim, em regra, o ônus de provar, ou o ônus da prova, compete a quem tenha feito a alegação, de onde surge a “multissecular afirmação de que o ônus da prova incumbe a quem alega (*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*)”⁶⁸⁶.

A origem dessa distribuição dos ônus probatórios tem natureza prática, pois cada parte tende a ter maior facilidade de provar as alegações que fizer, e ética, na medida em que se espera das partes a responsabilidade de alegar apenas fatos que elas tenham reais condições de demonstrar⁶⁸⁷.

Vale asseverar que, como o *caput* do artigo supramencionado prevê qual dos sujeitos parciais terá o encargo da prova de determinada alegação em determinado polo da demanda, a doutrina convencionou denominar esta disposição como ônus subjetivo da prova, já que o ônus é distribuído de acordo com a posição que figura o sujeito no processo.

Observe que o artigo trata dos seguintes fatos: i) o fato constitutivo do direito, que é o fato do qual origina a pretensão autoral e constitui a sua causa de pedir remota; ii) o fato impeditivo, que é um fato contemporâneo ao fato constitutivo, mas que impede que o direito efetivamente se constitua e que o fato constitutivo produza seus efeitos; iii) o fato modificativo, que se constitui em um fato superveniente, que altere a substância do direito, modificando-o; iv) o fato extintivo, o qual se mostra como um fato superveniente à formação do direito e que faz com que ele desapareça^{688_689_690}.

Todavia, em que pese a prova incumbir a quem alegou o fato, como exposto acima, referido postulado pode ser dinamizado, sofrendo alterações, em três casos: por disposição legal (art. 373, § 1º, *ab initio*, CPC); por decisão judicial (art. 373, § 1º, *in fine*, CPC); e por convenção das partes (art. 373, § 3º, CPC)⁶⁹¹.

⁶⁸⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Artigos 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379 e 380. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). *Comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 571-587, p. 576.

⁶⁸⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2019, p. 228-232.

⁶⁸⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Op. Cit., p. 576.

⁶⁸⁸ Alexandre Freitas Câmara ressalta que, embora essas espécies de fatos sejam as mais frequentes, há outras que podem ser alegadas.

⁶⁸⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. Cit., p. 228-232.

⁶⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 204-208.

⁶⁹¹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil: Tutela de conhecimento*. São Paulo: Verbatim, 2016, 2 v., p. 230.

No primeiro caso, há a inversão *ope legis* do ônus probatório, ocasião em que a distribuição ocorre por determinação legal, como, por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor. O mesmo acontece em uma demanda de investigação de paternidade proposta pelo filho de mulher que era casada com o demandado, tendo o casamento se dissolvido até trezentos dias antes do nascimento, nos termos do art. 1.597, II, do Código Civil.

No segundo caso há uma inversão *ope iudicis* do ônus probatório, que decorre da constatação de que o ônus da prova deve ser distribuído conforme o caso concreto, nos termos da tese denominada “teoria da carga dinâmica da prova”. A teoria, desenvolvida em 1823 por Jérémie Benthan, e posteriormente adaptada por Jorge Peryano, estabelece que a distribuição da prova deve ocorrer sempre em vista do caso debatido, analisando qual parte possui melhores condições para confecção da prova⁶⁹².

Nesse panorama, o Código de Processo Civil expressamente prescreve em seu artigo 373, § 1º, que poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso do determinado pelo *caput*, desde que analise as peculiaridades da causa, quando a parte a quem pertenceria o ônus estiver impossibilitada ou com excessiva dificuldade de cumprir o encargo, ou a outra parte, não detentora *a priori* do ônus, possuir maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. Embora a redação do artigo traga o vocábulo “podará”, Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira entendem que a dinamização do ônus em tais casos é um dever do magistrado⁶⁹³.

Paulo Henrique dos Santos Lucon sustenta que essa dinamização é apenas circunstancial, uma vez que “não se transferem todos os ônus probatórios, apenas aqueles que exigem uma ‘probatio diabólica’ para uma das partes e cuja contraprova é de fácil acesso à parte contrária”⁶⁹⁴. Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto alegam, por sua vez, que “a dinamização não opera automaticamente sobre todos os fatos, mas tão somente em relação àqueles sobre os quais o magistrado fez expressa referência”⁶⁹⁵.

⁶⁹² OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Curso de direito processual civil: Tutela de conhecimento. São Paulo: Verbatim, 2016, 2 v., p. 231-232.

⁶⁹³ Ibid., p. 232.

⁶⁹⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Artigos 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379 e 380. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). *Comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 571-587, p. 577-578.

⁶⁹⁵ MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Artigo 373. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org). *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 578.

É imprescindível, ainda, que a decisão que redistribui o ônus da prova cumpra três requisitos positivados: i) a decisão deve ser fundamentada; ii) deve dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído; iii) não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Ademais, prevê o inciso III do artigo 357, do Código de Processo Civil, que a definição do ônus deve se dar em decisão de saneamento e de organização do processo. Lenio Luiz Streck ressalva, contudo, que pode não ser possível essa distribuição exatamente nesse momento processual, caso em que o juiz deve oportunizar prazo razoável para requerimento e produção de provas, nos termos da parte final do § 1º do art. 373⁶⁹⁶.

Por fim, a terceira possibilidade de modificação do ônus é pelos próprios litigantes, os quais, por meio de negócio processual, podem convencionar sobre quem recairá o encargo de produzir a prova e arcar com eventuais consequências em caso de inércia. Disposição semelhante se encontra no art. 344, nº 2, do Código Civil português⁶⁹⁷.

Este, como os negócios processuais em geral, pode ser celebrado antes do processo ou durante seu curso (art. 373, § 4o), e através dele as partes podem livremente convencionar o modo como os encargos probatórios são distribuídos, salvo quando recair sobre direito indisponível da parte (art. 373, § 3o, I) ou quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício de seu direito (art. 373, § 3o, II)⁶⁹⁸

De acordo com Francisco Manuel Lucas Ferreira de Almeida, juiz conselheiro jubilado do Superior Tribunal de Justiça português, tais normas admitem a negociação, pois materializam interesses meramente particulares, nada impedindo sua disposição diversa⁶⁹⁹.

Deste modo, poderiam as partes avançar, por exemplo, que, ao invés do autor comprovar um fato constitutivo de seu direito, o réu deverá demonstrar a sua ausência, sob pena de, caso não logre êxito, ter a demanda julgada em seu desfavor. É possível visualizar, neste caso, um contrato de prestação de serviços nos termos do Código Civil,

⁶⁹⁶ MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Artigo 373. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org). *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁶⁹⁷ Artigo 344.º (Inversão do ónus da prova). 1. As regras dos artigos anteriores invertem-se, quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ónus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine. In: PORTUGAL. Decreto Lei n.º 47344, de 1966. Código Civil. Lisboa, 25 nov. 1966. Disponível em: <<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

⁶⁹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2019, p. 228-232.

⁶⁹⁹ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*: vol. II. Coimbra: Almedina, 2019, p. 264.

em que o contratante e o prestador de serviços avencem que, em eventual ação judicial motivada pelo abandono do serviço pelo prestador, caberá a este comprovar que concluiu o trabalho nos termos contratados. Assim, caso o contratante mova referida ação – na qual a princípio lhe caberia comprovar a desídia do contratado – o prestador deverá provar que cumpriu com seu encargo, sob pena de a ação ser julgada procedente a favor do autor.

É possível aventar, ainda, o negócio jurídico processual unilateral sobre a prova, que ocorre quando a parte que não tem o ônus de produzi-la, decide fazê-lo, assumindo os riscos das consequências negativas do seu insucesso, como explicam Comoglio, Ferri e Taruffo, nas palavras de Marinoni e Arenhart. Referidos autores advertem que a jurisprudência italiana é severa ao exigir que o réu, ao requerer uma prova que não tem o ônus, assuma explicitamente as consequências negativas, caso não consiga provar o que pretende. Todavia, Marinoni e Arenhart defendem que, a assunção pela parte de determinada prova que não lhe cabe, não significa necessariamente que assumiu o seu ônus, mas tão somente que pretende influenciar no convencimento do juiz, produzindo uma contraprova, mantendo-se o ônus subjetivo inicialmente determinado. A situação muda, contudo, de acordo com os processualistas brasileiros, quando a prova for considerada ao autor, porém for pedida pelo réu, ou seja, quando há a “assunção da produção de uma específica prova que é da incumbência da parte contrária, que poderá ser realizada ainda que a parte que não tem o ônus de produzi-la dela desista”⁷⁰⁰.

Analisadas as modalidades de distribuição do ônus da prova, imprescindível reconhecer, ainda, que é possível que, mesmo com a delimitação subjetiva do ônus da prova, inclusive com eventual dinamização, ao final da instrução haja um insucesso na investigação fática, ou seja, as provas produzidas não sejam aptas a formar a convicção do julgador.

Neste caso, tendo em vista a vedação ao *non liquet* - ou seja, a proibição do magistrado não julgar a lide - se mostra necessária a adoção de uma técnica de julgamento⁷⁰¹, ou seja: o magistrado, que precisa pôr fim ao litígio, mesmo sem ter certeza sobre os fatos narrados, deve fazer uso de algum critério que o possibilite proferir decisão, solucionando a controvérsia e evitando a perpetuação da demanda.

Tal técnica, em nosso ordenamento jurídico, consistente em impor uma decisão

⁷⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 242-243.

⁷⁰¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Artigos 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379 e 380. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). *Comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 571-587, p. 576.

desfavorável à parte que não se incumbiu de seu respectivo ônus, ou, em outras palavras, contra quem tinha o encargo de produzir a prova e não o fez. Deste modo, “se no momento de proferir a decisão de mérito o juiz verificar que alguma alegação não está suficientemente provada, deve proferir decisão contrária a quem a tenha feito”⁷⁰². O ônus da prova, neste contexto, serve como artifício para que o julgamento seja proferido, mesmo diante da insuficiência de provas⁷⁰³. Esta estratégia denota a adoção da face objetiva do ônus da prova⁷⁰⁴.

Oportuna ressalva é feita pelo doutrinador Flávio Luiz Yarshell, segundo o qual, quando a lide é decidida pela técnica em análise, há um prejuízo à decisão justa, mais próxima o possível da verdade⁷⁰⁵. Por tal motivo, a adoção desta técnica é eventual e subsidiária, uma vez que somente será aplicada se não houver nenhuma prova nos autos apta a fornecer um juízo de veracidade⁷⁰⁶.

Deste modo, a solução das regras inerentes ao ônus da prova deve ser a *ultima ratio*, utilizada quando não houver esclarecimento fático⁷⁰⁷. Assim, não pode o julgador utilizar a ferramenta do ônus da prova objetivo, se tiver outros elementos aptos a formar sua convicção, devendo priorizar, sempre, a busca pela verdade. Aliás, como ressalta Robson Renault Godinho, o ônus da prova é relativo, vez que não enseja, inevitavelmente, o insucesso na comprovação de um fato⁷⁰⁸.

Cotejadas as regras sobre ônus da prova, imprescindível retomar ao objeto deste estudo e verificar a aplicação de balizas à sobredita modalidade de negócio jurídico processual em matéria probatória – *qual seja, a dinamização convencional do ônus da*

⁷⁰² CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2019, p. 228-232.

⁷⁰³ GODINHO, Robson Renault. Panorama sobre a prova e o respectivo ônus no processo civil. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (Coord). *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 141-183.

⁷⁰⁴ O ônus da prova pode ser observado sob o prisma subjetivo e objetivo. Primeiramente, pode se falar no ônus da prova subjetivo, quando se dirige à atividade probatória das partes, à conduta de cada sujeito processual para se desincumbir do seu ônus de provar. Há também o seu aspecto objetivo, regra dirigida ao magistrado, ligada à vedação do non liquet, em que há a indicação, pelo ordenamento jurídico, do comportamento que deve assumir o magistrado ao decidir quando houver dúvida quanto aos fatos. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. Artigo 373. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org). *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 577.

⁷⁰⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 51.

⁷⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 1 v., p. 925.

⁷⁰⁷ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 192.

⁷⁰⁸ GODINHO, Robson Renault. Panorama sobre a prova e o respectivo ônus no processo civil. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (Coord). *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 141-183.

prova - , a fim de resguardar as normas fundamentais do ordenamento jurídico, conforme se passará a expor.

Necessário se faz, contudo, ter especial atenção a este controle, haja vista que a convenção sobre ônus da prova é negócio jurídico processual taxativamente previsto, já tendo o legislador exposto as hipóteses que compreende demandar o controle judicial, o que limita substancialmente a atividade hermenêutica do aplicador do direito. De tal modo, para negar efetividade ao negócio jurídico fora dos casos previstos no próprio código, necessário se faz a ponderações dos direitos envolvidos, bem como a interpretação sistemática do diploma processual, buscando-se a simultaneidade sadia das normas envolvidas⁷⁰⁹.

Isso posto, passa-se a propor vetores para atuação da atividade estatal, que possibilitem o controle do negócio jurídico processual de inversão do ônus da prova.

4.3.1.1 Premissa introdutória

Assim como nos demais negócios jurídicos processuais em matéria probatória, uma vez firmada a convenção, produzem efeitos imediatamente, nos termos do artigo 200, do Código de Processo Civil, sendo desnecessária a homologação pelo magistrado⁷¹⁰. Não se menoscaba, neste tópico, que o artigo 373, § 3º, do Código de Processo Civil, não condiciona a inversão negocial do ônus da prova à homologação judicial.

Marinoni e Arenhart afirmam que basta que satisfaça os requisitos de qualquer negócio (agentes capazes, objeto lícito e forma admitida em lei), para que as partes façam a modificação. De acordo com os autores, não é preciso respeitar forma específica, nem mesmo nos casos em que a lei material exija certo *modus* para os atos jurídicos (*e.g.*, art. 2015, CC), o que não permite, contudo, o conflito com normas, como, por exemplo um negócio jurídico processual que conflite com o artigo 424, do Código Civil, que prevê serem nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio, nos contratos de adesão⁷¹¹.

⁷⁰⁹ REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 311.

⁷¹⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: Juspodvim, 2019, p. 143.

⁷¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 243-245.

A situação narrada, todavia, não impede a análise posterior do negócio jurídico processual de inversão do ônus da prova pelo magistrado.

4.3.1.2 A inversão negocial do ônus da prova deve respeitar a máxima da efetividade e não pode gerar externalidades

Como já visto exhaustivamente neste estudo, a efetividade é um dos pilares de sustentação do novo Código de Processo Civil, devendo sua busca sempre nortear a atividade do Estado-Juiz. Neste contexto, no que tange especificamente à inversão convencional do ônus da prova, demanda especial atenção do juiz o momento da celebração do negócio processual em debate.

Ressalta-se que o artigo 373, § 4º, do Código de Processo Civil prevê que “a convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo”, de modo que não há limitação temporal para a distribuição convencional. Não obstante, o momento em que o negócio é pactuado, pode ferir a máxima da efetividade do processo, haja vista que a parte que passou a deter o ônus de produzir a prova deve ter a oportunidade de assim fazê-lo, o que pode demandar, a depender do caso, a reabertura da instrução probatória, dilatando o tempo da lide e consumindo recursos do poder judiciário – *como, por exemplo, com a realização de uma segunda audiência* –, além de gerar externalidades para os demais envolvidos do processo, como testemunhas, peritos, serventuários, oficiais de justiça, o próprio magistrado, ou até mesmo à alguma parte que não tenha participado do negócio jurídico processual.

Neste espeque, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery advertem que seria contraproducente que a inversão ocorresse depois de saneado o processo, após o início da fase instrutória, vez que, nesse momento, a prova já terá sido determinada em sentido que pode não ser o mesmo do negócio jurídico⁷¹². Neste mesmo sentido Paulo Henrique dos Santos Lucon clama que a dinamização seja feita, preferencialmente, em momento anterior ao início da fase instrutória, para que a parte que se incumbiu do ônus possa conduzir o processo de acordo com tal encargo⁷¹³.

Consequentemente, caso o negócio jurídico processual seja firmado após o início

⁷¹² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1085.

⁷¹³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Artigos 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379 e 380. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). *Comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 571-587, p. 577-578.

da fase instrutória, cabe ao magistrado dois posicionamentos: ou, não havendo prejuízo aos princípios constitucionais e infraconstitucionais, adaptar o procedimento e oportunizar à parte que se incumbiu do ônus de produzi-la e, via de consequência, permitir o contraditório à parte contrária; ou caso entenda que o pactuado fere a efetividade do processo, inadmitir o negócio jurídico.

Em aditivo, Marinoni e Arenhart alertam que pode um terceiro prejudicado em virtude da modificação do ônus da prova, afastar o efeito da intervenção, exigindo reapreciação judicial de suas alegações⁷¹⁴.

4.3.1.3 A inversão negocial do ônus da prova deve respeitar os direitos indisponíveis e não pode tornar excessivamente difícil o exercício do direito

Não se pode menoscabar, ainda, que a própria redação do código (art. 373, § 3º, CPC) não permite o uso irrestrito do negócio jurídico sobre o ônus, restringindo a sua formulação nos casos em que recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. De forma complementar, a Lei 8.078 de 1990 – *Código de Defesa do Consumidor* – estabelece, em seu artigo 51, VI, que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor.

No que tange aos direitos indisponíveis seria possível visualizar, por exemplo, processos que versam sobre alimentos, guarda de menores, administração pública, direito coletivo, dentre outros. Em tais casos, o escopo é evitar que um direito do qual a parte não pode dispor não seja exercido por dificuldades quanto à produção probatória, de modo que, ainda que indiretamente, o negócio jurídico processual representaria a indisponibilidade do direito⁷¹⁵. A finalidade é “impedir que as partes disponham de maneira indireta e sub-reptícia de um direito indisponível”⁷¹⁶. Sobre o tema, ressaltam Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto:

Destaque-se que a previsão não impede a inversão convencional nos

⁷¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 243.

⁷¹⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 14. ed. Salvador: Juspodvim, 2019, p 142-143.

⁷¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.*, p. 245.

processos que tratam de direitos indisponíveis, mas tão somente a inversão nesses casos contra o titular do direito em questão. Assim, por exemplo, é possível negócio probatório que envolva direitos dos consumidores e não incida na vedação do art. 51, VI, do CDC nem do inciso I do § 3.º do art. 373, caso ele seja favorável ao consumidor⁷¹⁷.

Ademais, a inversão do ônus não pode tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito, o que ocorre nos casos em que a produção de prova se mostra impossível ou cujo acesso seja muito difícil à parte. A doutrina convencionou nomear este tipo de prova de “prova diabólica”. Fredie Didier, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, assim como Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, ressaltam, aqui, que a inversão deve se dar de modo a retirar a carga da parte que não tem possibilidade de produzir a prova para aquela que pode produzi-la⁷¹⁸, sendo vedada a redistribuição que implique “prova diabólica reversa”⁷¹⁹.

Haverá excessiva dificuldade na produção da prova, em razão da distribuição diversa daquela estabelecida pelo caput do art. 333, quando, ou impossível sua produção (apesar de a disposição legislativa não ser expressa neste sentido), ou quando, para tal, exigir-se dispêndio incompatível, proporcionalmente, ao bem objeto do litígio⁷²⁰.

No que se refere ao Código de Defesa do Consumidor, vale ressaltar que a inversão do ônus da prova não é técnica a ser utilizada automaticamente, mas exige a demonstração de hipossuficiência da parte e verossimilhança das alegações.

A vulnerabilidade do aderente não significa necessariamente a hipossuficiência econômica, técnica ou de acesso à justiça. Tanto é assim que a lei de proteção ao consumidor presume de forma absoluta a vulnerabilidade, porém somente confere ao consumidor o direito básico de inversão do ônus da prova no processo civil quando houver verossimilhança em suas alegações ou, ainda, quando o julgador considerar o consumidor hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência (ou seja, em conformidade com o que dispõem os arts. 4.º e 5.º da LINDB)⁷²¹.

⁷¹⁷ MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Artigo 373. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org). *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 578-579.

⁷¹⁸ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1085.

⁷¹⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: Juspodvim, 2019, p. 148-149.

⁷²⁰ MOUZALAS, Rinaldo; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Distribuição do ônus da prova por convenção processual. *Revista de Processo*, v. 40, n. 240, p. 399-423, fev., 2015.

⁷²¹ LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos: a função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 177.

Afora os casos supramencionados, a parte é livre para exercer sua autonomia. Neste sentido, Marinoni e Arenhart afirmam que qualquer causa autoriza a elaboração do acordo, ressalvadas as dispostas acima, bem como quando normas de interesse público atribuem certo ônus a alguém, vez que, neste caso, há uma regra de caráter dispositivo, logo inafastável pelas partes⁷²².

Do mesmo modo, para Fredie Didier, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, com exceção das previstas no código, não há restrição quanto à matéria, podendo a reconvenção sobre o ônus recair sobre qualquer fato, sendo um negócio jurídico autônomo, sem qualquer relação com um negócio anterior⁷²³.

4.3.1.4 A inversão negocial do ônus da prova deve respeitar os poderes instrutórios do juiz

Oportuno ponderar, neste tópico, que, embora o juiz se vincule à distribuição convencional do ônus da prova, ele não se vincula ao resultado, uma vez que pode, dentro dos limites já expostos no capítulo 03, produzir provas de ofício, complementando a instrução probatória. Desta feita, a convenção não impede a iniciativa de provas por parte do magistrado.

Do mesmo modo, Marinoni e Arenhart esclarecem que a assunção do ônus da prova por uma das partes não elimina a possibilidade de o juiz produzir provas de ofício, uma vez que o conhecimento do magistrado não é limitado às provas pleiteadas pelas partes⁷²⁴.

Por sua vez, William Santos Ferreira atesta que “a distribuição do ônus da prova não obstaculiza nem modifica as iniciativas probatórias do juiz, nem a apreciação de omissões das partes ou de suas condutas no curso do processo”⁷²⁵. Neste sentido, é a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 696.816/RJ, que assim prevê:

⁷²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 243-244.

⁷²³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 14. ed. Salvador: Juspodvim, 2019, p. 142.

⁷²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit., p. 246.

⁷²⁵ FERREIRA, William Santos. Artigos 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1134.

A inversão do ônus da prova não é incompatível com a atividade instrutória do juiz porque ela não estabelece uma presunção legal de veracidade dos fatos narrados. Trata-se, como já exposto, de um instituto que opera apenas na ausência de provas. Em consequência deve-se concluir que é possível determinar a prova pericial de ofício, mesmo quando houver inversão do ônus da prova⁷²⁶.

Complementando, João Batista Lopes ressalta que a admissão do princípio dispositivo pelo artigo 333, do Código de Processo Civil de 1973 – *atualmente art. 373, CPC/15* – não significa que as partes possam orientar o processo como quiserem, sendo que dono do processo (*dominus processu*) é o juiz, bem como que “se às partes conferem certos poderes de disposição, tal se compreende fora da atividade própria do juiz, não sendo este obrigado, na formação das bases da sentença, a aceitar a convenção das partes”⁷²⁷.

Não se menoscaba, de qualquer maneira, que o julgador possa, independente do negócio jurídico processual sobre o ônus, sequer se valer da técnica de julgamento, nos casos em que haja provas nos autos suficientes para solução da lide, sem necessidade da utilização do ônus objetivo, haja vista sua subsidiariedade. Neste sentido, Fredie Didier, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira justificam a assertiva narrada explicando que o negócio jurídico processual se refere ao ônus objetivo da prova – *ou seja, quem arcará com a insuficiência probatória* - , e não ao subjetivo – *qual parte deverá produzir a prova* - , vez que, pelo princípio da comunhão da prova, se torna indiferente o responsável pela sua produção, desde que haja elementos comprobatórios suficientes, sendo desnecessário o uso da técnica objetiva⁷²⁸.

Ademais, partindo do pressuposto que as circunstâncias fáticas que envolvem o processo estão sujeitas a constantes mudanças, bem como que ao magistrado cabe dinamizar a lide, adequando-a às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito, não há óbice em redinamizar o ônus da prova, dada as peculiaridades do caso concreto.

Dessa maneira, existindo mudanças nas circunstâncias fáticas que justifiquem a modificação, ela se mostra possível, tanto por iniciativa do magistrado, tanto por

⁷²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 696.816/RJ. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 14 nov. 2012.

⁷²⁷ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 42-43.

⁷²⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: Juspodvim, 2019, p. 143-144.

iniciativa das partes, o que é facilmente aferível pela redação do artigo 373, § 4º, que admite a convenção a qualquer tempo, sem delimitar a possibilidade de uma única convenção, estando a atividade sujeita, de todo modo, ao controle do juiz nos termos já exarados. Deste modo, poder-se-iam visualizar os seguintes cenários: (i) as partes convencionam o ônus da prova e, posteriormente, diante de inovação fática, elas próprias realizam nova convenção ou o magistrado redinamize o ônus probatório; (ii) o juiz dinamiza o ônus da prova e em outro momento, de forma justificada, o redinamiza.

Especial atenção se deve ter, contudo, com o momento da dinamização que, como já exposto, deve ocorrer em oportunidade em que a parte incumbida do ônus tenha a possibilidade de conduzir a produção probatória ao seu favor. Além disso, a mudança deve respeitar a efetividade e a duração razoável do processo, que devem servir de balizas ao uso desmedido da dinamização.

4.3.1.5 Outras limitações

Ademais, a inversão convencional do ônus pode gerar situações que exijam o controle judicial por violar as balizas estabelecidas no item 4.2, como, por exemplo, os requisitos do artigo 190, do Código de Processo Civil ou as garantias fundamentais e os princípios constitucionais. Assim, um negócio jurídico que previsse a inversão do ônus da prova de modo a levar à extensão irrazoável do processo seria inadmissível. Seria o caso, por exemplo, de a inversão consensual, mesmo não tornando excessivamente difícil o exercício do direito, seja inserida abusivamente em contrato de adesão ou onere a parte vulnerável da relação (relembrando que vulnerabilidade não é sinônimo de hipossuficiência técnica nem mesmo implica, automaticamente, em uma dificuldade de produção de provas).

4.3.1.6 O respeito ao princípio da cooperação, o direito ao contraditório e outras observações complementares

Outro ponto a ser considerado, é que a atuação do magistrado no controle da inversão negocial do ônus da prova, deve sempre ser orientada pelo princípio da cooperação, conforme amplamente explanado no tópico 4.2.5.1, respeitado o contraditório prévio. Veja que o caso específico da inversão do ônus da prova, exige uma

sensibilidade ainda maior do magistrado, haja vista que a regra norteia toda a atividade da parte em produção probatória. Seria inadmissível, por exemplo, que a parte que é beneficiária da técnica de julgamento do ônus da prova – *ou seja, a que não sofrerá com a falta de provas* – permanecesse inerte ao longo da instrução, confiante no benefício do ônus pactuado, e o juiz, na sentença, invalidasse o negócio jurídico, restabelecendo o ônus da prova contra ela e decidindo a lide em seu desfavor, por falta de provas.

Também, a parte que foi incumbida do ônus da prova deve ter oportunidade de se manifestar, a fim de demonstrar argumentos que possam levá-la a se livrar do ônus contraído.

Por fim, importante registrar que não há óbices, assim como na distribuição *ope legis*, que a inversão convencional do ônus se refira somente em relação a alguns fatos. Caso não haja especificação no negócio, compreende-se que ele abrange toda instrução probatória.

Outrossim, não se pode desconsiderar que a decisão que dinamiza o ônus da prova judicialmente ou por disposição legal, nos termos da disposição expressa do artigo 1015, XI, do Código de Processo Civil, é impugnável por meio de Agravo de Instrumento, não existindo, no entanto, previsão quanto à inversão consensual⁷²⁹.

Ocorre que, de acordo com Rosemiro Pereira Leal, comentando o inciso XI do art. 1.015, a hipótese foi prevista com o fim de proteger a parte das imprevisibilidades da inversão judicial do ônus da prova⁷³⁰. De forma similar, Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha, alegam que “se a parte discorda da decisão, tem de ter condições de impugnação imediata, sob pena de inutilidade do recurso interposto somente depois da sentença”⁷³¹. Sob esta lógica, é possível pensar que, se esta é a *mens legis - ou seja, possibilitar a revisão pelo tribunal, protegendo a parte de imprevisibilidade, sob pena do recurso tornar-se inútil* - a decisão que decide negar vigência à inversão convencional do ônus da prova, coloca o litigante na mesma situação, de modo que não haveria motivos pra não se falar em cabimento do agravo de instrumento.

⁷²⁹ Note que o artigo 1.015, XI, deve ser interpretado em conjunto com o 373, §1º: de acordo com primeiro cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre a redistribuição do ônus da prova nos termos do artigo 373, §1º, enquanto este determina a inversão do ônus nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. Assim, não abrange o artigo 373, § 3º, que trata da distribuição convencional.

⁷³⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. Art. 1.015. In: ALVIM, Angélica Arruda et al (Coord.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1197-1198.

⁷³¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Salvador: Juspodvim, 2018, p. 265.

Ademais, além dos argumentos expostos no item 4.2.5.3, aqui aplicáveis, se em sede de apelação o tribunal decidir pela receptividade do negócio, redinamizando o ônus, necessário seria o retorno dos autos à primeira instância para possibilitar à parte que recebeu o encargo, exercer seu direito de defesa, ferindo a máxima da efetividade.

Portanto, a utilização do Agravo de Instrumento se mostra imprescindível.

4.3.2 Escolha negocial do perito e os seus critérios balizadores

Em primeiro lugar, previamente à análise dos vetores para atuação da atividade estatal no controle da escolha negocial do perito, necessário se faz compreender a matéria da perícia e os aspectos envoltos à atividade do profissional por ela responsável.

É sabido que os fatos em debate em um litígio, por muitas vezes, demandam, para compreensão e solução da causa, de conhecimento alheio à esfera jurídica, necessitando o juiz se socorrer a engenheiros, médicos, contadores, químicos, agrimensores, dentre tantas outras áreas de especialidade. Neste enfoque, a prova pericial pode se materializar na inspeção de coisas, pessoas e documentos (exame) ou sobre bens imóveis (vistoria) - *com o fim de verificar fato ou circunstância que interesse ao litígio* - ou consistir na apuração de valor, em dinheiro, de coisas ou obrigações (arbitramento)⁷³².

Naturalmente, em prol da eficiência do processo, a perícia não é realizada em todos os litígios colocados sob a tutela do judiciário, mas tão somente naqueles que exijam meios extraordinários de conhecimento, de modo que o artigo 464, § 1º, do Código de Processo Civil resguarda ao juiz a possibilidade de indeferir a perícia quando a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico, for desnecessária em vista de outras provas produzidas ou a verificação for impraticável, o que não pode ser tolhido diante do negócio jurídico processual. Desta forma, o magistrado pode indeferir a perícia, mesmo que convencionada pelas partes.

Do mesmo modo, o juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes (art. 472, CPC). As previsões são reforçadas pelos artigos 139 e 370, que permitem ao juiz denegar provas desnecessárias. De acordo com Humberto Theodoro Júnior, todavia, se a avaliação somente for possível

⁷³² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 1 v., p. 1.037.

por meios técnicos, o juiz não pode denegar a perícia, pois cometeria cerceamento de defesa⁷³³.

Prevê o código, ainda, mais uma vez em busca de um resultado célere e justo, a possibilidade de produção de prova técnica simplificada, em substituição à perícia, quando o ponto controvertido for de menor complexidade, que consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico (art. 464, §§ 2º, 3º e 4º, CPC).

Uma vez admitida a perícia, será nomeado um *expert*, responsável pelas informações científicas, o perito, o qual deve cumprir escrupulosamente o encargo que lhe foi concedido, independentemente de termo de compromisso, bem como confeccionar o laudo pericial nos termos exigidos pelo artigo 473, do Código de Processo Civil.

Para auxiliar o trabalho do *expert* e garantir a plena participação das partes na produção da prova, podem os litigantes nomearem assistentes técnicos (art. 465, § 1º, II, CPC). Os demandantes podem, também, formular quesitos a serem respondidos pelo profissional (art. 465, § 1º, III, CPC), sem prejuízo do juiz também indeferir os que se mostrem impertinentes e formular quesitos suplementares necessários ao esclarecimento da causa (art. 470).

O perito (ou os peritos, a depender da complexidade da matéria, que pode abranger diversas áreas de atuação) pode ser escolhido pelo magistrado, que irá nomeá-lo na decisão de saneamento, ou pelas próprias partes.

Logo, as partes podem, de comum acordo, escolher o perito, nos termos do artigo 471, do Código de Processo Civil, materializando mais um negócio jurídico processual em matéria probatória. Aliás, referida perícia consensual substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz.

Tal previsão é de extrema valia em muitas relações jurídicas. Visualize, por exemplo, o caso da empresa A, brasileira, que adquire da empresa B, alemã, um aparelho que só existe no país alienígena, cuja tecnologia ainda não fora explorada no Brasil. É plenamente compreensível que já no contrato de compra e venda as partes estabeleçam que qualquer litígio envolvendo o objeto, o perito deverá ser um *expert* específico, de origem alemã, que possui amplo conhecimento sobre seu funcionamento.

⁷³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 1 v., p. 503-504.

De acordo com Elias Marques de Medeiros Neto, o artigo 471, do Código de Processo Civil “é reflexo da preocupação do legislador em incentivar que as partes tenham como norte de comportamento o princípio da cooperação”⁷³⁴.

Vale asseverar, neste momento, que da mesma forma o artigo 467, do Código de Processo Civil português admite negócio jurídico processual sobre a escolha do perito, podendo o juiz negar o acordo se fundamentadamente tiver razões para questionar sua idoneidade ou competência⁷³⁵. Ademais, na Inglaterra, dentre outras formas, admite-se, em processos de menor porte, a prova pericial por intermédio do “perito único comum”, que é indicado por ambas as partes ou escolhido pelo tribunal a partir de uma lista fornecida pelas partes, o que evita que os profissionais apresentem laudos tendenciosos a dar preferência a quem os contrata e evitar que as partes menos favorecidas sejam prejudicadas⁷³⁶. Frisa-se que em causas de maior complexidade ou de grande porte, cada parte solicita ao tribunal permissão para contratar seu próprio perito e, uma vez concedida a permissão, só poderá haver a troca do profissional se obter uma nova autorização⁷³⁷.

Interessante colacionar que Fredie Didier, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira entendem que, mesmo que o perito seja de sua escolha, é possível que a parte impugne o laudo produzido na perícia consensual, haja vista que possui até mesmo a possibilidade de nomear assistente técnico, mas não visualiza óbices a esse direito ser tolhido por outro negócio jurídico processual⁷³⁸. Porém os autores ressaltam que, tendo sido o perito escolhido pelas partes, elas não podem alegar sua imparcialidade, exceto se fundado em fato superveniente à escolha⁷³⁹. Aliás, nesse sentido, é o Enunciado 637 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que prevê que “a escolha consensual

⁷³⁴ MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Artigo 471. In: CÂMARA, Helder Moroni (Coord). *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 631-632, p. 631.

⁷³⁵ Artigo 467º Quem realiza a perícia. 2 — As partes são ouvidas sobre a nomeação do perito, podendo sugerir quem deve realizar a diligência; havendo acordo das partes sobre a identidade do perito a designar, deve o juiz nomeá-lo, salvo se fundamentadamente tiver razões para pôr em causa a sua idoneidade ou competência. In: PORTUGAL. Lei nº 41/2013, de 2013. Aprova o Código de Processo Civil. Lisboa, 26 jun. 2013. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/497406/details/normal?l=1>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

⁷³⁶ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 166-170.

⁷³⁷ *Ibid.*, p. 176.

⁷³⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: Juspodvim, 2019, p. 353.

⁷³⁹ *Ibid.*

do perito não impede as partes de alegarem o seu impedimento ou suspeição em razão de fato superveniente à escolha”⁷⁴⁰.

De acordo com Elias Marques de Medeiros Neto, o perito exerce importante função de auxílio ao juiz, de modo que este deve confiar no *expert*. Por tais motivos, a escolha das partes não elimina a observância e aplicação de todos os demais artigos do Código de Processo Civil referentes à prova pericial, demandando, ainda, que, além das balizas dos incisos I e II do artigo 471, o juiz verifique:

(i) se o perito preenche todos os requisitos para conduzir adequada e satisfatoriamente a prova pericial; (ii) se, na linha dos inciso I e II do parágrafo terceiro do art. 373 do CPC/2015, a indicação desse profissional técnico não está ameaçando a proteção de direito indisponível e/ou dificultando a igualdade de tratamento, a paridade de armas entre as partes e o devido processo legal; (iii) se o perito, apesar de ser indicado pelas partes, será imparcial, não estando presentes no caso concreto as hipóteses de impedimento/ou suspeição; e (iv) se o profissional tem a reputação, o conhecimento técnico e a experiência necessários para ser digno da confiança do juiz⁷⁴¹.

Tecidas tais considerações, é necessário, novamente, propor critérios balizadores ao negócio jurídico processual, em prol de um processo justo e efetivo. Repete-se, neste momento, o alerta já feito no tópico 4.3.1, de que este negócio jurídico está taxativamente previsto, já tendo o legislador exposto as hipóteses que compreende demandar o controle judicial, devendo o eventual limitação por motivos alheios ao previsto no código ser tratado com atenção, em respeito à *mens legis*.

4.3.2.1 Premissa introdutória

Para parcela da doutrina, não existindo defeito que comprometa o negócio, o juiz não pode negar a sua eficácia⁷⁴²⁻⁷⁴³, devendo dar cumprimento ao acordo pactuado, acatando o perito escolhido pelas partes. Não se pode olvidar que o artigo 471, do Código de Processo Civil não condiciona a escolha consensual do perito à homologação judicial,

⁷⁴⁰ CUNHA JUNIOR, Dirley da et al (Org.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Salvador: Juspodivm, 2019. X Edição do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Brasília/DF. Março de 2019.

⁷⁴¹ MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Artigo 471. In: CÂMARA, Helder Moroni (Coord). *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 631-632, p. 632.

⁷⁴² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: Juspodvim, 2019, p. 353.

⁷⁴³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Artigo 471. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1324.

de modo que o caso invoca, novamente, a aplicação do artigo 200, do diploma processual, devendo o negócio produzir imediatamente efeitos.

Todavia, tal constatação não impede que o magistrado exerça o seu controle sobre o negócio, ou denegue o perito em casos específicos.

4.3.2.2 A escolha negocial do perito deve ser entabulada por partes capazes, versando sobre direitos que admitam autocomposição

O próprio dispositivo do artigo 471, do Código de Processo Civil exige, para convenção, que as partes sejam plenamente capazes e a causa possa ser resolvida por autocomposição, requisitos estes amplamente tratados neste trabalho nos itens 4.2.1.1 e 4.2.1.2, para os quais se remete o leitor.

4.3.2.3 A escolha negocial do perito deve respeitar os poderes do juiz

Um dos principais deveres do magistrado é zelar pela garantia do escopo social do processo, de promoção de justiça e pacificação social, para o que a busca da verdade – ou, ao menos, a *aproximação da verdade* – se mostra essencial. Para tanto, o juiz é dotado do poder de dirigir a instruções probatória, garantindo que sejam produzidas as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Ocorre que, muitas vezes, a escolha do perito vai em desencontro a esse ideal de justiça, de modo que ao magistrado cabe denegar o *expert* escolhido, em prol de um processo justo. Por óbvio, o juiz não pode realizar um juízo de conveniência sobre o perito escolhido, devendo respeitar a vontade das partes, podendo denegar efetividade ao acordo somente quando a escolha do profissional violar as normas norteadoras do ordenamento jurídico, inclusive o princípio da boa-fé.

Em primeiro plano, é possível que ao perito falte conhecimento técnico ou científico, devendo o juiz desconsiderar o negócio processual, determinando a sua substituição (art. 468, I, CPC). Isso ocorreria, por exemplo, se as partes elegessem um médico cuja especialidade é cardiologia, para constatar eventual erro médico diante da morte de um feto.

Também poderia o magistrado não dar efeito ao negócio jurídico se o perito escolhido pelas partes for impedido ou suspeito, como, por exemplo, nos casos em que

seja cônjuge de uma das partes, amigo íntimo ou inimigo de um dos patronos ou que esteja interessado no julgamento do processo.

Outrossim, poderia ocorrer de as partes elegerem perito com o fim de fraudar o processo, seja por disposição mútua, seja quando um dos demandantes possui sua vontade viciada, diante do artifício ardil, dolo ou coação do litigante oposto, ocasiões em que, mais uma vez, a atuação do julgador se mostraria necessária. Nesse sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam que o juiz não pode permanecer alheio a qualquer evidência de manipulação do acordo, que deverá ser prontamente reprimida, nos termos do artigo 139, III, do Código de Processo Civil⁷⁴⁴.

É possível, ademais, que o perito escolhido pelas partes, sem motivo legítimo, deixe de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado (art. 468, CPC), sendo necessária sua substituição.

Em todos estes casos, o magistrado, fundamentadamente, não se vinculará ao acordo e denegará a escolha consensual do perito.

Importante esclarecer, aqui, que uma vez que tome essa opção, deve o julgador, em respeito à cooperação, oportunizar às partes a possibilidade de nova escolha e, somente com o não cumprimento do encargo, poderá o juiz nomear um perito de confiança do juízo.

Não se despreza a possibilidade, ainda, que a perícia realizada pelo perito escolhido consensualmente pelas partes apresente laudo inconclusivo, ou dissonante com os requisitos do artigo 473, do Código de Processo Civil, ou mesmo aja em desacordo com as técnicas necessárias para análise da questão posta ou de modo contrário ao código de ética de sua profissão.

Caso a perícia não seja suficientemente esclarecedora, pode o juiz determinar a realização de nova perícia, que terá por objeto os mesmos fatos sobre os quais recaiu a primeira e destinar-se-á a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu, devendo o juiz avaliar ambas as perícias, apreciando-as seus valores livremente (art. 480, CPC). Vale asseverar que “a segunda perícia, ainda que sirva para melhor esclarecer a primeira, não a substitui”⁷⁴⁵.

Neste sentido, Teresa Arruda e Alvim afirma que permanecendo incertezas em

⁷⁴⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1188.

⁷⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 883.

relação ao laudo, o juiz poderá intimar o perito para que compareça em audiência ou determinar a realização de uma segunda perícia⁷⁴⁶. Do mesmo modo, Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira defendem que o magistrado não pode recusar a realização da perícia, desde que preenchidos os requisitos positivados, porém é possível que o juiz compreenda insuficiente a prova produzida e determine nova perícia⁷⁴⁷.

Nada impede, ainda, que, ao invés de determinar uma segunda perícia complementar, ou seja, adicional à primeira, o magistrado declare a nulidade do primeiro ato, repetindo-o. Observe, por exemplo, que a vistoria de um imóvel na qual o perito invadiu a casa de uma das partes, sem consentimento do morador e sem ordem judicial, demandaria sua anulação.

Em ambos os casos, seja na realização de nova perícia substitutiva, seja no caso de perícia complementar, a decisão precisa ser fundamentada. Parece adequado, também, que nas duas situações o magistrado consulte as partes, caso queiram nomear um segundo perito antes de nomear o perito do juízo.

Por fim, embora o juiz se vincule ao negócio jurídico processual em matéria probatória – *exceto nos casos já mencionados* – ele não se vincula ao resultado da perícia, podendo, nos termos do artigo 479, do Código de Processo Civil, divergir do laudo, vez que a ele não está adstrito. Isto ocorre, por exemplo, quando o documento carece de fundamentação lógica ou quando o cotejo das demais informações dos autos demonstre de forma diversa ao constatado pelo profissional⁷⁴⁸.

Importante consignação é que o perito não é o responsável pela decisão da causa, mas tão somente um auxiliar da justiça, de modo que deve se ater aos fatos que demandem a prova técnica, sendo seu parecer apenas uma informação para o juiz, que, nos termos do artigo 379, do código processual, não está adstrito às conclusões do *expert*⁷⁴⁹.

4.3.2.4 Outras limitações

⁷⁴⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 836.

⁷⁴⁷ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Curso de direito processual civil: Tutela de conhecimento. São Paulo: Verbatim, 2016, 2 v., p. 355-356.

⁷⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 1 v., p. 1049.

⁷⁴⁹ Ibid.

O negócio jurídico processual de escolha consensual do perito deve respeitar as demais balizas propostas no item 4.2, como, por exemplo, evitar externalidades. Visualize um negócio jurídico processual que escolha um perito russo, que reside em seu país natal, para análise de um defeito em produto comum, como um ventilador, o que exigiria o adequado envio do produto à Rússia e a posterior tradução do laudo. Não seria possível, ainda, uma inversão “negociada” prevista em cláusula abusiva inserida em contrato de adesão ou que desprestige a parte vulnerável da relação. Também deve a convenção respeitar, dentre outros, as garantias fundamentais e os princípios infraconstitucionais e os requisitos de validade do negócio jurídico processual.

4.3.2.5 O respeito ao princípio da cooperação, o direito ao contraditório e outras observações complementares

Repisa-se que todas as decisões exaradas no processo devem se lastrear no princípio da cooperação, como exposto no tópico 4.2.5.1, em busca de uma lide célere e efetiva, de modo que o magistrado, ao analisar o negócio jurídico processual de escolha do perito, deve respeitar os deveres de esclarecimento, consulta e prevenção.

Assim, exemplificam Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart, que o juiz pode tentar suprir a deficiência da prova antes de determinar uma nova perícia, por exemplo, pedindo esclarecimentos ao profissional:

A incerteza da perícia pode advir das demais provas produzidas ou pareceres dos assistentes técnicos. Porém, antes da segunda perícia, cabe tentar esclarecer a primeira na audiência de instrução. Não que o pedido de esclarecimento deva necessariamente ser requerido antes da decisão sobre a segunda perícia, pois essa pode ser determinada quando o juiz verifica que a primeira não pode ser sequer complementada ou que o perito que a produziu não merece confiança. O que se deseja frisar é que não há racionalidade em gastar tempo e dinheiro com uma segunda perícia quando basta esclarecer ou complementar a já produzida⁷⁵⁰.

Seria possível, ainda, valer-se do artigo 380, do Código de Processo Civil, intimando terceiro para que preste informações sobre os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento, evitando, em determinados casos, a perícia, ou nova perícia. Notável que as informações podem propiciar a satisfação imediata das partes, garantindo a

⁷⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 881.

brevidade do trâmite processual, evitando atos processuais desnecessários que só onerariam os auxiliares da justiça e dificultariam o julgamento da lide, prestigiando um processo efetivo.

Em aditivo, caso o julgador entenda que a perícia é insuficiente, deve esclarecer os motivos, facilitando para que as partes, na condução da segunda perícia, direcionem quesitos, por exemplo, a fim de esclarecer melhor a controvérsia. Idem caso o juiz denegue a escolha do profissional.

Ademais, existindo algum motivo para denegar efetividade ao negócio jurídico, deverá o magistrado intimar as partes para que supram o problema.

De forma idêntica, se o magistrado designar uma segunda perícia, deve, como exposto, consultar as partes para que nomeiem novo técnico.

Não há óbices, ainda, para que, no caso do artigo 475, do Código de Processo Civil – *tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado* – que as partes nomeiem mais de um perito de forma negocial ou, ainda, o primeiro perito de forma negocial, e o segundo perito seja nomeado pelo juízo, em uma conjunção de esforços cooperativos.

Por fim, nos moldes traçados no item 4.2.5.3, considera-se cabível o Agravo de Instrumento.

4.4 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

O capítulo teve por escopo analisar o fenômeno do negócio jurídico processual especificamente no que tange à matéria probatória.

Em primeiro lugar, foi possível compreender que os negócios jurídicos processuais são plenamente compatíveis com a atividade probatória, o que não tolhe os poderes dos magistrados como diretor do processo, mormente seu poder instrutório. Esta análise pode ser dessumida pela interpretação sistemática do Código de Processo Civil, adotada pela sua exposição de motivos, segundo a qual o código precisa ser aplicado de forma coerente e integrativa, não existindo justificativas para que um de seus institutos seja visto como antagônico ao outro. De mais a mais, a matéria de negócio jurídico processual está prevista na parte geral do código, de onde se deduz que figura como vetor de aplicação para a codificação de forma global, inclusive para o capítulo de provas. A compatibilidade pode ser aferida, ainda, de uma interpretação por analogia dos

dispositivos que preveem a possibilidade de a parte celebrar negócio jurídico processual em matéria probatória, sem tolher, contudo, os poderes do juiz de exercer seu controle sobre o pactuado, apreciar livremente a prova e produzir provas de ofício (artigos 190, 373, § 3º e 471, CPC). Por fim, a constatação apontada advém da utilização dos vetores hermenêuticos do modelo cooperativo, segundo o qual todos os sujeitos do processo devem trabalhar em prol de um processo justo e efetivo, sem que haja o protagonismo de um deles.

Traçadas tais premissas, não foi possível, então, outra conclusão senão a de que o negócio jurídico processual em matéria probatória deve ser aceito pelos aplicadores do direito, sem que haja prejuízos aos poderes do magistrado.

Não obstante tais constatações, é sabido que o excesso de subjetividade pode gerar incertezas na população, abrindo espaço para condutas desleais e atuações arbitrárias, além de se tornar campo fértil para divergência de decisões, contrariando o ideal do novo Código de Processo Civil de uniformização das decisões judiciais e gerando forte insegurança jurídica, de modo que a sistematização da matéria, por intermédio do estabelecimento de vetores que balizem a atividade dos sujeitos do processo, é medida que se impõe.

Assim, com o escopo de trazer uma certa objetividade ao tema, a fim de orientar o magistrado no controle do negócio jurídico processual que versa sobre a atividade probante, o estudo, em um segundo momento do capítulo, propôs a criação dos seguintes vetores: (i) as partes devem ser plenamente capazes para celebração do negócio jurídico; (ii) o negócio deve se ater à disposição de situações processuais de titularidade própria, evitando externalidades; (iii) em complemento ao item ii, o pacto deve respeitar os poderes do juiz, que não podem ser tolhidos, mormente seus poderes instrutórios; (iv) o negócio processual deve respeitar a parte vulnerável da relação; (v) o negócio jurídico deve recair sobre direitos que admitam autocomposição; (vi) o acordo deve respeitar as garantias fundamentais e os princípios infraconstitucionais, incluídos o devido processo legal, a cooperação e a boa-fé; (vii) em complemento ao item vi, as provas negociadas devem ser legais e legítimas; (viii) ainda em complemento ao item vi, o negócio não pode comprometer a efetividade do processo; (ix) o negócio jurídico deve respeitar as normas de ordem pública e de caráter cogente e eventual reserva legal a um meio de prova; (x) a avença deve respeitar os requisitos de validade do negócio jurídico processual; (xi) os negócios jurídicos processuais não podem advir de as cláusulas abusivas inseridas em contrato de adesão.

Uma vez estabelecidas tais balizas, que podem ser aplicadas indistintamente a qualquer negócio jurídico processual em matéria probatória, seja no negócio típico ou atípico, versando sobre a produção de prova prevista ou não em lei, foi possível, em uma terceira etapa, traçar parâmetros específicos para os dois negócios jurídicos processuais típicos previstos no capítulo de provas, quais sejam, a inversão convencional do ônus da prova e a escolha negocial do perito, parâmetros estes que se coadunam com os vetores alhures estabelecidos, respeitadas às especificidades de cada instituto.

CONCLUSÃO

O presente estudo buscou demonstrar, desde suas primeiras páginas, que o negócio jurídico processual é plenamente compatível com a fase instrutória do processo, sendo amplamente possível que as partes convençam sobre as provas que pretendem – *ou não* – produzir e seu procedimento, sem que isso afete o papel do magistrado como condutor do processo e os poderes inerentes à sua atividade diretiva, mormente seus poderes instrutórios, vez que ambos os institutos – *negócio jurídico processual e o poder do juiz na direção da instrução probatória* – se complementam de forma simbiótica, em um perfeito ciclo cooperativo.

A partir desta constatação, foi possível, à luz dos princípios constitucionais e infraconstitucionais, fazendo uso da interpretação sistemática do Código de Processo Civil e da analogia a outros institutos, propor vetores de atuação para os magistrados no controle dos sobreditos negócios jurídicos processuais.

Esta visão simbiótica dos institutos, e a conseqüente proposta de sistematização, implicou, necessariamente, na compreensão do modelo cooperativo de processo, que trouxe uma nova visão metodológica para atividade judicial, priorizando a atuação conjunta dos sujeitos envolvidos na lide, em uma atividade descentralizada e policêntrica, em que partes e juízes formam uma verdadeira comunidade de trabalho, em busca de atingir os escopos sociais da jurisdição, no qual os anseios da sociedade possam ser atendidos de forma satisfatória, em tempo razoável, sempre sob a égide da Constituição Federal, que figura como verdadeiro critério norteador e balizador da atividade jurisdicional. Frisa-se que este modelo somente foi concebido após os papéis das partes e do magistrado sofrerem sucessivas mudanças ao longo das fases ideológicas do processo civil, sendo que, a depender do momento histórico enfrentado pela sociedade, exerciam, cada qual ao seu tempo, um papel autoritário e desigual, relegando à parte remanescente uma figura inerte e apática, situação esta que se mostrou incompatível com o atual estado constitucional do direito.

Do mesmo modo, a constatação alhures mencionada demandou, também de forma imprescindível, a análise da estrutura dogmática do Código de Processo Civil, que, em resposta ao momento social enfrentado pelo poder judiciário e pela população - *que clamava por um novo sistema processual, justo e efetivo, apto a resolver problemas e valorizar o direito material tutelado, em detrimento da formalidade excessiva* -, passou por uma mudança paradigmática, elegendo a Constituição Federal como arquétipo

norteador da atividade do intérprete e do aplicador do direito e estabelecendo o cânone da efetividade como seu pilar de sustentação. Tal cenário levou a comunidade jurídica, inexoravelmente, a perceber que o direito processual civil - *como ramo intensamente prático do direito, que responde aos anseios sociais* - precisava ser mais dinâmico e instrumental, reclamando a utilização de técnicas que flexibilizassem o processo, amoldando-o ao caso concreto, em busca de uma atividade jurisdicional efetiva e da perfeita materialização da cooperação entre litigantes e julgador, como ocorrido em países alienígenas.

Outrossim, para análise da compatibilidade entre negócio jurídico processual e o poder do juiz na direção da instrução probatória, foi necessário compreender a figura dos negócios jurídicos processuais, encampada pelo artigo 190 do novo Código de Processo Civil, em suas modalidades típicas e atípicas, os elementos que o caracterizam, sua classificação e os questionamentos levantados pela comunidade jurídica sobre o tema, com especial enfoque à figura do magistrado e sua vinculação ao pacto avençado entre as partes e a amplitude de seu controle sobre o negócio processual firmado. Foi possível constatar, neste panorama, que embora a figura negocial dê amplos poderes às partes para regular o procedimento e suas situações jurídicas, essa atuação se dá sob a perspectiva do modelo cooperativo, sendo balizada por preceitos mínimos, estabelecidos na própria codificação, resguardando o núcleo essencial de direitos indisponíveis, salvaguardando os hipossuficientes e impedindo abusos, preceitos estes que são resguardados pelo magistrado, que exerce um poder de controle sobre o negócio, inerente à sua figura de diretor do processo.

Via de consequência, o trabalho passou a analisar a extensão e os limites do papel do magistrado nesta gestão, concluindo que sua atuação também deve ser norteadada pelo modelo cooperativo, de modo que não pode o poder de gestão do negócio jurídico processual ser utilizado como meio de franquear abusos estatais, devendo respeitar os limites estabelecidos pelo estado constitucional de direito e pelas normas fundamentais do processo civil, mormente os princípios da efetividade, da cooperação e da boa-fé. Desta feita, concluiu-se que o julgador funciona como fiscal dos requisitos legais, negando efeitos aos negócios que violem os preceitos narrados ou atinjam as suas próprias prerrogativas.

Ademais, foi imprescindível para apreensão da premissa firmada, o estudo da matéria probatória, com todas as particularidades que lhe são inerentes, tais quais, sua teoria geral, seus princípios estruturantes, sua finalidade e, especialmente, o papel dos

sujeitos da prova na sua produção e valoração, de onde logrou-se compreender que a prova apresenta grande importância para o processo, vez que é instrumento para a busca da verdade - *ou ao menos uma certeza razoável* – e, via de consequência, da edição de decisões justas, contribuindo para a segurança jurídica, atendendo, além do interesse privado das partes, ao fim social do processo. A análise da matéria levou, ainda, à compreensão da importância o papel das partes, que possuem um direito fundamental de produzir prova, extraído do direito ao contraditório, em sua dimensão substancial, bem como são as destinatária do seu ônus, podendo sofrer consequências negativas caso não produzam prova suficiente à demonstrar os fatos por elas alegados.

Sem embargo da informação acima, foi possível apreender, ainda, que não obstante a imprescindibilidade da atuação do litigante, sua produção probatória pode ser cerceada pelo julgador, o qual deve dirigir a fase instrutória, podendo, sob a égide do princípio da máxima eficiência dos meios probatórios, denegar a confecção de uma prova, ou, se deferir, apreciá-la em desfavor de uma das partes, desde que de forma motivada. Outrossim, verificou-se que o magistrado, como representante do Estado, buscando alcançar os escopos da prova alhures mencionados, é dotado de poderes instrutórios, podendo determinar a produção de provas de ofício, ressalvados os limites expostos ao longo deste texto. Neste ponto, o trabalho realizou uma pesquisa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de onde foi possível constatar que a corte avaliza largamente os poderes do juiz em matéria de instrução probatória.

Pelo cotejamento de todos os aspectos do trabalho, tornou-se possível, como exposto no início da conclusão, propor vetores para atuação da atividade estatal, a fim de nortear o controle judicial do negócio jurídico processual em matéria probatória, seja nas modalidades típicas da inversão negocial do ônus da prova e a escolha negocial do perito, seja na modalidade atípica, em consonância com a Constituição Federal e com as normas fundamentais do Código de Processo Civil, em prol de um processo cooperativo, justo e efetivo, sob o paradigma da efetividade.

Com a presente proposta de teorização, buscou-se orientar a atividade do magistrado, a fim de evitar o seu excesso de subjetividade ao analisar as situações tratadas por este estudo, bem como desviar de condutas desleais e atuações arbitrárias das partes, através do uso irrestrito do autorregramento da vontade, além de salvaguardar os jurisdicionados de remanescerem à mercê da divergência das decisões judiciais, o que geraria, irrefutavelmente, insegurança jurídica.

Assim, o presente estudo advoga pela importância do negócio jurídico

processual em matéria probatória, sem negar a amplitude do ativismo judicial, para o qual estabelece vetores hermenêuticos e balizas, em prol de integrar tanto as partes quanto ao magistrado ao resultado da lide, o que permite exigir, sob um prisma ético, a cooperação dos envolvidos, trazendo mais legitimidade à atividade estatal e maximizando o poder de conformação com a decisão, atingindo, deste modo, o escopo do processo e a *mens legis* do novo Código de Processo Civil.

BIBLIOGRAFIA

ALEMANHA. BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. *Zivilprozessordnung*. 1877. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/BJNR005330950.html>>. Acesso em: 18 out. 2019.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Diego Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 367-390.

ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil: vol. II*. Coimbra: Almedina, 2019.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: teoria do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

AMARAL, José Augusto Pais de. *Direito processual civil*. Coimbra: Almedina, 2017.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ANDRIGUI, Fátima Nancy. *Conciliação Judicial*. 2001. Palestra Proferida na IV Jornada Brasileira de Direito Processual Civil. Fortaleza, 09 Agosto de 2001. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/605>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral: fundamentos e distribuições dos conflitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ATAPIDE JR., Jaldemiro Rodrigues. Negócios jurídicos materiais processuais – existência, validade e eficácia – campo invariável e campos dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo;

NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 289-314.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual. Salvador: Juspodivm, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p.1-42, 21 jan. 2015. Fundação Getúlio Vargas. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 19 jan. 2020.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *A efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BELIVÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo Ltda., 1959. 1 v.

BRASIL, Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, 1991.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Parecer do Relator-Geral*. 2013. Elaborado por Paulo Teixeira. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2015: ano-base 2014*. 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2015/09/204bfbab488298e4042e3efb27cb7fbd.pdf>>. Acesso em 27 nov. 2019.

BRASIL. Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do juízo no processo commercial. Rio de Janeiro, 1850.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, 1939.

BRASIL. Escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados. *Enunciados aprovados*. 2015. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%c3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 15 dez. 2019.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 1973.

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Anteprojeto do novo código de processo civil*. 2010. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 25 jan. 2020.

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 2015. Exposição de Motivos. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp nº 1.784.052/CE. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 25 de jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1012306/PR. Relator: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, 07 jul. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1788314/MG. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 30 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2014/0253421-0/PR. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 03 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 696.816/RJ. Relator: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, 14 nov. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1696396 MT 2017/0226287-4. Relator: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, 19 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1818766/AM. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 18 de out. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.

BULOS, Uadi Lamego. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018.

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

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: DIDIER JÚNIOR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 367-390.

CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*, Munique, v. 3, n. 3, p.3-35, 2012. Semestral. Ago-dez

CÂMARA, Alexandre Freitas. A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 17, p.61-69, out. 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2019.

CANARIS, Claus Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. *Revista brasileira de direito constitucional - RBDC*, São Paulo, p.373-392, jan./jun. 2004.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Campinas: Bookseller, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições do direito processual civil*. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009. Tradução do original italiano “Instituzioni di Diritto Processuale Civile” de: Paolo Capitanio, com anotações do Prof. Enrico Tulio Liebman.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2018.

CUNHA JUNIOR, Dirley da et al (Org.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Salvador: Juspodivm, 2019. X Edição do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Brasília/DF. Março de 2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodvim, 2019. p. 39-74

CUNHA, Maurício Ferreira. O (livre) convencimento motivado e o indissociável direito fundamental à prova – base para a legitimidade dos provimentos. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar. *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 464-488.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime: Lei 13.964/2019 - Comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: JusPodvim, 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Artigo 471. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1323-1324.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Ensaio sobre negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodvim, 2018. p. 47-54.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-15. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodvim, 2018, p. 25-46.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 127, p.75-79, set. 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 198, p.213-225, jun. 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador: JusPodvim, 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa*

julgada e tutela provisória. 14. ed. Salvador: Juspodvim, 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Salvador: Juspodvim, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo, Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

ECHANDÍA, Hernando Devis, *Teoría general del proceso. Aplicable a toda clase de procesos. Nociones generales. Sujetos de la relación jurídica procesal. Objeto, iniciación, desarrollo y terminación del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.

ESTADOS UNIDOS. U.S. GOVERNEMENT. *Federal rules of evidence*. 2017. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/evidence-rules-procedure-dec2017_0.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2019.

FERRARI NETO, Luiz Antônio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial: Tentativa de sistematização*. 2007. 239 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2007.

FERREIRA, William Santos. Artigos 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2016, p. 115-1148.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FRANÇA. *Code de Procédure Civile*. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>. Acesso em: 10 jan 2020.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceitos e princípios gerais à luz do novo código*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. 2007. 285 f. Tese (Doutorado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GALINDO, Maíra Coelho Torres. *Princípio da Cooperação: Dever de consulta e a proibição das decisões surpresas*. 2014. 155 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodvim, 2017. p. 577-586.

GODINHO, Robson Renault. Panorama sobre a prova e o respectivo ônus no processo civil. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (Coord). *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 141-183.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. 2 v.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 2 v.

GREGGER, Heinhard. Cooperação como princípio processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 296, p.123-134, abr. 2012. Traduzido por Ronaldo Kochen.

LEAL, Rosemiro Pereira. Art. 1.015. In: ALVIM, Angélica Arruda et al (Coord.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1197-1198.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos: a função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 5, p.389-402, jan./jun. 2010. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/23097/16450>>. Acesso em: 26 out. 2019.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Artigos 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379 e 380. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). *Comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 571-587.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Segurança jurídica no código de processo civil de 2015. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al (Coord). *Processo em jornadas: XI jornadas brasileiras de direito processual*. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 766-780.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Artigo 373. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org). *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 576-579.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo curso de processo civil: teoria do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, 1 v.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Judith Costa. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Artigo 471. In: CÂMARA, Helder Moroni (Coord). *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 631-632.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de; PINTO, Caroline Pastrí. Notas sobre o princípio da cooperação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 296, p. 63-87, out. 2019.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/73*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo - valorativo*. 2007. 146 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 194, p. 55-68, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1960.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 26, p.197-210, jul-dez. 2004. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista26/revista26%20%20JOS%C3%89%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA%20%E2%80%93%20O%20Neoprivatismo%20no%20Processo%20civil.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. *Revista dos Tribunais*, v. 19, n. 76, p. 114-126, out-dez, 1994.

MOUZALAS, Rinaldo; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Distribuição do ônus da prova por convenção processual. *Revista de Processo*, v. 40, n. 240, p. 399-423, fev., 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NETO, Abílio. *Novo código de processo civil anotado*. Lisboa: Ediforum, 2014.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil: Parte geral*. São Paulo: Verbatim, 2015. 1 v.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil: Tutela de conhecimento*. São Paulo: Verbatim, 2016, 2 v.

OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Negócio jurídico processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil*. 2017. 202 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo, 2017.

PASSOS, José Joaquim Calmom de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, 3 v.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PINTO, Rui Gonçalves. *Notas ao código de processo civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

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: Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, p.305-334, jul. 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19968/14311>. Acesso em: 21 jan. 2020.

PORTUGAL. Decreto Lei n.º 47344, de 1966. Código Civil. Lisboa, 25 nov. 1966. Disponível em: <<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

PORTUGAL. Decreto Lei n.º 329-A, de 1995. Revê o Código de Processo Civil. Altera o Código Civil e a Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais. Lisboa, 12 dez. 1995. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/226051/details/maximized>>. Acesso em: 14 out. 2019.

PORTUGAL. Lei nº 41/2013, de 2013. Aprova o Código de Processo Civil. Lisboa, 26 jun. 2013. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/497406/details/normal?l=1>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

PORTUGAL. Superior Tribunal de Justiça. *Processo n.º 41/06.4TBCSC.LI.S1*. Relator: Ana Paula Boularot. Lisboa, 21 mar. 2012. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/89839075/details/maximized?sort=whenSearchable&sortOrder=DESC&q=decreto-lei+95-C%2F1997&print_preview=print-preview&perPage=50. Acesso em 21 jan. 2020.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

REICHELTE, Luis Alberto. Sistemática recursal, direito ao processo justo e o novo Código de Processo Civil: os desafios deixados pelo legislador ao intérprete. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 244, online, jun. 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.244.02.PDF>. Acesso em: 03 out. 2019.

RODRIGUES, Fernando Pereira. *O novo processo civil e os princípios estruturantes*. Coimbra: Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SELEME, Sérgio. Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SILVA, Blecaute Oliveira da. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 553-576.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *Hermenêutica e interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Artigo 369, 370, 371, 372. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org). *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 566-576.

STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. *Hermenêutica e jurisprudência no código de processo civil: coerência e integridade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARUFFO, Michele. Verità negoziata. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, vol. 13, p. 634-657, 2014. Tradução de: Pedro Gomes de Queiroz.

THE AMERICAN LAW INSTITUTE; INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF CIVIL LAW (UNIDROIT). *Principles of Transnational Civil Procedure*. 2004. Disponível em: <<https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>>. Acesso em: 30 nov. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 1 v.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Os poderes do juiz em face da prova. *Revista Forense*, São Paulo, v. 74, n. 263, p.39-47, jun. 1978.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Provas: direito probatório material*. Lisboa: Tip da E.N.P. (Secção anuário comercial de Portugal), 1962.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Prova documental volumosa: perplexidades geradas pelo document dump*. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-out-20/flavio-yarshell-perplexidades-geradas-document-dump>>. Acesso em: 17 dez. 2019.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 75-92.

YARSHELL, Flávio Luiz. O projeto de novo código comercial e a proposta de permuta de documentos entre as partes: discovery brasileira? In: *Processo societário*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil; 2012, p. 203-207.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.