

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

MARIELA MARTINS PACHECO PETRECHEN

AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS
NA BUSCA DO PROCESSO EFETIVO

Mestrado em Direito

São Paulo

2021

MARIELA MARTINS PACHECO PETRECHEN

AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS
NA BUSCA DO PROCESSO EFETIVO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na subárea Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor Olavo de Oliveira Neto.

São Paulo

2021

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

Petrenchan, Mariela Martins Pacheco
As convenções processuais probatórias na busca do
processo efetivo / Mariela Martins Pacheco
Petrenchan. -- São Paulo: [s.n.], 2021.
136p ; 21,5 x 30 cm.

Orientador: Olavo de Oliveira Neto.
Dissertação (Mestrado)-- Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós
Graduados em Direito.

1. Convenções processuais. 2. Prova eficiência. 3.
Poderes do juiz. 4. Autonomia das partes. I. Neto,
Olavo de Oliveira. II. Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós
Graduados em Direito. III. Título.

CDD

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

MARIELA MARTINS PACHECO PETRECHEN

AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS
NA BUSCA DO PROCESSO EFETIVO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na subárea Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor Olavo de Oliveira Neto.

Aprovada em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Doutor Olavo de Oliveira Neto (Orientador)

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor Doutor _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor Doutor _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

*Aos meus filhos, Marcelo e João:
presentes de Deus que farei questão de abrir em
todos os dias da minha vida.*

RESUMO

O estudo se propõe a analisar as convenções processuais probatórias na busca de meios para alcançar a efetividade e a duração adequada do processo, colocando na balança o papel e os deveres de cada sujeito processual, com enfoque na sistemática da cooperação, em que prevalece a relação triangular entre partes e juiz em pé de igualdade, em estrita observância ao devido processo legal. Inicia-se a pesquisa a partir das características e das normas fundamentais do processo civil atual, com o que se demonstrará que o diálogo doutrinário disciplinar entre o direito processual, constitucional e o material é fundamental para a melhor interpretação da letra da lei na busca de um direito efetivo, do oferecimento da tutela jurisdicional de forma justa. Como a diminuição dos feitos em tramitação ainda não se mostra possível, é preciso que os escassos recursos sejam otimizados para que se possa aproveitar da melhor forma a estrutura judiciária disponível, visando prestação jurisdicional em tempo adequado e eficiente. Nesse sentido, o estudo abrange nova técnica do processo para que se obtenha a desejada efetividade processual uma vez que, em que pese positivada no artigo 190 do CPC/2015, ainda não é unanimidade na doutrina brasileira. Serão analisados requisitos como a natureza, a validade e a eficácia das convenções processuais. No que se refere à discussão central, a proposta é abordar, de um lado, a autonomia da vontade das partes e, de outro, os princípios que regem a atividade jurisdicional, interpretando a lei de maneira sistemática e praticando, em caráter de exceção, a flexibilização do procedimento em prol da sua adequação ao direito material. Tanto no que diz respeito ao aumento do custo e do tempo da atividade jurisdicional como na limitação dos poderes do juiz na busca de solução justa para o caso concreto, é necessário verificar se a parte detém ou não autonomia para regulamentar o procedimento em matéria de prova. Acredita-se que a discussão maior gira em torno da cláusula geral de negociação sobre o processo: a atipicidade das convenções processuais probatórias. As duas espécies de convenções típicas também serão analisadas. Por fim, após avaliar a legislação, as ideias desenvolvidas por doutrinadores e os entendimentos apresentados pelos Tribunais brasileiros, propõem-se vetores de atuação a serem observados pelas partes e pelo juiz, além de apontar-se a necessidade de tratamento especial às convenções processuais probatórias, para que não se chegue ao ponto de inviabilizar o processo como um todo. O atual Código de Processo Civil, mais do que inovar, optou por esclarecer algumas interpretações que já deveriam ser praticadas à luz do direito processual constitucional. Portanto, alcançar conclusões pertinentes, por meio da análise de vetores/limites para a prática das convenções processuais probatórias e, por outro lado, vetores/limites também para o trabalho do magistrado em toda a

atividade probatória, inclusive no controle das avenças, será o objetivo maior do estudo na busca do processo efetivo.

Palavras-chave: Convenções processuais; Provas eficiência; Poderes do juiz; Autonomia das partes.

ABSTRACT

The study proposes to analyze the evidential procedural conventions in the search for ways to achieve effectiveness and process acceleration, placing in balance the role and duties of each subject in the process, focusing on the systematic cooperation, in which the triangular relationship between parties and the judge on an equal footing prevails, in strict compliance with due legal process. The work commences analyzing the fundamental characteristics and norms of contemporary civil process, with which it will be demonstrated that the disciplinary doctrinal dialogue between procedural, constitutional and material law is fundamental for a better interpretation of the letter of our law, always in search for an effective right, of offering judicial protection fairly. Furthermore, as the reduction of the proceedings in progress is still not possible, it is necessary that the scarce resources are optimized so that the available judicial structure can be used in the best way, aiming at a faster and more efficient judicial provision. In this sense, the study encompasses a new technique of the process to obtain the desired procedural effectiveness, which, despite included in article 190 of the Code, is not yet unanimous in Brazilian doctrine. We will analyze requirements such as the nature, validity and effectiveness of procedural conventions. With regard to the central discussion, the purpose of the paper is to address, on the one hand, the autonomy of the parties' will and on the other hand the principles that govern jurisdictional activity, interpreting the law in a systematic way and practicing, whenever necessary, the flexibility of the law. Procedure in favor of its adequacy to material law. Regarding the increase in the cost and time of the judicial activity and in the limitation of the powers of the judge, in the search for a fair solution for the specific case, it is necessary to verify whether or not the party has autonomy to regulate proceedings in matters of test. It is believed that the major discussion revolves around the general negotiation clause on the process: the atypical nature of the evidential procedural convention. The two types of typical conventions in the matter of evidence provided by our coding. Finally, after analyzing the legislation, ideas developed by indoctrinators and understandings presented by our Courts, we will reach the conclusion due to the need for special treatment for procedural conventions, with a focus on those dealing with evidential matters, so that it does not reach the point of making the process unfeasible. The process as a whole, clarifying what law we already have, and it is certain that the Code, more than innovating, chose to clarify some interpretations that should and should be practiced in the light of modern procedural law. Therefore, reaching pertinent conclusions, analyzing vectors, limits for the practice of the evidential procedural conventions

and, on the other hand, vectors, limits also for the magistrate's work in all the evidential activity, including in the control of the covenants, will be the main objective of the study.

Keywords: Procedural conventions; Evidences efficiency; Powers of the judge; Autonomy of the parties.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 O PERFIL CONSTITUCIONAL DO PROCESSO	16
1.1 O direito processual civil atual: contextualização	16
1.2 A Constituição e o processo	17
1.3 As normas fundamentais do processo	18
1.3.1 Efetividade e adequada duração do processo (artigo 4º)	18
1.3.2 Boa-fé e cooperação (artigos 5º e 6º)	20
1.3.3 Isonomia processual e paridade de tratamento (artigo 7º)	21
1.3.4 Publicidade e motivação das decisões (artigo 11)	22
1.4 O processo e o procedimento	23
1.4.1 Normas processuais e normas procedimentais	24
1.4.2 Adequação do procedimento ao direito material	25
1.4.3 Tipicidade e atipicidade procedimentais	25
1.4.4 Deficiência e flexibilização procedimental	26
2 TEORIA GERAL DO PROCESSO E CONVENÇÕES PROCESSUAIS	29
2.1 Fatos, atos e negócios jurídicos processuais	29
2.2 Fatos jurídicos do processo em sentido estrito	30
2.3 Atos-fatos jurídicos processuais	31
2.4 Atos jurídicos processuais em sentido estrito	32
2.5 O negócio jurídico do processo	33
2.6 O negócio jurídico processual na teoria geral do direito	33
2.7 Existência, validade e eficácia do negócio jurídico processual	34
2.8 Conceito, natureza jurídica e classificação do negócio jurídico processual civil: linhas gerais	35
3 CONVENÇÕES PROCESSUAIS ATÍPICAS	42
3.1 Cláusula geral de negociação sobre o processo	42
3.2 Regras gerais das convenções processuais	45
3.3 Requisitos objetivos de validade das convenções processuais atípicas	45
3.3.1 Generalidades	45
3.3.2 Capacidade	47
3.3.3 Participação do juiz	48
3.3.4 Objeto	50
3.3.5 O tempo e a forma	52
4 PROVA: A CONSTITUIÇÃO DA REALIDADE JURÍDICA PELO DIREITO	55
4.1 O processo como destino da prova: primeiras impressões	57
4.2 O modelo cooperativo do processo sob a perspectiva da prova	59
4.3 Teoria Geral da Prova: noções preliminares	60
4.4 Princípios norteadores do direito probatório	66
4.5 A função da prova e o processo como o seu destino	70
4.6 Espécies típicas e atípicas de provas	75
4.7 O papel das partes e do juiz na atividade probatória	78

5	AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS	89
5.1	As convenções probatórias e os poderes do Juiz. Vetores a serem observados	89
5.2	Sistematização	95
5.2.1	As convenções processuais probatórias não podem versar sobre direitos que inadmitam autocomposição	96
5.2.2	As convenções processuais probatórias não podem ser celebradas por partes incapazes	97
5.2.3	As convenções processuais probatórias devem observar a parte vulnerável e não podem ser objeto de contratação abusiva	98
5.2.4	As convenções processuais probatórias somente podem dispor sobre situações processuais de titularidade das partes	100
5.2.5	As convenções processuais probatórias não podem versar sobre provas ilícitas ou meios de prova ilegítimos	101
5.2.6	As convenções processuais probatórias não podem inobservar ou diminuir os poderes instrutórios do juiz	102
5.2.7	As convenções processuais probatórias devem observar a máxima da efetividade e não podem implicar em externalidades	104
5.2.8	As convenções processuais probatórias devem observar as garantias fundamentais e normas estruturais do processo, como a da cooperação e da boa-fé	107
5.2.9	As convenções processuais probatórias devem observar as normas de ordem pública e de caráter cogente	107
5.2.10	As convenções processuais probatórias devem observar a reserva legal a um meio de prova	108
5.3	O controle das convenções processuais probatórias à luz da cooperação	111
5.4	As convenções processuais probatórias tipificadas no Código de Processo Civil e os seus limitadores	115
5.4.1	A inversão negocial do ônus da prova	116
5.4.2	A escolha negocial do perito e seus limitadores	119
5.5	Palavra-chave: equilíbrio	121
	CONCLUSÃO	125
	REFERÊNCIAS	128

INTRODUÇÃO

O direito processual civil contemporâneo deve ser compreendido a partir da resultante das relações entre o direito processual, o direito constitucional e o direito material. É necessária a compreensão do todo, em contrapartida ao estudo do processo civil isoladamente.

O processo civil não existe em si e para si, mas para ultimar, servir o outro. Trata-se de espécie de instrumento de direito público, como meio para atingir o direito material.

A perspectiva moderna do processo pretende seja dado o direito a quem de fato o possua, de maneira eficiente, com adequada duração, observando-se sempre o devido processo legal e princípios outros que dele derivam.^{1 2} Para tanto, imprescindível a análise particular do caso concreto. Não se pede ignorar a letra da lei, mas aplicar o regramento processual com a perspectiva da instrumentalidade, possibilitando e praticando a flexibilidade do procedimento em caráter de exceção, sempre com foco em decisão justa e efetiva.

Afinal, a preocupação com a técnica é justificável enquanto meio para atingir fins, uma vez que o que realmente importa são os resultados alcançados através do processo no plano do ordenamento material e da pacificação, obter a verdade mais próxima dos fatos trabalhando em verdadeira comunidade.

¹ José Carlos Barbosa Moreira adverte: “Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço”. Já se vê, portanto, que a conjugação dos dois valores – celeridade processual/segurança jurídica – mostra-se indispensável para alcançar-se uma boa prestação jurisdicional. Não há que perder de vista o sentido garantístico do processo moderno, fruto de uma evolução que não deve ser desprezada nem pode admitir retrocessos, ainda que em atenção a outros valores. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 5. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 5. Em verdade, é preciso saber o que cada parte quer no processo. Alguns querem a segurança, outros a celeridade, outros por sua vez, a equidade e assim segue.

² Cândido Rangel Dinamarco assevera: “o Direito Processual Constitucional põe o estudo do procedimento sob o enfoque da garantia do devido processo legal e com isso o estudioso conscientiza-se de que as exigências do Código constituem projeção de uma norma de maior amplitude e mais alta posição hierárquica, sendo indispensável uma interpretação sistemática. Daí para entender que o procedimento é um meio técnico para a efetividade do postulado democrático da participação, o passo é pequeno e já se vai chegando à percepção das grandes linhas do que se chama justo processo, ou processo justo e equo”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. v. II. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 731.

Compete aos operadores do direito,³ juristas e partes, empreenderem esforços visando dar voltas às dificuldades criadas pela legislação brasileira, atualmente concebida à luz de um processo constitucional, o que não se deve perder de vista.⁴

É nesse contexto que o estudo proposto busca analisar as convenções processuais probatórias firmadas pelas partes, sejam elas atípicas ou típicas, colocando de um lado da balança os poderes instrutórios do juiz e, do outro, o autorregramento da vontade das partes.

O trabalho inicia-se justamente com a análise do direito processual civil contemporâneo, evidenciando a relação entre a Constituição e o processo civil. Destacou-se que, com as alterações ocorridas na sociedade, deve-se reconhecer que o legislador, na maioria das vezes, encontra dificuldades de transpor para o plano normativo a evolução das instituições tal como passam a demandar. Por essa razão, o legislador deve preocupar-se em elaborar normas que explicitem os objetivos, as finalidades do sistema jurídico, não mais se limitando a regradar condutas.

E foi nesse cenário que o Código de Processo Civil de 2015 foi promulgado. Normas jurídicas gerais foram implementadas trazendo consigo noções de conteúdo variável, de conceito vago ou indeterminado, a fim de possibilitar, ao órgão jurisdicional, aplicá-las com base nas particularidades do caso concreto, particularidades essas insuscetíveis de serem minuciosamente reguladas pelo legislador.

Por conseguinte, o sistema jurídico começou a dar mais valor aos princípios jurídicos, às normas fundamentais do processo hoje codificadas. Na medida em que o ordenamento jurídico se apresenta permeado de normas pouco precisas e vagas, como são as cláusulas gerais e os princípios, o processo civil torna-se ainda mais importante, já que é nesse espaço que se dará a solução jurídica ajustada às peculiaridades da controvérsia, em busca da tão desejada justiça.

As normas estruturais do processo são tratadas de maneira individualizada, com destaque para a máxima da cooperação (art. 6º do Código de Processo Civil), reconhecida como princípio fundamental ao longo de todo o procedimento, até que o juiz alcance o seu

³ José Roberto dos Santos Bedaque defende: “É preciso, pois, iniciar movimento com o objetivo de mudar a mentalidade de todos os que influem na concepção e condução do processo. Não bastam alterações legislativas se o aplicador das regras processuais mantiver-se apegado ao formalismo estéril”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **A efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 53.

⁴ Segundo José Roberto dos Santos Bedaque, a Constituição Federal assegura muito mais do que a mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, vez que assegura um acesso efetivo à ordem jurídica justa. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **A efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 61-101.

convencimento motivado, sempre com a participação ativa das partes, na busca da efetividade processual.

As convenções processuais atípicas mereceram destaque e foram tratadas por meio da análise de opiniões jurisprudenciais e doutrinárias a respeito. Abordou-se a necessidade de obediência aos requisitos previstos na cláusula geral estipulada no art. 190 do Código de Processo Civil, além da necessidade de se observar as garantias fundamentais e os princípios constitucionais do processo, examinando a atividade do magistrado de controle da avença por meio de vetores a serem seguidos.

Os meios de prova típicos e atípicos também receberam destaque ao longo do trabalho por meio da avaliação do papel das partes e do juiz na fase instrutória, com foco em um processo justo e efetivo, que jamais poderá ficar sem decisão.

Por meio de interpretação sistemática, pretendeu-se relacionar a matéria que trata das convenções processuais com aquela que abrange as modalidades de provas legais e moralmente legítimas, alcançando-se, enfim, o debate sobre as convenções processuais probatórias.

Em linhas gerais, concluiu-se que a produção de provas acordadas pelas partes e o poder do juiz de controlá-las, inclusive produzindo provas de ofício, são perfeitamente compatíveis e complementares entre si, o que vai ao encontro do modelo cooperativo do processo civil, que demanda participação ativa e colaborativa de todos os sujeitos processuais. Há, no entanto, vetores, limites a serem observados para a prática e para o controle das avenças, o que também se pretende evidenciar.

Por fim, o estudo abrangeu as convenções probatórias tipificadas no Código de Processo Civil, tanto a de inversão convencional do ônus da prova quanto a que possibilita a escolha consensual do perito, avaliando o trabalho do magistrado e seus limites, destacando-se novamente os vetores a serem praticados, em verdade, em todas as avenças sobre o procedimento permitidas por lei, para que não esbarrem no controle de validade pelo juiz.

1 O PERFIL CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

1.1 O direito processual civil atual: contextualização

Há tempo que a compreensão do direito processual civil não repousa unicamente no próprio Código, especialmente pelo fato de grande parte de sua ordenação e unidade originais ter se perdido com inúmeras modificações ocorridas ao longo dos anos.

Adequar a interpretação do Código aos tempos modernos, por meio de análise sistemática das normas processuais, constitucionais e de direito material e, até mesmo, com o modelo de Estado brasileiro, que é democrático e de direito, um estado constitucional, é fundamental para a compreensão do direito processual civil atual. Essa regulação afeta todo o entendimento do que deve ser o próprio direito processual civil, passando por todos os seus elementos e institutos. As relações entre os planos do direito material e processual, destarte, aparecem inegavelmente qualificados na perspectiva contemporânea.

Não se trata, somente, de verificar em quais condições o direito material será de fato concretizado, mas, muito mais do que isso, de verificar se o juiz pode impor, com autoridade, a solução para o reconhecimento do direito controvertido, lesionado ou ameaçado, em especial à luz do modelo cooperativo.

A parcela do ordenamento jurídico que soberanamente impõe as finalidades a serem atingidas pelo Estado brasileiro é a Constituição Federal. E é justamente por isso que tanto as suas finalidades, como a força de atingi-las devem ser extraídas em primeiro plano daquele corpo normativo.

Nesse contexto, o processo, que é método, instrumento constitucional de atuação do Estado, no sentido de técnica que deve ser utilizada pelo magistrado, para prática e exteriorização de sua “vontade funcional” (vinculada a fins estabelecidos previamente), de seus atos, em cada caso concreto, é forma de garantir que o equilíbrio entre os meios e os fins seja adequadamente alcançado.⁵ Nesse sentido, o processo garante o equilíbrio entre autoridade e liberdade, entre o resultado e a boa técnica, que o impõe e que se justifica em um modelo de Estado como o brasileiro.

Com as alterações sofridas pela sociedade, devemos reconhecer que, o legislador, na maioria das vezes, encontra dificuldades de transpor, para o plano normativo, a evolução das instituições tal como se passa a demandar.

⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 682.

Por essa razão, deve o legislador se preocupar em elaborar normas que explicitem os objetivos, as finalidades do sistema jurídico, não mais se limitando a regradar condutas.

E foi nesse cenário que o Código de Processo Civil de 2015 foi promulgado. Normas jurídicas gerais foram implementadas trazendo consigo noções de conteúdo variável, de conceito vago ou indeterminado, a fim de possibilitar, ao órgão jurisdicional, aplicá-las com base nas particularidades do caso concreto, insuscetíveis de serem minuciosamente reguladas pelo legislador.

Por conseguinte, o sistema jurídico passa a dar mais valor aos princípios jurídicos, às normas fundamentais do processo hoje codificadas. Na medida em que o ordenamento jurídico se apresenta permeado de normas pouco precisas e vagas, como são as cláusulas gerais e os princípios, o processo civil torna-se ainda mais importante, já que é nesse espaço que se dará a solução jurídica ajustada às peculiaridades da controvérsia, em busca da tão desejada justiça.

Interessa, assim, analisar inicialmente os chamados princípios constitucionais do processo, a maioria expressa no Código de Processo Civil de 2015 como normas estruturais.

1.2 A Constituição e o processo

A constitucionalização do direito processual é uma das características do direito moderno. Verifica-se o fenômeno por dois ângulos.

Primeiro, constata-se a incorporação de normas processuais aos textos constitucionais, inclusive como direitos fundamentais. Os principais exemplos emanam do devido processo legal, que serve de parâmetro para a identificação de um modelo constitucional brasileiro de processo (leia-se: o devido processo legal e suas variáveis como a do contraditório, do juiz natural, da proibição de prova ilícita).

De outro ângulo, verificam-se as normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais, valendo-se, para tanto, do repertório teórico desenvolvido pelos constitucionalistas antes mesmo da vigência do Código de 2015.

Intensifica-se cada vez mais o diálogo entre processualistas e constitucionalistas, com avanços nas duas áreas, até mesmo pelo fato de se considerar uma teoria geral do processo contida na teoria geral do direito, o que será objeto do estudo. O aprimoramento da jurisdição constitucional, em cujo processo se permite a intervenção do *amicus curiae* (espécie de

intervenção de terceiro)⁶ e a realização de audiências públicas, talvez sejam os exemplos mais conhecidos dessa interface.

Nesse contexto, verifica-se atualmente, com frequência na literatura jurídica e na jurisprudência brasileira, a referência aos princípios constitucionais do processo expressos no Código de Processo Civil de 2015. Na busca de decisão justa e efetiva, é inegável a eficácia normativa direta de princípios processuais, como o do devido processo legal e o da duração razoável do processo.

1.3 As normas fundamentais do processo

As normas fundamentais do processo estão previstas na parte geral da atual codificação, apontando diretrizes a serem observadas para a prática dos procedimentos regulados na parte especial do Código, funcionando como vetores de aplicação da legislação processual civil.

1.3.1 Efetividade e adequada duração do processo (art. 4º)

Em análise individualizada, inicia-se pela efetividade e adequada duração do processo.

Da cláusula geral do devido processo legal, insculpida no art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988, é possível extrair a efetividade como princípio constitucional do processo: os direitos devem ser, além de reconhecidos, efetivados.

Nesse sentido, a noção de efetividade processual foi objeto de estudo de Cândido Rangel Dinamarco, justamente como princípio constitucional do processo, que a definiu como a expressão resumida da ideia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente a sua função sociopolítica e jurídica, atingindo em sua plenitude os seus escopos institucionais.⁷ Segundo o autor, um processo só pode ser efetivo desde que predisposto a externar suficiente e adequadamente seus resultados.

⁶ Importante figura prevista no *caput* e parágrafos do artigo 138 do Código de Processo Civil: “O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o *caput* não implica alteração de competência nem autoriza a interposição e recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas”.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 270.

José Roberto dos Santos Bedaque define um processo efetivo como a soma de segurança (garantida pelo contraditório e ampla defesa) com a celeridade, proporcionando às partes o tão desejado resultado justo.⁸

A efetividade está expressa no art. 4º do Código de Processo Civil como norma fundamental, reforçando-se o acesso à ordem jurídica vigente, consubstanciada em uma prestação jurisdicional célere, adequada e eficaz. Direciona-se especificamente aos resultados práticos do reconhecimento do direito, aos resultados da tutela jurisdicional no plano material.

Assim, é inócuo falar em um processo justo ou em um processo devido apenas pela observância do meio de produzir decisão judicial apta a veicular dada tutela jurisdicional. Deve-se observar todo e qualquer procedimento à luz da efetividade.

Na mesma linha de raciocínio, o art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna estabelece a garantia da razoável duração do processo e dos meios que a viabilizam. Trata-se de resultante direta do devido processo legal, sendo inconcebível falar em processo injustificadamente moroso.⁹

A celeridade está igualmente estampada no art. 4º do Código de Processo Civil, ao estipular que as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. Isso porque, não se pode falar em entrega da tutela jurisdicional com a mera declaração do direito, visto que é imprescindível a sua efetiva realização. Nesse sentido, verifica-se da exposição de motivos do Código que “a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça”.¹⁰

Nota-se, assim, que o dispositivo legal em pauta trata tanto da tramitação da lide em tempo adequado, sem desrespeitar em momento algum o devido processo legal, como também da primazia da resolução do mérito,¹¹ conferindo a importância necessária à utilização de instrumentos efetivos à realização prática dos direitos em litígio. É obrigação do Poder Judiciário adotar técnicas processuais adequadas a dar à parte vitoriosa do processo aquilo que de fato pleiteou em juízo.

⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **A efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 49-51.

⁹ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes**. 18. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 251.

¹⁰ 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: 13 jul. 2021.

¹¹ Em conjunto com os artigos 317 e 448, ambos do Código de Processo Civil.

1.3.2 Boa-fé e cooperação (arts. 5º e 6º)

A boa-fé e a cooperação são outras duas normas fundamentais estampadas na legislação processual civil brasileira.

Trata-se da positivação do dever da boa-fé em seu aspecto objetivo,¹² assim como se verifica da redação do art. 5º do Código de Processo Civil. É de rigor que todo e qualquer agente do processo¹³ a pratique. Vale lembrar que a boa-fé era regra processual esculpida no art. 14, II, do Código de Processo Civil de 1973. O que se acredita tenha mudado é a abrangência da norma, estando a boa-fé objetiva na atual redação revestida de viés principiológico, exigindo-se lealdade a ser praticada por todos os sujeitos do processo ao longo do procedimento, inclusive em fase recursal e de execução.

A boa-fé é norma de destaque para o trabalho, vez que relacionada à autonomia da vontade privada, abordada especificamente no que se refere às convenções processuais.

A cooperação, por sua vez, configura um dever a ser rigorosamente observado e praticado por todos os sujeitos do processo, conforme previsto no art. 6º do Código de Processo Civil.

Não se ignora o cenário de conflito de interesses entre as partes litigantes e nem se espera que pratiquem atos favoráveis ao reconhecimento do direito do oponente. Seria utopia pensar o contrário. Por isso, entende-se a cooperação como um desdobramento da boa-fé processual. Os sujeitos litigantes simplesmente têm o dever de colaborar para a decisão mais adequada e sem morosidade desnecessária.

Vale destacar as lições de Piero Calamandrei sobre o tema, ao consignar que a sentença não é produto automático da aplicação da lei, mas resultante de questões psicológicas e de habilidades técnicas na qual as partes querem fazer valer seu entendimento.¹⁴ Em palavras simples, a relação triangular e em pé de igualdade entre juiz e partes é fundamental para um processo justo e efetivo, que se conclua em tempo adequado.

Reforça-se o processo como uma relação triangular. O juiz, que já tinha seu poder instrutório, com ele permanece, integrando o diálogo em contraditório. Tal contraditório, por

¹² “A boa-fé objetiva é aquela em que o próprio sistema jurídico fornece parâmetros para ser avaliada, o que certamente, facilita a tarefa do juiz e mesmo o próprio comportamento das partes. Ao aludirmos à boa-fé objetiva, o que se quer dizer é uma modalidade de boa-fé objetiva na lei – mas que, necessariamente, também comporta interpretação”. ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes**. 18. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 255.

¹³ O que inclui o juiz, as partes, os seus procuradores, terceiros intervenientes e os demais que de qualquer maneira participem do processo.

¹⁴ CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. v. 3. 2. ed. Trad. Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003, p. 229.

sua vez, deixa de ser observado simplesmente como uma regra formal, segundo a qual deve ser dada à parte contrária a oportunidade de falar sobre as alegações e os documentos apresentados pela parte oponente para se evitar toda e qualquer decisão-surpresa.¹⁵ O magistrado, em verdade, assume um papel importante não apenas na condução do procedimento e na solução da controvérsia, mas também no dever de dialogar e colaborar com as partes.

O juiz, portanto, continua tendo seu papel fundamental na solução da lide, o qual, auxiliado pelas partes e demais sujeitos do processo, fará com que o resultado da demanda seja dado de forma eficiente e no prazo desejado.

1.3.3 Isonomia processual e paridade de tratamento (art. 7º)

Em continuidade ao estudo individualizado das normas fundamentais do processo, verifica-se do *caput* do art. 5º da Carta Magna a previsão constitucional da igualdade jurídica. Já no seu art. 3º, a Constituição prevê a igualdade material. No âmbito do Código de Processo Civil, o art. 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”, cabendo ao juiz zelar pelo contraditório efetivo. Portanto, o juiz, como sujeito do processo, deve dialogar e cooperar com as partes e vice-versa, para que possam utilizar o contraditório. Vale dizer que em todas as fases do processo deve existir o devido equilíbrio entre os sujeitos participantes.

Uma vez estabelecida às partes posição materialmente igualitária, o juiz deve ouvir os litigantes antes de qualquer decisão, salvo hipóteses previstas em lei, não podendo decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não tenha conferido às partes a oportunidade de se manifestarem¹⁶ (arts. 9º e 10, ambos do Código de Processo Civil).

Arruda Alvim considera que a isonomia esculpida no Código de Processo Civil apresenta três vertentes relacionadas entre si. Uma delas consiste no dever do Estado de garantir aos jurisdicionados a igualdade de acesso aos instrumentos processuais. Em outra, deve o Estado zelar pela igualdade de tratamento ao longo do curso do processo. Como última vertente, o Estado deve promover a igualdade por meio do resultado do processo, do conteúdo de suas decisões judiciais.¹⁷

¹⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. I. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 125.

¹⁶ O que vale inclusive para decisões sobre matéria a qual o juiz deva decidir de ofício

¹⁷ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes. 18. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 260.

Humberto Ávila, ao propor critério para análise e resolução de ofensa à isonomia, assevera que uma verdadeira desigualdade deve considerar a finalidade da norma ou, ainda, o fim desejado pelo juiz na atividade de comparar (equiparando ou diferenciando) os sujeitos do processo. Em outras palavras, o autor entende que é pertinente a adoção de medida de comparação avaliada por elementos cuja existência esteja relacionada à promoção da finalidade que justifica a sua escolha.¹⁸

Notadamente, a norma fundamental da isonomia processual serve para guiar a paridade de tratamento entre as partes litigantes, sempre visando atingir fins paritários, evitando-se arbitrariedades descabidas.

1.3.4 Publicidade e motivação das decisões (art. 11)

Para encerrar a análise das normas estruturais do processo, destaca-se que o art. 93, IX, da Constituição Federal, prescreve: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e as decisões fundamentadas, sob pena de nulidade”.¹⁹ Estas garantias constitucionais estão igualmente expressas no art. 11 do Código de Processo Civil, configurando, assim, outras duas normas estruturais do processo, aptas a direcionarem a aplicação das regras processuais.

A publicidade impõe que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário sejam públicos, salvo a tramitação em segredo de justiça,²⁰ hipótese na qual o resguardo da informação se sobrepõe à publicidade. Isso ocorre diante do interesse público no processo, que prevalece sobre o privado. Aliás, referida publicidade é imposta a todos os poderes institucionais.²¹

Na esfera processual, a publicidade possui duas funções. Antes de tudo, proporciona aos sujeitos do processo a ciência necessária sobre todo e qualquer ato praticado. Ainda, permite à sociedade observar e controlar, na medida do possível, a atuação do Poder Judiciário.

Na mesma direção caminha o dever de motivação, razão de ser da fundamentação de toda e qualquer decisão. Através da fundamentação, é possível entender o caminho percorrido

¹⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 50.

¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 318.

²⁰ Incisos do artigo 189 do Código de Processo Civil, hipóteses taxativas: “I – em que o exija o interesse público ou social; II – que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; III – em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; IV – que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo”.

²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 94. Em referência ao disposto no artigo 37 da Constituição Federal.

pelo magistrado para firmar o seu entendimento, dando publicidade ao que foi e como foi decidido, evitando arbitrariedades e permitindo a interposição de recurso competente.

A motivação também figura como desdobramento do princípio do devido processo legal, com expressa previsão no art. 93, IX, da Carta Magna.

No âmbito do Código de Processo Civil, verifica-se do art. 489, § 1º, uma relação de requisitos a serem observados para que dada decisão seja considerada fundamentada. Assim, o juiz que deixar de observar qualquer dos requisitos pronunciará decisão nula.

Destaca-se que a legislação preza por decisão que fundamente ponto a ponto os argumentos que possam contrariar a tese defendida²² e não somente os favoráveis ao entendimento alcançado pelo juiz. Para Arruda Alvim, somente assim será possível garantir que a legitimidade sobressaia do diálogo:

o Código busca na fundamentação o chamado controle externo de conteúdo, consistente na possibilidade de que não apenas as partes, mas todo e qualquer interessado tenha condições de realizar um controle sobre a aplicação do direito a um determinado caso concreto. É nesse contexto que a fundamentação deve ser compreendida como uma norma fundamental do processo: na medida em que possibilita a análise sobre a legitimidade democrática, fazendo referência aos artigos 6º e 10, ambos do CPC.²³

Superada a análise das normas fundamentais do processo, o estudo avança para o exame do processo e do procedimento, evoluindo-se para o debate sobre a flexibilização procedimental na busca da adequação da técnica processual ao direito material, sempre com foco em um direito efetivo.

1.4 O processo e o procedimento

Após a análise das normas que regem a legislação vigente, é possível verificar que um dos motivos ensejadores de sua promulgação, bem como um de seus vetores aplicativos, foi a busca por um processo efetivo, isto é, um processo apto a obter “o máximo possível de resultados práticos adequados e tempestivos, com a maior amplitude possível dos

²² BRASIL. Código de Processo Civil (2015), Art. 489, §1º, IV.

²³ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes. 18. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 291. O autor cita: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *In: Temas de Direito Processual*: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 90; TARUFFO, Michele. **La motivazione dela sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975, p. 167-168.

interessados”.²⁴ Verifica-se da própria exposição de motivos do Código que “a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça”.

Dessa forma, se mostra fundamental que o processo ofereça à sociedade decisões judiciais de fato efetivas, em tempo e modo adequados, de maneira a corresponder às necessidades das partes e suas expectativas.

1.4.1 Normas processuais e normas procedimentais

A crise evidenciada pelo Poder Judiciário atesta que a instituição não está apta a lidar com o volume de litígios existente no Brasil e a praticar da melhor maneira possível as normas impostas pela legislação processual na busca da decisão mais qualificada para cada situação concreta. Para tanto, há tempo se propõe flexibilização de normas procedimentais, muito antes da promulgação do Código de Processo Civil em vigência.

Nessa esteira, o processualista William Santos Ferreira argumenta que a flexibilização é um meio de solucionar os impasses modernos, uma vez que o juiz deve responder a inúmeras variáveis sequer previstas pelo legislador.²⁵

Destaca-se que processo e procedimento são aspectos diversos de um mesmo objeto, que podem ser visualizados a partir de uma mesma realidade fática. Mas, nem por isso, a distinção entre um e outro deixa de ser relevante.

Segundo o disposto nos arts. 22, I e 24, XI da Constituição Federal de 1988, compete privativamente à União legislar sobre direito processual, enquanto União, Estados e Distrito Federal podem legislar concorrentemente sobre procedimentos em matéria processual.

Na medida em que para o processo importa a finalidade e a relação existente entre os seus sujeitos, ao procedimento liga-se a ideia de “realização sucessiva de atos, que se manifestam como aspecto exterior do fenômeno”.²⁶

Assim, em linhas gerais, observa-se que matérias ligadas ao exercício do direito de ação e às provas devem estar previstas em lei federal, visto que são de competência exclusiva da União, vez que se referem ao direito material. Por outro lado, será tema eminentemente procedimental aquele relacionado ao local de protocolo de determinada petição.

²⁴ 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.

²⁵ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: RT, 2014, p. 189-194.

²⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. de acordo com as Leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: RT, 2004, p. 27-28.

1.4.2 Adequação do procedimento ao direito material

Registra-se que as regras processuais devem “guardar simetria com as regras de direito material”.²⁷ Vale dizer que o direito material deve comportar uma dimensão processual adequada a garantir a sua eficácia, o que impõe reconhecer a existência de um direito subjetivo ao processo adequado, ao qual corresponde o dever do Estado de realizar de maneira eficaz a justiça através do processo.

Dessa forma, a existência de um direito material implica automaticamente na existência de procedimento adequado (ou ao menos deveria). Se assim não fosse, estar-se-ia diante de situação sem sentido (verdadeiramente ilógica), uma vez que o direito material estaria previsto apenas abstratamente, não sendo possível realizá-lo de maneira concreta, o que seria, inclusive, uma negativa à norma estrutural da efetividade.

José Joaquim Gomes Canotilho afirma: “o que agora se pergunta não é se há direito ao processo/procedimento e ao correspondente dever do Estado, mas como definir, conformar e ordenar a dimensão processual dos direitos fundamentais”. É uma das conclusões que se pretende evidenciar ao longo do estudo.

1.4.3 Tipicidade e atipicidade procedimentais

Destaca-se que o ordenamento jurídico brasileiro prevê inúmeras fórmulas legislativas que procuram se ajustar a variadas situações oriundas do direito material. Justamente por isso é que procedimentos especiais são previstos no Código de Processo Civil, e em legislações específicas.

O sistema típico, rígido de procedimentos tende a alcançar resultados satisfatórios na medida em que as situações de direito material e os problemas que emergem da sociedade sejam parecidos. É até mesmo conveniente prever procedimento uniforme para os casos envolvendo problemas similares, a fim de proporcionar, a todos aqueles que se encontrarem em uma dada situação de direito material, a mesma solução procedimental, inclusive em nome da segurança jurídica e da isonomia.

Na medida em que se refinam os pormenores da sociedade e do direito material, o sistema típico, rígido, se torna ineficiente, o que implica na imposição ao órgão jurisdicional de realizar ajustes tendentes a especificar um procedimento para o problema levado pelas partes

²⁷ ALVIM, Arruda. **Tratado de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: RT, 1990, p. 259.

ao Poder Judiciário. Esses ajustes deverão ser analisados caso a caso, e serão facilitados na hipótese de o sistema prever, expressamente, um modelo procedimental atípico ou flexível, como acontece, por exemplo, com a norma do art. 461 do Código de Processo Civil: “[...] na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

Portanto, ao se deparar com concreta situação de direito que não se enquadre nos modelos típicos, ou seja, ao se verificar deficiência de mecanismo, ao magistrado compete estabelecer procedimento adequado para o caso, visando sempre um processo eficiente.

1.4.4 Deficiência e flexibilização procedimental

Nessa esteira, um sistema rígido, com modelos flexíveis de procedimentos, mostra-se, como regra, suficiente para abarcar parte significativa das controvérsias submetidas ao processo.

Problema ocorre nos casos em que a situação de direito material não se enquadra a nenhum procedimento preexistente. Ou seja, quando falta no sistema procedimento adequado para o caso concreto (deficiência procedimental). Nestas circunstâncias, inexistindo procedimento explicitamente previsto no sistema, o procedimento adequado deverá ser modelado pelo magistrado, de acordo com os parâmetros oferecidos pelas partes, já que a ausência do procedimento adequado à tutela do direito substantivo é o mesmo que, repita-se, a negativa de existência daquele direito.

Nesse sentido, a fim de suprimir requisito procedimental que não se justifique, ou, por outro lado, cuja existência acabaria negando o direito, a interpretação de procedimento previsto no Código de Processo Civil em consonância com as normas estruturais é dever do juiz, para se alcançar o resultado prático com qualidade e eficiência, tudo em tempo adequado.

Para compreensão da flexibilização há muito estudada, importante entender o sistema da liberdade de formas procedimentais, segundo o qual, nas palavras de Fernando da Fonseca Garjadoni “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”.²⁸

²⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2007, p. 94-95.

Ainda segundo Fernando da Fonseca Gajardoni, embora no Brasil não existam sistemas completamente puros, há uma preferência pelo sistema da legalidade das formas procedimentais – que seria a contraposição ao sistema da liberdade das formas –, com a predominância obcecada de regras legais. Entende-se que essa preferência deve ser revisitada, evitando-se qualquer formalismo, em direção ao que propõe o modelo constitucional e cooperativo do processo, que zela pelo direito efetivo.

Acredita-se que as normas fundamentais viabilizam a adoção de um sistema em que prevaleça a liberdade das formas, tendo em vista inclusive a demora verificada no processo legislativo para se adequar aos conflitos de uma sociedade moderna em constante evolução.²⁹

Parte da doutrina defende que um sistema flexível viola a segurança jurídica, que reside na previsibilidade das ações futuras e de suas consequências. Fernando da Fonseca Gajardoni rebate, consignando que se as normas forem de conhecimento dos litigantes antes de sua utilização no curso da lide, não há que se falar em insegurança jurídica. E o autor vai além ao registrar que o princípio do devido processo legal não significa observância cega de trâmite processual previsto em lei por meio de regras rígidas, mas um direito justo, que assegure às partes as garantias e as oportunidades previstas na legislação processual.³⁰

Nesse sentido, vale ressaltar que o art. 188 do Código de Processo Civil prevê a flexibilidade de procedimentos visando o cumprimento da finalidade da norma, isto é: a própria lei prevê e considera válidos procedimentos que, realizados de outro modo, preencham o propósito da norma, com exceção para hipóteses previstas em lei.

Ainda segundo o autor, há critérios objetivos e essenciais para a efetiva flexibilização do procedimento. Deve-se verificar a razão para a sua realização. A flexibilização procedimental deve ocorrer sempre em caráter excepcional, quando o instrumento previsto pelo sistema não for apto à tutela eficaz do direito pleiteado ou, por outro lado, não existir lógica para a imposição legal por mero culto à forma ou a parte for hipossuficiente. Deve-se, ainda, praticar um contraditório útil e efetivo, com participação dos sujeitos do processo. Por fim, deve-se respeitar a motivação, competindo ao juiz proferir decisões fundamentadas, como todas as outras ao longo do curso processual.³¹

²⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2007, p. 100-103.

³⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2007, p. 117-122.

³¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2007, p. 103-111.

Importante para o estudo introduzir na discussão sobre flexibilização procedimental o instituto das convenções processuais atípicas previsto no art. 190 do Código de Processo Civil, que prevê ser lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa concreta e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo, versando o mesmo sobre direitos que admitam autocomposição.

Destaca-se, contudo, a existência de corrente doutrinária defendendo a inviabilidade da sistemática da flexibilização procedimental alegando, na prática, somente gerar mais discussões em detrimento da resolução do conflito, trazendo rigorosos ônus ao juiz e à serventia judicial, que deverá processar centenas de procedimentos diferenciados.³² Para outra parte da doutrina, a possibilidade de negociar sobre o procedimento seria até mesmo inconstitucional, por violar a regra prevista no art. 24, XI, da Constituição Federal de 1988.³³

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira destaca que os valores fundamentais devem ser analisados e valorados a cada caso concreto para alcançar um processo efetivo, em especial, quando envolve direitos fundamentais do processo, pois

o que interessa realmente é que nessa difícil obra de ponderação sejam os problemas da justiça solucionados num plano diverso e mais alto que o puramente formal dos procedimentos e transferidos ao plano concernente ao interesse humano objeto dos procedimentos: um processo assim na medida do homem, posto realmente ao serviço daqueles que pedem justiça.³⁴

Para alcançar conclusões desejadas, evolui-se para a análise da teoria geral do processo contida na teoria geral do direito, dando início ao tratamento das convenções processuais.

³² 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, p. 505.

³³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 225-227.

³⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Princípios e temas gerais do processo civil. *In*: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Coleção doutrinas essenciais**: processo civil, v. 1. São Paulo: RT, 2011, p. 1.039.

2 TEORIA GERAL DO PROCESSO E CONVENÇÕES PROCESSUAIS

2.1 Fatos, atos e negócios jurídicos processuais

O conceito de fato jurídico, tido como fundamental, constitui uma noção lógico-jurídica. Sua aplicabilidade se verifica no direito processual como um todo, incluindo o direito processual civil.

Da teoria do fato jurídico, situada na teoria geral do direito, é possível construir uma teoria dos fatos jurídicos processuais. Isso significa sistematizar os diversos fatos jurídicos verificáveis no fenômeno processual. O lugar adequado ao seu enfoque é a teoria geral do processo, parte da ciência do direito processual que se ocupa em estudar e sintetizar os conceitos fundamentais válidos para todos os ramos das ciências processuais.

Parte da doutrina³⁵ reconhece a existência de uma teoria geral do processo, que tem o objetivo de unificar a análise de determinados conceitos, que servirão para todos os ramos do direito processual.

Cândido Rangel Dinamarco³⁶ entende que a teoria geral do processo é uma disciplina altamente técnica, voltada ao estudo dos princípios comuns às várias vertentes processuais. Segundo o autor, trata-se de teoria que tem o propósito de reunir os elementos apresentados pelos diferentes ramos do processo e reduzi-los à unidade.

Dessa forma, a teoria geral do processo tem por objeto os conceitos fundamentais aplicáveis aos diversos ramos do direito processual – processo civil, penal, tributário, entre outros – tendo em vista que muitas das noções neles utilizadas são comuns e estão presentes de maneira permanente, isto é: noções que serão mantidas mesmo com eventual mudança do direito material.³⁷

Sobre o tema, Francesco Carnelutti ressalta: “[...] a exposição de conceitos aptos para definir o processo e o direito que o regula não pertence, na realidade, à ciência do direito

³⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação** – o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005; GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. v. 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3; DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 67.

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 70-78.

³⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais**. Tese (Doutoramento e Direito). Bahia: Universidade Federal da Bahia, 2011.

processual, mas àquela região superior da ciência jurídica que tem o nome de *teoria geral do direito*”.³⁸

A teoria geral do processo, dessa forma, busca, a partir do direito positivo, fixar conceitos gerais, com aplicação em todas as ramificações do processo. Mas, para atingir essa função, não pode descartar conceitos-chave como norma, fato jurídico, relação jurídica, direitos subjetivos que, se tratando de conceitos lógico-jurídicos, estão abrangidos pela teoria geral do direito.³⁹

Oportuna, a esse respeito, a observação de Fredie Didier Junior: “reconhecida a existência de uma Teoria Geral do Direito, que fornece os conceitos jurídicos fundamentais aplicáveis a qualquer ramo, não há qualquer sentido em negar-lhe aplicação ao estudo do Direito Processual”.⁴⁰

Essa diferenciação entre as teorias estudadas é importante para o entendimento de que os fatos jurídicos processuais podem ser analisados tanto na esfera da teoria geral do processo – que cuidará do seu conceito e da sua classificação (sentido mais amplo), como no campo do direito processual civil, que cuidará, em especial, da descrição do regime jurídico dos fatos processuais, a partir de um dado ordenamento jurídico.⁴¹

2.2 Fatos jurídicos do processo em sentido estrito

No plano da teoria geral do direito, fatos jurídicos em sentido estrito (*stricto sensu*) são os que passam a pertencer ao mundo jurídico sem a prática de ato humano no núcleo do seu suporte fático.⁴² No lugar da ação humana, verificam-se eventos naturais, como pandemias, e biológicos, como nascimentos.

No plano da teoria geral do processo, existem fatos jurídicos processuais em sentido estrito. A morte é o exemplo clássico, que relacionado ao falecimento de sujeitos do processo,

³⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil I**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 47.

³⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais**. Tese (Doutoramento e Direito). Bahia: Universidade Federal da Bahia, 2011.

⁴⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação – o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 4.

⁴¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais**. Tese (Doutoramento e Direito). Bahia: Universidade Federal da Bahia, 2011.

⁴² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, v. II. São Paulo: RT, 1974, p. 187.

por exemplo, implica em dado fato jurídico processual, que repercute em diversas situações processuais.⁴³

Alguns autores como José Joaquim Calmon de Passos não reconhecem a categoria dos fatos jurídicos processuais em sentido estrito, sob a argumentação de que “no processo, somente atos são possíveis. Ele é uma atividade e atividade de sujeitos que a lei prequalifica. Todos os acontecimentos naturais apontados como caracterizadores de fatos jurídicos processuais são exteriores ao processo”.⁴⁴

Acredita-se, contudo, na mesma linha de pensamento de Pedro Henrique Nogueira, que a definição de fato processual é suficientemente ampla para abarcar também os eventos *exteriores* ao procedimento, desde que a ele referíveis e que lhes sejam contemporâneos.⁴⁵

2.3 Atos-fatos jurídicos processuais

Já os atos-fatos processuais são aqueles que, apesar de relacionados à ação humana, a vontade de exercê-los não é relevante para o direito. São atos recepcionados pelo sistema jurídico como fatos, justamente por ser irrelevante a vontade humana verificada nos atos jurídicos em sentido estrito (e também nos negócios jurídicos). Conforme ensina Marcos Bernardes de Mello, “o ato humano é a substância do fato jurídico, mas não importa para a norma se houve, ou não, vontade em praticá-lo”.⁴⁶

Nas palavras de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda:

Ato humano é fato produzido pelo homem; às vezes, não sempre, pela vontade do homem. Se o direito entende que é relevante essa relação entre o fato, a vontade e o homem, que em verdade é dupla (fato, vontade-homem), o ato humano é ato jurídico, lícito ou ilícito, e não ato-fato, nem fato jurídico *stricto sensu*. Se, mais rente ao determinismo da natureza, o ato é recebido pelo direito como fato do homem (relação “fato, homem”), com o que se elide o último termo da primeira relação e o primeiro da segunda, pondo-se entre parêntese o *quid* psíquico, o ato, fato (dependente da vontade) do homem, entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico.⁴⁷

⁴³ O falecimento de uma das partes como fato jurídico processual repercute em situações processuais como a suspensão automática do processo, como previsto no artigo 313, I, do Código de Processo Civil, desde a data em que o óbito ocorreu, devendo a parte falecida ser sucedida por seu espólio ou por seus herdeiros e sucessores.

⁴⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 64.

⁴⁵ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais**. Tese (Doutoramento em Direito). Bahia: Universidade Federal da Bahia, 2011.

⁴⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 114.

⁴⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, v. II. São Paulo: RT, 1974, p. 373.

São inúmeras as situações no processo⁴⁸ de prática de atos-fatos processuais com ações humanas relacionadas a dado procedimento, no tocante às quais a ordem jurídica desconsidera a vontade do agente. Conforme sinalizado por Fredie Didier Junior,⁴⁹ são exemplos o adiantamento das custas processuais, o preparo e a revelia.

Destaca-se que o enquadramento jurídico de um fato na categoria em destaque é importante em razão de não se submeter ao regime jurídico das invalidades do processo. Em outras palavras, não há que se falar em atos-fatos jurídicos processuais nulos, anuláveis ou até mesmo inválidos.⁵⁰

Assim, os atos-fatos jurídicos processuais demandam tratamento dogmático diferenciado do dos atos jurídicos em sentido amplo e dos fatos jurídicos processuais em sentido estrito.

2.4 Atos jurídicos processuais em sentido estrito

Registra-se que a doutrina não diverge sobre a categoria dos atos jurídicos processuais em sentido estrito. São atos em que a vontade é sem escolha da categoria eficaz.⁵¹ Não interessa analisar eventual relação entre a vontade do agente e as implicações decorrentes do ato, conforme observa Marcos Bernardes de Mello:

[...] como sendo o fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fático manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas.⁵²

Assim, os atos processuais em sentido estrito estão presentes em maioria ao longo de todo o procedimento (ex. citação, penhora). É como dizer que existe vontade do agente ao

⁴⁸ BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. **Revista de Processo**, n. 148. São Paulo: RT, junho, 2007, p. 312. A autora sugere uma subdivisão dos atos-fatos processuais da seguinte forma: a) atos-fatos materiais (pagamento de custas, preparo); b) atos-fatos indenizativos (execução provisória de decisão posteriormente revogada); c) atos-fatos caducificantes (perda de prazo a gerar a preclusão temporal).

⁴⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 261.

⁵⁰ “Tenhamos sempre presente que a validade e a invalidade (nulidade, anulabilidade) só diz respeito aos negócios jurídicos e aos atos jurídicos *stricto sensu*. Não há atos-fatos jurídicos válidos ou não válidos. Nem atos ilícitos, ou fatos jurídicos *stricto sensu*”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. v. IV. Rio de Janeiro: Borsóí, 1954, p. 4.

⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. v. II. São Paulo: RT, 1974, p. 447.

⁵² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico** (plano da existência). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 141.

executá-lo, sendo irrelevante, contudo, se o agente desejou a produção dos efeitos automáticos relacionados ao ato.⁵³

2.5 O negócio jurídico do processo

Ainda na esfera da teoria geral do direito processual, o negócio jurídico processual consiste na subdivisão dos atos processuais em sentido amplo. A outra vertente seria a dos atos jurídicos processuais em sentido estrito, já abordada no estudo.

A categoria em referência é o ponto central do debate proposto; e das conclusões que ao final se alcançará, sendo carecedora de maior atenção.

2.6 O negócio jurídico processual na teoria geral do direito

O negócio jurídico processual está contido na teoria geral do direito como espécie de fato jurídico em sentido amplo, demandando o tratamento de conceito jurídico fundamental⁵⁴ (lógico-jurídico). Isso não significa dizer que se trata de conceito estático, mas que seu contorno deverá ser adequado conforme valores eleitos pela sociedade que lhe for contemporânea.

Ao lado do negócio jurídico, como conceito fundamental, existem as suas diversas vertentes, como a do negócio jurídico em direito tributário, administrativo, processual, cada um com feição específica conferida por determinada ordem jurídica.

Breves pontos de diferenciação e semelhança entre negócios jurídicos processuais e atos jurídicos em sentido estrito são necessários para melhor compreensão de ambos.

Os atos jurídicos em sentido estrito consistem em ações humanas que podem se manifestar pela vontade, pelo conhecimento, ou até mesmo pelo sentimento. Já o pilar dos negócios jurídicos processuais sempre será integrado por manifestação de vontade do agente.⁵⁵

Como ponto de semelhança entre um e outro, tem-se justamente os atos jurídicos em sentido estrito cujo suporte fático seja composto por manifestação de vontade, em que pese ausente nessa hipótese o autorregramento da vontade.⁵⁶ Ou seja, apenas nos negócios jurídicos

⁵³ BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. **Revista de Processo**, n. 148, São Paulo: RT, jun. 2007, p. 312.

⁵⁴ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 225.

⁵⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. v. II. São Paulo: RT, 1974, p. 395.

⁵⁶ Para Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, o autorregramento da vontade se define como um complexo de poderes, que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais**. Tese (Doutoramento e Direito). Bahia: Universidade Federal da Bahia, 2011.

processuais o agente terá a faculdade de exercer a escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas correspondentes.⁵⁷

Caio Mário da Silva Pereira define negócio jurídico como “toda declaração de vontade, emitida de acordo com o ordenamento legal, e geradora de efeitos jurídicos pretendidos”.⁵⁸ Para Orlando Gomes, “é através dos negócios jurídicos que os particulares autorregulam seus interesses, estatuinto as regras que voluntariamente quiserem subordinar o próprio comportamento”.⁵⁹

Destacam-se três teorias existentes sobre o negócio jurídico e abrangidas em estudo de autoria de Guilherme Peres de Oliveira:

- (i) *teoria subjetiva ou do dogma da vontade*, segundo a qual a vontade jurídica do agente pode se subdividir em três categorias: a da vontade psicológica; a da vontade externada; ou, ainda, em uma posição intermediária;
- (ii) *teoria preceptiva*, que estabelece que o negócio jurídico seria um preceito que emerge da declaração da vontade (objetiva), fora da sede da consciência; e,
- (iii) *teoria da autorregulação*, que consiste no entendimento do negócio jurídico como ato de autonomia.⁶⁰

Superada a definição de negócio jurídico, assim como sua distinção em relação aos demais fatos, cumpre aplicar os conhecimentos adquiridos na esfera do processo civil, respeitando-se as peculiaridades das normas de direito processual como normas de direito público, e o regime de invalidades característico do Código de Processo Civil.

2.7 Existência, validade e eficácia do negócio jurídico processual

Francisco Cavalcante Pontes de Miranda defende a teoria de que os fatos jurídicos dividem-se nos campos da existência, da validade e da eficácia. Segundo o autor, é fundamental a composição de um suporte fático que a partir da aplicação da norma ingresse no mundo do

⁵⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico** (plano da existência). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 141. No mesmo sentido: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. I. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 303.

⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 381.

⁵⁹ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 264.

⁶⁰ OLIVEIRA, Guilherme Peres de. **Negócio jurídico processual**: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil. 2017. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2017, p. 45-47.

direito (passando a existir), o qual não pode estar eivado de vícios (sob pena de ser considerado inválido) e deve produzir efeitos (ser eficaz).

Em linhas gerais, o plano da existência, que configura o suporte fático mínimo do negócio jurídico, exige a verificação das partes, da vontade, da forma e do objeto, sem nenhum critério de valor. Já no plano da validade, é necessário analisar as partes plenamente capazes, de uma vontade livre, lícita; de um objeto igualmente lícito, possível, determinado ou determinável e de forma prescrita ou ao menos não excluída por lei. Não menos importante, exige-se no plano da eficácia a solução dos direitos e deveres das partes interessadas.⁶¹

Embora não seja unânime entre os estudiosos do tema, o cerne do negócio jurídico processual deve ser o procedimento, seja de processo judicial ou extrajudicial, não sendo necessária a sua realização no contexto do processo.

No mais, a negociação deverá recair sobre direitos que permitam a transação, como consta expressamente do art. 190 do Código de Processo Civil, uma vez que o negócio jurídico processual atingirá a resolução do mérito. Isto é, se o direito não for passível de autocomposição, o procedimento que o tutela também não será.⁶²

O negócio processual poderá apresentar, ainda, elementos particulares que condicionem sua eficácia, como condição, termo ou encargo.⁶³

Uma vez concebido o negócio jurídico processual como fato jurídico em sentido amplo, e traçados em breves linhas os seus requisitos para produzir efeitos, avança-se para a análise das peculiaridades das convenções negociais para melhor compreendê-las.

2.8 Conceito, natureza jurídica e classificação do negócio jurídico processual civil: linhas gerais

Destaca-se mais uma vez que os negócios jurídicos processuais não são consenso na doutrina. Alguns autores questionam inclusive a sua constitucionalidade, em que pese expressos em lei. Cassio Scarpinella Bueno, por exemplo, defende que as partes não possuem competência para negociar procedimentos. Segundo o autor, a legislação processual civil não observou a regra estampada no art. 24, XI, da Constituição Federal, segundo a qual compete à União, aos

⁶¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. São Paulo: Método, 2015, p. 198-210.

⁶² DIDIER JUNIOR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil-2015. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 117.

⁶³ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 78.

Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre procedimentos em matéria processual. Salienta, 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 partes.⁶⁴

Possuem posicionamentos contrários aos negócios jurídicos processuais Cândido Rangel Dinamarco, Alexandre Freitas Câmara, Vicente Greco Filho, Ernane Fidélis dos Santos, Rodolfo Kronenberg Hartmann, José Joaquim Calmom de Passos,⁶⁵ Vittorio Denti, Enrico Liebman, José Albuquerque Rocha e Roque Komatsu.⁶⁶

Em direito comparado, verifica-se que tanto a Inglaterra como a Alemanha reconhecem, por requerimento conjunto ou unilateral, a possibilidade de as partes convencionarem sobre as dimensões e as limitações da ação. Na Alemanha, por exemplo, isso se justifica pelo princípio da *dispositionsmaxime*, segundo o qual os litigantes possuem controle sobre a natureza e o escopo do processo.⁶⁷

Em Portugal, as convenções em matéria de provas são igualmente reconhecidas (art. 344, 2; art. 345 e art. 467, todos do Código Civil português),⁶⁸ assim como a prorrogação de prazos por acordo das partes (art. 141 do *Codex*) 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 (art. 264 do Código lusitano).

Ademais, conforme 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 avença.

⁶⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 225-227. O autor consigna ser 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”.

⁶⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodvim, 2019, p. 39-74.

⁶⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 10. ed. Salvador: JusPodvim, 2019, p. 447.

⁶⁷ ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. São Paulo: RT, 2009, p. 237-238.

⁶⁸ PORTUGAL. **Decreto Lei n. 47344, de 1966**. Código Civil. Lisboa, 25 nov. 1966. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view>. Acesso em: 27 jan. 2021.

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 result.⁶⁹

Na legislação francesa, há possibilidade de acordos processuais⁷⁰ denominados *contrat de procédure*, inicialmente idealizados para conferir efetividade aos processos. Pablo Freire Romão e Marcelo Dias Ponte ressaltam que o Código francês “não concebe entre os princípios do processo nenhuma norma que impossibilite um procedimento organizado de acordo com o que os litigantes preferem”. E enfatizam: “diante da inexistência de disposição legal, a jurisprudência fixa os parâmetros para os pactos”,⁷¹ favorecendo as convenções realizadas antes da instauração do contencioso judicial, justamente para evitá-lo ou, ao menos, para na medida do possível programar a solução de eventual litígio.⁷²

Antonio do Passo Cabral, por sua vez, define os negócios jurídicos processuais como “declarações de vontade unilaterais ou plurilaterais admitidas pelo ordenamento jurídico como capazes de constituir, modificar e extinguir situações processuais ou alterar o procedimento”.⁷³

O autor utiliza a nomenclatura convenção (ou acordo) processual para tratar do negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo, e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, estabelecem a criação, a modificação e a extinção de situações jurídicas processuais, podendo, ainda, alterarem o procedimento.⁷⁴

Para Fredie Didier Junior, o negócio jurídico processual consiste no “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”.⁷⁵

⁶⁹ Tradução livre: As partes devem ter o direito de modificação voluntária do processo por meio de acordo. Todavia, essa modificação voluntária não poderá resultar em prejuízo para a parte contrária.

⁷⁰ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria do processo e processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2017, p. 587.

⁷¹ 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. 2021.

⁷² 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, ago.-dez. 2012.

⁷³ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 49.

⁷⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 68.

⁷⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil-2015. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 25.

Löic Cadiet define os negócios jurídicos como o reflexo perfeito do processo cooperativo:

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 germánico.⁷⁶

Quanto à terminologia, embora o termo negócio jurídico processual seja o mais utilizado, alguns autores preferem a nomenclatura “convenção processual”, “pacto”, “contrato”, “avença”. Em que pese na prática a terminologia utilizada não interferir em qualquer dos efeitos do instituto – não merecendo, dessa forma, debate a respeito –, passa-se a adotar para o estudo a da convenção processual. Isso porque, na mesma linha do pensamento de Arruda Alvim, acredita-se que as terminologias convenções ou acordos acabam sendo tecnicamente mais adequadas, haja vista as distinções entre o negócio jurídico do direito civil, do direito material.⁷⁷ Aqui, lembre-se, estamos tratando de procedimento em processo civil.

Superada a questão, temos que parte da doutrina utiliza o objeto como critério caracterizador das convenções. Trata-se de corrente doutrinária que entende que as convenções são processuais “quando consideram a aplicação de regras processuais ou a criação ou alteração de situações jurídicas processuais”.

Outra parcela da doutrina, no entanto, defende os efeitos das convenções para caracterizá-las e diferenciá-las de contrato privado. Isto é, quando se tratar de convenções aptas a produzirem efeitos jurídicos no processo, serão tidas como processuais. Nesse ponto levanta-se outra discussão. E o que seria necessário para a produção dos efeitos no processo? Antonio do Passo Cabral entende seja requisito apenas o consentimento das partes para que se alcance os efeitos desejados com a avença, não sendo necessário a participação de outro sujeito do processo.⁷⁸

Outro ponto de análise doutrinária é o momento em que são celebradas as convenções processuais, se apenas no curso do processo ou, ainda, antes da instauração de um contencioso

⁷⁶ 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, ago.-dez. 2012. Tradução livre: Esses acordos processuais estão em consonância com o princípio da cooperação entre o juiz e as partes, que é, juntamente com o princípio do contraditório, um dos princípios orientadores do processo civil francês. Eles são a expressão ideal do modelo do processo cooperativo, que transcende as concepções acusatórias e inquisitoriais do processo, tanto em “common law” como do direito romano-germânico.

⁷⁷ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria do processo e processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2017, p. 572.

⁷⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 63.

judicial. Parece-nos claro e expresso em lei que as convenções poderão ser firmadas antes ou durante a tramitação do processo. É o que se depreende tanto do *caput* do art. 190 do Código de Processo Civil como do disposto no art. 63 do mesmo diploma. Outro não é o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno⁷⁹ e Antonio do Passo Cabral.⁸⁰

Arruda Alvim complementa ressaltando que as convenções podem ser realizadas antes do litígio judicial, desde que tenham como finalidade a produção de efeitos em dado processo.⁸¹

Discute-se, ainda, se as convenções processuais possuem natureza jurídica de direito processual, material ou mista. Há quem defenda que as convenções sobre procedimentos, que modificam regras processuais ou procedimentais, impactando no rito processual, conforme o art. 190 do Código de Processo Civil, possuem natureza processual. Por sua vez, têm natureza material as convenções obrigacionais, que estabelecem um fazer ou não fazer para uma ou ambas as partes, sem alterar o procedimento.⁸²

A situação ganha destaque na hipótese de as convenções conterem simultaneamente cláusulas de matéria processual e de direito material. Nesse caso, há doutrinadores⁸³ que defendem justamente a “dupla natureza”, ou seja: mista, de contrato privado e de avença processual. Mas há também aqueles que entendem pelo “duplo suporte fático”, segregando as convenções em parcela processual e material, tratadas de maneira independentes, mas não mista, com simultaneidade.⁸⁴

José Roberto dos Santos Bedaque consigna duas situações. Uma delas envolve 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, sem interferir em seu conteúdo. E a

⁷⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 225.

⁸⁰ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 60. O autor menciona que o negócio jurídico pretérito ao litígio foi em geral afastado pela doutrina e defende que é plenamente possível a celebração de negócios prévios, com a condição da previsibilidade, ou seja, desde que o negócio seja preciso e determinado.

⁸¹ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: teoria do processo e processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2017, p. 573.

⁸² Alguns autores que assim entendem: Gottfried Baumgartel, Gerhard Schiedermaier, Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab, Peter Gottwald, Antonio Palermo. CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 92.

⁸³ Defensores: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 761. Do mesmo modo, Flávio Luiz Yarshell expõe: “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”.

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

⁸⁴ Assim entende Antonio do Passo Cabral. Sobre o regime de invalidades a ser aplicado na hipótese, ressalta não ser problema, tratando-se de separação relativa entre o direito processual e material: “requisitos formais previstos em normas materiais e processuais podem ser conjugados e aplicados harmonicamente”. CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 94-95.

outra de relação processual, que, segundo o autor, as partes não devem exercer influência, em razão da função pública do processo.⁸⁵

O tempo também é considerado critério para classificar as convenções. Para Flávio Luiz Yarshell, é fundamental entender o momento em que fora celebrado para identificar a incidência normativa sobre o caso. Segundo o autor, como não se trata de um ato processual, afasta-se a aplicação da regra de isolamento dos atos processuais para a aplicação da lei processual no tempo. Assim, o que for resolvido no negócio jurídico processual deve valer mesmo diante de uma nova lei, podendo ser derrubado somente se as partes convencionarem novamente.⁸⁶

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 adquirido.⁸⁷

Ainda, as convenções processuais podem ser realizadas de forma escrita ou oral. Flávio Luiz Yarshell e Luiz Antônio Ferrari Neto entendem, contudo, que as avenças devem ser escritas ou, se orais, reduzidas a termo.⁸⁸⁻⁸⁹

Relacionado, é possível falar em convenções expressas, como o foro de eleição, e as tácitas, como a recusa tácita à autocomposição ou à convenção de arbitragem e a aceitação tácita da decisão (arts. 154, parágrafo único; 337, § 6º e 1000, nessa ordem, todos do Código de Processo Civil).⁹⁰

Ainda, as convenções processuais podem ser classificadas em onerosas ou gratuitas. Onerosas são aquelas em que as duas partes recebem um benefício em contrapartida a um

⁸⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: RT, 1994, p. 91-101.

⁸⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 79-80.

⁸⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 79-80.

⁸⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 77.

⁸⁹ 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 em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2007, p. 120.

⁹⁰ Fredie Didier Júnior registra que os negócios tácitos podem ser comissivos ou omissivos. DIDIER JUNIOR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil-2015. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 27-28.

sacrifício, ainda que em proporções diferentes. Gratuitas quando verificado o benefício apenas para uma das partes, com prejuízos suportados pela outra.⁹¹

No que se refere à classificação quanto à manifestação de vontade, as convenções processuais podem ser unilaterais, bilaterais ou plurilaterais. É unilateral, por exemplo, a desistência ao recurso e da ação, sempre manejado por apenas uma das partes (arts. 998 e 485, do Código de Processo Civil). Por sua vez, são exemplos de convenções bilaterais⁹² a distribuição convencional sobre o ônus da prova e a escolha do perito de comum acordo, isto é, sempre com manifestação de vontade das duas partes (arts. 373 e 471, do Código de Processo Civil). Enquadram-se como plurilaterais, por sua vez, o saneamento compartilhado e a calendarização processual (arts. 357, §2º e 191, do Código de Processo Civil), com o envolvimento de mais de dois sujeitos do processo, inclusive o juiz.

Encerra-se a presente seção com referência à classificação relevante das convenções entre típicas e atípicas, a depender da previsão legal. As convenções atípicas receberão destaque na sequência.

⁹¹ Para Antonio 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 restritivamente. CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 80-82.

⁹² Segundo Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, os negócios jurídicos processuais bilaterais podem, ainda, ser divididos em contratos processuais e acordos processuais, afirmando que seriam do primeiro grupo os negócios celebrados que possuam interesses contrapostos (transação), enquadrando-se no segundo aqueles negócios nos quais os interesses são convergentes (suspensão convencional do processo). NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais**. Tese (Doutoramento e Direito). Bahia: Universidade Federal da Bahia, 2011, p. 159-160.

3 CONVENÇÕES PROCESSUAIS ATÍPICAS

3.1 Cláusula geral de negociação sobre o processo

Uma das técnicas utilizadas para acompanhar a dinâmica social e propiciar soluções de litígios em conformidade com a Constituição foi a utilização de textos de conceitos indeterminados e cláusulas gerais.⁹³

Esses textos, que usualmente apontam diretrizes para a compreensão e a aplicação do direito, implicam na construção de soluções e fixação de sentido caso a caso, vez que não previstos por completo em lei. As cláusulas gerais de direito são assim.⁹⁴

Outro não é o entendimento de Fredie Didier Junior, que define cláusula geral como técnica pautada pela utilização de termos vagos na hipótese de incidência normativa e indeterminação quanto aos efeitos possíveis.⁹⁵

Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, as cláusulas gerais enquadram-se no rol de normas de ordem pública, de natureza cogente, que permite ao juiz conhecê-las e aplicá-las de ofício.⁹⁶

Teresa Arruda Alvim Wambier complementa ao sinalizar que, na interpretação e aplicação do direito a partir das cláusulas gerais, cria-se um campo para a absorção no raciocínio jurídico de “recursos e elementos vindos da esfera social, econômica e moral, de certo modo juridicizados pela cláusula geral”.⁹⁷

A abertura das cláusulas gerais é importante justamente para acompanhar a evolução da sociedade e, assim, auxiliar na prática do processo efetivo, mas não se ignora que implica

⁹³ Para Eros Grau, a expressão “conceitos indeterminados” é equivocada. Para ele, se há indeterminação não há conceito, razão pela qual prefere utilizar a expressão “termos indeterminados”. GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed. refundida do ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 157.

⁹⁴ Segundo Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, “as cláusulas gerais (*Generalklauseln*) são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. As cláusulas gerais são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz”. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil**: contratos. v. III. São Paulo: RT, 2016, p. 19.

⁹⁵ Fredie Didier assevera: “cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico) é indeterminado”. DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 51.

⁹⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil**: contratos. v. III. São Paulo: RT, 2016, p. 21.

⁹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 164.

em riscos maiores na compreensão e aplicação do direito, o que poderá interferir no campo da segurança jurídica, resultando em incerteza e falta de previsibilidade.

Teresa Arruda Alvim Wambier ressalta: “o juiz pode decidir com base numa cláusula geral, mas não afastando dispositivo legal expresso que preveja a solução, diferente daquela a que levaria a cláusula geral, para aquela determinada situação”. Em outras palavras, a compreensão da cláusula geral não pode implicar diretamente a inobservância de textos legais completos sobre a matéria.

Para evitar essa possível repercussão negativa, Julio Guilherme Müller⁹⁸ sugere o fortalecimento dos mecanismos de interpretação e aplicação, com o objetivo de garantir coerência, integridade e estabilidade ao direito, tudo por meio de fundamentação jurídica prestada adequadamente por aqueles que exercem o papel de tutelar o direito sob o manto da Constituição Federal.

Fernando Gajardoni, ainda sobre a atipicidade das convenções, indica como outra preocupação o volume de causas complexas em tramitação, destacando que a adoção de uma contratualização generalizada, ou em maior escala, poderá repercutir sérias consequências na duração razoável dos processos, a reclamar rotinas e modelos mais padronizados.⁹⁹

Em que pese as críticas doutrinárias sobre a cláusula geral de negociação processual, Julio Guilherme Müller argumenta:

uma possível alteração do cenário em favor de uma maior propensão às negociações, pensamos que, na mesma proporção das repercussões negativas originárias de procedimentos customizados, teremos benefícios com uma maior taxa de solução de processos por via consensual. O fato é que, no atual momento, a afirmação sobre as desvantagens das convenções na praxis judiciária é feita no campo da prognose. A depender da aplicação real que se dará aos negócios processuais, o futuro é incerto.¹⁰⁰

O art. 190 do Código de Processo Civil configura cláusula geral da qual se extrai a atipicidade da convenção processual:

⁹⁸ MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual**: análise jurídica e econômica. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2016.

⁹⁹ GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 – parte geral. São Paulo: Método, 2015, p. 632.

¹⁰⁰ MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual**: análise jurídica e econômica. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2016.

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.

Depreende-se que as convenções processuais atípicas possibilitam maior participação das partes na condução do processo, em regime de cooperação com o juiz, e têm por objeto as situações jurídicas processuais das partes interessadas, leia-se: os seus ônus, as suas faculdades, os seus deveres e poderes. As convenções processuais atípicas também podem ter por objeto o ato processual, como a redefinição da sua forma e a ordem em que praticado.

A propósito, os seguintes Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

257. O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convencionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

258. As partes podem convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajuste às especificidades da causa.

Não se trata, assim, de avença sobre o direito em litígio – essa é a autocomposição já bastante conhecida. Na espécie, negociam-se e firmam-se verdadeiros acordos sobre o processo, alterando-se as regras gerais de procedimento.

Como nas cláusulas gerais não há previsão de tudo aquilo que pode ser construído juridicamente a partir de sua incidência, admite-se que, a cada caso concreto, haja uma compreensão, aplicação e resolução específica, o que pode gerar certo grau de incerteza.¹⁰¹

Diogo Rezende Almeida menciona como exemplos da cláusula geral do art. 190 do Código de Processo Civil, a cláusula de utilização de meios atípicos de prova, de vedação de produção de prova por iniciativa do juiz, de eleição de único meio de prova, de hierarquia e valoração quando houver várias as espécies de prova em um processo, da fixação de verdade negociada, entre outras.¹⁰²

Dessa forma, entende-se que as cláusulas gerais, assim como a das convenções processuais atípicas, acabam por possibilitar uma abertura ao sistema jurídico, de modo a viabilizar a construção de soluções não especificadas nos textos legais, a depender do caso

¹⁰¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil**: contratos. v. III. São Paulo: RT, 2016, p. 22-23.

¹⁰² ALMEIDA, Diogo Rezende Assumpção de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr., 2015, p. 124-126.

concreto, inclusive em matéria probatória.¹⁰³

3.2 Regras gerais das convenções processuais

Do art. 190 do Código de Processo Civil decorrem as regras gerais para que as convenções processuais classificadas como atípicas surtam efeitos jurídicos.

Entende-se que há um conjunto de normas que disciplinam a negociação sobre o processo, considerado como um microsistema. O art. 190 cumulado com o art. 200 do Código são tidos como o núcleo duro desse microsistema e devem ser interpretados conjuntamente, por reestabelecerem o modelo dogmático da negociação sobre o processo no direito pátrio.

Nesse sentido é o Enunciado 261 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “O art. 200 (CPC/2015) aplica-se tanto aos negócios unilaterais quanto aos bilaterais, incluindo as convenções processuais do art. 190 (CPC/2015)”.

Depreende-se, dessa forma, que mesmo na hipótese de convenções processuais tipificadas em lei, os pressupostos gerais, previstos no microsistema que regula o instituto, deverão ser observados. Evoluiu-se para a análise dos requisitos processuais objetivos de validade das convenções atípicas.

3.3 Requisitos objetivos de validade das convenções processuais atípicas

3.3.1 Generalidades

Como diretrizes ou vetores aplicáveis às convenções processuais atípicas, temos a análise dos acordos procedimentais pelo plano da validade dos atos jurídicos.

Assim, para serem válidas, as convenções processuais devem ser celebradas por pessoas capazes; possuir objeto lícito, possível, determinado ou determinável; observar forma prevista ou não proibida em lei (arts. 104, 166 e 167, todos do Código Civil de 2002), sempre que possível reduzida a termo para se atingir segurança jurídica mínima. Em complemento aos requisitos mencionados, o direito privado acrescenta outros dois: o da inexistência de defeitos quanto à vontade (motivo determinante lícito e ausência dos vícios

¹⁰³ A regra “o que não é permitido, é proibido” cede lugar para uma nova e contrária expressão: “O que não é proibido, pode ser permitido”. Citado na obra do jurista alemão Sachse, de 1929. CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 114.

de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão, fraude ou simulação¹⁰⁴); e o do respeito à ordem pública cogente e bons costumes.

O desrespeito a qualquer desses requisitos implica na nulidade da convenção. Em outras palavras, pode-se dizer que a validade das convenções processuais depende da sua recepção pelo sistema do direito por meio de linguagem jurídica.

Nesse sentido, antecipa-se, como exemplo, que em matéria probatória não há que se falar em convenções processuais que tenham por objeto prova ilícita, isto é, aquela obtida por meios que desrespeitam as determinações legais, produzida por meios ilegais e moralmente ilegítimos, em inobservância ao previsto pelas normas jurídicas (violação ao artigo 369 do Código de Processo Civil).

O direito proíbe a prova ilícita justamente em nome da segurança jurídica, partindo-se da premissa de que a verdade que se busca nos autos é uma verdade lógica, construída de acordo com as regras do ordenamento. Assim, conferir efeitos às provas ilícitas implicaria ignorar direitos individuais previstos pela Constituição Federal, o que, por se tratar de vício insanável, não se deve admitir.

Ainda, no que se refere ao decreto de invalidade das convenções processuais, defende-se sempre que possível o aproveitamento e a convalidação das convenções quando verificados vícios sanáveis, em especial na hipótese de já existir ação ajuizada, privilegiando a instrumentalidade da forma e a flexibilização procedimental em caráter de exceção. A ideia é não pronunciar nulidade sem prejuízo, nos termos dos arts. 282, § 2º e 283, parágrafo único do Código processual.

Julio Guilherme Müller acrescenta que a validade das convenções processuais, além dos requisitos indicados para as avenças jurídicas em geral, demanda: capacidade processual; respeito às restrições legais ao poder de convencionar nos termos do direito processual civil, o que, no caso das convenções processuais atípicas, tem limitação às causas que versam sobre direitos que admitam autocomposição e que digam à modificação de procedimento para adaptá-los às especificidades da causa, além de ônus, faculdades, deveres e poderes processuais das partes; e, ausência de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

¹⁰⁴ BRASIL. Código Civil (2002). Arts. 168 a 171.

3.3.2 Capacidade

Quanto à capacidade para celebrar a avença, o art. 190 estipula que as partes sejam plenamente capazes para celebrar os negócios processuais atípicos, mas não esclarece a que capacidade se refere, podendo ser a civil, a postulatória ou, ainda, a de ser parte.

Pelo fato de toda convenção processual caracterizar um negócio jurídico, a capacidade para a prática dos atos da vida civil deve ser observada para a sua celebração (arts. 1º ao 5º do Código Civil). Isto porque, nos termos do art. 166, I, do Código Civil, são nulos os negócios jurídicos, incluindo os processuais, celebrados por pessoas absolutamente incapazes na esfera civil, como aqueles firmados por menores de 16 anos (art. 2º, CC).

Em que pese a capacidade relativa caracterizar hipótese de anulabilidade (art. 171, I, do Código Civil), são inválidos os negócios jurídicos processuais realizados por pessoas relativamente incapazes, vez que o art. 190 do Código de Processo Civil é claro ao mencionar “plena capacidade” do agente.¹⁰⁵

Contudo, como todo negócio sujeito à anulação, admite-se a confirmação posterior, em especial quando não verificado prejuízo a terceiro (arts. 172 e 175 do Código Civil).

Flávio Yarshell ressalta que o juiz não pode conhecer de ofício a anulabilidade tampouco recusar validade ao negócio firmado por relativamente incapaz, mas poderá sinalizar às partes acerca do vício. A conduta das partes diante da constatação do vício deve ser oportunamente avaliada à luz do seu dever de atuar com ética e boa-fé.¹⁰⁶

Para Antonio do Passo Cabral, as convenções processuais devem igualmente observar a capacidade processual (arts. 70 a 76 do Código de Processo Civil).¹⁰⁷ As pessoas, sejam elas absoluta ou relativamente incapazes, podem figurar como parte, mas a capacidade processual para a prática de atos processuais ou celebração de negócios processuais depende de estarem assistidos ou representados nos termos da lei.

Sobre este aspecto, Julio Guilherme Müller afirma:

¹⁰⁵ “Aqueles com idade superior a dezesseis e inferior a dezoito anos, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, e aqueles que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade não possuem capacidade civil plena (CC, art. 4º) para celebrar negócios processuais”. MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica.** Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2016.

¹⁰⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais.** Salvador: JusPodivm, 2017, p. 74.

¹⁰⁷ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais.** Salvador: JusPodivm, 2016, p. 273.

não se exige capacidade postulatória para a celebração dos negócios processuais. Todavia, todos os atos praticados no processo, com fundamento no negócio ou não, somente são admitidos quando praticados por quem detém legalmente capacidade postulatória, ou seja, aptidão para praticar atos do processo como os advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, exceto quando a própria lei dispuser em contrário (como no caso de alguns processos nos âmbitos dos juizados especiais e da justiça do trabalho).¹⁰⁸

Para Flávio Yarshell, entre outros, as convenções processuais não demandam a participação de advogado para a sua realização.¹⁰⁹ Por outro lado, quando celebrada por advogado ou procurador, se faz necessário a outorga de poderes específicos para tanto, nos termos do art. 105 do Código de Processo Civil.

3.3.3 Participação do juiz

A cláusula geral do *caput* do art. 190 do Código é clara ao dispor que as partes plenamente capazes poderão convencionar a respeito do procedimento e de suas situações processuais. Segundo o parágrafo único do artigo, ao juiz resta reservado o controle de validade das convenções.

O tema não é unânime entre doutrinadores. Para parcela da doutrina o juiz não pode figurar como parte na celebração da convenção, pelo fato de não possuir capacidade negocial e também por não poder firmar acordos sobre interesses que podem se confundir com os das partes em si.¹¹⁰ Outra parcela sustenta a figura do juiz como verdadeira parte na convenção. Fredie Didier Junior cita como exemplos do juiz como parte as hipóteses de calendarização, de ajustes para a realização de sustentação oral ou ampliação do seu tempo e convenções de provas.¹¹¹

A norma deve ser interpretada em conjunto com a do art. 200 do Código de Processo Civil, que evidencia que não se faz necessária a participação do juiz em nenhum grau para

¹⁰⁸ MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual**: análise jurídica e econômica. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2016.

¹⁰⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 76.

¹¹⁰ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 223.

¹¹¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 378.

que a declaração de vontade negocial das partes surtam efeitos imediatos no processo.¹¹²

Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery caminham em sentido contrário: “as partes podem apresentar o acordo pronto sem a intervenção do juiz na sua elaboração, mas sua validação dependerá da análise e referendo do juiz”.¹¹³ Para os autores, o juiz exerce justamente a função de controle de validade das convenções, invalidando-as quando verificada violação ao regime legal das avenças em geral, e dos processuais em particular.

Para Julio Guilherme Müller,¹¹⁴

mesmo na hipótese do conteúdo ser discutido e negociado perante o juiz, este não integra o negócio e nem acopla ou funde sua vontade àquela manifestada pelas partes. A participação do juiz, nas convenções processuais típicas, está resumida a controlar a validade do negócio jurídico e não de funcionar como seu agente.¹¹⁵ A própria imparcialidade ou neutralidade que se espera do magistrado dificulta sua atuação e manifestação de vontade como agente em negócio processual. A lei não proíbe, todavia, que as próprias partes convençionem a respeito da necessidade de homologação do negócio processual atípico como condição para sua própria validade e eficácia.¹¹⁶

Antonio do Passo Cabral¹¹⁷ entende não ser possível considerar o juiz como sujeito de uma convenção processual. Para o autor, em face do princípio *in dubio pro libertate*, o juiz não trata da conveniência da celebração e muito menos participa ativamente dela (não julga se é a solução mais eficaz ou se a incidência da regra geral produziria melhor efeito). Ao juiz compete o decreto sobre a validade da convenção, o ônus argumentativo em sentido contrário, exigindo-se uma devida fundamentação sobre a situação concreta para, se for o caso, poder infirmar a aplicação do acordo, decretando a sua nulidade, nos termos do parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil.

¹¹² Exceção se faz para a hipótese de desistência da ação que exige homologação judicial, nos termos do parágrafo único do artigo 200 do Código de Processo Civil.

¹¹³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 701.

¹¹⁴ MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual**: análise jurídica e econômica. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2016.

¹¹⁵ Citado por Julio Guilherme Müller, Flavio Yarshell aponta: “[...] afóra a hipótese particular de fixação de calendário (art. 191), o juiz (ou o órgão judicial) não é agente do negócio. Ainda que o respectivo conteúdo possa até ser discutido na presença do magistrado [...] isso não faz do juiz um sujeito do negócio: dele não emana declaração de vontade constitutiva do negócio e, a rigor, nem é caso de o juiz 'homologar' o ato das partes”. YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 67.

¹¹⁶ Também citado por Julio Guilherme Müller. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 235.

¹¹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**: entre publicismo e privatismo. Tese de Livre-docência. Universidade de São Paulo (USP), Faculdade de Direito, São Paulo, 2015, p. 236-239.

Entende-se que um entendimento não é excludente do outro. Considerando uma convenção processual firmada no curso de ação ajuizada, o que é possível por força do disposto no *caput* do art. 190 do Código de Processo Civil,¹¹⁸ e que não esteja enquadrada em nenhuma das hipóteses do parágrafo único do dispositivo, o juiz não só pode como deve colaborar com as partes na formação da convenção em seus melhores termos, mais eficientes, no sentido de sinalizar pelos excessos praticados pelas partes, otimizando tempo e antecipando situações que no futuro invalidarão as convenções. Nesse sentido, na hipótese de o acordo ser formado com a participação neutra do juiz, como limitador, exercendo o seu controle prévio, dificilmente teria a sua validade questionada, o que implicaria na eficiência da avença em tempo adequado.

A participação do juiz representaria, em verdade, uma fiscalização imediata da validade da convenção. É imprescindível a manutenção da sua imparcialidade, até porque poder negociar sem a interferência do juiz entende-se que é mais do que poder negociar com a participação neutra do juiz.

3.3.4 Objeto

Quanto ao objeto, a convenção processual estipula regra de procedimento ou cria, modifica e extingue situações jurídicas processuais, leia-se: direitos, poderes, faculdades, ônus e deveres, assim como dispõe a cláusula geral do art. 190 do Código de Processo Civil.

A precisão da determinação do objeto é requisito fundamental para que as partes possam debater em situação de previsibilidade, sem qualquer surpresa especialmente sobre os efeitos daquela convenção, podendo inclusive restringir o seu resultado no campo da eficácia. O contraditório efetivo, portanto, deverá também ser observado.

A licitude é requisito a se considerar. O significado do termo “indisponibilidade” ou de “situação jurídica disponível” é um dos pontos de grande discussão sobre o objeto das convenções. Partindo-se da premissa de que os efeitos atingidos pelos acordos processuais derivam da vontade concreta das partes, a pergunta que se deve fazer é se aqueles sujeitos podem dispor daquele objeto em específico.

Exemplo de ilicitude do objeto das convenções processuais seria qualquer discussão sobre a produção de prova ilícita, isto é, aquela obtida por meios que desrespeitam as

¹¹⁸ O *caput* do artigo 190 em estudo é claro ao permitir a possibilidade de celebração de negócios processuais atípicos em processo atual ou futuro.

determinações legais, em inobservância ao previsto pelas normas jurídicas, produzida por meios ilegais e moralmente ilegítimos. Estas sequer seriam recepcionadas pelo sistema do direito.

Tem sido comum, todavia, na doutrina que diverge sobre o tema, a aproximação do conceito de disponibilidade com o de direitos patrimoniais disponíveis, o que não nos parece adequado. Isso porque, ao tratar da cláusula geral das convenções processuais, verifica-se que o legislador utilizou expressão muito mais ampla de “direitos que admitam a autocomposição” em relação ao tradicional conceito de direito patrimonial disponível (ou não).

Nesse sentido, consigna-se que há aspectos de direitos indisponíveis que poderão, de alguma forma, ser objeto de autocomposição.

A Portaria n. 33/2018 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), com as suas alterações, incentiva o uso do negócio processual atípico nas Execuções Fiscais. Seu art. 38 autoriza a Fazenda Pública a convenções processuais, visando promover o efetivo recebimento do crédito:

Art. 38. O Procurador da Fazenda Nacional poderá celebrar Negócio Jurídico Processual visando a recuperação dos débitos em tempo razoável ou obtenção de garantias em dinheiro, isoladamente ou em conjunto com bens idôneos a serem substituídos em prazo determinado, inclusive mediante penhora de faturamento, observado o procedimento disposto no regulamento expedido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Em acréscimo, Julio Guilherme Müller ressalta:

não obstante estas diretrizes, o objeto da convenção processual atípica deverá manter uma relação de conformidade com o modelo constitucional de processo, sendo observadas as possibilidades fáticas e jurídicas, bem como a adequação e proporcionalidade da restrição efetuada por meio de norma legal ou convencional. O espectro de elementos que conferem validade aos negócios processuais é, portanto, mais amplo do que aqueles exigidos pelos negócios jurídicos em geral.¹¹⁹

O desafio, portanto, e agora mais focado no ponto central do estudo, é traçar os limites do objeto das convenções processuais em matéria de prova, tentando traçar uma diretriz de como o juiz deve atuar, pesando de um lado os seus poderes instrutórios (arts. 370 e 139, VIII, ambos do Código de Processo Civil) e os seus deveres estampados no art. 139 do Código, e, do outro lado, a liberdade prevista às partes. Fato é que será sempre necessário examinar as

¹¹⁹ MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual**: análise jurídica e econômica. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2016, p. 147.

particularidades do caso concreto para se decretar a nulidade do ato jurídico processual que extrapolar os seus limites.

3.3.5 O tempo e a forma

O art. 190 do Código de Processo Civil claramente autoriza a celebração de convenções processuais antes do processo (pré-processuais) ou no curso dele (processuais).

A convenção pré-processual, sem ação ajuizada, apresenta ambiente menos hostil e mais suscetível ao encontro de resoluções.

Conforme entendimento de Tatiana Simões dos Santos, “o ânimo das partes contratantes ao celebrar um determinado negócio jurídico, normalmente está despido da beligerância ou animosidades, desnudando terreno fértil para a inserção e transação quanto às regras processuais, futuras e eventuais, de um litígio ainda não existente”:

Diferentemente se dá após a instauração da demanda judicial, em que as partes passam a ocupar o lugar de opositoras, litigantes, cujos interesses são antagônicos, na qual a vitória de uma importará necessariamente na derrota da outra.¹²⁰

Por outro lado, Julio Guilherme Müller destaca que “há, todavia, o desafio próprio que é a incerteza e a imprevisibilidade das situações futuras. Ao celebrar um negócio objetivando regulamentar situações futuras, existe sempre o risco de evento aleatório”.¹²¹

Antônio do Passo Cabral,¹²² por sua vez, sinaliza que a validade das convenções celebradas pré-contencioso depende da verificação dos requisitos da determinação e precisão do objeto da avença processual:

[o acordo] deve (1) fazer referência a uma relação jurídica ou conflito específicos (delimitando bem o conteúdo da situação processual de que se dispõe), e – se possível – incluir um limite temporal (a duração do acordo), [...] (2) deve haver para os convenientes a possibilidade de exercício de uma prognose sobre o desenvolvimento e as consequências do vínculo assumido.

¹²⁰ SANTOS, Tatiana Simões dos. **O processo civil modulado pelas partes**: ampliação da autonomia privada em matéria processual. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2009, p. 93.

¹²¹ MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual**: análise jurídica e econômica. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2016, p. 154.

¹²² CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 78-80.

As convenções processuais firmadas antes do processo disciplinam expectativas, cuja aplicação dependerá das normas de ordem pública cogentes em vigor no curso da causa.

Hipóteses como a da calendarização, em que necessária a participação do juiz e sua anuência, somente serão possíveis de celebração no curso do processo.¹²³

Já o ambiente para a celebração de convenções quando já existente processo em curso, normalmente, se dá em contexto conflituoso, o que dificulta um trabalho cooperativo ou colaborativo próprio para a celebração.

Quanto à formalidade das convenções processuais, tem-se no direito privado a regra geral de que os negócios podem ser celebrados independentemente de uma forma específica (liberdade das formas), com exceção para as hipóteses determinadas pela lei em sentido contrário.

O Código de Processo Civil não disciplina expressamente como deverão ser apresentadas as convenções processuais, mas optou por adotar a liberdade e a instrumentalidade das formas (arts. 188, 276 e 277 do Código de Processo Civil).

Fredie Didier Junior sinaliza pela possibilidade de convenções processuais verbais e tácitas, sendo as últimas originárias da inércia da parte em relação à manifestação da vontade de outra.¹²⁴

Mesmo aqueles que admitem convenções processuais verbais, como Diogo Rezende Assumpção de Almeida, sugerem que a ausência de documentação do negócio implicaria em algum momento numa necessária comprovação de sua celebração, seja por audiência de justificação ou através de outros meios.¹²⁵

Antônio Cabral, que também admite a forma oral, ressalta que apesar de não ser obrigatória a forma escrita, é necessário comprovar o negócio processual por termo, gravação ou em audiência de justificação prévia.¹²⁶

Quanto às convenções tácitas, o silêncio ou a omissão somente poderão ser interpretados como anuência (art. 111 do Código Civil) quando as circunstâncias e os usos assim autorizarem e não for necessária expressamente.

¹²³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 233.

¹²⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 389-379.

¹²⁵ ALMEIDA, Diogo Rezende Assumpção de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr., 2015, p. 132.

¹²⁶ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 288-290.

Fernando Gajardoni enfatiza a segurança jurídica ao defender: “o parâmetro mínimo da convenção processual é que ela seja escrita (ainda que apresentada oralmente nos autos do processo e reduzida a termo), aplicando-se integrativamente o disposto nos arts. 63, §1º, do CPC/2015 [...] e 4º, §1º, da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996)”.¹²⁷

Além disso, são vedadas convenções por meio de cotas marginais ou interlineares (art. 202, Código de Processo Civil) ou em língua estrangeira, salvo se o documento estiver acompanhado de tradução para a língua portuguesa pelos meios oficiais (art. 192, parágrafo único do Código de Processo Civil). Admite-se convenção processual em formato digital ou por meios eletrônicos (arts. 193 e 195, Código de Processo Civil).

O desvio de forma, todavia, não implica necessariamente em nulidade. Pela instrumentalidade justamente das formas, não há nulidade de ato processual que, embora não se apresente no formato descrito em lei, cumpra seu propósito essencial e não cause prejuízo às partes e aos interesses tutelados no processo (arts 188, 277, 281 e 282, Código de Processo Civil). Diogo Rezende Assumpção de Almeida defende que o princípio da instrumentalidade se sobrepõe às regras do Código de Processo Civil a respeito da forma dos atos processuais, de modo a preservar a eficácia de qualquer ato que atinja o seu objetivo, desde que não constatado prejuízo para ao menos uma das partes.¹²⁸

¹²⁷ GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 – parte geral. São Paulo: Método, 2015, p. 617.

¹²⁸ ALMEIDA, Diogo Rezende Assumpção de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr., 2015, p. 29.

4 PROVA: A CONSTITUIÇÃO DA REALIDADE JURÍDICA PELO DIREITO¹²⁹

Com base na filosofia da consciência, via-se a linguagem como meio que ligava o sujeito ao objeto de conhecimento. Com a introdução da filosofia da linguagem, esta passou a ser interpretada como pressuposto de existência do conhecimento. Nesse sentido, é possível dizer até mesmo que o conhecimento é a própria linguagem, a relação entre significações. Logo, temos como objeto do conhecimento as proposições capazes de descreverem o objeto analisado, o texto analisado.

Adotou-se a premissa de que o conhecimento se apresenta sempre condicionado ao contexto em que se opera, dependente do meio social, das experiências do sujeito cognoscente e, ainda, de que algo só existe para a sociedade a partir do momento em que a palavra o nomeia. Assim, é possível concluir pela necessidade de sistema de referência. Isso porque algo só é conhecido à medida que comparado em relação a outros elementos. O ponto de referência permite, nesse sentido, que cada pessoa, conforme seu próprio sistema de referência, interprete dado evento de maneira distinta, de acordo com as suas experiências, de acordo com a sua cultura, o que vale para o magistrado.

Considerando os pressupostos fixados, é possível afirmar que o sistema do direito é composto por linguagem, que, por sua vez, cria sua própria realidade. As informações, o conhecimento obtido, só integram o sistema jurídico quando ele assim determinar e na forma por ele estabelecida. Vale dizer: é o sistema jurídico que dita os fatos que serão e os que não serão jurídicos. E, dentre os requisitos para que essa inserção se opere, encontra-se a figura da “prova”, na posição de linguagem apta para relatar o fato social, evidenciando a sua “verdade/falsidade”, possibilitando a aplicação normativa e constituindo o fato jurídico.¹³⁰

Agora dentro da teoria comunicacional, entende-se por fato jurídico o enunciado denotativo de dada situação, que encontra limite no tempo e no espaço, com a capacidade de organizar uma situação existente como real. O fato está sempre ligado à situação já ocorrida (passado), que, portanto, se esvaziou no tempo e espaço, razão pela qual temos acesso apenas ao fato e não ao evento em si. Logo, depreende-se que o evento é pressuposto ao fato. Assim, qualquer que seja o sistema em estudo – no caso o do direito –, nele ingressam apenas os

¹²⁹ O entendimento apresentado em artigo publicado sobre o tema com Fabiana Del Padre Tomé encontra-se mantido e reforçado no presente estudo. TOMÉ, Fabiana Del Padre; PETRECHEN, Mariela Martins Pacheco. Os limites das convenções probatórias. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 6, nº 5.

¹³⁰ TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2016.

enunciados compostos pela forma linguística própria daquele sistema. Apenas se narrado o evento, mediante linguagem jurídica, teremos o fato jurídico em si.

Nesse sentido, Paulo de Barros Carvalho¹³¹ afirma que fato jurídico é aquele que puder expressar-se em linguagem competente, segundo as qualificações estipuladas pelas normas do direito positivo: “[...] fato jurídico requer linguagem competente, isto é, linguagem das provas, sem o que será mero evento, a despeito do interesse que possa suscitar no contexto instável e turbulento da vida social”.

Tem-se, assim, que o fato jurídico integra o direito positivo na medida em que traduzido em linguagem jurídica, o que é corroborado por meio de prova.

Pela perspectiva da teoria comunicacional, entende-se o direito como fenômeno de comunicação, ou seja, texto no sentido mais amplo da palavra, composto pela sua própria linguagem e criando, assim, a sua própria realidade. Ainda, adotando-se a premissa de que a sociedade é o sistema mais abrangente – sistema macro – em que a comunicação pode se desenvolver de maneira mais ampla, têm-se dentro desse sistema social, dentro dessa rede de comunicações, subsistemas formados por comunicações/linguagens diferenciadas entre si, como é o caso do subsistema do direito, dotado de função e de estrutura específicas.

O direito, portanto, apresenta-se como subsistema (sistema jurídico) dentro do macrossistema social. A relação entre um e outro, assim, é de continência, respeitando-se a autonomia, a linguagem e a estrutura próprias: normas jurídicas, em relação de coordenação e de subordinação. Dessa forma, o direito é sistema especializado na produção de tipo específico de comunicação, que visa garantir expectativas de comportamentos embasados em normas jurídicas, conforme leciona Celso Fernandes Campilongo.¹³²

A função do direito produz esquema binário, que seria o Código já citado (lícito/ilícito), segundo o qual as expectativas normativas podem ser cumpridas ou frustradas. Assim, determinados programas que indicam como o código deve ser utilizado. No Direito, esses programas evidenciam em quais hipóteses a linguagem jurídica classificará como lícito ou ilícito um fato social (evento narrado).

Isso é extremamente relevante para relacionar a teoria das provas com o processo comunicacional do direito, considerando que a prova configura elemento indispensável ao processamento comunicacional do direito. A prova, nesse contexto, é fundamental para

¹³¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 824.

¹³² CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 162.

viabilizar que a comunicação seja efetivada da maneira mais clara possível, sem ou com mínimos ruídos, pois “o ruído representa uma interferência perturbadora no sistema comunicacional, impedindo ou dificultado a transmissão ou compreensão das mensagens”.¹³³

Já inserindo a prova como um dos pontos centrais deste estudo – evoluindo para o debate sobre o limite existente para a sua dispensa, por meio de convenções processuais atípicas assim recepcionadas pelo sistema do direito à luz da legislação processual civil vigente – tem-se que a prova consiste em suporte físico para evidenciar o fato jurídico (narrativa do evento de fato ocorrido no passado).

Importante frisar que, na esteira do exposto, para ser recebida no âmbito jurídico, a prova deve ser válida, leia-se: aquela existente e que produz efeitos no ordenamento jurídico, produzida, portanto, em atenção às determinações legais, em atenção à linguagem do direito.

O objeto da prova consiste no fato que se pretende provar, representado pela alegação da parte. É o fato aduzido no processo, cuja veracidade se pretende atestar. São, como acima exposto, as afirmações referentes a eventos ocorridos no passado.

A prova não pode ser considerada um fim em si mesma, mas instrumento para construir a verdade no processo,¹³⁴ para viabilizar a decisão de qualidade, na busca da efetividade.

4.1 O processo como destino da prova: primeiras impressões

Não diverge a doutrina no que se refere à existência do direito à prova, no sentido de que as partes possuem, em igualdade de condições, a oportunidade de postular a produção de

¹³³ HEGENBERG, Leonidas. **Saber de e saber que**: alicerces da racionalidade. Petrópolis: Vozes, 2001.

¹³⁴ João Batista Lopes consigna: “considerar a *verdade* (material ou formal) ou a certeza como finalidade da prova não é, porém, a orientação mais adequada. Em primeiro lugar, porque a pesquisa da verdade poderá, no máximo, ser objeto da cognição exauriente, e não da sumária. Na tutela sumária, como se sabe, basta a verossimilhança (aparência de verdade), geralmente identificada com a fumaça do bom direito. Por outro lado, se a verdade real é a adequação do intelecto à coisa, bem é de ver que essa verificação ficará sempre na dependência de avaliação do intérprete ou aplicador da norma. Do mesmo modo, a verdade formal dependerá de apreciação subjetiva dos fatos: por exemplo, para o magistrado de primeiro grau, a verdade poderá estar na afirmação do perito de que houve esbulho possessório, enquanto, para o tribunal, os elementos constantes dos autos poderão não abonar tal conclusão. Por igual, a certeza não pode ser posta como critério seguro para a conceituação da *prova*. A lógica jurídica, diversamente da lógica formal, trabalha com valorações e com a argumentação, e não com a certeza das operações matemáticas ou das experiências do mundo físico. 10 Quando se fala, por exemplo, em liquidez e certeza da obrigação que autorizam a execução, não se está excluindo a possibilidade de o devedor provar que nada deve ou que a dívida não tem esses atributos. Também, quanto aos meios de prova, não se lhes pode atribuir esse atributo, porque a última palavra será sempre do julgador. Como se vê, tanto na *verdade material* como na *formal* e na *certeza*, será inafastável a carga de subjetividade o que revela a insuficiência do critério referido”. LOPES, João Batista. Direito à prova à luz do modelo constitucional de processo. **Revista de Processo**, v. 300, São Paulo: RT, 29 fev. 2020, p. 17.

provas em juízo, o direito de participar da sua realização, e o de se manifestarem sobre o resultado obtido, em observância ao contraditório efetivo, dialogando em relação triangular, afastando-se inclusive o risco de decisão imprevisível.

Para Cândido Rangel Dinamarco, o direito à prova consiste no

conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela Constituição e pela lei, para que possa demonstrar no processo a veracidade do que afirmam em relação aos fatos relevantes para o julgamento. Ele é exercido mediante o emprego de fontes de prova legitimamente obtidas e a regular aplicação das técnicas representadas pelos meios de prova. A imensa importância da prova na experiência do processo erigiu o direito à prova em um dos mais respeitados postulados inerentes à garantia política do devido processo legal, a ponto de se constituir em um dos fundamentais pilares do sistema processual contemporâneo.¹³⁵

O direito à prova, como já visto, é tema de relevante importância no processo civil e encontra-se eminentemente relacionado à efetividade do processo; tem como premissa de processo efetivo aquele que no tempo adequado – observando-se o equilíbrio entre os valores a segurança e a celeridade –, da melhor maneira possível, proporciona às partes o resultado justo pelo direito material, com base no que foi levado aos autos.

Nesse sentido, importante lembrar a real dimensão do direito processual, na linha dos ensinamentos de José dos Santos Roberto Bedaque:

[...] a de instrumento voltado para fora de ser próprio sistema, pois tem o escopo imediato de conferir eficácia a outro direito – o material (escopo jurídico), para, a final, atingir seus escopos últimos e mediatos, que se confundem com os objetivos das demais funções do Estado (escopos social e político).¹³⁶

Salvo exceções pontuais, somente por meio da prova é que o juiz tem acesso aos fatos constantes do processo e poderá, então, conduzir os trabalhos adequadamente para se alcançar um processo efetivo. Ao direito, portanto, importa traduzir o que realmente aconteceu nos mundos dos fatos – os eventos passados narrados e reconstruídos –, dado que esses eventos, uma vez recepcionados pelo sistema do direito por meio de linguagem competente, serão pesados e considerados pelo juiz para decidir o litígio.

Outro não é o entendimento já exposto por Fabiana Tomé:

¹³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. III. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 47.

¹³⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 73.

Adotado o critério da persuasão racional, é vedado ao julgador decidir com base em elementos diversos dos levados aos autos processuais. O primeiro passo, portanto, para que o julgador esteja habilitado a praticar ato decisório, consiste em entrar em contato com as provas produzidas.¹³⁷

Na visão contemporânea do processo, à luz do princípio da cooperação esculpido no art. 6º do Código de Processo Civil, em que pese o ponto de contato entre o juiz e os fatos da controvérsia residir nos meios de provas, salvo pontuais exceções,¹³⁸ o destino da prova é o processo e não o juiz, o qual, contudo, por meio do seu convencimento motivado, definirá a valoração da prova.¹³⁹

O Código de Processo Civil de 2015 destacou a importância do debate sobre os poderes instrutórios do juiz. E aqui reside outro ponto da discussão central proposta pelo estudo aqui apresentado. Isso porque a Lei n. 13.105/2015 prevê expressamente a possibilidade de convenções atípicas sobre matéria processual, a exemplo da convenção processual que limita os meios de prova a serem utilizados no processo. Um acordo procedimental com esse conteúdo tem implicações diretas nos poderes de iniciativa probatória do juiz, tornando interessante investigar se é possível encontrar um equilíbrio entre esses poderes e as convenções probatórias.

4.2 O modelo cooperativo do processo sob a perspectiva da prova

São dois os modelos tradicionais de processo: o adversarial ou o acusatório, típicos dos países de origem anglo-saxã (*common law*) e o dispositivo ou inquisitorial, característico dos países de origem romano-germânica (*civil law*).

Atualmente, contudo, fala-se em terceiro modelo do processo, que também se adequa no que se refere ao direito à prova: o modelo cooperativo, em que partes e juiz dialogam em pé de igualdade, na busca comum do processo efetivo que melhor se adequa às circunstâncias do caso concreto, como já abrangido pelo estudo ao tratarmos da cooperação como princípio estrutural do processo.

Nesse sentido, Flávio Luiz Yarshell destaca, sob a perspectiva da prova, a importância da participação das partes no âmbito da cooperação para se alcançar decisão de qualidade, respaldada em prova constituída nos autos: “a relevância da contribuição a ser trazida pelas

¹³⁷ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 327.

¹³⁸ Como é o caso de discussão de tese em direito tributário, por exemplo.

¹³⁹ ALVIM, José Manuel de Arruda. **Novo contencioso civil no CPC/2015**. São Paulo: RT, 2016, p. 247-248; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 984-985.

partes é dado irrefutável, sendo, mesmo, inadequada a investigação solitária do órgão judicial, por mais que ao mesmo se reconheça papel relevante nessa seara”.¹⁴⁰

O modelo cooperativo, expresso no art. 6º do Código de Processo Civil, claramente fortalece a vontade das partes, por conferir-lhes função mais participativa no processo de formação da decisão, rompendo qualquer paradigma de juiz autoritário, o que também é relevante para o estudo aqui apresentado. Acredita-se que se busca, dessa forma, o desejado equilíbrio entre os poderes do juiz e os poderes das partes. Vale dizer: o juiz, no novo modelo de processo proposto, conduz os trabalhos em conjunto com as partes, em pé de igualdade, para alcançar o melhor resultado para cada situação concreta. Essas noções são imprescindíveis para compreender e avaliar juridicamente a pertinência e os limites das convenções processuais atípicas em matéria probatória.

Conforme explanado em 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, tornando-se um campo fértil para o tema da flexibilização da técnica processual, que passou a ser vista não só como uma materialização da cooperação entre litigantes e julgador, mas também como uma esperança de solução à morosidade injustificada e à inefetividade do processo.

Referida flexibilização ganha novos relevos com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, que passa a prever expressamente a possibilidade de convenções processuais tanto típicas quanto atípicas.

Contudo, e como em regra acontece, a positivação do instituto não configura a sua imediata aceitação e aplicação, implicando em uma série de debates práticos e doutrinários.

4.3 Teoria geral da prova: noções preliminares

Superado o estudo sobre a teoria comunicacional da prova, tem-se que o vocábulo prova em si consiste no ato de persuadir, demonstrar, evidenciar, comprovar, entre outros. Para Vicente Greco Filho, “prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém”.¹⁴¹

¹⁴⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 166.

¹⁴¹ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 179-180.

A palavra prova pode assumir diferentes conotações, como instrumento para o conhecimento de um fato, procedimento de cognição, atividade lógica ou o resultado dessa atividade.¹⁴²

Ao encartar o sentido jurídico à expressão prova, verificamos tratar-se de instrumento fundamental de conhecimento, que possibilita comprovar as alegações das partes, tendo por isso repercussão direta na atividade cognitiva exercida pelo juiz na busca da decisão para cada situação concreta.¹⁴³

Segundo João Batista Lopes, para os clássicos, o conceito de prova está geralmente relacionado à ideia de certeza ou de verdade referente à existência ou inexistência de fatos importantes para o processo.¹⁴⁴

Cândido Rangel Dinamarco, ao definir prova jurídica, afirma: “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”.¹⁴⁵

Giuseppe Chiovenda, por sua vez, registra: “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo”.¹⁴⁶

William Santos Ferreira acrescenta ao ressaltar que as alegações dos fatos não são suficientes para se alcançar decisão efetiva, sendo imprescindível a sua demonstração por meio dos mais variados tipos de provas.¹⁴⁷

Humberto Theodoro Júnior, acompanhado por parte significativa da doutrina, afirma que a prova, do ponto de vista jurídico, pode assumir duas facetas: a objetiva, caracterizada como “instrumento ou meio hábil para demonstrar a existência de um fato”; e, ainda, a subjetiva, consistente em ferramenta utilizada para formar a convicção do julgador em torno do fato demonstrado.¹⁴⁸

¹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 69.

¹⁴³ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 17.

¹⁴⁴ LOPES, João Batista. Direito à prova à luz do modelo constitucional de processo. **Revista de Processo**, v. 300, p. 17, São Paulo: RT, 29 fev. 2020.

¹⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 43.

¹⁴⁶ 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.

¹⁴⁷ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: RT, 2014, p. 53.

¹⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 892-893.

Flávio Luiz Yarshell e Fredie Didier Júnior vão além ao sinalizarem três sentidos para o termo prova na esfera jurídica. O primeiro deles para indicar o ato de provar, consistente na atividade probatória em si. O segundo, para eleger o meio de prova a ser utilizado, isto é, as técnicas utilizadas para o alcance efetivo da prova, se por meio de testemunhas, apresentação de documentos ou perícia especializada. O terceiro e último sentido seria o da utilização do vocábulo prova para designar o resultado justamente dos atos ou dos meios de provas utilizados na busca da verdade dos fatos alegados.^{149 150}

Flávio Luiz Yarshell sublinha, ainda, que a produção de prova possui eficácia constitutiva, considerando que, além de declarar os fatos (caráter “declaratório”), implica em consequências relevantes decorrentes de sua consumação.¹⁵¹

A doutrina diverge no que se refere à natureza jurídica da prova. Parte defende que as normas jurídicas referentes ao tema possuem natureza processual, enquanto outra parte alega tratar-se de natureza substancial. A abordagem conferida ao instituto é distinta de um ordenamento jurídico para outro. Alguns países cuidam da matéria em seu código processual. Outros, por sua vez, como o português¹⁵² e o italiano, cuidam do tema em seu direito material.

A teoria processualista acredita que as normas probatórias se destinam a formar a convicção do juiz, que é justamente a linha adotada pelo diploma processual de 1973 e pelo Código atual.¹⁵³ Defensor da teoria, Cândido Rangel Dinamarco afirma que a prova é destinada e exerce a sua função no processo, portanto, é um instituto de direito processual, de maneira que o Código Civil de 2002, ao tratar do tema, acabou por invadir “o espaço que metodologicamente é próprio do direito processual”.¹⁵⁴ Na mesma linha, Giuseppe Chiovenda registra: “a matéria de provas pertence por inteiro ao direito processual”.¹⁵⁵

¹⁴⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 33-34.

¹⁵⁰ 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.

¹⁵¹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 316.

¹⁵² O ordenamento português possui, na verdade, a maior 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 prova. ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. **Direito processual civil**. v. II. Coimbra: Almedina, 2019, p. 247-248.

¹⁵³ Ao contrário do ordenamento jurídico lusitano, no Brasil a matéria é tratada preponderantemente pela legislação processual. Contudo, alguns artigos sobre prova podem ser encontrados no nosso Código Civil. É o que ressalta os juristas: C.F. Gabba; Giuseppe Chiovenda; Hermenegildo de Souza Rego; Enrico Tullio Liebman; Ugo Rocco; Cândido Rangel Dinamarco. DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael 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.

¹⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 45-47.

¹⁵⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições do direito processual civil**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009.

A teoria materialista, por sua vez, entende as normas probatórias como substanciais, “tendo em vista que disciplinam a relação jurídica substancial subjacente”. Segundo Freddie Didier Junior, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, a teoria materialista pode ser extraída do fato de que nem sempre a prova é destinada ao processo, uma vez que se admite a produção de prova extraprocessual.¹⁵⁶ Os autores trazem como exemplo de prova fora do processo a vistoria prévia de um imóvel a ser locado e defendem que a prova pode ser dividida em três categorias: a extraprocessual, que não depende do processo; a pré-constituída, produzida para ser direcionada a um processo; e a processual, aquela rigorosamente produzida no processo.¹⁵⁷

José Roberto dos Santos Bedaque visualiza um relacionamento entre direito material e substancial no que se refere às normas de provas, alegando que a prova dos fatos feita na fase instrutória é destinada ao processo, a qual inevitavelmente sofre influência do fenômeno sociopolítico verificado extra-autos.¹⁵⁸

O debate sobre a classificação das normas probatórias é importante na medida em que implica no regime a ser adotado pelo aplicador do direito, se processual ou material, sendo fundamental, por consequência, para definir a regência da lei no tempo e no espaço e das nulidades.

Nessa linha de discussão, destaca-se que o objeto da prova em si é o fato alegado. É certo, contudo, que os fatos notórios ou impertinentes ao processo não serão submetidos à atividade probatória.¹⁵⁹⁻¹⁶⁰⁻¹⁶¹ Em complemento, as questões de direito igualmente independem de constatação, já que é dever do juiz conhecer o direito sem qualquer indicação pelas partes.¹⁶²

Tradução do original italiano “Instituzioni di Diritto Processuale Civile” de: Paolo Capitanio, com anotações do Prof. Enrico Tulio Liebman, p. 1.053.

¹⁵⁶ 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. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 23-24.

¹⁵⁷ DIDIER JÚNIOR, Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael 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. 98.

¹⁵⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: RT, 1994, p. 9.

¹⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: RT, 2017, p. 273-275.

¹⁶⁰ 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.

¹⁶¹ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 181; 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.

¹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo curso de processo civil: teoria do processo**. v. 1. São Paulo: RT, 2017, p. 273-275.

Destaca-se, ainda, que o objeto da prova pode se referir ao próprio fato que se pretende demonstrar, ocasião em que as provas serão tidas como diretas; ou pode se referir a outras circunstâncias cuja análise leve ao raciocínio desejado, oportunidade em que as provas serão classificadas como indiretas, indiciárias ou por presunção.¹⁶³⁻¹⁶⁴⁻¹⁶⁵⁻¹⁶⁶

Já sobre a valoração da prova, é possível aferir quatro sistemas distintos: (i) o da prova legal, em que o juiz está vinculado ao valor que a lei atribui à prova; (ii) o da livre convicção, em que o juiz decide com toda a liberdade, mesmo que em sentido contrário ao da prova produzida nos próprios autos, sem que se exija a necessária motivação da decisão; (iii) o da persuasão racional, em que o juiz pode proferir decisão de acordo com a sua convicção, mas deve motivar o seu convencimento com base nas provas produzidas e que o levaram a decidir de uma ou de outra maneira; e, (iv) e, por último, o sistema que, em regra, é o adotado no ordenamento jurídico pátrio, havendo exceções provenientes de normas específicas, que se coadunam ao molde da prova legal, além da hipótese de acolhimento 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 vida.¹⁶⁷

A matéria encontra positividade na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8, Decreto n. 678/1969) e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos art. 14.1, “e”, Decreto n. 592/1992).¹⁶⁸ No nosso ordenamento, o tema pode ser extraído da Constituição Federal de 1988, o que se verifica nos seus preceitos de garantia de acesso à justiça (art. 5º, XXXV) e do direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV),¹⁶⁹ além de ser verificada na Parte Especial do Código de Processo Civil, Capítulo XII, Título I, Livro I, arts. 369 ao 384.¹⁷⁰

¹⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 896.

¹⁶⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael 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.

¹⁶⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2002, p.180.

¹⁶⁶ Diversamente, Francesco 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. DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael 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.

¹⁶⁷ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil: Tutela de conhecimento**. v. 2. São Paulo: Verbatim, 2016, p. 234-237.

¹⁶⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael 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.

¹⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: RT, 2017, p. 275.

¹⁷⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 368.

Diante disso, o ordenamento jurídico recepciona a prova como direito fundamental, extraído do contraditório em sua dimensão substancial,¹⁷¹ mostrando-se “elemento indissociável do direito ao processo justo, que constitui toda a estrutura do nosso direito processual civil”.¹⁷² Para Cândido Rangel Dinamarco, o direito à prova é um dos pilares fundamentais do processo civil moderno.¹⁷³ Ele abrange o direito de requerer a sua realização, o de participar da sua produção, o de manifestar-se sobre a prova produzida, e o de examinar a prova pelo órgão julgador.¹⁷⁴

Para William Santos Ferreira, o direito à prova consiste no direito à produção de determinada prova (obtenção e pré-constituição), entendido como a prerrogativa da parte de chamar o Estado para prática de ato que nele se esgote; da utilização de todos os meios de prova legais disponíveis para evidenciar a verdade dos fatos em que fundada uma pretensão ou resistência; no tratamento em contraditório que se refere à ciência acerca da prova, na oportunidade de manifestação sobre a prova produzida e contraprova, e, ainda, na correta valoração da prova praticada pelo juiz, sempre de maneira fundamentada.¹⁷⁵⁻¹⁷⁶

Prosseguindo com o raciocínio desenvolvido ao longo do estudo, que privilegia o processo cooperativo, o direito à prova também pode ser extraído da boa-fé e da lealdade processual, competindo à coletividade prestar informações de conhecimento para evidenciar os fatos alegados e proporcionar decisão justa. É o que explica Luiz Guilherme Marinoni:

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 jurisdicional.¹⁷⁷

¹⁷¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael 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.

¹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo curso de processo civil**: teoria do processo. v. 1. São Paulo: RT, 2017, p. 275.

¹⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 47.

¹⁷⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael 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.

¹⁷⁵ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: RT, 2014, p. 57.

¹⁷⁶ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: RT, 2014, p. 232-234.

¹⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: RT, 2017, p. 275.

4.4 Princípios norteadores do direito probatório

Para que se possa compreender a finalidade da produção da prova e os limites de atuação do juiz, necessário analisar os seus princípios basilares, que funcionam como verdadeiros vetores do direito à prova.

O primeiro princípio expresso no art. 371 do Código de Processo Civil é o do convencimento motivado do juiz, que determina ao magistrado indicar em sua decisão as razões que o levaram a formar determinado convencimento após apreciar as provas dos autos.^{178 179} Ao juiz compete aplicar as regras de experiência comum possibilitada pela prática do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, com exceção, quanto a estas, para a hipótese de exame pericial (art. 375 do Código de Processo Civil).

Discussão existe na doutrina sobre a palavra *livre*, no que se refere ao convencimento motivado do juiz. A legislação processual civil não trata especificamente do tema. Assim, parte da doutrina entende que a ideologia por trás do vocábulo foi eliminada do Código justamente para afastar a subjetividade do juiz no julgamento.

Sobre o tema, Lenio Luiz Streck, que idealizou a mencionada alteração, explica:

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 produziu 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 paradigmática.¹⁸⁰

Destaca-se que quando da valoração da prova pelo juiz, na busca do seu convencimento que deverá ser motivado, não há que se falar em hierarquia entre as provas produzidas por diferentes meios, exceto para situações previstas em lei, conforme se verifica

¹⁷⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 369.

¹⁷⁹ Referida motivação encontra-se esculpida no artigo 93, IX, da Carta Magna, ao prever que todas as decisões serão fundamentadas, sob pena de nulidade.

¹⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. Artigos 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.

da redação do art. 443 do Código de Processo Civil, que estipula 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 provados.¹⁸¹ Claramente, a prova testemunhal, nesta hipótese, restou prejudicada em razão das demais elencadas.

Como segundo princípio, menciona-se o da unidade probatória, segundo o qual, sem maiores discussões, todas as provas relevantes devem ser consideradas no momento das decisões judiciais.¹⁸²

Outro princípio é o da aquisição da prova, previsto no art. 371 do Código de Processo Civil, por meio do qual as provas que ingressarem no processo passam a pertencê-lo. Depreende-se da aquisição da prova pelo processo a natureza pública do ato jurisdicional, em especial das provas, que não têm titulares, podendo, inclusive, prejudicar a própria parte que a produziu, ou beneficiar a parte contrária ao produtor.¹⁸³

Temos a oralidade como mais um princípio norteador da atividade probatória. Prioriza-se o contato do juiz com a manifestação oral, não significando, contudo, a eliminação da prova escrita. De acordo com Giuseppe Chiovenda, o princípio da oralidade possui função dupla. A de preparar as etapas iniciais da fase postulatória, definindo as provas que serão produzidas e a de documentar o que for realmente importante para a causa.¹⁸⁴

Institutos como audiência preliminar, sustentação oral e saneamento compartilhado viabilizam o ideal cooperativo na formação democrática do provimento jurisdicional e conferem destaque ao princípio da oralidade.¹⁸⁵ Em outras palavras, verifica-se da atual legislação a valorização do contato verbal e direto entre os sujeitos do processo, sempre na busca de um processo efetivo.

O princípio da mediação ou imediatidade, como uma derivação da oralidade, hoje implícito na legislação brasileira, é aquele que determina que o juiz deve coletar diretamente a prova, justamente para facilitar a formação da sua convicção. Trata-se de princípio intimamente relacionado à ideia da identidade física do magistrado, visando o alcance de sentença de acordo com as impressões colhidas diretamente pelo julgador.

Fala-se, ainda, no princípio da concentração dos atos probatórios, este também relacionado ao da oralidade. Significa dizer “que em uma ou em poucas audiências próximas

¹⁸¹ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: RT, 2014, p. 74-75.

¹⁸² FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: RT, 2014, p. 261.

¹⁸³ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: RT, 2014, p. 127-129.

¹⁸⁴ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: RT, 2014, p. 154-156.

¹⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 62.

se realize a produção das provas e o julgamento da causa”.¹⁸⁶ Pondera-se, neste cenário, que o princípio foi criado, originariamente, com o objetivo de alcançar a viabilidade do julgador que atuou na colheita de provas ser o mesmo a julgar a lide.¹⁸⁷

Outro princípio relevante que deriva da Constituição Federal é o da vedação da utilização da prova obtida por meios ilícitos. Essa proibição consiste em colocar na balança de um lado o direito à prova e, de outro, direitos fundamentais como privacidade, intimidade, e sigilo das comunicações. Portanto, as provas que violem esses direitos serão tidas como ilícitas, assim como as provas que delas derivem, conforme a “doutrina dos frutos da árvore envenenada”.¹⁸⁸ É o que se verifica do art. 5º, LVI, da Constituição Federal, bem como do art. 369, do Código de Processo Civil.

Daniel Amorim Assumpção Neves aprofundou o estudo do tema ilicitude da prova e concluiu por três correntes distintas: a restritiva, que não admite a prova ilícita em nenhuma hipótese; a liberal, que observa o direito de o juiz ter acesso à verdade dos fatos, sendo nesse contexto o direito à atividade probatória superior a qualquer outro que se busque resguardar com a proibição; e a intermediária, que trata da prova ilícita de maneira relativa, avaliando-se as circunstâncias de cada caso concreto, privilegiando, quando necessário, o princípio da proporcionalidade justamente para a utilização da prova obtida por meios ilícitos.¹⁸⁹

Parte significativa da doutrina brasileira defende a corrente intermediária. É correto afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro aceita a prova produzida por meios ilícitos em caráter excepcional, quando o bem jurídico tutelado for maior que a própria vedação à ilicitude da prova.

A doutrina norte-americana, no mesmo sentido, criou exceções que admitem a prova ilícita, sendo algumas delas inclusive utilizadas no Brasil, também adepto, como vimos, à corrente intermediária. Dentre as criações mencionadas: *independent source limitation*, consistente na aquisição da prova ilícita por fonte independente; *inevitable discovery limitation*, quando aquela prova ilícita puder ser alcançada também por meios legais; *puger taint exception*, quando a ocorrência de fatos posteriores eliminam o vínculo que deu causa à ilicitude da prova; *good faith exception*, quando o agente estatal produtor da prova ilícita agiu de boa-fé.¹⁹⁰

¹⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 61-62.

¹⁸⁷ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: RT, 2014, p.172.

¹⁸⁸ Ou *the fruits of the poisonus tree doctrine*. FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 116.

¹⁸⁹ 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.

¹⁹⁰ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: RT, 2014, p. 118-120.

Algumas das exceções narradas são tratadas pelo Código de Processo Penal, em seus §§ 1º e 2º do art. 157, as quais, nos termos do Enunciado 301 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), aplicam-se por analogia ao processo civil, de maneira a afastar a ilicitude da prova em caráter excepcional.¹⁹¹

A Lei n. 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) incluiu o § 5º no art. 157 do Código de Processo Penal, que traz uma causa de impedimento ao juiz que tem acesso ao conteúdo da prova ilícita, evidenciando a preocupação do legislador em evitar o uso da prova ilícita na formação do convencimento do juiz.

Outro princípio que norteia o direito à prova é o da máxima eficiência dos meios para a sua produção, que possibilita o uso das medidas adequadas, típicas ou atípicas (princípio da atipicidade das provas), na busca do esclarecimento do direito probando, sempre avaliando a necessidade caso a caso.¹⁹² Trata-se de princípio que revela o aspecto positivo do direito probatório, que garante aos litigantes os meios necessários à prática do contraditório e da ampla defesa e, por outro lado, que garante ao juiz o poder de indeferir provas irrelevantes para a solução do litígio, além de determinar postura colaborativa para o auxílio na resolução qualificada da lide, resguardando o direito das partes de não produzirem provas contra si mesmas (arts. 378 e 379 do Código de Processo Civil).^{193_194_195}

Destaca-se que a postura colaborativa na busca da verdade dos fatos também é dever de terceiros (não partes), que devem informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenham conhecimento e exibir coisa ou documento sob o seu poder (art. 380 do Código de Processo Civil). Trata-se de dever a ser rigorosamente obedecido, tendo em vista a previsão no parágrafo único do art. 380 c/c o art. 139, IV, ambos do Código de Processo Civil, que permite ao juiz, em caso de descumprimento da ordem judicial, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.¹⁹⁶

¹⁹¹ 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, mar. 2019.

¹⁹² BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 369.

¹⁹³ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: RT, 2014, p. 183-184.

¹⁹⁴ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: RT, 2014, p.185-186.

¹⁹⁵ São deveres das partes estampados no artigo 379 do CPC: o comparecimento em juízo para responder ao que lhe for interrogado; a colaboração com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; a prática do ato que lhe for determinado.

¹⁹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 370.

4.5 A função da prova e o processo como o seu destino

No que se refere à finalidade da prova, Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, diante do debate em torno do tema, estabeleceram premissa norteadora a ser esclarecida: “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 à obtenção da verdade”.¹⁹⁷

No que tange à primeira problemática, pela concepção clássica, o destinatário da prova é o juiz. Para Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, a prova constitui “o instrumento pelo qual se forma a convicção do juiz, a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”.¹⁹⁸

Humberto Theodoro Júnior também é adepto à concepção clássica e ao defender que o destinatário da prova é o juiz justifica: “é ele que deverá se convencer da verdade dos fatos para dar solução jurídica ao litígio”.¹⁹⁹ Vicente Greco Filho, na mesma esteira, afirma que no processo a prova não tem um fim em si mesma, sendo sua finalidade prática o convencimento do juiz.²⁰⁰

Outro adepto à corrente clássica é Cassio Scarpinella Bueno. Segundo o autor, é para quem julga a causa que a prova deve ser produzida, tendo em vista que uma vez formado o convencimento do juiz, a atividade probatória não se mostra mais necessária.²⁰¹

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, na mesma linha de pensamento, defendem 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”. A prova está sempre condicionada à legitimidade do procedimento, alcançando-se a conclusão de que se deve colocar o juiz no centro do

¹⁹⁷ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil: Tutela de conhecimento**. v. 2. São Paulo: Verbatim, 2016, p. 208.

¹⁹⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 373.

¹⁹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 896.

²⁰⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 180.

²⁰¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: Procedimento comum: ordinário e sumário**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 235-236.

problema probatório, justamente como destinatário final da prova, sob o argumento de que é o juiz que deve restar convencido (ou não) da validade das proposições formuladas.²⁰²

Após anos de debate, a doutrina passa a apresentar visão mais moderna, registrando que a prova seria destinada ao juiz e às partes.

Nesse sentido, Leonardo Greco afirma que o juiz não é o único destinatário das provas judiciais, mas que elas também se destinam à apreciação dos tribunais superiores que exercerão a jurisdição no mesmo processo em instâncias diversas, como também às partes, que justamente com as provas buscam demonstrar a verdade alegada. É dessa forma que possuem “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”.²⁰³

Para Fredie Didier Junior, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, as partes também devem ser consideradas destinatárias da atividade probatória, vez que sua convicção lhes permite decidir acerca de que conduta tomar no processo.²⁰⁴⁻²⁰⁵

Flávio Luiz Yarshell, ao se posicionar sobre a teoria processualista, segundo a qual a prova seria produzida exclusivamente para o processo e o juiz seria o seu único destinatário, afirma tratar-se de teoria limitada e até arbitrária, tendo em vista que ignora o papel fundamental da prova perante os sujeitos da relação material.²⁰⁶ Nessa linha, a prova também pode ser produzida para orientar as partes, e não só servir de fundamento a um julgamento estatal.

João Batista Lopes revisitou sua posição anterior de que o juiz seria o único destinatário da prova, consignando que ela tem por finalidade convencer tanto o juiz como as partes da existência ou inexistência dos fatos, o que estaria em perfeita harmonia com o Código vigente, que inclusive consagra o direito autônomo à prova,²⁰⁷ independentemente da urgência,

²⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3.ed. São Paulo: RT, 2015, p. 63-66.

²⁰³ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: processo de conhecimento. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 107.

²⁰⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 14. ed. Salvador: Juspodvím, 2019, p. 65.

²⁰⁵ O Enunciado 50 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) afirma: “os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”. CUNHA JUNIOR, Dirley da *et al.* (org.). Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Salvador: Juspodvím, 2019. **X Edição do Fórum Permanente de Processualistas Civis**. Brasília/DF, mar. 2019.

²⁰⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 113.

²⁰⁷ Entende-se que o direito autônomo à prova não afasta o entendimento de que a prova teria como destino o processo, vez que a produção antecipada de prova é ação que implica em processo próprio, não se confundindo com jurisdição voluntária. O conflito ao redor da ação existe, ainda que não seja o objetivo direto a sua resolução.

sem que o magistrado possa emanar qualquer juízo de mérito a respeito.²⁰⁸ É o que reza o art. 381 do Código, que além de mencionar a antecipação na hipótese de urgência, prevê sua possibilidade para a hipótese de proporcionar autocomposição ou para afastar o ajuizamento de ação.²⁰⁹

Os autores Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, que, como vimos, traçaram importantes premissas a serem esclarecidas sobre o tema, apresentam uma terceira visão, a que defende o próprio processo como “destinatário” da prova.²¹⁰ A ideia nos parece ir ao encontro do disposto no art. 371 do Código de Processo Civil, que prevê o princípio da aquisição da prova, segundo o qual a prova ingressada no processo passa a pertencê-lo, sendo irrelevante o sujeito que a produziu.

Apresentadas todas as visões, o que não se pode negar é que seja a prova destinada também às partes ou até mesmo ao processo, em dado momento ela será sempre e necessariamente analisada e valorada pelo juiz, em nome do interesse público. Neste contexto, Flávio Luiz Yarshell registra que, embora não seja possível subtrair o fato de que a produção probatória também se destina aos litigantes, ela tem em mira o interesse público, e não meramente o interesse privado das partes; em última análise, a prova tem por objetivo viabilizar o convencimento motivado do juiz.²¹¹

Recapitulando as premissas abarcadas no início da discussão, propostas por Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, necessário entender, ainda, se a prova se destina à obtenção da verdade dos fatos.

A doutrina parece não divergir sobre o fato de a produção da prova judicial ter como finalidade demonstrar a possível verdade de uma proposição, a fim de efetivar um resultado favorável a quem tenha razão, prevalecendo-se a justiça,²¹² sem ignorar em momento algum o fato de que a verdade possibilitada pela prova visa atender os interesses das partes e, não menos

²⁰⁸ LOPES, João Batista. Direito à prova à luz do modelo constitucional de processo. **Revista de Processo**, v. 300, p. 17, São Paulo: RT, 29 fev. 2020.

²⁰⁹ LOPES, João Batista. Direito à prova à luz do modelo constitucional de processo. **Revista de Processo**, v. 300, p. 17, São Paulo: RT, 29 fev. 2020.

²¹⁰ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil: Tutela de conhecimento**. v. 2. São Paulo: Verbatim, 2016, p. 208.

²¹¹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 238-239.

²¹² DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael 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.

importante, visa atingir o escopo jurídico e social do processo, com decisões justas, contribuindo com a segurança jurídica.²¹³

Neste contexto, Leonardo Greco expõe problemática vivenciada pela doutrina, ao analisar a prova em sua versão material e formal. Na visão materialista, a função da prova seria a de comprovar a existência de um fato ou da verdade de uma afirmação, enquanto na visão formal a função da prova seria a de formar a opinião do julgador sobre a existência dos fatos.²¹⁴ Do mesmo modo, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart sustentam que a verdade formal é aquela refletida no processo, portanto, apta a sustentar a decisão judicial, mesmo que distante da verdade fática. Explicam, porém, que o conceito perdeu sua razão de ser no processo civil moderno, que visa acima de tudo uma decisão efetiva.²¹⁵

No que tange à potencial veracidade, Fredie Didier Junior, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira entendem que a análise sobre um fato deve se deter a aferir sua ocorrência, vez que localizado no campo do “ser”, inviabilizando a análise sobre sua real veracidade. Remanesce, contudo, no campo da valoração, as afirmações sobre o fato que podem ser verídicas ou inverídicas.²¹⁶ O debate ganha força ao se analisar o que a doutrina convencionalmente chama de “verdade real”, consistente na certeza do que de fato ocorreu no campo fático.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart ensinam: “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”. 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.

Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira consignam: “a finalidade da prova não é a busca da verdade, mas a comprovação das afirmações dos fatos trazidos pelas partes no processo” e, ao citar Michele Taruffo, destacam:

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

²¹³ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 149

²¹⁴ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil: processo de conhecimento**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 105.

²¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 35-37.

²¹⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael 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.

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 justiça.²¹⁷

William Santos Ferreira reconhece a instabilidade doutrinária sobre a matéria, ressaltando, contudo, que existe um ponto em comum entre os estudiosos, o de que a convicção judicial será uma “máxima probabilidade”, uma “certeza razoável”, uma “verdade possível”, ou um “alto grau de probabilidade”, para concluir que a “verdade de qualquer forma mitigada, não é verdade”, tendo em vista que “o conceito exige uma noção de completude incompatível com reducionismos”.²¹⁸

Humberto Theodoro Júnior complementa: “o processo moderno procura solucionar os litígios à luz da verdade real”, mas igualmente reconhece que a resolução, muitas vezes, não implica na verdade real, uma vez que o processo jamais poderá negar a prestação da tutela jurisdicional, sendo vedado ao “juiz eternizar a busca da verdade, sob pena de sonegar a justiça postulada pelas partes”. A autor finaliza acrescentando que para o direito processual basta uma verdade processual, consistente naquela “que aparenta ser, segundo os elementos do processo, a realidade”.²¹⁹

Fredie Didier Junior, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira apontam que o processo deve sim buscar a verdade, como premissa da resolução justa da lide. Daí a necessidade de se revalorizar a verdade e redimensionar seu papel no processo.²²⁰

Flávio Luiz Yarshell afirma, por sua vez, que a percepção da verdade não passa de um juízo de probabilidade e é caracterizada pelo subjetivismo do julgador, que “forma sua convicção, no tocante aos fatos, a partir do que reputa ser o mais provável”.²²¹

Ante o exposto, verifica-se toda a dificuldade para o alcance da verdade real, mitigada em prol da efetividade do processo, que precisa contar com um resultado em tempo adequado, mesmo na ausência da convicção absoluta de como realmente ocorreram os fatos narrados pelos

²¹⁷ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil: Tutela de conhecimento**. v. 2. São Paulo: Verbatim, 2016, p. 210.

²¹⁸ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: RT, 2014, p. 278.

²¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 901.

²²⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael 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.

²²¹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 249.

litigantes. Portanto, busca-se com a produção de provas perseguir sim a verdade real,²²² sabendo-se, contudo, que o resultado será o mais próximo com a veracidade constatada no processo por meio da atividade probatória. Relevante destacar, nesse sentido, que essa verdade proporcionada é um instrumento eficiente para o proferimento de decisões justas e efetivas, atendendo ao fim social do processo.²²³

4.6 Espécies típicas e atípicas de provas

As provas típicas são aquelas expressamente previstas em lei, possuindo, em grande parte das situações, regramentos específicos quanto à sua maneira de realização.

A ata notarial está prevista no art. 384 do Código de Processo Civil, e visa comprovar ou documentar a existência e/ou o modo de existir de algum fato, mediante a lavratura do tabelião. Como exemplo, a utilização da ata notarial para a captura de conteúdos de *sites*, vistoria de lugares, a própria narração de situações fáticas que poderão ou não ser alvo de contencioso judicial, sendo uma forte prova na perseguição ética pela verdade dos fatos.²²⁴

A produção de prova documental está prevista no art. 405 e ss., da legislação processual brasileira em matéria cível. O próprio Código Civil evidencia a força probante dos documentos, ressaltando que o documento público faz prova não só da sua formação, como também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença. Exige, ainda, a apresentação do documento público, sem que qualquer outra prova possa substituí-lo, quando a lei demandar a sua apresentação. Ainda na esfera da prova documental, a legislação prevê um regramento específico para arguição de falsidade e para os documentos obtidos de forma eletrônica.

Destaca-se que o Código de Processo Civil, em seu art. 434 e ss., especifica o procedimento para a prática da prova documental, preestabelecendo as obrigações das partes, seus direitos e faculdades, com expressa previsão dos meios para a impugnação dos documentos carreados aos autos. Ainda, o Código possibilita ao juiz o uso do poder para ordenar a exibição de documento ou coisa que se encontre no poder de alguém (arts. 396 e ss., do Código de Processo Civil).

²²² Sendo inclusive uma imposição ética persegui-la. DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael 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.

²²³ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 149.

²²⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/73**. São Paulo: RT, 2016, p. 681.

Outra prova tipificada em lei é a do depoimento pessoal, estampada no art. 385 e ss., do referido Código, que consiste no depoimento prestado por uma das partes, com a condição de ter sido pleiteado pela parte adversa, podendo, ainda, ser ordenado de ofício pelo magistrado, sob pena de confissão (art. 389 e ss., do Código de Processo Civil), em qualquer das hipóteses. Como exceção, não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis; ainda, será ineficaz se feita por quem não for capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados; se realizada por um representante, só será eficaz nos limites em que este pode vincular o representado. Ademais, a confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorrer de erro de fato ou de coação.

A prova testemunhal, extraída da redação do art. 442 do Código, também é admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro como prova típica. Trata-se de espécie de prova que em regra será sempre admissível, não dispondo a lei em sentido contrário, com a ressalva de que o magistrado 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.

Outro meio de prova típica é a pericial, prevista no art. 464 e ss., do Código de Processo Civil, também com regramentos e procedimentos específicos.

A inspeção judicial, por sua vez, encontra previsão legal no art. 481 e ss. do Código, que possibilita ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, com o objetivo de elucidar algum fato relevante para a solução da demanda. É através da inspeção judicial que o magistrado alcança diretamente “suas impressões sobre coisas e pessoas ou mesmo sobre o local onde os fatos aconteceram”.²²⁵ Encerram-se aqui as espécies de provas típicas previstas na legislação pátria.

Em complemento, cita-se o art. 369 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre o direito das partes de empregar todos os meios de prova para atestar a verdade mais próxima dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa, mesmo que não especificados no Código pátrio, com a condição de serem legais e moralmente legítimos. São justamente as chamadas provas atípicas.

Assim, o ordenamento brasileiro acaba por adotar um sistema aberto em matéria probatória, isto é, que não especifica exhaustivamente os meios probatórios, o que se mostra de grande utilidade, em especial diante do surgimento contínuo de novas tecnologias e da evolução da sociedade.²²⁶

²²⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/73. São Paulo: RT, 2016, p. 754.

²²⁶ FERREIRA, William Santos. Artigos 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380. *In*:

Segundo Michelle Taruffo, a melhor maneira de conceituar a prova atípica é contrapondo-a à prova típica, o que pode ocorrer por duas maneiras: a prova é atípica por constituir espécie diferente da prevista em lei e quando justamente realizada de modo diferente do expressamente previsto na lei.²²⁷

Tendo em vista esse cenário, William Santos Ferreira argumenta:

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).²²⁸

Teresa Arruda Alvim igualmente afirma: “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”.²²⁹

Bruno Cavallone discorda dessas ideias e, pautando-se na explicação de José Carlos Barbosa Moreira, afirma que provas atípicas não existem. O que se estaria a permitir, em verdade, seria a produção de uma prova típica de maneira diversa da prevista em lei, o que violaria as garantias resguardadas pela legislação processual.²³⁰

Como pontos de atenção quanto ao princípio da atipicidade da prova, temos o da possibilidade de produção de prova ilegal, a de violação ao contraditório e a valoração da prova, mas que se acredita sejam passíveis de solução na perseguição de decisão justa e efetiva. William Santos Ferreira sugere o uso ponderado das provas atípicas, somente quando o modo típico não apresentar as mesmas condições ideais da atípica, ou quando a prova típica for até mesmo impossível ou de onerosa execução, sempre com estrita observância do contraditório efetivo, mesmo que este não seja prévio, cabendo ao magistrado valorar a prova típica e atípica caso a caso na busca do seu convencimento motivado.²³¹

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: RT, 2016, p. 1.117.

²²⁷ Michelle Taruffo *apud* BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. **Revista dos Tribunais**, v. 19, n. 76, p. 114-126, São Paulo: RT, out-dez. 1994.

²²⁸ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: RT, 2014, p. 60.

²²⁹ Como exemplo, as declarações prestadas de forma escrita por terceiros, ou o depoimento de testemunhas técnicas e o artigo 464 do Código de Processo Civil. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 708.

²³⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. **Revista dos Tribunais**, v. 19, n. 76, p. 114-126, São Paulo: RT, out-dez. 1994.

²³¹ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: RT, 2014, p. 64-73.

Na mesma esteira, José Carlos Barbosa Moreira afirma que os limites para a produção da prova atípica consistem na não produção de prova que conflite com a lei (prova ilegal); na rigorosa observância do contraditório; na motivação cuidadosa da decisão, evidenciando as questões que levaram ao convencimento do juiz.²³²

Ante todo o exposto, conclui-se que são meios atípicos de prova todos aqueles cuja espécie ou o seu modo de ingresso aos autos não estejam previstos em lei, sem regramento ou procedimento específicos, mas que prestam para atestar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir de maneira eficaz na convicção do juiz.

Assim, verifica-se que o princípio da atipicidade das provas possui ligação com o princípio do convencimento motivado do juiz,²³³ e com o princípio da eficiência. É certo que as provas atípicas devem ser empregadas sempre que necessário na busca de uma tutela jurisdicional justa e eficiente, de forma que a eventual negativa do magistrado na sua produção deve ser excepcional e justificada, observando-se rigorosamente o princípio do contraditório efetivo. No mesmo sentido, vê-se a ligação com o princípio da relevância, ao estabelecer que o importante, ao final, é o esclarecimento do fato. Por isso, não é adequado restringir a produção de provas atípicas às cegas. E nesse contexto, qual seria a função das partes e do juiz na atividade probatória? É o que se investigará a seguir.

4.7 O papel das partes e do juiz na atividade probatória

Inicia-se o estudo sobre o papel das partes e do juiz na fase da atividade probatória (instrutória), conferindo destaque justamente à produção, à análise e à valoração das provas atípicas. Quais os direitos, as faculdades, os ônus, deveres e limites de atuação relacionados?

Para se alcançar resposta aos questionamentos acima, ressalta-se que a discussão se desenrolará com base na visão cooperativa desenvolvida ao longo do estudo. Isto é, um modelo no qual as partes e o juiz dialogam em pé de igualdade, compartilhando a atividade cognitiva, sem abalar o poder decisório do juiz. Deixará de lado, assim, a figura de um condutor inquisitorial e ressaltará a função ativa das partes na produção das provas, possibilitando a todos os sujeitos do processo interferir, diretamente, na formação da decisão justa e efetiva.

²³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. *Revista dos Tribunais*, v. 19, n. 76, p. 114-126, São Paulo: RT, out-dez. 1994, p. 114-126.

²³³ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: RT, 2014, p. 59.

Sobre o papel das partes no processo, João Batista Lopes afirma que cabe a elas alegarem os fatos que subsidiarão seus pedidos e, posteriormente, prová-los. Dessa forma, é possível visualizar um ônus de alegar e outro de provar, respectivamente.²³⁴

Flávio Yarshell, ao citar Luigi Paolo Comoglio, reconhece a importância da participação cooperativa do magistrado na fase instrutória, com a ressalva de que a mesma não pode minimizar o papel das partes: “mesmo nos ‘modelos-base’ de *civil law*, se reconhece que os poderes de instrução do juiz são contrabalanceados pelos deveres das partes de mútua colaboração”.²³⁵

Acredita-se seja claro que é papel do juiz a tarefa de valoração das provas, como também a de assumir postura ativa para evitar que providências desnecessárias à solução da lide gerem demora desarrazoada e aumento de custos no processo. Contudo, e mais uma vez, referido papel do magistrado não deve servir para diminuir a participação das partes na produção da prova. Aliás, segundo Flávio Yarshell, reforçar o papel fundamental das partes na fase instrutória é o mesmo que diminuir o ônus estatal, incumbência esta que “exige tempo e recursos materiais e humanos”.²³⁶

O Código de Processo Civil regulamenta o papel das partes em seu art. 369, prescrevendo que a elas cabe empregar todos os meios legais e moralmente legítimos para provar o alegado na busca da verdade mais próxima dos fatos, com influência direta na convicção do magistrado. Já o art. 373 do mesmo diploma determina que é ônus da parte provar os fatos que alega.

Cumprido lembrar o conceito de ônus, “um poder da parte que a possibilita agir, segundo interesses próprios, não obstante a existência de norma pré-determinada, cuja inobservância pode trazer prejuízos à própria parte onerada”.²³⁷ Em outras palavras, partindo da premissa de que a inércia da parte na atividade probatória pode lhe gerar um prejuízo (risco de resultado desfavorável), a atividade passa a ser classificada como um ônus.

Em que pese a atividade probatória ser legal e tradicionalmente compreendida como ônus,²³⁸ há parte da doutrina que a classifica como um direito da parte.

²³⁴ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: RT, 1999, p. 42-43.

²³⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 182.

²³⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 182.

²³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 203.

²³⁸ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: RT, 1999, p. 34-36.

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 para explicar sua dimensão “positiva”, concretizada nas garantias constitucionais que derivam do devido processo legal e, ainda, é insuficiente para que se possa compreender a prova como um direito ou um poder.²³⁹ Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, é evidente que aquele que tem o ônus de provar também é titular do seu direito, o que não exclui o direito à prova da parte contrária.²⁴⁰

A prova também pode ser vista como um dever pautado na cooperação e na lealdade, normas estruturais do processo civil, que “ora aparece sob as vestes de um dever de colaboração ou de cooperação, ora se revela – quiçá com mais contundência – como um dever de veracidade atribuído às partes”, associado à lealdade, probidade e moralidade, que deverá regular todas as relações processuais.²⁴¹ No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart afirmam que a colaboração na produção probatória é um dever, relacionado ao art. 77, I, do Código de Processo Civil, que obriga as partes e qualquer pessoa participante do processo a expor os fatos em juízo conforme a verdade, associado, ainda, ao art. 378 do Código, ao determinar que ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.²⁴²

Para Flávio Luiz Yarshell, fala-se em um dever de veracidade e em um dever de cooperação, que implicam 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”. Dessa forma, “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”.²⁴³

Ao se considerar a atividade probatória como um dever das partes, sua inobservância caracterizará litigância de má-fé (art. 80, II, do Código de Processo Civil).²⁴⁴ Exceções estão previstas no Código, como a do direito da parte de não produzir prova contra si própria (art.

²³⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 46-50.

²⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p.213.

²⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 149-150.

²⁴² YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 181.

²⁴³ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 163; 181.

²⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 181.

379 do Código de Processo Civil) e como a que desonera a parte de depor sobre fatos criminosos ou torpes que lhe forem imputados, desde que não se trate de ações de estado e de família (art. 388 do Código de Processo Civil), por exemplo.

Superadas tais premissas – *sobre a posição jurídica da prova como direito, ônus e dever* – necessário compreender que, *prima facie*, cada parte deve provar os fatos que respectivamente dão suporte às suas alegações, de maneira que o autor tem o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto ao réu compete provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor,²⁴⁵ assim como se verifica do art. 373 e incisos, da legislação processual civil.

Importante destacar que a regra do ônus da prova pode ser dinamizada, por disposição legal (art. 373, § 1º, *ab initio*, do Código de Processo Civil), por decisão judicial (art. 373, § 1º, *in fine*, do Código de Processo Civil) ou por convenção das partes (art. 373, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil). Especificamente no que tange à última categoria, a de avença, verifica-se uma típica convenção processual bilateral.

Ante todo o exposto, resta claro que as partes não devem ser tidas como simples provocadoras iniciais incapazes de participar do procedimento, em específico da fase instrutória. A cooperação que se pede atualmente consiste na participação das partes no processo em pé de igualdade com o juiz, cujos poderes “devem ser conjugados com as prerrogativas das partes, com equilíbrio, equivalência e coordenação, não numa ultrapassada relação de hierarquia e supremacia”.²⁴⁶

Na outra ponta da discussão, encontram-se os poderes instrutórios do juiz. Como estudado, o juiz, sob a ótica tradicional, é o destinatário das provas, de forma que sua atuação é fundamental e imprescindível para a atividade probatória. Fato é que, independentemente de se compreender o juiz como único destinatário da prova, a ele rigorosamente cabe garantir que o processo seja um instrumento para a consecução do interesse estatal de resolução de controvérsias e pacificação social.²⁴⁷

Partindo-se do pressuposto de que o juiz tem o dever de decidir o que lhe foi requisitado, sempre com foco na busca da verdade dos fatos, para alcançar decisão justa e

²⁴⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Artigos 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379 e 380. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 576.

²⁴⁶ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 192.

²⁴⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 23-24.

efetiva, grande parte da doutrina defende que o juiz deve atuar de forma ativa na fase instrutória, dotado de poderes-instrutórios.²⁴⁸

Para José Roberto dos Santos Bedaque, o direito processual é ramo autônomo, submetido a regras publicistas, e tem fins diferentes dos do direito material, que acabam por se confundir com o objetivo do próprio Estado, o de assegurar o bem-estar da humanidade. Ainda segundo Bedaque, a repercussão do direito material no processo evidencia o seu caráter instrumental, ressaltando, contudo, que o processo é instrumento do Estado e de seus objetivos, e não das partes.²⁴⁹ Não se pode esquecer de que o processo, uma vez guiado pela ideologia liberal e iluminista, que restringia os poderes do juiz, foi considerado justamente como coisa das partes (*sache der parteien*), e o juiz, por outro lado, figurava como a boca da lei (*bouche de la loi*).²⁵⁰ Todavia, em razão da crescente publicização do processo e sua instrumentalização, a visão liberal e iluminista perdeu força, evidenciando-se os poderes do magistrado,²⁵¹ o que foi reforçado pela constitucionalização do processo civil, que reclama um processo efetivo com participação ativa do juiz.²⁵²

Para Cândido Rangel Dinamarco, a corrente que enxerga o juiz de maneira estática é ultrapassada e deve, por isso, ser superada, seja porque o processo civil não abarca somente direitos disponíveis, seja porque ao magistrado compete participação ativa no curso da lide, chegando-se à conclusão de que a característica privatista do processo deve ser superada pelo publicismo.²⁵³

Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque afirma que o juiz deve ter amplos poderes, uma vez que o interesse no resultado do processo vai além da relação estabelecida entre as partes, sendo em verdade de interesse de toda a coletividade.²⁵⁴

E é nesse contexto que a atual legislação processual civil estipula que compete ao magistrado guiar a instrução probatória, podendo determinar a produção de provas inclusive de ofício, bem como lhe compete valorar a necessidade e suficiência da prova, rejeitando, todavia, as diligências inúteis ou protelatórias, em caráter de exceção, por meio de decisão fundamentada.

²⁴⁸ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: RT, 2014, p. 240.

²⁴⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: RTe, 1994, p. 10-11.

²⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 32.

²⁵¹ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: RT, 1999, p. 65-66.

²⁵² 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: RT, 1999, p. 163.

²⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 52.

²⁵⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: RT, 1994, p. 91-101.

Como reforço à possibilidade de o juiz determinar de ofício a produção da prova, cita-se Mauro Cappelletti, para quem, embora a iniciativa das provas seja normalmente tomada pelas partes, não lhes é exclusiva, sendo possibilitado ao magistrado determinar a sua produção, a fim de assegurar a igualdade substancial, como condutor do processo e, portanto, da fase instrutória.²⁵⁵

É o que se depreende do art. 370 do Código de Processo Civil, ao prever que caberá ao juiz determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Cassio Scarpinella Bueno registra, nesse sentido, que o poder instrutório do juiz pode ser extraído, inclusive, da disposição do art. 378 do *codex*, que estipula caber às partes e aos terceiros colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Para João Batista Lopes, a análise conglobante dos arts. 130 e 133 do Código de Processo Civil de 1973 – atuais arts. 370²⁵⁶ e 373²⁵⁷ da nova codificação – revela 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”.²⁵⁸

Na mesma linha de raciocínio, José Roberto dos Santos Bedaque consigna que, se o magistrado é o responsável por atingir os escopos do processo, é inadmissível a inércia judicial na busca da verdade dos fatos (fase instrutória), cabendo ao juiz imprimir todos os esforços legalmente possíveis para alcançar os fins sociais da lide.²⁵⁹

Ainda segundo o autor, a iniciativa probatória é incumbida ordinariamente às partes somente por questões de ordem prática, por melhor conhecerem os fatos, o que não retira ou diminui o poder do juiz de produção da prova, quer se trate de direitos materiais disponíveis ou indisponíveis.²⁶⁰

Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, na hipótese de insuficiência das provas produzidas pelas partes, o objetivo de o juiz poder determiná-las de ofício é o de justamente possibilitar elucidar os fatos imprescindíveis para a resolução qualificada da lide.

²⁵⁵ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: RT, 1999, p. 66.

²⁵⁶ BRASIL. Código de Processo Civil (2015). “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”.

²⁵⁷ BRASIL. Código de Processo Civil (2015). “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”.

²⁵⁸ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: RT, 1999, p. 68.

²⁵⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: RT, 1994, p. 12-13.

²⁶⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: RT, 1994, p. 91-101.

Para os autores, a determinação da prova de ofício permite ao juiz influir no resultado da decisão, poder este que se mostra natural na formação do seu convencimento.²⁶¹

Cândido Rangel Dinamarco afirma que a omissão das partes na atividade probatória pode comprometer direitos sobre os quais elas não possuem disponibilidade, seja parcial ou total, exemplificando ao mencionar ações de direito de família e situações nas quais as partes não tenham a mesma condição econômica e cultural.²⁶²

Sobre a postura ativa do juiz para a produção da prova, Daniel Amorim Assumpção Neves defende tratar-se de uma faculdade,²⁶³ enquanto Cassio Scarpinella Bueno ressalta ser, em verdade, um dever-poder, configurando o princípio da máxima eficiência dos meios probatórios.^{264_265}

Já para William Santos Ferreira, que menciona a ideia defendida por Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, o fato de que o Código de Processo Civil de 1939 determinar que o juiz *poderia* ordenar diligências necessárias à instrução – enquanto os arts. 130 e 370, respectivamente dos Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015, ordenam que caberá ao juiz determinar as provas necessárias – resta vltaro, segundo o autor, que a produção de prova é um dever do juiz.²⁶⁶

De acordo com Willian Santos Ferreira, verifica-se do art. 378 c/c art. 370, ambos do código processual, que a função da jurisdição é descobrir a verdade; assim, é dever do juiz ordenar as provas necessárias para alcançá-la, assumindo o seu papel de sujeito imparcial e responsável pela atividade probatória, pela busca da verdade mais próxima dos fatos, o que justifica o poder-dever instrutório do magistrado.²⁶⁷

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça caminha no mesmo sentido, admitindo amplamente a iniciativa probatória de ofício, com fulcro na busca da verdade real.²⁶⁸

²⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 100.

²⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 53-54.

²⁶³ 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.

²⁶⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 369.

²⁶⁵ No mesmo sentido de Cassio Scarpinella Bueno, os autores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero defendem que a prerrogativa do juiz de solicitar a prova de ofício se mostra como um poder-dever do magistrado. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: RT, 2017, p. 284.

²⁶⁶ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: RT, 2014, p. 242.

²⁶⁷ 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: RT, 2016, p. 1.145.

²⁶⁸ Cita-se: REsp 1818766/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 20/08/2019, DJE 18/10/2019; REsp 1788314/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 28/03/2019, DJE 30/05/2019; REsp: 1757276 RS 2018/0198232-8, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Public DJ 18/09/2018; REsp: 1660564

A Ministra Nancy Andrigui relatou acórdão paradigma sobre o tema, ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, reconhecendo a necessidade da iniciativa probatória pelo magistrado na busca incansável pela verdade real, preservando-se o interesse público e a justiça.

E o entendimento do Superior Tribunal de Justiça vai além, permitindo a iniciativa probatória de ofício inclusive em segunda instância judicial, afastando-se a preclusão *pro judicato*.²⁶⁹⁻²⁷⁰⁻²⁷¹

José Carlos Barbosa Moreira explica que o poder de ordenar de ofício a realização de provas permanece intacto mesmo que o juiz tenha inicialmente indeferido o pleito da parte, reforçando a não preclusão em face desse poder do magistrado.²⁷²

Ainda conforme o Superior Tribunal de Justiça, a imparcialidade do juiz não é abalada pela determinação da prova de ofício, por não saber qual das partes se beneficiará com a prova produzida. Outro não é o entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque e João Batista Lopes.²⁷³

Em que pese plenamente legal a iniciativa probatória de ofício, inclusive tida como um poder-dever, fato respaldado pela doutrina e jurisprudência pátrias, há limitadores para o requerimento da prova pelo magistrado, em especial para que o juiz não faça papel de uma das partes que houve por adotar postura omissa, como também para não extrapolar os fatos e argumentos apresentados pelas partes nos autos.

Confira-se ensinamento de 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

RJ 2016/0082335-9, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Public DJ 06/02/2018; AREsp: 1314379 SP 2018/0151797-7, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Public DJ 18/09/2018; AgInt no REsp 1.361.284/SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 23/11/2018; REsp: 1384689 SC 2013/0141293-4, Rel. Min. Assusete Magalhães, Public DJ 09/03/2018; AgInt no AREsp 897.363/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30/8/2016; AgRg no AgRg no Ag 1.403.421/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 7/8/2017. Destaca-se que no Recurso Especial n. 1.384.689 é possível verificar situação recorrente nos acórdãos do STJ, consistente na possibilidade de o juiz requisitar, de ofício, a cópia do processo administrativo fiscal, com amparo justamente no artigo 370, do Código de Processo Civil e na Lei n. 9.630/1980.

²⁶⁹ São exemplos: EDcl no REsp 806.235/ES, Rel. Min. Herman Benjamin, Rel. p/ Acórdão Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 16/10/2018, DJe 19/12/2018; REsp: 1575173 SP 2015/0319598-5, Rel. Min. Assusete Magalhães, Public DJ 01/09/2017; REsp: 1691427 ES 2017/0199865-9, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Public DJ 29/06/2018.

²⁷⁰ Teresa Arruda Alvim Wambier entende pelo afastamento da preclusão na hipótese de iniciativa probatória oficiosa em segunda instância judicial. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 712-713.

²⁷¹ 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 posicionamento.

²⁷² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 56.

²⁷³ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: RT, 1999, p. 69-70.

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 novos.²⁷⁴

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, sobre a prova de ofício, pontuam:

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 resultado.²⁷⁵

Ainda como limitadores, em especial à luz da norma estrutural da cooperação e de um processo civil com balizas constitucionais, como o brasileiro, Humberto Theodoro Júnior registra:

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 juízo.²⁷⁶

Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, a prova oficiosa é possível em caráter de exceção, limitando-se às provas periciais, até mesmo por questão prática, vez que o juiz apenas conhece os fatos e documentos trazidos aos autos, desconhecendo os que não lhe foram apresentados pelas partes. E acrescentam: “a possibilidade da participação do juiz na

²⁷⁴ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: RT, 1999, p. 69-70.

²⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 100.

²⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Os poderes do juiz em face da prova. **Revista Forense**, São Paulo, v. 74, n. 263, p. 39-47, jun. 1978.

produção da prova não retira das partes a possibilidade de participar da formação (produção) e da interpretação da prova (consideração dos seus resultados)”.²⁷⁷

Leonardo Greco relembra a exceção da iniciativa probatória pelo juiz 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 processo.²⁷⁸

Nessa linha, Fredie Didier Junior, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, observam que o art. 370 do Código de Processo Civil precisa ser interpretado de forma balanceada. Isto porque, cabe às partes ordinariamente a atividade probatória. A atividade do juiz é tida como complementar, na hipótese de insuficiência das provas até então produzidas, na insuficiência de elementos de prova para alcançar a verdade real.²⁷⁹⁻²⁸⁰

Nesta toada, Paulo Henrique dos Santos Lucon explicita: “O passo seguinte é 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 excipiendi* 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 contraditório.²⁸¹

²⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 100-101.

²⁷⁸ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: processo de conhecimento. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 119.

²⁷⁹ A atividade judicial seria substitutiva da atividade das partes somente em caso de vulnerabilidade econômica, cultural ou técnica. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael 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.

²⁸⁰ Moacyr Amaral, citado por João Batista Lopes, entende que o juiz exerce função meramente supletiva ou complementar na atividade probatória. LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: RT, 1999, p. 65-66.

²⁸¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Artigos 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379 e 380. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 573.

De acordo com a doutrina pátria, portanto, é possível fixar os seguintes vetores para a produção de prova oficiosa:²⁸² a impossibilidade de o juiz extrapolar os documentos e fatos carreados aos autos, sendo vedado a defesa do interesse de uma das partes; a iniciativa do juiz deve ser sempre complementar, na hipótese de insuficiência das provas produzidas pelas partes, para esclarecer situações obscuras, na busca da verdade mais próxima dos fatos; toda e qualquer prova requerida de ofício deve ser rigorosamente justificada pelo magistrado; o juiz deve oferecer oportunidade às partes para participarem da produção e da análise da prova, observando-se o efetivo contraditório.

Em complemento, reitera-se que compete ao juiz, ainda, a decisão acerca da realização ou não da prova requerida pelas partes, a depender da sua necessidade para resolução qualificada do mérito (valorando-as), sempre por meio de decisão fundamentada (arts. 370 e 371, ambos do Código de Processo Civil).²⁸³

²⁸² Os vetores devem ser observados na produção de prova oficiosa em primeira ou segunda instância judicial.

²⁸³ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: RT, 2014, p. 240.

5 AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS

O contexto em que inserida a discussão é sempre lembrado: o modelo cooperativo do processo civil, que privilegia a contribuição de todos os envolvidos na lide na busca de um processo justo e efetivo. Trata-se de modelo regido por princípios constitucionais do processo, que acaba guiando toda a atividade do aplicador e do intérprete do direito, reforçando-se a efetividade processual como objetivo maior. Esse novo modelo processual enxerga como uma possível solução para a ineficiência do sistema a flexibilização procedimental, hoje inclusive prevista expressamente pela codificação pátria.

A convenção processual surge exatamente nesse cenário, caracterizada fortemente pela autonomia da vontade das partes, que reassumem função ativa no processo, sem, com isso, diminuir a participação igualmente ativa do juiz, que possui o poder-dever de gerenciar as avanços processuais, obstando os efeitos dos que forem tidos como inválidos conforme o ordenamento jurídico brasileiro.

5.1 As convenções probatórias e os poderes do Juiz. Vetores a serem observados.

Parte da doutrina entende que a prova se destina exclusivamente ao juiz. Certo é, contudo, que mesmo os autores que entendem que as provas são destinadas também às partes ou ao próprio processo, reconhecem que o juiz é pelo menos um de seus destinatários, responsável por viabilizar a proteção do interesse estatal, por eliminar controvérsias de forma justa e efetiva e zelar pela pacificação social.

A prova se presta à obtenção da verdade mais próxima dos fatos ocorridos no passado, atendendo ao escopo jurídico e social do processo de produzir decisões justas e contribuir com a segurança jurídica, colocando o magistrado como garantidor dessa finalidade.

A importância conferida à participação ativa do juiz na atividade probatória fica evidente ao lembrarmos os princípios norteadores da prova: o do convencimento motivado do juiz; da proibição de utilização das provas obtidas de maneira ilícita; e o da máxima eficiência dos meios probatórios. As normas que regem a matéria confirmam a relevância da prova oficiosa, como se verifica, por exemplo, dos arts. 139, III; 370, 443, 464, § 2º; 480, todos do Código de Processo Civil.

Compete ao juiz como poder-dever gerenciar a instrução probatória, podendo determinar a produção de provas de ofício e valorar a necessidade e a suficiência da prova das

partes, podendo rejeitar as diligências pleiteadas pelos litigantes quando inúteis ou protelatórias, sempre por meio de decisão bem fundamentada.

O microsistema de provas é composto por uma série de normas cogentes, como, por exemplo, os arts. 370, 385, 421, 461, 465, § 2º e 480,²⁸⁴ todos do Código de Processo Civil. Para Flávio Luiz Yarshell, nesse contexto, é certo que o caráter cogente da norma está relacionado ao fato de a matéria poder ser analisada de maneira oficiosa.²⁸⁵

Superada breve recapitulação de conclusões relevantes para iniciar discussão sobre convenções probatórias, necessário destacar que as avenças processuais possibilitam às partes verdadeira gerência do procedimento, conferindo destaque ao autorregramento da vontade das partes.

É possível confirmar a gerência das partes sobre o processo pelo fato de a convenção processual possuir lastro na flexibilização do procedimento e na autonomia da vontade. É certo, para grande parte da doutrina, que na hipótese de dúvida, deve ser priorizado o determinado pelas partes, correspondente à máxima *in dubio pro liberta*.

Ainda é possível verificar a atuação relevante das partes na medida em que está expressa na legislação processual civil uma série de situações processuais possíveis de ajustes às peculiaridades do caso concreto.²⁸⁶ A doutrina caminha no mesmo sentido, conforme se depreende dos enunciados formulados no Fórum Permanente de Processualistas n. 19, 21, 262, 490, 579 e 580.²⁸⁷

O fato de o Código de Processo Civil possibilitar a atipicidade das convenções processuais, especificamente conforme se depreende do seu art. 190 – que consiste em verdadeira cláusula geral de convencionalidade – reforça a gerência que as partes também possuem sobre o processo e o procedimento, permitindo-se acordos processuais com conteúdo

²⁸⁴ Os artigos dispõem sobre: a possibilidade de o juiz determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito (art. 370, Código de Processo Civil); ordenar depoimento pessoal (art. 385, Código de Processo Civil); ordenar à parte a exibição parcial dos livros e dos documentos (art. 421, Código de Processo Civil); a inquirição de testemunhas referidas; a acareação (art. 461, Código de Processo Civil); determinar a produção de prova técnica simplificada (art. 465, § 2º); determinar nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida (art. 480, Código de Processo Civil).

²⁸⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 83-84.

²⁸⁶ São exemplos os seguintes artigos do Código de Processo Civil: 63; 65; 168; 191; §§ 1º e 2º; 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.

²⁸⁷ 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, mar. 2019.

não previsto em lei, possibilitando o ajuste do procedimento, dos seus ônus, poderes, faculdades e deveres.

Assim, o debate central proposto pesará de um lado a matéria probatória em si, demandando uma participação ativa do juiz e, de certa forma, limitando a atividade das partes e, de outro lado, a cláusula geral da convenção sobre o processo, que confere ampla liberdade aos convenientes e prioriza o autorregramento da vontade das partes. Os institutos colocados na balança são incompatíveis ou complementares?

Registra-se que o art. 190 c/c 369, ambos do Código de Processo Civil – que conferem ampla possibilidade de as partes convencionarem sobre o processo e procedimento em matéria probatória, inclusive sobre os seus ônus, deveres, faculdades e poderes, com a condição de se tratar de prova obtida por meios lícitos – não retira ou sequer diminui o poder do juiz de gerenciar a lide, sempre na busca do processo efetivo.

Igualmente, a iniciativa do juiz na produção da prova (típica ou atípica), de forma oficiosa, sempre avaliando sua necessidade e pertinência, valorizando-a, não afasta ou diminui a participação ativa das partes na produção da prova e na análise do seu resultado, em estrita observância ao contraditório efetivo e à ampla defesa.

Essa interface entre os institutos da prova e da convenção processual atípica em matéria probatória pode ser extraída da própria interpretação sistemática da legislação processual civil, por analogia a outras normas previstas no Código, ou, ainda, pela utilização das normas do processo cooperativo.²⁸⁸⁻²⁸⁹⁻²⁹⁰⁻²⁹¹⁻²⁹²

A analogia em questão consiste na aplicação de uma norma jurídica no lugar de outra, quando verificada situação fática semelhante²⁹³ e, nesse contexto, merecem destaque alguns

²⁸⁸ No que se refere à interpretação da lei, destaca-se que o método hermenêutico lógico-sistemático é o que prevê: “os dispositivos não têm incidência isolada, mas inserem-se organicamente em um sistema, que é o ordenamento jurídico”.

²⁸⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 101-104.

²⁹⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 22- 24.

²⁹¹ Sobre o método interpretativo, cita-se: “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 esclarecem”. 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.

²⁹² O método mencionado permite interpretar o Código de Processo Civil de maneira sistemática, sem que um dispositivo afaste ou invada a vigência dos demais. Não há motivos para que um de seus institutos seja visto como excludente de outro. Inclusive, a exposição de motivos do Código prescreve como um de seus pilares a coerência e a harmonia *interna corporis* das normas codificadas, demonstrando a escolha pela técnica interpretativa destacada.

²⁹³ “A analogia é a aplicação de uma norma jurídica que regula um determinado caso concreto à outra situação fática semelhante”. SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **Hermenêutica e interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 112. Ela é admitida pelo art. 4º da LINDB.

artigos do Código de Processo Civil. O art. 190, por um lado permite que as partes acordem alterações no procedimento e convençionem sobre suas faculdades processuais, por outro, especificamente em seu parágrafo único, possibilita ao juiz controlar as convenções processuais nas hipóteses de o processo não admitir autocomposição; de as partes não serem plenamente capazes; de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em flagrante situação de vulnerabilidade. O art. 373 do Código de Processo Civil, que possibilita às partes convençionarem sobre o ônus da prova, ressalvando, contudo, 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. E o art. 471 do Código de Processo Civil, que permite às partes, quando de consenso, elegerem o perito que atuará no caso, mas que prevê, de outro lado, o direito do juiz de denegar essa escolha quando os sujeitos litigantes não forem plenamente capazes ou a causa não admitir autocomposição. São artigos que preveem a plena relação entre o direito convencional da parte e os poderes do juiz, podendo ser utilizados como paradigmas para a interpretação analógica dos artigos 190 e 369 c/c 370 e 371, todos do Código de Processo Civil.

Disso, retiram-se algumas conclusões sobre o tema. A lei possibilita que as partes firmem convenções processuais para estipularem mudanças no procedimento da atividade probatória tipificada em lei, para ajustá-la às especificidades do caso concreto, como o momento da realização da prova pericial, podendo ser antes da contestação, por exemplo.

A lei ainda possibilita às partes estabelecerem por meio das convenções novos meios de prova na busca da verdade dos fatos, desde que sejam legais e moralmente legítimos, a exemplo da criação de depoimentos de testemunhas através de formulários com perguntas a serem preenchidas.

É possível ainda que as partes convençionem sobre a faculdade de não produzirem algum dos meios de prova previstos em lei, como o da ata notarial. Outra possibilidade é a da convenção para renunciar ou majorar os poderes das partes e os seus ônus relacionados à prova. Como exemplo, a avença poderia estipular que as partes possam preparar roteiro escrito para auxiliá-las em seus depoimentos pessoais. Os aumentos dos deveres, da mesma forma, podem ser objeto das convenções processuais probatórias. A obrigatoriedade de apresentar assistente técnico ou, ainda, de produzir prova antecipada, são exemplos de avenças para majorar os deveres dos litigantes.

Em qualquer das hipóteses elencadas, ao juiz restaria o poder de não conferir efeitos às avenças probatórias, sempre nas hipóteses de violação ao ordenamento jurídico pátrio,

permanecendo inabalados os seus poderes instrutórios e de valoração motivada do resultado da prova produzida pelas partes ou de maneira oficiosa.

Ante o exposto, conclui-se que a lei permite e demanda a participação ativa das partes na formação e na execução da prova, inclusive por meio de convenções processuais que tratem da matéria, podendo a avença ainda abordar seus ônus, deveres, poderes e faculdades, sem eliminar ou diminuir, por outro lado, o papel do magistrado de condutor do processo, que deve se dar de forma justa e balanceada, resguardando-se os direitos fundamentais e a efetividade necessária. Há, portanto, um verdadeiro trabalho em comunidade em matéria probatória, com a cooperação de todos os sujeitos do processo, o que também se verifica em se tratando de convenções processuais sobre a prova.

Note-se que, dessa forma, se afasta do modelo inquisitivo, caracterizado pela figura de um juiz apático, dando lugar a um juiz participativo e colaborativo, que assegure e conduza um processo justo. O modelo dispositivo com partes inertes também resta ultrapassado, visto que foi substituído por partes ativas, que efetivamente colaborem na busca da verdade mais próxima dos fatos, podendo convencionar sobre o processo e o seu procedimento.

Demonstra-se, assim, que as normas que estipulam a participação do juiz em matéria probatória e os poderes de negociação das partes sobre provas, sejam típicas ou atípicas, devem ser compreendidos de maneira interligada ou complementares.

Não se nega corrente que não aprove as convenções sobre matéria probatória. Para José Roberto dos Santos Bedaque, permitir as convenções sobre provas fere a função pública do processo, que uma vez instaurado não estaria na esfera de atuação das partes, sendo irrelevante se tratar de direito material disponível ou não.²⁹⁴

Cassio Scarpinella Bueno, por sua vez, argumenta pela impossibilidade de aceitação da convenção processual sobre a força probante dos meios de prova.²⁹⁵

Segundo Michele Taruffo para quem “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”, são inadmissíveis as convenções processuais que tratem da verdade ou falsidade dos fatos alegados. Para o processualista, existem meios para descobrir a verdade sobre eventos do mundo externo, e a averiguação desta veracidade seria

²⁹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: RT, 1994, p. 91-101.

²⁹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 225-227.

pressuposto de uma decisão justa, impossibilitando vincular o juiz às convenções sobre prova.²⁹⁶

Fato é que a convenção processual probatória é uma realidade do ordenamento jurídico, o que se reforça pelo simples fato de o próprio Código estipular duas possibilidades típicas de avenças sobre o tema prova: a inversão convencional do ônus da prova e a escolha consensual do perito. Reforçando essa realidade, lembramos que a cláusula geral de negociação sobre processo e procedimento, de maneira atípica, está localizada na parte geral do Código de Processo Civil, em seu art. 190, o que evidencia sua aplicação a todas as situações previstas no Código.²⁹⁷

Ressalta-se que o código lusitano prevê em seu art. 345 a modalidade de avença processual sobre a prova, estipulando como exceção a impossibilidade do negócio quando se tratar de direito indisponível ou a inversão tornar excessivamente onerosa, a qualquer das partes, o exercício do seu direito ou se as determinações legais quanto à prova tiverem por fundamento razões de ordem pública.

Em que pese a aceitação pelo ordenamento brasileiro das convenções processuais probatórias, destaca-se que em um processo constitucional guiado pelo princípio da efetividade, como o brasileiro, o ato de nenhum sujeito processual pode ser tido como ilimitado, sob pena de se prevalecer sistema autoritário. Em outras palavras, a avença das partes jamais poderá afastar ou mitigar o escopo social do processo. Igualmente, o juiz não poderá jamais exercer o controle autoritário e irrestrito da lide. Deve-se prevalecer, conforme reiteradamente tratado, o direito a um processo justo e efetivo, inclusive no que se refere às convenções processuais em matéria probatória.

Diante disso, entende-se que a interpretação sistematizada do Código é o caminho para se estabelecer pilares orientadores da atuação do magistrado na condução efetiva da lide, aptos a resguardar o devido processo legal, conservando os poderes instrutórios do magistrado, com o objetivo de que possa participar ativa e conjuntamente com as partes na produção e na análise

²⁹⁶ TARUFFO, Michele. Verità negoziata. Trad. Pedro Gomes de Queiroz. **Revista Eletrônica de Direito Processual** – REDP, Rio de Janeiro, v. 13, p. 634-657, 2014.

²⁹⁷ A doutrina a tratar do tema, mesmo sem enfrentá-lo com profundidade, cita como exemplos típicos de convenções sobre a prova: 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, sub-rogatórias ou indutivas; acordo de produção antecipada de prova. No mesmo sentido, são os enunciados n. 19, 21, 262, 490, 579 e 580 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. CUNHA JUNIOR, Dirley da *et al.* (org.). Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Salvador: Juspodivim, 2019. **X Edição do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**. Brasília/DF, mar. 2019.

do resultado da prova, cabendo ao juiz ainda valorá-las, na busca da verdade dos fatos, sempre colaborativamente.

5.2 Sistematização

Considerando que a atividade probatória das partes é vista tradicionalmente como ônus, mas também configura um direito derivado do devido processo legal, é possível falar em um direito fundamental à prova. Referido direito engloba a prerrogativa de requer, participar ativamente de sua produção e da análise do seu resultado, tendo sempre disponíveis todos os meios de provas legais e moralmente legítimos, inclusive através das convenções probatórias.

Considerando que as partes estão amparadas por lei no que diz respeito ao direito de acordar sobre a prática dos 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 e efetivo, interferindo efetivamente na busca da verdade, na resolução da lide, acredita-se na viabilidade das convenções processuais típicas e atípicas. No mesmo sentido, acredita-se que poderá ser objeto das avenças todo e qualquer meio de prova legal e moralmente legítimos, estejam ou não previstos em lei, assim como seu respectivo procedimento e forma de produção.

Dessa forma, existe a possibilidade de convenções probatórias com respaldo na codificação brasileira, seja flexibilizando o procedimento de provas tipificadas, seja aumentando ou diminuindo os tipos de prova ou, ainda, os deveres, os poderes, as faculdades e o ônus das partes. Essa liberdade, contudo, como destacado, não pode obstar a função do juiz, que poderá estabelecer limites às avenças firmadas ou até mesmo negar-lhes vigência, na hipótese de o acordado violar normas constitucionais e infraconstitucionais, os princípios norteadores do processo cooperativo ou, ainda, inviabilizar as prerrogativas conferidas ao juiz como gerenciador do processo justo e efetivo. Nesse sentido, a liberdade das partes estaria permeada pela atuação do juiz, em uma atuação policêntrica.

Ressalta-se a importância da sistematização das normas no que tange à matéria, o que acaba por auxiliar no debate doutrinário; orientar práticas pelo juiz no exercício do seu dever-poder; evitar excessos pelas partes, para que não abusem do autorregramento da vontade para “manipular” o processo, em atitude inclusive de má-fe; proporcionar segurança jurídica, suprimindo abertura proporcionada pela cláusula geral das avenças atípicas.²⁹⁸

²⁹⁸ 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.

5.2.1 As convenções processuais probatórias não podem versar sobre direitos que inadmitam autocomposição

O primeiro requisito firmado pelo Código de Processo Civil para as partes poderem celebrar convenções processuais é o de que a avença verse sobre direitos que admitam autocomposição, o que encontra respaldo no fato de que não é possível transigir a respeito de direitos indisponíveis.²⁹⁹ O requisito é reforçado pelo disposto nos arts. 373, § 3º; 392; e 471, II, todos do Código de Processo Civil.

Para Flávio Luiz Yarshell, o Código de Processo Civil distingue direito disponível e direito transacionável. A possibilidade de transação não se resume a direitos patrimoniais, podendo versar sobre questões relativas ao estado e à capacidade das pessoas.³⁰⁰

José Calmon de Passos enfatiza que a lei menciona “direitos que admitam autocomposição” e não em “direitos indisponíveis”.³⁰¹ Já o Enunciado 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) prevê: “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”.³⁰²

Arruda Alvim ressalva o fato de que o conceito de indisponibilidade comporta gradação, justamente 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 no que se refere a alguns aspectos, *e.g.* a pensão alimentícia, a qual, embora indisponível, admita transação para definição do valor; além disso, há diferença entre dispor de um direito e transacionar questões procedimentais sobre ele, haja vista a possibilidade de o Ministério Público firmar Termos de Ajustamento de Conduta em ação civil pública que trate de direitos difusos.³⁰³

Fato é que o juiz ao exercer seu controle de validade da convenção probatória deverá analisar o direito material em litígio, inadmitindo as avenças que, embora indiretamente, acabem tolhendo o exercício do direito material em si. Portanto, o que é vedado às convenções processuais é a inobservância do núcleo do direito indisponível, implicando inclusive na

²⁹⁹ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: teoria do processo e processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2017, p. 579.

³⁰⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 81-82.

³⁰¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao código de processo civil**. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 484.

³⁰² 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, mar. 2019.

³⁰³ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: teoria do processo e processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2017, p. 579-580.

frustração do direito, como na hipótese de ação de investigação de paternidade em que as partes acordam pela não produção da realização do exame de DNA.

5.2.2 As convenções processuais probatórias não podem ser celebradas por partes incapazes

Da redação do art. 190 do Código de Processo Civil, verifica-se que a celebração da convenção processual demanda partes plenamente capazes. É o que também se depreende do art. 471, I, do Código de Processo Civil, que veda a escolha convencional do perito quando a parte não for capaz. Em outras palavras, a lei exige que os convenientes tenham aptidão para compor a relação jurídica processual e firmar a convenção, além de terem personalidade civil para tanto, sob pena de o magistrado negar efeitos à avença. Contudo, importante ressaltar que não se verifica impedimento para a aplicação do art. 76 do Código para que a invalidade praticada possa ser superada.

Fredie Didier Junior sustenta que a capacidade mencionada pelo Código de Processo Civil é a capacidade processual, pelo simples fato de se tratar de avença sobre o processo. Todavia, mais do que a capacidade processual, exige-se a capacidade processual específica para negociar. Além de capaz, o sujeito não pode ser vulnerável. Por exemplo, um trabalhador ou consumidor pode ter capacidade processual, mas ser negocialmente incapaz. Todavia, esta incapacidade não se origina simplesmente do *status* do sujeito, mas deve ser aferida no caso concreto³⁰⁴ e será afastada com a representação da parte, eliminando qualquer situação de vulnerabilidade.

Flávio Luiz Yarshell admite, ainda, a possibilidade de entes com personalidade processual, como o espólio, a massa falida e o condomínio, celebrarem convenções processuais. Acrescenta que não é necessária a presença de advogado se os negócios jurídicos forem firmados fora do processo, uma vez que não são atos processuais, logo, não exigem capacidade postulatória.³⁰⁵

O Enunciado 115 do Fórum Permanente de Processualistas Civis dispõe que o negócio jurídico processual obriga os sucessores de quem o celebrou; se houver inadimplemento por um dos celebrantes, a parte deverá reclamar ao juízo, sob pena de

³⁰⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil-2015. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.); CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 114-116.

³⁰⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 88.

preclusão da alegação.³⁰⁶

Flávio Luiz Yarshell, sobre os requisitos da cláusula geral de atipicidade das convenções, compreende que se aplica o regime de invalidade do Código Civil, que prevê a incapacidade relativa do agente como causa de anulabilidade (art. 171, I, do Código Civil) e a incapacidade absoluta como causa de nulidade (art. 166, I, do Código Civil), de sorte que a primeira não se pronuncia de ofício e só os interessados podem reclamá-la, assim como aproveita exclusivamente aos que a alegarem, exceto na hipótese de solidariedade ou de indivisibilidade (art. 177 do Código Civil). Já a segunda pode ser reclamada por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, quando devida a sua intervenção, e não é permitido ao juiz supri-la (art. 168 do Código Civil). De todo modo, “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 arts. 172/175 do Código Civil”.³⁰⁷

5.2.3 As convenções processuais probatórias devem observar a parte vulnerável e não podem ser objeto de contratação abusiva

Outrossim, verifica-se do art. 190 do Código a vedação das convenções processuais inseridas de maneira abusiva em contratos de adesão ou se alguma parte estiver em flagrante situação de vulnerabilidade.

Para Cláudia Lima Marques,

A vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de 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 equitativa.³⁰⁸

³⁰⁶ 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, mar. 2019.

³⁰⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 85-86.

³⁰⁸ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2010, p. 120.

Note-se que o art. 139 do Código de Processo Civil, ao versar sobre os poderes, os deveres e as responsabilidades do juiz, prescreve que o magistrado, como gerenciador do processo, deve assegurar às partes um tratamento isonômico. Trata-se de uma igualdade real ou substancial; significa dizer que o juiz deve observar e tratar as desigualdades verificadas, as vulnerabilidades existentes caso a caso.³⁰⁹

Fernanda Tartuce assim considera: “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 hoje.³¹⁰

Daniel Mitidiero e Flávio Tartuce definem o contrato de adesão nos seguintes termos: “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”.³¹¹

O conceito da contratação está positivado no art. 54 do Código de Defesa do Consumidor e expressa a massificação contratual, fruto da expansão do capitalismo e da evolução das relações sociais.³¹²

Logo, serão inválidas as convenções processuais que desrespeitem a igualdade material entre as partes. O contrato de compra e venda de um carro, por exemplo, que

³⁰⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 635.

³¹⁰ TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 351.

³¹¹ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 417.

³¹² “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)”. 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.

estabelecer, se o veículo apresentar vícios, as partes abrirem mão da perícia mecânica em futuro processo judicial a fim de ressarcir o consumidor pelos defeitos da coisa é claramente inválido e, por consequência, invalida a respectiva convenção probatória, tendo vista a manifesta vulnerabilidade da parte, nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Outro exemplo seria o de um contrato bancário elaborado abusiva e unilateralmente por instituição bancária, determinando a aplicação de juros irrazoáveis e vedando a realização de perícia contábil em possível processo judicial.

5.2.4 As convenções processuais probatórias somente podem dispor sobre situações processuais de titularidade das partes

A cláusula geral de convenções atípicas inadmitte que as partes convençionem sobre situações alheias, seja em situação pré-processual ou no curso do processo.

Guilherme Peres de Oliveira afirma, justamente, que as partes só podem convençionar 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 processual.³¹³

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 prejuízo.³¹⁴

Logo, dada a convenção processual em matéria de prova, não poderá prejudicar os litisconsortes que dela não participara, nem terceiros alheios à relação processual e nem ao próprio juiz, casos em que a convenção não seria oponível em face deles. Em outro exemplo, seria inválida convenção processual firmada pelas partes que impedisse testemunhas residentes em outra comarca de prestarem declarações por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico, ou fossem ouvidas na sede da comarca onde residem, obrigando-as a se deslocarem para onde tramita o processo. Seria igualmente inválida convenção processual em matéria de prova que exigisse de terceiro, estranho à lide, a apresentação de determinado documento.

Destaca-se que os deveres do juiz, assim como suas faculdades e seus poderes igualmente não podem ser diminuídos por iniciativa das partes em convenção processual

³¹³ OLIVEIRA, Guilherme Peres de. **Negócio jurídico processual**: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil. 2017. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2017, p. 163-164.

³¹⁴ 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, mar. 2019.

probatória. As partes só podem convencionar sobre direitos, deveres, ônus e obrigações próprias.

5.2.5 As convenções processuais probatórias não podem versar sobre provas ilícitas ou meios de prova ilegítimos

O art. 369 do Código de Processo Civil prevê grande amplitude de produção probatória às partes, admitindo que elas empreguem na busca da verdade dos autos todos os meios de prova legais e moralmente legítimos. Nelson Nery Junior ressalta que é o mesmo que se falar que as partes não podem se valer de provas que violem o ordenamento jurídico como um todo.³¹⁵

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart esclarecem que meios moralmente legítimos são aqueles que estão de acordo com o direito.³¹⁶

A utilização da prova ilícita tem por obstáculo preceito constitucional, estabelecido no art. 5º, LVI, da Carta Magna, que salvaguarda direitos fundamentais, como privacidade, intimidade e sigilo das comunicações, dentre outros. Assim, as convenções processuais que recaírem sobre prova ilícita serão inválidas à luz do princípio da proibição de utilização das provas obtidas por meios ilícitos. Destarte, as provas que violem direitos fundamentais 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*.³¹⁷

Há correntes que admitem sua utilização, de maneira irrestrita ou pontualmente, aplicando-se o princípio da proporcionalidade quando o bem jurídico tutelado for maior que a própria vedação à utilização da prova, como aprofundado em capítulo no qual tratou-se das provas.

O Enunciado 37 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) determina: “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”. Como exemplo, não seria possível convenção processual que viabilizasse o uso de prova obtida por meio de violação do sigilo de correspondência ou por interceptação telefônica clandestina. Igualmente não seria possível convenção que viabilizasse um depoimento motivado por práticas de tortura, ou que gerasse violação da

³¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1.069.

³¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 294.

³¹⁷ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: RT, 2014, p. 116.

intimidade, da vida privada, da honra e da imagem de dada pessoa.

5.2.6 As convenções processuais probatórias não podem inobservar ou diminuir os poderes instrutórios do juiz

Ademais, a convenção processual não pode jamais afastar ou minimizar o poder instrutório do magistrado. O art. 370 do Código de Processo Civil 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 convenções processuais probatórias.

Isso porque, o magistrado é o gerenciador da lide, competindo-lhe garantir que o processo seja um instrumento para a consecução do interesse estatal de eliminação de controvérsias e pacificação social,³¹⁸ buscando incessantemente a verdade mais próxima dos fatos, atuando para tanto de forma ativa, dotado de poderes-instrutórios.³¹⁹

José Roberto dos Santos Bedaque afirma que o juiz representa o Estado na busca da justiça e, para tanto, deve participar ativamente do processo probatório”.³²⁰

Nessa toada, relevante destacar que os poderes do juiz podem ser verificados em toda a codificação, inclusive no capítulo que trata das provas, reforçando-se a atuação ativa do julgador em todo o processo. Acrescenta-se o fato de que, como já abarcado pelo estudo, as partes não podem convencionar sobre os poderes e deveres do juiz, sob pena de ultrapassarem a sua esfera de disponibilidade.

É plenamente possível, portanto, independentemente das provas objeto das convenções processuais, que o juiz determine oficiosamente as provas necessárias ao julgamento qualificado do mérito, atendendo-se ao escopo social do processo. A respeito, Teresa Arruda Alvim relata que é possível às partes firmarem convenções processuais em matéria probatória, porém, esclarece que não cabem avenças dispendo sobre os poderes instrutórios do juiz, sendo o acordo ineficaz em relação ao magistrado.³²¹

Segundo Guilherme Peres de Oliveira, a codificação pátria estabeleceu um sistema híbrido, convivendo de um lado a prerrogativa do juiz de determinar provas e, de outro, a possibilidade de a parte produzi-las. Para o autor, a convenção processual em matéria de prova

³¹⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 23-24.

³¹⁹ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: RT, 2014, p. 240.

³²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: RT, 1994, p. 65.

³²¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 715-716; 723.

não pode tolher a prerrogativa do juiz de determinar de ofício as provas necessárias para a formação do seu convencimento motivado: “o acordo permanece válido, na medida em que não afeta prerrogativa do juiz.”³²²

Paulo Henrique dos Santos Lucon ensina que o fato de as partes poderem convencionar sobre ônus da prova possibilita que elas, em consenso, rejeitem a produção de uma determinada prova, o que não significa, contudo, que o magistrado não possa determinar a sua produção, se assim ele entender necessário, o que não invalida a convenção em si.³²³

No mesmo sentido, o Enunciado 36, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), estipula: “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”.³²⁴

Fredie Didier, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira entendem, contudo, 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, ao juiz não cabe ignorar sua vontade. Não é possível sequer a produção de prova suplementar de ofício, vez que assim negaria o protagonismo da parte. Na hipótese de obscuridade, caberia ao juiz tão somente aplicar o ônus da prova.³²⁵

Em respeito a todas as correntes sobre o tema, fato é que o juiz não deve ser um julgador arbitrário, que se sobrepõe às partes, vinculando-se ao modelo dispositivo, mas um julgador participativo, cooperativo, que trabalha em pé de igualdade e em comunidade com as partes, zelando pela igualdade de tratamento, pelo fim social do processo, pela busca da verdade mais próxima dos fatos, adequando o procedimento às peculiaridades do caso, e zelando por decisão justa fruto justamente do trabalho cooperativo em comunidade. Portanto, a convenção processual em matéria de provas não deve tolher os poderes do magistrado, o que não implica desconsiderar arbitrariamente a vontade das partes.

³²² OLIVEIRA, Guilherme Peres de. **Negócio jurídico processual**: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil. 2017. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2017, p. 177-181.

³²³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Artigos 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379 e 380. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 574.

³²⁴ 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>.

³²⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 14. ed. Salvador: Juspodvum, 2019, p. 109.

Arruda Alvim enfatiza que a iniciativa probatória do magistrado é complementar à atividade das partes, e se justifica em caso de disparidade manifesta de armas, direito indisponível, ou em situações nas quais o magistrado disponha de algum indicativo da prova a ser produzida (por meio de uma testemunha, por exemplo). Desta forma, para o autor, o julgador não poderia determinar a realização da prova abdicada pelas partes em convenção processual, exceto nas hipóteses mencionadas, assim como quando estiver em risco o devido processo legal. São negociáveis os ônus da parte, mas não os poderes do juiz.³²⁶

Conclui-se, das ideias apresentadas, que as partes podem convencionar sobre a prova legal e obtida por meio moralmente legítimo. Entretanto, e embora exista corrente doutrinária contrária à ideia, a convenção não impede que o juiz ordene a produção das provas que entender necessárias ou, até mesmo, o complemento da anterior, justificando-as, o que não invalidaria a convenção em que acordado pela não produção daquela dada prova (art. 370 c/c 480, ambos do Código de Processo Civil). O juiz, assim, se vincula às convenções processuais probatórias, mas não ao seu resultado, visto que está sempre na condução por um processo justo e efetivo.

5.2.7 As convenções processuais probatórias devem observar a máxima da efetividade e não podem implicar em externalidades

Outro fato relevante é o de que a convenção processual deve respeitar a máxima da efetividade e não pode implicar em externalidades.

Para José Roberto dos Santos Bedaque, o “processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”.³²⁷ Inclusive, a efetividade é uma das normas estruturas da atual codificação. De acordo com a exposição de motivos do Código de Processo Civil, “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”.³²⁸

Para se alcançar o processo efetivo, o juiz deve valorar a necessidade e a suficiência da prova estabelecida nas avenças, podendo indeferi-la se o acordo estipular diligências inúteis, meramente protelatórias ou desnecessárias em vista de outras provas produzidas (art. 139, III e

³²⁶ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: São Paulo: RT, 2017, p. 585-586.

³²⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **A efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 49.

³²⁸ 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: 13 jul. 2021.

370, Código de Processo Civil), zelando inclusive pela duração razoável do processo, outra norma estrutural do processo.

Antonio do Passo Cabral e Guilherme Peres de Oliveira, ao tratarem sobre a efetividade, defendem que a convenção 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 humano.³²⁹⁻³³⁰

Desta forma, não seria admissível convenção processual que exigisse prova testemunhal em um caso no qual a prova documental fosse suficiente; ou de prova pericial em uma lide em que ela seria desnecessária. Igualmente, não seria possível convenção processual estipulando às partes o direito a 10 ou mais perícias distintas, com diferentes especialistas, ou, ainda, que determinasse a realização de 3 ou mais audiências de instrução.

Outrossim, as ações humanas, as atividades praticadas, as escolhas realizadas e as avenças celebradas podem atingir terceiros (não deve, mas não se nega que pode ocorrer).

As externalidades são efeitos verificados e vivenciados em razão de atos praticados por outras pessoas, nos quais não se teve participação. Como o próprio sentido semântico da palavra indica, externalidade está ligada a efeito externo, aquele que vem de fora, e podem ser causadas por qualquer tipo de ato jurídico. O julgamento de uma causa repetitiva produz externalidade em relação a terceiros que não participaram daquele processo, daquela decisão, por exemplo. Um acordo coletivo pode beneficiar terceiros que não participaram do processo. Uma decisão pode atingir diretamente terceiros quando forma um precedente.³³¹

Nos negócios jurídicos, a externalidade é o efeito ou impacto, previsto ou não pelas partes, provocado pelo ato jurídico e suportado por terceiros. Além dos custos privados, os negócios jurídicos podem produzir, portanto, um custo social. São impactos que podem ser positivos ou negativos, ou seja, podem apresentar-se como um benefício que produz uma melhoria ou uma desvantagem que produz um prejuízo.³³²

Conforme avalia Antônio do Passo Cabral, não se pode admitir acordos e contratos que “gerem externalidades, transferindo ao Judiciário ou a terceiros o impacto econômico da

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

³³⁰ OLIVEIRA, Guilherme Peres de. **Negócio jurídico processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil**. 2017. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2017, p. 171-172.

³³¹ Todos os exemplos foram citados por Julio. MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2016, p. 371.

³³² KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Introdução à economia**. Tradução de Helga Hoffman. 3. ed. São Paulo: Elsevier, 2015, p. 387-391; MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 9-10.

litigância. Assim, as disposições negociais sobre o processo são válidas se as partes internalizam apenas prejuízos que elas mesmas teriam que suportar”.³³³

Julio Guilherme Müller faz duas ressalvas sobre o tema.³³⁴ Na primeira delas, esclarece que um negócio que produz uma externalidade não afeta sua validade. Para o autor, a convenção processual que produz externalidades, positivas ou negativas, não é necessariamente inválida. Logo, fixa-se a premissa de que a potencialidade de produzir uma externalidade não é uma causa de invalidação da convenção processual, mas geradora de pedido de compensação. Na segunda ressalva, a análise é de cunho econômico. O autor afirma que possível a existência de consequências a terceiros e que elas devem ser analisadas economicamente segundo o critério da eficiência, e não da validade, ilicitude ou correção daquela transação. Isto posto, o autor ressalta que no campo da economia, a produção de externalidades negativas pode ser superada quando o terceiro consentir com o impacto causado (externalidade negativa irrelevante ou de impacto reduzido) ou quando compensada por alguma outra vantagem (externalidade negativa relevante e com algum impacto de fato causado).³³⁵

O estudo de Julio Guilherme Müller evolui para concluir que, sob o aspecto econômico, admite-se que a produção de externalidade negativa causada por uma avença ainda possa ser uma solução eficiente, justamente quando o prejuízo experimentado por terceiros for menor do que o benefício registrado pelas partes com sua convenção ou mediante alguma compensação: “havendo algum tipo de compensação consensual (que se transforma em custo de transação para as partes), ou sendo irrelevante ou de pequena extensão a consequência negativa, a convenção processual continua sendo um meio eficiente”.³³⁶

Significa afirmar que a convenção processual probatória é um meio eficiente quando puder melhorar a situação de qualquer uma das partes ou das duas, sem piorar a situação de qualquer uma delas ou de terceiros – na hipótese de piora, o impacto negativo deverá ser “devidamente compensado, absorvido voluntariamente ou regulado pelo ordenamento jurídico”.³³⁷

³³³ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 329.

³³⁴ MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual**: análise jurídica e econômica. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2016, p. 372.

³³⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 10.

³³⁶ MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual**: análise jurídica e econômica. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2016, p. 373.

³³⁷ MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual**: análise jurídica e econômica. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2016, p. 375.

5.2.8 As convenções processuais probatórias devem observar as garantias fundamentais e normas estruturais do processo, como a da cooperação e da boa-fé

As convenções processuais probatórias não podem violar garantias fundamentais ou princípios infraconstitucionais que acabam por figurar como limitadores das avenças.

Reforça-se, nesse sentido, que as normas constitucionais possuem caráter cogente, vez que hierarquicamente superiores à legislação processual, se encontrando no topo da pirâmide kelseniana.

O Enunciado 37 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) estipula que são nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, como as que autorizem o uso de prova ilícita.³³⁸

É possível afirmar que as garantias fundamentais exercem papel imprescindível no direito atual e é certo que as convenções processuais probatórias devem observá-las. Não seria possível, assim, uma convenção que afastasse da parte o direito ao contraditório e à ampla defesa e dos meios e recursos a ela inerentes. Da mesma forma, as convenções probatórias não podem violar o dever das partes de respeitar os princípios da cooperação e da boa-fé processual (arts. 5º e 6º, os dois do Código de Processo Civil).

Partindo-se da ideia de que é dever das partes cooperarem com o processo é que surgem, em decorrência, as obrigações de litigarem de boa-fé, de prestarem os esclarecimentos determinados pelo juiz e de comparecem em juízo sempre que requisitado.³³⁹ Por exemplo, as partes, ao celebrarem convenções processuais probatórias, devem respeitar os princípios acima mencionados, sendo inválida a avença que tenha por escopo alterar a verdade dos fatos, inovando de maneira ilegal o estado de fato de bem ou direito litigioso. Certo é que os princípios da cooperação e da boa-fé figuram como limitadores da autonomia da vontade.

5.2.9 As convenções processuais probatórias devem observar as normas de ordem pública e de caráter cogente

Ademais, as convenções processuais não podem caminhar em direção contrária à das normas de ordem pública e de caráter cogente previstas no Código de Processo Civil,

³³⁸ 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 jul. 2021.

³³⁹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 194-195.

resguardando-se o núcleo publicista mínimo do processo, abrangendo seus requisitos e pressupostos, bem como dos atos processuais.

Teresa Arruda Alvim em crítica à redação do art. 190 do Código de Processo Civil fala sobre a possibilidade de as partes firmarem acordos processuais sobre os seus deveres. Segundo a autora, as convenções sobre deveres das partes violariam as normas cogentes do Código, uma vez que os deveres são, em verdade, obrigações das partes, cujo descumprimento gera uma sanção jurídica, podendo configurar, por exemplo, litigância de má-fé e pagamento de multa. Assim, Teresa afirma que não cabem convenções processuais relacionadas aos deveres processuais.³⁴⁰

Cassio Scarpinella Bueno, igualmente, entende pela inadmissão das avenças sobre deveres regentes da atuação das partes³⁴¹ e Luiz Antônio Ferrari Neto complementa afirmando que, embora seja inadmissível acordo que suprima deveres das partes, é possível a celebração de convenções que os ampliem.³⁴²

Nessa esteira, destaca-se que a noção de inadmissibilidade das convenções que tratem dessas disposições comporta gradação, quando ponderadas com outros valores, desde que se preserve um núcleo mínimo do processo, norteado pelo seu escopo social.

5.2.10 As convenções processuais probatórias devem observar a reserva legal a um meio de prova

A convenção processual 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 coerente,³⁴³ de modo que a aplicação de uma norma deve ser feita com cautela se acabar por ferir outra disposição processual.

O Código atual optou por assegurar ao sistema processual um espaço aberto para as partes empregarem qualquer meio de prova. Isto é, tanto os meios tipificados em lei como aqueles atípicos, desde que obtidos por meios legais e moralmente legítimos, visando atestar a veracidade dos fatos alegados e influenciar ativamente no convencimento motivado do juiz.

³⁴⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 715-716; 723.

³⁴¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 225-227.

³⁴² 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 em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2007, p. 126-131.

³⁴³ 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: 13 jul. 2021.

A cláusula geral dos meios probatórios pode ser utilizada por uma das partes sem o consentimento da parte adversa. Contudo, se a utilização de meio probatório não tipificado em lei for de vontade comum, com a prática de contraditório efetivo, a prova atingirá outro nível de admissibilidade, validade e legitimidade, estando em conformidade com o modelo constitucional de processo.

Ada Pellegrini Grinover ensina que o contraditório é “verdadeira condição de eficácia” da prova, cuja completa observância implica não só em assegurar o direito de manifestação em relação ao que foi apresentado, mas também de acompanhar sua produção quando possível.³⁴⁴

O fato é que a abertura conferida pelo sistema processual em vigor, em especial pela combinação das cláusulas gerais da convenção processual e de atipicidade dos meios probatórios, significa ampliar o espaço de autonomia da vontade das partes e possibilitar uma distribuição mais dinâmica das atividades processuais entre os sujeitos processuais. Esse novo espaço, dependente da cooperação das partes, repercute em diversas opções processuais no direito probatório, algumas já previstas pelo Código de Processo Civil (convenções típicas), e outras até onde a criatividade jurídica legal alcançar sobre hipóteses legais ou válidas (convenções atípicas).³⁴⁵

Aplicando-se as diretrizes previstas na cláusula geral do art. 190 do Código de Processo Civil no campo do direito probatório, significa dizer que as partes podem convencionar, sob determinados pressupostos de validade, alterações no procedimento de produção da prova, para o melhor atendimento aos objetivos do caso concreto, o que lhes permite convencionar sobre a produção atípica de prova ou, ainda, de produzir de forma atípica prova típica, sempre com atenção às possíveis externalidades que possa causar.

A cláusula geral das convenções reforça, assim, a atipicidade dos meios probatórios, conferindo ao regime das provas no direito processual civil um caráter aberto, cujo microsistema apresenta fronteiras imprecisas e que admite novos métodos de investigação e novos meios para demonstrar a verdade, especialmente legitimados pelo consenso das partes.³⁴⁶

William dos Santos Ferreira ressalta:

³⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Princípios processuais fora do processo**. Princípios e temas gerais do processo civil. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). Coleção doutrinas essenciais: processo civil. v. 1. São Paulo: RT, 2011, p. 331.

³⁴⁵ MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual**: análise jurídica e econômica. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2016, p. 200.

³⁴⁶ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: processo de conhecimento. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 117.

o princípio da máxima eficiência dos meios probatórios transmite diretamente a consecução de um fim, qual seja, se o meio de prova vai ser empregado, deve ser da forma mais eficiente possível, mas indiretamente instrui que dentre os modos de comportamento seja escolhido aquele mais apto a alcançar os objetivos para os quais foi deferido determinado meio de prova.³⁴⁷

Para Cassio Scarpinella Bueno, “merece ser compreendido como verdadeiro princípio, o da ‘máxima eficiência dos meios probatórios’, a autorizar a adoção de técnicas típicas e atípicas ‘na exata medida de sua necessidade para alcance do esclarecimento do fato probando’”.³⁴⁸

As premissas sinalizadas, portanto, referem-se à utilidade do meio (típico ou atípico) para atender o propósito de demonstrar a verdade de um fato e de sua eficiência, no sentido da opção recair sobre o meio capaz de entregar o maior rendimento e eficácia comparados aos outros. Assim, entende-se que todos os meios de prova lícitos e moralmente legítimos são admitidos e podem ser objeto de convenções processuais, desde que capazes de funcionar eficientemente como técnica instrutória às especificidades da causa considerando os seus escopos.

A eficiência do meio probatório, analisado economicamente, também pode influenciar a tomada de decisão (das partes ou do juiz) de escolha do meio capaz de maximizar sua utilidade como mecanismo para demonstrar a verdade.

Assim, o meio probatório escolhido pode ser rotulado como eficiente quando for capaz de entregar um resultado melhor ou a menor custo, no sentido de obter elementos para a descoberta da verdade, se comparado aos demais meios igualmente legítimos, desde que a escolha não traga prejuízo para os sujeitos processuais se comparada aos meios preteridos e nem a terceiros.

Assim, conaduna-se com a ideia da possibilidade do emprego de meio de prova diferente daquele previsto em lei, ou da produção de meio de prova legal, mas por forma ou modo diverso do previsto na norma, atentando-se, sempre que possível, ao contraditório efetivo.

É possível afirmar, portanto, que em regra, não serão admitidas as convenções que estipulem a comprovação de um fato por um meio de prova que a lei inadmite, como é o caso do art. 406 do Código de Processo Civil, segundo o qual quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova pode suprir-lhe a falta ou, ainda, que não seja moralmente legítimo.

³⁴⁷ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: RT, 2014.

³⁴⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 312.

5.3 O controle das convenções processuais probatórias à luz da cooperação

Não se pode negar que a atuação do juiz no controle das convenções processuais em matéria probatória deve ser guiada pelo princípio da cooperação. O juiz deve atuar como um contribuinte do processo e não como um mero fiscal,³⁴⁹ como ocorre sob a égide do princípio dispositivo, de maneira 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”.³⁵⁰

Nesta toada, é possível extrair do modelo cooperativo do processo os seguintes deveres a serem praticados pelo juiz: esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, essas obrigações decorrem dos pressupostos lógicos e éticos, de onde se dessumem os deveres de esclarecimento e consulta; e do pressuposto social, de onde se extraem os deveres de prevenção e auxílio.³⁵¹

O dever de esclarecimento, em breves linhas, exige que o julgador elucide as dúvidas das partes e justifique as suas decisões, esclarecendo os motivos que o levaram ao resultado alcançado. Certo é, portanto, que toda e qualquer decisão que negue vigência a convenções processuais probatórias deve ser justificada, motivada, esclarecendo às partes os motivos que levaram o magistrado a formar o seu convencimento.

O dever de consulta deriva do princípio da cooperação, que resulta na exigência de o juiz questionar às partes sobre os aspectos que influenciarão na sua decisão, permitindo que as partes contribuam ativamente para o resultado, evitando decisões-surpresas, a respeito de pontos sobre os quais os litigantes não tenham exercido o contraditório efetivo. Uma boa oportunidade para avaliar a convenção 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, Código de Processo Civil).

Já o dever de prevenção reclama que o juiz demonstre às partes as suas falhas, sinalizando quanto às consequências de seus atos, impedindo que o uso inadequado do processo leve à perda do direito pleiteado. Em outras palavras, compete ao magistrado adverti-las de que

³⁴⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 127, p.75-79, set. 2005.

³⁵⁰ 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 em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

³⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo curso de processo civil**: teoria do processo. v. 1. São Paulo: RT, 2017, p. 181.

determinadas condutas poderão gerar-lhe consequências danosas ou, até mesmo, punições (art. 77, § 1º; 78, § 1º; 139, III; 385, § 1º, Código de Processo Civil).

Por fim, o dever de auxílio, por sua vez, consiste em ajudar as partes a superar eventuais problemas surgidos durante o curso do processo, assessorar na eliminação de dificuldades,³⁵² 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”.³⁵³ Resta ao magistrado, portanto, ao controlar as convenções processuais em matéria probatória, agir de acordo com o modelo cooperativo, fundamentando sua decisão, e dando oportunidade à manifestação das partes, cumprindo com as obrigações que lhe foram impostas pela lei.

Ademais, verifica-se do art. 200 do Código de Processo Civil que os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais, independentemente de homologação judicial. Assim, as avenças processuais em matéria probatória produzem efeitos imediatos, competindo ao juiz exercer o seu controle posteriormente, independentemente de homologação, que apenas seria necessária na hipótese de a lei reclamar. Outro não é o entendimento de Fredie Didier Junior,³⁵⁴ Antonio do Passo Cabral,³⁵⁵ Arruda Alvim,³⁵⁶ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero³⁵⁷ e Humberto Theodoro Júnior.^{358_359}

Os Enunciados 133, 260 e 261, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, caminham no mesmo sentido, ao preverem que o art. 200 aplica-se tanto aos negócios unilaterais quanto aos bilaterais, incluindo as convenções processuais do art. 190. Salvo nos casos expressamente previstos em lei, as convenções processuais não dependem de

³⁵² MEDEIROS NETO, Elias Marques de; PINTO, Caroline Pastrí. Notas sobre o princípio da cooperação. **Revista de Processo**, v. 296, p. 63-87, São Paulo: RT, out. 2019.

³⁵³ GALINDO, Maíra Coelho Torres. **Princípio da cooperação**: dever de consulta e a proibição das decisões surpresas. 2014. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Coimbra, Universidade de Coimbra, 2014.

³⁵⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil-2015. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 40-41.

³⁵⁵ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 227-236.

³⁵⁶ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: Teoria do processo e processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2017, p. 582-587.

³⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo curso de processo civil**: teoria do processo. v. 1. São Paulo: RT, 2017, p. 537-538.

³⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 504.

³⁵⁹ Antonio do Passo Cabral, Arruda Alvim, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero e Humberto Theodoro Júnior ressaltam que as convenções processuais não podem dispor sobre prerrogativas do juiz e os poderes jurisdicionais na condução e na decisão da causa.

homologação judicial, todavia, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio.³⁶⁰

Dessa forma, diz-se que o magistrado exercerá controle *a posteriori* da convenção processual em matéria probatória, independentemente de homologação, salvo nas hipóteses que a lei assim exigir. Controle esse que deve observar o 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, Código de Processo Civil). 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, Código de Processo Civil). No mesmo sentido, é a redação do art. 283, do Código de Processo Civil. Nessa esteira, Flávio Luiz Yarshell reconhece a aplicabilidade das causas de nulidade e anulabilidade previstas no Código Civil, porém registra: “invalidar um negócio é invalidar um ato processual e, para tanto, é preciso considerar o regime do CPC”.³⁶¹

Assim, na hipótese de invalidade, só poderá ser aplicada se houver o defeito somado ao prejuízo,³⁶² podendo ser reclamada pela parte ou decretada de ofício. 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 o comando do art. 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.

Diante da possibilidade de decisão que invalide convenções processuais probatórias, sempre por meio de decisão fundamentada, destaca-se que segundo recente entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, é possível falar no manejo do recurso de Agravo de Instrumento para a parte que se sentir injustiçada.

Isso porque, ao julgar o REsp. 1.696.396, a a Ministra Nancy Andrichi entendeu por bem afastar a taxatividade do rol previsto no art. 1.015 do Código de Processo Civil,³⁶³ passando

³⁶⁰ 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, mar. 2019.

³⁶¹ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 89-91.

³⁶² DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 477.

³⁶³ 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

a admitir a interposição de Agravo de Instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

Nota-se que a hipótese de negativa de aplicação das convenções processuais probatórias enquadra-se na mesma situação de direito da apreciada pela Ministra. É possível afirmar que, caso o Tribunal local não examine de imediato referida negativa, a controvérsia restará inútil, uma vez que restaria superada a fase instrutória. Assim, o direito da parte de firmar avença processual sobre a prova, bem como o próprio direito fundamental à prova restariam flagrantemente violados, em completa inobservância ao princípio do devido processo legal, o que não se deve admitir.

Para acréscimo do debate, na hipótese de não cabimento do Agravo de Instrumento em descumprimento ao precedente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, considerando que a negativa das convenções probatórias seja tratada somente no julgamento de Apelação, se eventualmente o Tribunal decidir pela necessidade da prova requerida justamente por meio da avença processual, seria necessário retornar os autos à vara de origem, o que geraria um atraso injustificado do processo, ferindo gravemente os princípios de economia processual e da celeridade, dentre tantos outros que zelam por uma prestação justa e efetiva.

Flávio Luiz Yarshell defende que a decisão em que o magistrado controla a presença dos requisitos de existência e validade da avença processual probatória, recusando-lhe eficácia, está sujeita à impugnação, sob a forma de recurso ou, ainda, de eventual ação de impugnação autônoma.³⁶⁴ Fredie Didier Júnior igualmente defende o cabimento do Agravo de Instrumento em face da negativa da convenção probatória.³⁶⁵

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 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 reconstituição do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/1973 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 apelação. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1696396 MT 2017/0226287-4, Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 19 dez. 2018.

³⁶⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 79.

³⁶⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-15. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 41.

Partindo do pressuposto de que a convenção probatória se torna uma fonte de norma jurídica processual,³⁶⁶ o juiz pode determinar o requerimento de todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias à sua efetivação, ao seu estrito cumprimento (art. 139, IV, Código de Processo Civil).

Ademais, tratando-se de matéria probatória, o juiz pode utilizar a regra objetiva do ônus da prova em desfavor daquele que descumpriu seu encargo, aplicando-se os efeitos da revelia, podendo considerar como verdadeiros os fatos alegados pela parte contrária. Os enunciados 252 e 17, ambos do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, tratam do tema e estipulam, respectivamente, que o descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento,³⁶⁷ e que “as partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção”.³⁶⁸ Certo é, contudo, que as partes podem seguir com o distrato do acordo firmado.³⁶⁹

5.4 As convenções processuais probatórias tipificadas no Código de Processo Civil e os seus limitadores

Partindo-se da premissa de que as convenções processuais probatórias são possíveis por força de lei, em respeito ao autorregramento da vontade das partes, e a faculdade de convencionarem, não se exclui o poder-dever do magistrado de conduzir os trabalhos ativamente, cabendo-lhe a produção das provas que entender necessárias, sempre sob justificativa. E sabendo que compete ao juiz controlar *a posteriori* as convenções e que a gerência do processo se dará em observância às conclusões acima alcançadas (isto é, em observância aos próprios requisitos positivados no Código, às garantias fundamentais, aos princípios infraconstitucionais e às normas cogentes do Código de Processo Civil), enfrenta-se, por fim, o debate sobre as convenções tipificadas no capítulo de provas, quais sejam, a de inversão negocial do ônus da prova e a escolha consensual do perito.

³⁶⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-15. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 105.

³⁶⁷ 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, mar. 2019.

³⁶⁸ 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, mar. 2019.

³⁶⁹ Enunciado 411: O negócio processual pode ser distratado; Enunciado 495: O distrato do negócio processual homologado por exigência legal depende de homologação. 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, mar. 2019.

5.4.1 A inversão negocial do ônus da prova

Como ônus probatório, o art. 373 da codificação, determina que compete à parte provar todos os fatos alegados, sejam eles constitutivos de seu direito ou impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do seu oponente.³⁷⁰

Em regra, portanto, o ônus da prova cabe 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*)”.³⁷¹ Os respectivos ônus são assim atribuídos por questões práticas, em razão da facilidade que cada parte possui de provar as alegações que apresentarem nos autos, e até mesmo por questões éticas, uma vez que se espera das partes a responsabilidade de alegarem tão somente os fatos que elas tenham reais condições de demonstrar.³⁷² Assim, como a lei prevê especificamente a parte que terá o ônus da prova de dada alegação (autor ou réu), a doutrina denomina esta disposição como ônus subjetivo da prova.

Entretanto, a lei prevê a possibilidade de dinamização do ônus probatório quando assim disposto em lei (art. 373, § 1º, *ab initio*, Código de Processo Civil); quando assim determinar o magistrado (art. 373, § 1º, *in fine*, Código de Processo Civil); ou, ainda, quando as partes assim convencionarem em matéria de prova (art. 373, § 3º, Código de Processo Civil).³⁷³

O ônus previsto no Código de Defesa do Consumidor é exemplo da dinamização do ônus da prova conforme disposto em lei.

Por sua vez, a inversão do ônus da prova por ordem judicial acontecerá caso a caso, a depender de suas peculiaridades e das condições de cada litigante para a sua produção, nos termos do instituto denominado pela doutrina de “teoria da carga dinâmica da prova”.³⁷⁴ É o que se depreende da norma contida no art. 373, § 1º, do Código de Processo Civil. Em que pese a redação do artigo utilizar o verbo “poder”, para Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de

³⁷⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Artigos 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379 e 380. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 576.

³⁷¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2019, p. 228-232.

³⁷² LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Artigos 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379 e 380. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 576.

³⁷³ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil: Tutela de conhecimento**. v. 2. São Paulo: Verbatim, 2016, p. 230.

³⁷⁴ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil: Tutela de conhecimento**. v. 2. São Paulo: Verbatim, 2016, p. 231-232.

Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, a dinamização do ônus probatório nestes casos é, em verdade, um dever do juiz.³⁷⁵

Destaca-se que a decisão de redistribuir o ônus da prova deve sempre ser fundamentada. Ainda, deve-se dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, observando-se o contraditório. Por fim, a redistribuição não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente onerosa. Estes são três requisitos positivados no Código de Processo Civil e que devem ser observados quando da inversão do ônus probante.

Quanto ao seu momento, o Código de Processo Civil prevê como regra que a definição do ônus deve ocorrer em decisão de saneamento e de organização do processo (art. 357, III, do Código de Processo Civil). Lenio Luiz Streck, contudo, destaca que talvez seja impossível essa distribuição exatamente nessa fase processual, hipótese em que o magistrado deve oferecer prazo razoável para requerimento e produção de provas, nos termos da parte final do § 1º do art. 373 do Código.³⁷⁶

A última possibilidade de redistribuição do ônus da prova ocorre através das próprias partes, que por meio das avenças processuais podem convencionar sobre quem recairá o encargo de produzir a prova e arcar com eventuais consequências em caso de inércia. Por exemplo, a possibilidade de as partes convencionarem que o réu deverá comprovar fato constitutivo do direito do autor, sob pena de ter a demanda julgada desfavorável aos seus interesses, o que pode ocorrer em contratos de prestação de serviço, cabendo ao prestador comprovar que concluiu o serviço em caso de abandono.

É possível, por fim, a convenção processual probatória unilateral, verificada quando a parte que não tem o ônus de produzi-la decide por bem fazê-lo, assumindo os riscos e as consequências se não lograr êxito. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz 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. Segundo os autores, diferente situação se verifica quando o ônus incubir ao autor, mas dada prova tiver sido requerida pelo réu.

³⁷⁵ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil: Tutela de conhecimento**. v. 2. São Paulo: Verbatim, 2016, p. 232.

³⁷⁶ MACÊDO, Lucas Buri 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.

A situação muda, contudo, de acordo com os processualistas brasileiros, quando a prova for considerada ao autor, porém for pedida pelo réu, e poderá ser realizada ainda que a parte que não tem o ônus de produzi-la dela desista.³⁷⁷

Superadas as modalidades de distribuição do ônus da prova, verifica-se que mesmo com a delimitação subjetiva do instituto, inclusive com eventual dinamização, é possível que ao final da atividade probatória haja insucesso na investigação fática, sem que o juiz consiga formar o seu convencimento. Nesta hipótese, será observada a proibição de o magistrado não julgar a lide, aplicando-se a técnica *non liquet*,³⁷⁸ tendo o magistrado que adotar critério para decidir e colocar fim ao litígio.

A técnica implicará, muitas vezes, em uma decisão desfavorável ao litigante que não se incumbiu de seu respectivo ônus. O ônus da prova, neste contexto, serve como o critério necessário para que a decisão seja proferida mesmo diante da insuficiência de provas. Este seria o aspecto objetivo do ônus probante, ferramenta que deve ser utilizada excepcionalmente, apenas na hipótese de não existirem outros elementos aptos a formarem o seu convencimento.³⁷⁹

Isso posto, conclui-se que as convenções processuais que tenham por objeto inverter o ônus probatório devem observar vetores, limitadores constantemente reiterados ao longo do estudo. Em síntese, a inversão negocial do ônus da prova deve respeitar a máxima da efetividade e não pode gerar externalidades; a inversão negocial do ônus da prova deve respeitar os direitos indisponíveis e não pode tornar excessivamente difícil o exercício do ônus probatório; a inversão negocial do ônus da prova deve respeitar os poderes instrutórios do juiz.

Ademais, as convenções processuais de inversão convencional do ônus devem observar, ainda, os requisitos do art. 190 do Código de Processo Civil e as garantias fundamentais, como a da cooperação e os princípios constitucionais, a exemplo do contraditório e os que dele derivam, tudo para que não encontrem barreiras no controle exercido pelo magistrado.

³⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 242-243.

³⁷⁸ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Artigos 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379 e 380. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 571-587; p. 576.

³⁷⁹ Para Flávio Luiz Yarshell, quando a lide é decidida pela técnica em análise há um prejuízo à decisão justa, mais próxima o possível da verdade, devendo ser usada, portanto, em caráter de exceção, tão somente quando não existir nos autos provas aptas a possibilitarem o julgamento da lide. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 51.

5.4.2 A escolha negocial do perito e seus limitadores

É notório que muitos dos fatos alegados pelas partes demandam para a análise e resolução da causa certo conhecimento específico, hipótese em que o juiz busca apoio técnico de especialistas como médicos, engenheiros, contadores e demais profissionais. Neste cenário, a prova pericial é caracterizada pelo exame de coisas, pessoas e documentos ou, ainda, pela vistoria de bens imóveis, sempre com o objetivo de atestar fato que interessa à resolução qualificada da lide.³⁸⁰

A prova pericial não é realizada em todos os processos, mas tão somente naqueles que exijam meios extraordinários de conhecimento. Ao juiz resta, dessa forma, a possibilidade de indeferir a perícia quando a prova do fato não depender de conhecimento técnico alheio ao jurídico, quando desnecessária em vista de outras provas produzidas ou, ainda, quando a verificação for impraticável, o que não pode ser tolhido do magistrado diante das convenções processuais. Desta forma, o magistrado pode indeferir a perícia, mesmo convencionada pelas partes.

O juiz igualmente poderá dispensar a produção da prova pericial quando as partes, na inicial e/ou contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerarem suficientes, confeccionados por especialistas na discussão (art. 472 do Código de Processo Civil), reforçado pelos arts. 139 e 370, que possibilitam ao juiz denegar todas e quaisquer provas desnecessárias.

Humberto Theodoro Júnior ressalva, contudo, que se a avaliação dos fatos somente for possível por meios técnicos, o juiz não pode denegar a perícia, pois cometeria cerceamento de defesa.

A legislação processual civil prevê a possibilidade de produção de prova técnica simplificada, em substituição à perícia, quando o ponto controvertido for de menor dificuldade; consistirá apenas na consulta de especialista pelo juiz sobre ponto controvertido da causa que demande conhecimento científico ou técnico, conforme se depreende dos §§2º, 3º e 4º do artigo 464 do Código.

Uma vez admitida a perícia, será nomeado um perito judicial responsável pelas informações técnicas, que deverá cumprir no detalhe a finalidade da perícia, independentemente

³⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.037.

de termo de compromisso, além de confeccionar o laudo pericial nos termos exigidos pelo art. 473 do código processual.

Para auxiliar o trabalho do *expert*, as partes podem nomear assistentes técnicos (art. 465, § 1º, II, do Código de Processo Civil) ou formular quesitos a serem respondidos pelo perito (art. 465, § 1º, III, do Código de Processo Civil), sem prejuízo do juiz indeferir os que se mostrem impertinentes e formular quesitos suplementares necessários ao esclarecimento da causa (art. 470), tudo em trabalho cooperativo e exercido em comunidade.

O perito (ou os peritos, a depender da complexidade da matéria, que pode abranger mais de uma área de atuação) pode ser escolhido pelo magistrado, que irá nomeá-lo(s) na decisão de saneamento ou pelas próprias partes.

Assim, as partes podem acordar a escolha o perito, nos termos do art. 471, do Código de Processo Civil, materializando mais um negócio jurídico processual em matéria probatória com previsão expressa em lei. Ressalta-se que a perícia consensual, para todos os efeitos, substitui a que seria realizada por perito nomeado pelo magistrado.

Em análise ao art. 471 do Código, Elias Marques de Medeiros Neto ensina que a norma “é reflexo da preocupação do legislador em incentivar que as partes tenham como norte de comportamento o princípio da cooperação”.³⁸¹

Destaca-se entendimento apresentado por Fredie Didier Junior, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira para os quais mesmo que se trate de perito nomeado pelas partes, é possível impugnar o laudo produzido na perícia consensual e nomear assistente técnico para auxílio na perícia. No entanto, não visualizam óbices para a prática de nova convenção que tolha esses direitos da parte.³⁸² Apenas ressaltam que, em se tratando de perito eleito pelas partes, não poderá ser alegada sua imparcialidade, exceto se fundado em fato superveniente à escolha.³⁸³ Outro não é o entendimento apresentado no Enunciado 637 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “a escolha consensual do perito não impede as partes de alegarem o seu impedimento ou suspeição em razão de fato superveniente à escolha”.³⁸⁴

³⁸¹ MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Artigo 471. In: CÂMARA, Helder Moroni (coord.). **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 631-632.

³⁸² DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael 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.

³⁸³ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael 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.

³⁸⁴ CUNHA JUNIOR, 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, mar. 2019.

Elias Marques de Medeiros Neto afirma que o perito exerce importante função de auxílio ao juiz, de forma que este deve confiar no *especialista*. Por isto, a escolha das partes não elimina a observância e a aplicação de todos os demais artigos do Código de Processo Civil referentes à prova pericial, demandando, ainda, que, além das balizas do art. 471, I e II, o juiz verifique: se o perito preenche todos os requisitos para conduzir adequada e satisfatoriamente a prova pericial, o que pode ser constatado pela apresentação de currículo nos autos; se, na linha dos inciso I e II do § 3º do art. 373 do Código de Processo Civil, a indicação desse profissional técnico não ameaça a proteção de direito indisponível e/ou dificulta a igualdade de tratamento entre as partes e o devido processo legal; se o perito, apesar de ser indicado pelas partes, será imparcial, afastando-se as hipóteses de impedimento/ou suspeição; e, se ele tem a reputação, a experiência e o conhecimento técnico necessários para ser digno da confiança do juiz e apto a realizar a perícia nos exatos termos em que traçada, cumprindo com a sua finalidade.

Superadas essas considerações, destacam-se os vetores, limitadores necessários para guiar a prática das convenções de nomeação consensual do perito, sempre na busca de processo justo e efetivo.

Por se tratar de modalidade típica de convenção processual probatória, o próprio legislador apresentou as hipóteses que demandam o controle judicial, devendo eventual limitação por motivos alheios aos previstos no Código ser tratada excepcionalmente, sempre com base nos princípios constitucionais e normas estruturais do processo.

Fato é que, a escolha convencional do perito deve ser firmada por partes capazes, versando sobre direitos que admitam autocomposição. A escolha negocial do perito deve respeitar os poderes instrutórios do juiz. A escolha consensual do perito deve respeitar, ainda, a máxima da efetividade e não pode gerar externalidades.

Ademais, a escolha consensual do perito deve respeitar os requisitos do art. 190 do Código de Processo Civil, as garantias fundamentais (cooperação e os princípios constitucionais como o do contraditório) e os que dele derivam, tudo para não esbarrar no controle exercido pelo magistrado.

5.5 Palavra-chave: equilíbrio

É de conhecimento notório que as partes que firmam acordo processual a ele se vinculam voluntariamente. Por outro lado, no exercício do controle das avenças, compete ao juiz decretar sobre a sua validade. Vale dizer: o juiz teria o ônus argumentativo em sentido

contrário, exigindo-se uma devida fundamentação sobre o caso concreto para infirmar a aplicação do acordo, decretando a sua nulidade.

Verifica-se do Código de Processo Civil em vigência, que ao juiz cabe incentivar a autocomposição, conforme expresso no seu art. 3º, § 2º, estando os acordos processuais certamente como instrumento à disposição das partes para a solução consensual do litígio.

Depreende-se, ainda, do princípio da cooperação (art. 6º do Código de Processo Civil), que embora o juiz, em face do princípio *in dubio pro libertate*, não analise a conveniência da celebração – se é ou não a solução mais eficaz para o caso concreto –, a ele resta o dever de controle da validade do acordo, o que fatalmente é fundamental para se alcançar o equilíbrio desejado, impondo-se os limites necessários.

Em matéria de prova, evidenciou-se que as convenções probatórias não impossibilitam o exercício dos poderes instrutórios do juiz, que, repita-se, sempre terá o controle da validação do acordo por meio de decisão fundamentada, à luz inclusive do art. 489 do Código de Processo Civil, observando o contraditório antes de qualquer decreto sobre a sua invalidade. Poderá, ainda, se for o caso, solicitar a produção de prova para formar o seu convencimento, até mesmo de ofício, de forma complementar à atividade probatória das partes.

Fato é que as convenções processuais sobre os meios de prova não podem ser vistas como excludentes dos poderes instrutórios do juiz, menos ainda do contraditório. Ambos são passíveis de convivência harmônica no nosso direito: em regra, o juiz pode determinar de ofício a produção dos meios de prova que entende fundamentais para o melhor resultado da lide, para formar o seu convencimento; por outro lado, se as partes convencionarem sobre quais meios de prova pretendem produzir, para melhor adequarem o procedimento à causa, os poderes instrutórios do juiz restariam em princípio limitados pela vontade das partes, reservando-lhe, contudo, a possibilidade de invalidar a convenção em um momento posterior por condições já apresentadas.

Importante consignar que se espera que a invalidação do acordo não se torne regra pelos juízes, tornando letra morta o poder conferido às partes de autorregramento do processo, até porque a boa-fé e a cooperação devem estar presentes como limitadores gerais para a prática dos acordos, tanto pelas partes, como pelo juiz.

Esclareça-se que a possibilidade de celebração de convenções processuais atípicas em matéria de prova não visa retirar do juiz a sua posição de gerenciador da atividade processual – o que aqui se diferencia do juiz destinatário da prova, pois se defende o processo como destino final da prova. O que se argumenta, em verdade, é o meio termo entre o “publicismo” e o “privatismo”, para que o processo seja visto como instrumento constitucional para a solução

efetiva do conflito, de maneira colaborativa, melhor adequada às circunstâncias do caso concreto, com postura ativa das partes e do juiz.

Agora, como alcançar o equilíbrio desejado entre “publicismo” e “privatismo”, entre o autorregramento da vontade das partes e os poderes instrutórios do juiz? Antonio do Passo Cabral³⁸⁵ propõe o seguinte raciocínio, dividido em três etapas:

1ª etapa: identificar as garantias afetadas no caso concreto. Exemplos: o acesso à justiça é a principal garantia afetada pelas convenções de arbitragem; o devido processo legal e os pactos para simplificação das formalidades procedimentais; o juiz natural e os acordos sobre competência (eleição do foro); a duração razoável do processo e as convenções para suspensão do processo ou dilação de prazos; a ampla defesa e o contraditório e as cláusulas *solve et repete* (pague e depois reclame/uma vez convencionado haveria renúncia à defesa). Essa primeira etapa de identificação da garantia afetada individualmente, a fim de que não exista uma superposição de regras, é importante para as outras duas.

2ª etapa: deve haver, no sistema, um diálogo de mão dupla entre o típico e o atípico. Quando pensamos em parâmetros de controle, não se pode simplesmente desconsiderar o regramento das convenções típicas porque a existência de previsões legais expressas, implementadas pelo legislador, apontam possíveis barreiras à negociação processual pretendida. O sistema brasileiro é híbrido nesse sentido. Assim, em razão da extensão das atipicidades, poderia até mesmo buscar um enquadramento do atípico dentro de um negócio processual tipicamente legislado, o que atrairá por consequência a sistemática do acordo típico.

3ª etapa: proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais processuais. Identificada a garantia afetada em si, deve-se verificar a sua margem de disponibilidade. A tarefa é analisar se a convenção atinge o seu núcleo essencial. Assim como a simples invocação de direitos fundamentais processuais não pode reduzir a autonomia privada a nada – porque a liberdade também é um direito constitucional – de outro lado, o procedimento convencional deve respeitar a ideia de garantias mínimas do devido processo legal.

É, portanto, a intensidade com que os direitos fundamentais perdem efetividade que pode levar à invalidade ou inadmissibilidade de uma convenção processual.

Como exemplo, em matéria de prova, convenções que levem a obstáculo intransponível ao acesso à justiça, modificando custos a ponto de inviabilizar o ajuizamento de

³⁸⁵ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

ação, gerar entrave significativo ao exercício da ampla defesa, devem ser invalidadas pelo juiz, que também não poderá ficar refém de situação em que não consegue formar qualquer convicção sobre a decisão justa a ser proferida.

Nesse sentido, em matéria de prova, o completo afastamento do contraditório e da ampla defesa, além de eventual ilicitude da prova que se pretende produzir ou dispensar e, ainda, a inviabilização da formação de qualquer convencimento do juiz, são hipóteses que implicam a invalidade da convenção, o que não se deve admitir.

CONCLUSÃO

O diálogo doutrinário disciplinar entre o direito processual, constitucional e o material é fundamental para melhor interpretação da letra da nossa lei, que busca dar ênfase ao princípio da instrumentalidade, da efetividade, para oferecer a tutela jurisdicional de forma adequada.

A parcela do ordenamento jurídico que soberanamente impõe as finalidades a serem atingidas pelo Estado brasileiro é a Constituição Federal. E é justamente por isso que tanto os seus “fins” como também a força de atingi-los, vale dizer, seus “meios”, têm que ser extraídos, em primeiro plano, daquele corpo normativo.

Nesse contexto, verifica-se atualmente e com frequência, na literatura jurídica e na jurisprudência brasileira, a referência aos princípios constitucionais do processo.

Qualquer forma de “pretensão” pode ser levada ao Poder Judiciário para discussão e decisão. Uma vez provocado, o juiz tem o dever de “responder” ao pleito do autor, positiva ou negativamente, da maneira mais eficiente possível. Certo é que todo e qualquer caso deverá ser resolvido.

Em um Estado Democrático de Direito, não basta ao juiz atuar de qualquer forma. Deve-se seguir forma específica, em consonância com regras preestabelecidas e que assegurem aos provocadores do Poder Judiciário o exercício de todas as formas de ataque e de defesa que lhe pareçam necessárias – formas de participação.

O “contraditório”, no âmbito dos “direitos fundamentais”, deve ser entendido como o direito de influir, de influenciar na formação da convicção do magistrado ao longo de todo o processo. Não se deve entendê-lo somente do ponto de vista negativo, defensivo. O magistrado, justamente por conta dos princípios constitucionais do processo, não pode decidir sem antes garantir amplas e reais possibilidades de participação (diálogo, cooperação) daqueles que sentirão, de alguma forma, os efeitos da sua decisão. As decisões-surpresas não devem existir. Afinal, “contraditório é forma pela qual se efetivam os princípios democráticos da República brasileira, que viabiliza ampla participação no exercício das funções estatais”.³⁸⁶

A ‘efetividade’ do processo é garantia de acesso à ordem jurídica vigente, consubstanciada em uma prestação jurisdicional célere, adequada e eficaz. Volta-se mais especificamente aos resultados práticos do reconhecimento do direito, aos resultados da tutela jurisdicional no plano material, exterior ao processo. É inócuo falar em um “processo justo” ou em um “processo devido” apenas pela observância da correção/criação do meio de produzir a

³⁸⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. v. 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 141.

decisão judicial apta a veicular a tutela jurisdicional. O justo e o devido certamente vão além do reconhecimento jurisdicionalmente do direito.

Entende-se que a interpretação do Código e as práticas processuais têm de ir além da mudança das leis. Elas devem alcançar o espírito dos sujeitos do processo. Ou seja, deve-se colocar um fim ao processo pelo simples processo. O que se deseja é o início de uma fase de viabilização dos julgamentos de mérito, que devem ser alcançados o mais rápido possível (sem deixar de lado a sua eficiência), evitando-se procrastinações incompatíveis com a garantia constitucional de acesso pleno à Justiça.

Nesse sentido, a existência de um direito material implica automaticamente na existência de procedimento adequado (ou deveria). Se assim não fosse, estar-se-ia diante de situação sem sentido, uma vez que o direito material seria previsto apenas abstratamente, não sendo possível realizá-lo concretamente. Seria o mesmo que negar o direito.

Portanto, ao se deparar com concreta situação de direito que não se enquadre nos modelos típicos, ou seja, ao verificar deficiência de procedimento, ao magistrado compete estabelecer procedimento adequado para o caso, visando sempre por um processo eficiente, por uma decisão justa.

A fim de suprimir requisito procedimental que não se justifique, ou, por outro lado, cuja existência acabaria por negar o direito, a interpretação de procedimento previsto no Código de Processo Civil em consonância com a Constituição Federal, com as normas estruturais do processo e com interpretação sistemática das normas de direito processual civil, pode ser a solução.

Nesse contexto, destacou-se ao longo do estudo o processo cooperativo, consistente no trabalho em verdadeira comunidade por todos os sujeitos do processo, em pé de igualdade, com postura ativa e boa-fé, por um processo efetivo, visando atingir o seu fim social.

Para analisar a compatibilidade entre as convenções probatórias e o poder do juiz no gerenciamento da fase instrutória, compreendeu-se a figura das convenções processuais (art. 190 do Código de Processo Civil), em suas modalidades típicas e atípicas, os elementos que a caracterizam, sua classificação e os questionamentos levantados pela doutrina sobre a matéria, com especial enfoque à figura do magistrado na atividade de controle da avença firmada.

Constatou-se que os poderes conferidos às partes na esfera das convenções processuais, para ajustar o procedimento e as situações jurídicas, ocorre sob a perspectiva do modelo cooperativo do processo, e tem como vetores os princípios constitucionais e as normas fundamentais do Código, resguardando o núcleo essencial de direitos indisponíveis, salvaguardando os hipossuficientes e impedindo abusos, o que será inclusive controlado pelo

juiz, que exerce o papel de gerenciador da lide. Também será alvo do controle pelo magistrado as avenças que atingirem as suas prerrogativas.

Destacou-se, dessa forma, a interface entre “prova” e “convenções processuais”, concluindo-se em observância a critérios processuais objetivos que as convenções processuais probatórias não podem versar sobre direitos que inadmitam autocomposição; não podem ser celebradas por partes incapazes, sem a devida representação; não podem versar sobre contratação abusiva, devendo sempre observar e solucionar situação de vulnerabilidade; apenas podem dispor sobre situações processuais de titularidade das partes; não podem inobservar ou mitigar os poderes instrutórios do juiz; devem sempre observar a máxima da efetividade, as garantias constitucionais e normas estruturais do processo; bem como as normas de ordem pública e de caráter cogente; devem observar, ainda, a reserva a um meio de prova e evitar externalidades que possam ser causadas na esfera de terceiros.

A atividade do juiz, por sua vez, igualmente deve ser pautada pelo modelo cooperativo; o poder de gestão que lhe foi conferido ao longo de toda a lide, em especial para o estudo visando o controle das convenções processuais, deve ser utilizado como meio de vedar abusos, devendo, igualmente, observar os princípios constitucionais e as normas estruturais do processo.

Evidenciou-se a relevância das provas e dos seus princípios norteadores na busca de decisão justa e efetiva que corresponda à verdade mais próxima dos fatos, eventos ocorridos no passado, atendendo ao interesse das partes e ao fim social do processo.

Mostrou-se que as partes possuem o direito fundamental à prova, devendo participar ativamente desde a sua produção até manifestação em face do seu resultado, o que também vale para as provas oficiosas. Ainda, consignou-se que as partes, em regra, são as destinatárias do ônus probatório, podendo sofrer consequências negativas se não produzirem prova apta a demonstrar os fatos por elas alegados.

Ao juiz, por outro lado, como gerenciador ativo da lide, o que inclui a fase instrutória, de acordo com o princípio da máxima eficiência dos meios probatórios, pode denegar a produção de determinada prova, ou, se deferir, apreciá-la em desfavor de uma das partes, desde que motivadamente, dando oportunidade ao efetivo exercício do contraditório. Tudo a ser feito por meio dos seus poderes instrutórios, podendo determinar a produção de provas de ofício, ressalvados os limites apresentados no final do estudo, inclusive para a prática do controle das convenções processuais probatórias, o que vale para as típicas e atípicas, 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.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Diogo Rezende Assumpção de. **A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil**. São Paulo: LTr., 2015.
- ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. **Direito processual civil**. v. II. Coimbra: Almedina, 2019.
- ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: teoria do processo e processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2017.
- ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes**. 18. ed. São Paulo: RT, 2019.
- ALVIM, Arruda. **Tratado de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: RT, 1990.
- ALVIM, José Manuel de Arruda. **Novo contencioso civil no CPC/2015**. São Paulo: RT, 2016.
- ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. São Paulo: RT, 2009.
- ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro – parte geral: fundamentos e distribuições dos conflitos**. São Paulo: RT, 2015.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. *In*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (org.). **Temas de direito processual**. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 5. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. **Revista dos Tribunais**, v. 19, n. 76, p. 114-126, São Paulo: RT, out-dez. 1994.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **A efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: RT, 1994.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. **Revista de Processo**, n. 148. São Paulo: RT, jun. 2007.

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: 16 jul. 2021.

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: 13 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1696396 MT 2017/0226287-4, Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 19 dez. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Procedimento comum: ordinário e sumário. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. v. 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

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

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**: entre publicismo e privatismo. Tese (Livre-docência em Direito). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

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, ago.-dez. 2012.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. v. 3. 2. ed. Trad. Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2019.

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.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

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. **Sistema de direito processual civil I**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições do direito processual civil**. 4. ed. Tradução do original italiano “Instituzioni di Diritto Processuale Civile” de Paolo Capitanio, com anotações do Prof. Enrico Tulio Liebman. Campinas: Bookseller, 2009.

CINTRA, Antonio 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, mar. 2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Artigo 471. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: RT, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. I. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil-2015. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil-2015. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.); CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017.

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

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 127, p.75-79, set. 2005.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação** – o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. v. II. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.

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. Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 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: RT, 2016.

FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: RT, 2014.

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

GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 – parte geral. São Paulo: Forense, 2015.

GALINDO, Maíra Coelho Torres. **Princípio da cooperação**: dever de consulta e a proibição das decisões surpresas. 2014. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Coimbra, Universidade de Coimbra, 2014.

- GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. I. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed. refundida do ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: processo de conhecimento. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. v. 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais fora do processo. Princípios e temas gerais do processo civil. *In*: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Coleção doutrinas essenciais**: processo civil. v. 1. São Paulo: RT, 2011.
- HEGENBERG, Leonidas. **Saber de e saber que**: alicerces da racionalidade. Petrópolis: Vozes, 2001.
- KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Introdução à economia**. Trad. Helga Hoffman. 3. ed. São Paulo: Elsevier, 2015.
- LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: RT, 1999.
- LOPES, João Batista. Direito à prova à luz do modelo constitucional de processo. **Revista de Processo**, v. 300, p. 17, São Paulo: RT, 29 fev. 2020.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Artigos 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379 e 380. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- 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.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo curso de processo civil**: teoria do processo. v. 1. São Paulo: RT, 2017.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2010.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Artigo 471. *In*: CÂMARA, Helder Moroni (coord.). **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Almedina, 2016.

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

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/73. São Paulo: RT, 2016.

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: RT, 1999.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico** (plano da existência). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

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 em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual**: análise jurídica e econômica. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil: contratos**. v. III. São Paulo: RT, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: RT, 2016.

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.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**: análise dos provimentos judiciais como atos negociais. Tese (Doutoramento e Direito). Bahia: Universidade Federal da Bahia, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Princípios e temas gerais do processo civil. *In*: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Coleção doutrinas essenciais: processo civil**, v. 1. São Paulo: RT, 2011.

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.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil: tutela de conhecimento**. v. 2. São Paulo: Verbatim, 2016.

OLIVEIRA, Guilherme Peres de. **Negócio jurídico processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil**. 2017. Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2017.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, v. II. São Paulo: RT, 1974.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, v. IV. Rio de Janeiro: Borsóí, 1954.

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. 2021.

PORTUGAL. **Decreto Lei n. 47344, de 1966**. Código Civil. Lisboa, 25 nov. 1966. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view>. Acesso em: 27 jan. 2021.

RÚA, Fernando de La. **Teoría general del proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1991.

SANTOS, Tatiana Simões dos. **O processo civil modulado pelas partes: ampliação da autonomia privada em matéria processual**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2009.

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.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Artigos 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.

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**. 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. **La motivazione dela sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975.

TARUFFO, Michele. Verità negoziata. Trad. Pedro Gomes de Queiroz. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 13, p. 634-657, Rio de Janeiro, 2014.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Os poderes do juiz em face da prova. **Revista Forense**, São Paulo, v. 74, n. 263, p. 39-47, jun. 1978.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2016.

TOMÉ, Fabiana Del Padre; PETRECHEN, Mariela Martins Pacheco. Os limites das convenções probatórias. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 6, nº 5.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 5. ed. de acordo com as Leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: RT, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

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 JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017.

Referências normativas

(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6028: 2021 – Informação e documentação – resumo, resenha e recensão – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação