

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO – UFES**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL**

FREDERICO IVENS MINÁ ARRUDA DE CARVALHO

**CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS: LIMITES OBJETIVOS E**  
**APLICAÇÕES**

Vitória/ES

2022

FREDERICO IVENS MINÁ ARRUDA DE CARVALHO

**CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS: LIMITES OBJETIVOS E  
APLICAÇÕES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual na linha de pesquisa “Processo, Técnicas e Tutelas dos Direitos Existenciais e Patrimoniais”.

Orientadora: Professora Doutora Trícia Navarro Xavier Cabral.

Vitória/ES

2022

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

---

C331c

CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de, 1982- CARConvenções processuais probatórias : Limites objetivos e aplicações / Frederico Ivens Miná Arruda de CARVALHO. - 2022.

331 f.

Orientadora: Trícia Navarro Xavier CABRAL.

Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Direito processual civil. 2. Direito probatório. 3. Convenções processuais. 4. Limites. 5. Código de processo civil. 6. Atipicidade. I. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

FREDERICO IVENS MINÁ ARRUDA DE CARVALHO

**CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS: LIMITES OBJETIVOS E  
APLICAÇÕES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual na linha de pesquisa “Processo, Técnicas e Tutelas dos Direitos Existenciais e Patrimoniais”.

Aprovada em:

**COMISSÃO EXAMINADORA**

---

Professora Doutora Trícia Navarro Xavier Cabral  
(Orientadora)  
Universidade Federal do Espírito Santo

---

Professor Doutor Rodrigo Reis Mazzei (membro  
interno)  
Universidade Federal do Espírito Santo

---

Professor Doutor Gilberto Fachetti Silvestre  
(membro interno)  
Universidade Federal do Espírito Santo

---

Professor Doutor Antonio do Passo Cabral (membro  
externo)  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

## RESUMO

Título: CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS: LIMITES OBJETIVOS E APLICAÇÕES.

RESUMO: **Objetivo:** Trata-se de pesquisa que examina os limites objetivos para a celebração de convenções probatórias no processo civil. A partir da regulação normativa do instituto e das especificidades do direito probatório e com a finalidade de contribuir para a operabilidade do instituto, a pesquisa busca averiguar quais os aspectos da prova podem ser objeto de convenção processual, quais os limites objetivos para o regramento convencional e quais as possibilidades de utilização das convenções probatórias. **Metodologia:** de caráter qualitativo, analisou obras doutrinárias nacionais e estrangeiras sobre o objeto de estudo e temas conexos e jurisprudência sobre o controle judicial das convenções processuais em geral. **Resultados:** a pesquisa elabora proposições de que aos limites intrínsecos estabelecidos pelo art. 190 do CPC, somam-se limites extrínsecos; que o regime de validade das convenções processuais é híbrido, sendo influenciado pelo direito material quanto aos aspectos estruturais e pelo direito processual quanto às regras de decretação da nulidade; que a decretação de nulidade das convenções probatórias exige procedimento em contraditório, sendo antecedida pelas tentativas de autocomposição, interpretação e conversão substancial do negócio jurídico; que existem diversas convenções típicas e atípicas que atingem a prova como meios, como atividade e a valoração da prova como resultado. **Contribuições:** As ideias propostas reconhecem a existência de limites extrínsecos para a celebração de convenções probatórias, sendo propostos os direitos e garantias fundamentais, boa-fé e cooperação processual, a ordem pública, a reserva legal, os poderes do magistrado na condução do processo, a administração do Poder Judiciário, a vedação a prejuízos a terceiros, o adequado funcionamento do sistema de precedentes e indisponibilidade do direito material na tutela coletiva e estrutural. São propostos critérios para a valoração da conformidade das convenções probatórias, examinadas as algumas hipóteses típicas e propostas hipóteses de convenções atípicas.

**Palavras-chave:** Convenções processuais. Prova. Limites. Possibilidades. Atipicidade

## ABSTRACT

Title: PROBATORY PROCEDURE CONVENTIONS: OBJECTIVE LIMITS AND APLICATIONS

**ABSTRACT:** **Objective:** This research examines the objective limits of evidentiary agreements in civil procedure. Based on the normative regulation of the institute and on the specificities of the law of proof, and with the purpose of contributing to the operability of the institute, the research seeks to investigate which aspects of proof may be the object of a procedural agreement, the objective limits for the conventional regulation and the possibilities of use of evidentiary agreements. **Methodology:** as its qualitative nature, it analyzed domestic and foreign doctrinal works about the object of study and related topics, as well as case law on judicial control of procedural agreements in general. **Results:** the research elaborates propositions that are added extrinsic limits to the intrinsic limits established by art. 190 of the of the Brazilian Civil Procedure Code; that the regime of validity of procedural agreements is hybrid, being influenced by substantive law as to the structural aspects and by procedural law as to the rules of enactment of nullity; that the enactment of nullity of evidentiary agreements requires adversarial proceedings, being preceded by attempts at self-composition, interpretation and substantial conversion of the legal transaction; that there are several typical and atypical agreements that affect evidence as means, as activity and the valuation of evidence as result. **Contributions:** The proposed ideas recognize the existence of extrinsic limits for the conclusion of evidentiary conventions, being proposed as the fundamental rights and guarantees, good faith and procedural cooperation, the public order, the legal reserve, the powers of the magistrate in the conduction of the process, the administration of the Judiciary, the prohibition of damages to third parties, the proper functioning of the system of precedents and unavailability of the material right in collective and structural guardianship. Criteria for evaluating the conformity of evidentiary covenants are proposed, some of the typical hypotheses are examined and hypotheses of atypical covenants are proposed.

**Keywords:** Procedure agreements. Evidence. Limits. Possibilities. Atypicality

A Marie, pelas doces e necessárias interrupções.

A Tatiana: “you made the brightest days from the darkest nights”.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha orientadora, a Professora Doutora Trícia Navarro Xavier Cabral, pela inspiração, apoio e generosa compreensão.

Aos demais membros das bancas de qualificação e defesa, Professores Doutores Rodrigo Reis Mazzei, Gilberto Fachetti Silvestre e Antonio do Passo Cabral, cujas críticas, indagações e contribuições foram curiais para a construção deste trabalho.

Aos Professores Doutores Augusto Passamani Bufulin, Tarek Moysés Moussallem, Hermes Zaneti Jr. e Tiago Figueiredo Gonçalves pelas lições que subsidiaram o amadurecimento da pesquisa.

À equipe do Programa de Pós-Graduação em Direito nas pessoas de Fernando e Luiz do Nascimento e Adriele Nascimento Coelho pela dedicação e atendimento e aos diletos colegas, cujos debates sempre se revelaram profícuos, revelando a riqueza e pluralidade do ambiente acadêmico.

Aos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo pelo estímulo ao aprimoramento profissional por meio do afastamento parcial das atividades judicantes para a necessária frequência a aulas do programa.

Aos colegas de Fórum Desembargador Horta de Araújo e às equipes da 1ª Vara Cível de Cachoeiro de Itapemirim e da Vara Única de São José do Calçado pela convivência.

Aos meus sogros, Antônio e Joelza e meus cunhados Raphael e Felipe, pelo incentivo e incessante acolhimento.

Aos meus pais Frederico e Alexandrina e aos meus irmãos Amanda e Danilo que, mesmo de longe, apoiaram, acompanharam e torceram por esta conquista.

A minha primeira leitora, revisora e amada esposa Tatiana pela paciência, apoio incondicional e amor durante toda essa caminhada.

A Deus, sempre e a todo momento.

Muito obrigado!



## **LISTA DE ABREVIACÕES**

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

CPC – Código de Processo Civil

EC 45/2004 – Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.

FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Cíveis

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJES – Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	17
<b>CAPÍTULO 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS</b> .....	21
1.1 PROCESSO CIVIL E LIBERDADE.....	21
1.2 DA NORMA JURÍDICA PROCESSUAL.....	24
<b>1.2.1. Da concepção tradicional: caráter secundário, cogente e adstrito ao ambiente do processo jurisdicional</b> .....	24
<b>1.2.2. Da concepção contemporânea: possibilidade de atuação primária, disponibilidade regrada e aplicabilidade extrajudicial</b> .....	25
<b>1.2.3. Da arquitetura de escolhas e a norma processual como fonte de incentivo ao comportamento dos sujeitos do processo</b> .....	27
1.3. DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS .....	28
<b>1.3.1. Dos fatos jurídicos</b> .....	28
1.3.2. Dos fatos jurídicos processuais.....	30
1.4. DA LIBERDADE DE AUTORREGRAMENTO NO PARADIGMA DO PROCESSO CONTEMPORÂNEO.....	32
<b>1.4.1. Do modelo constitucional de processo</b> .....	32
<b>1.4.2. Da conformação da liberdade no modelo constitucional de processo</b> .....	36
1.4.2.1. Do respeito à liberdade das partes como princípio de porte implícito.....	36
1.4.2.2. Da manifestação da liberdade: os atos de disposição processual das partes.....	40
1.4.2.3. Dos atos de disponibilidade quanto à demanda e o aporte fático.....	40
1.4.2.4. Dos atos de disponibilidade quanto ao resultado do processo.....	42
1.4.2.5. Dos atos de disponibilidade processual em sentido estrito.....	44
1.4.2.6. Das convenções processuais.....	44
1.4.2.6.1. Definição.....	44
1.4.2.6.2. Da disciplina no sistema vigente: o art. 190 do CPC como cláusula geral de convencionalidade processual.....	46
<b>1.4.3. O juiz e a liberdade processual</b> .....	50
1.4.3.1. Da prática de atos de disposição pelo juiz.....	50
1.4.3.2. O papel do magistrado nas convenções processuais.....	50
1.5. DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS NOS PLANOS DA EXISTÊNCIA, VALIDADE	

E EFICÁCIA.....	57
<b>1.5.1. Plano da existência.....</b>	<b>58</b>
<b>1.5.2. Plano da validade.....</b>	<b>59</b>
<b>1.5.3. Plano da eficácia.....</b>	<b>61</b>
<b>CAPÍTULO 02. DAS CONVENÇÕES PROBATÓRIAS.....</b>	<b>63</b>
2.1. INTRODUÇÃO.....	63
2.2. DA NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS SOBRE A PROVA CIVIL.....	63
2.3. DO REGRAMENTO DO DIREITO PROBATÓRIO.....	67
<b>2.3.1. Dos múltiplos conceitos de prova.....</b>	<b>68</b>
<b>2.3.2. Da prova como meio.....</b>	<b>73</b>
<b>2.3.3. Das fontes de prova.....</b>	<b>76</b>
<b>2.3.4. Da prova como atividade.....</b>	<b>76</b>
2.3.4.1. Do direito à prova: fundamentalidade e autonomia.....	77
2.3.4.1.1. Direito fundamental à prova.....	77
2.3.4.1.2. Direito autônomo à prova judicial.....	80
2.3.4.2. O objeto da atividade probatória.....	83
2.3.4.3. Do ônus da prova: subjetivo, objetivo, temporal e financeiro.....	87
2.3.4.4. Poderes instrutórios do juiz.....	90
2.3.4.5. Da valoração do acervo probatório.....	97
2.3.4.6. Do dever de colaboração com a descoberta da verdade (art. 378 do CPC).....	100
<b>2.3.5. Da prova como resultado.....</b>	<b>101</b>
<b>2.3.6. Prova e verdade no processo civil.....</b>	<b>104</b>
2.4. PROPOSTA DE DEFINIÇÃO PARA CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS.....	108
<b>2.4.1. Do objeto das convenções processuais probatórias.....</b>	<b>108</b>
<b>2.4.2. Da causa nas convenções processuais probatórias.....</b>	<b>112</b>
<b>2.4.3. Definição proposta.....</b>	<b>113</b>
2.5. CLASSIFICAÇÃO DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS.....	114
<b>2.5.1 Quanto ao momento de celebração: convenções processuais probatórias prévias (pré-processuais) e incidentais (interlocutórias).....</b>	<b>114</b>
<b>2.5.2. Quanto ao objeto: convenções processuais probatórias obrigacionais e dispositivas.....</b>	<b>117</b>
<b>2.5.3. Quanto à natureza das obrigações: convenções processuais probatórias gratuitas e onerosas.....</b>	<b>119</b>

<b>2.5.4. Quanto à previsão legal: convenções processuais probatórias típicas e atípicas.</b> .....	120
<b>2.5.5. Quanto à iniciativa: convenções processuais probatórias espontâneas e provocadas</b> .....	122
<b>2.6. DA PONTE ENTRE ARBITRAGEM E CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS</b> .....	123
<b>CAPÍTULO 03. LIMITES OBJETIVOS PARA AS CONVENÇÕES PROBATÓRIAS</b> .....	129
<b>3.1. DA VALIDADE DAS CONVENÇÕES PROBATÓRIAS</b> .....	129
<b>3.1.1. Da validade como critério de pertinência formal e material entre norma convencionada e sistema jurídico</b> .....	129
<b>3.1.2. Da regulação plúrima quanto à validade das convenções probatórias</b> .....	132
<b>3.1.3. Do parâmetro de conformidade: o modelo constitucional de processo e suas características</b> .....	138
3.1.3.1. Da ordem, disciplina e interpretação do processo à luz da Constituição (art. 1º do CPC) .....	138
3.1.3.2. Convenções processuais probatórias e a disciplina constitucional do processo.....	140
3.1.3.3. Da inércia da jurisdição e impulso oficial (art. 2º do CPC): da conjugação entre princípio dispositivo, princípio do debate e a atuação do magistrado.....	140
3.1.3.4. Convenções processuais probatórias e o princípio dispositivo.....	144
3.1.3.5. Do Acesso à Justiça pela busca de uma solução adequada dos conflitos/concepção de Justiça Multiportas (art. 3º do CPC): do princípio da consensualidade.....	144
3.1.3.6. Convenções processuais probatórias e princípio da consensualidade.....	150
3.1.3.7. Da cooperação e boa-fé entre os sujeitos processuais (art. 5 e 6º do CPC).....	151
3.1.3.8. Convenções processuais probatórias, cooperação e boa-fé.....	158
3.1.3.9. Do núcleo do contraditório: paridade de armas, vedação a decisão surpresa e direito de influência nos pronunciamentos judiciais (art. 7º, 9º, 10 e 11 do CPC).....	158
3.1.3.10. Convenções processuais probatórias e contraditório.....	161
3.1.3.11. Das balizas para a aplicação do sistema normativo: fins sociais, exigência de bem comum, dignidade humana, proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência (art. 8º do CPC).....	162
3.1.3.12. Convenções processuais probatórias e vetores de aplicação do CPC.....	165
3.1.3.13. Dos trilhos para a fundamentação adequada das decisões judiciais (art. 11 e 489 do CPC) e do sistema de precedentes (art. 926 e 927 do CPC).....	165

3.1.3.14. Convenções processuais probatórias, fundamentação das decisões judiciais e precedentes.....	169
3.1.3.15. Do procedimento flexível.....	170
3.1.3.16. Convenções processuais probatórias e flexibilização procedimental.....	172
<b>3.2. DA LIMITAÇÃO OBJETIVA PARA AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS.....</b>	<b>172</b>
<b>3.2.1. Do parágrafo único do art. 190 do CPC e seus limites intrínsecos para as convenções probatórias.....</b>	<b>173</b>
3.2.1.1. Da inserção abusiva da convenção probatória em contrato de adesão.....	173
3.2.1.2. Da manifesta situação de vulnerabilidade de uma das partes.....	175
3.2.1.3. Colisão de vulnerabilidades.....	177
3.2.1.4. Da vulnerabilidade probatória (art. 373, § 3º do CPC).....	178
<b>3.2.2. Da insuficiência dos limites intrínsecos estabelecidos pelo art. 190 do CPC. Rol exemplificativo de invalidades e existência de limites extrínsecos.....</b>	<b>179</b>
<b>3.2.3. Dos limites extrínsecos para as convenções probatórias.....</b>	<b>180</b>
3.2.3.1. Panorama dos limites propostos pela doutrina.....	180
<b>3.2.4. Dos direitos e garantias fundamentais.....</b>	<b>186</b>
3.2.4.1. Justificação.....	186
3.2.4.2. Exemplos de direitos fundamentais materiais e processuais que limitam as convenções probatórias.....	188
3.2.4.3. Da ponderação entre os direitos fundamentais.....	191
<b>3.2.5. Da boa-fé e cooperação processual.....</b>	<b>192</b>
<b>3.2.6. Ordem pública.....</b>	<b>194</b>
<b>3.2.7. Reserva legal.....</b>	<b>199</b>
<b>3.2.8. Poderes-deveres e prerrogativas do magistrado na condução do processo.....</b>	<b>201</b>
<b>3.2.9. Administração Judiciária e sua eficiência e a vedação a externalidades indevidas a terceiros.....</b>	<b>206</b>
<b>3.2.10. Do adequado funcionamento do sistema de precedentes.....</b>	<b>209</b>
<b>3.2.11. Indisponibilidade do direito material subjacente na tutela coletiva e estrutural.....</b>	<b>211</b>
3.2.11.1. Definições e características.....	211
3.2.11.2. O problema do consentimento.....	215

3.2.11.3. Da indisponibilidade do direito subjacente como limite e da coisa julgada <i>secundum eventum probationis</i> como ponto de equilíbrio.....	217
<b>3.2.12. Limites temporais para as convenções probatórias.....</b>	<b>219</b>
3.3. DA ATUAÇÃO JUDICIAL NOS MOLDES DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 190 DO CPC.....	222
<b>3.3.1. Aspectos procedimentais.....</b>	<b>222</b>
<b>3.3.2. Regras preclusivas.....</b>	<b>223</b>
<b>3.3.3. Das contribuições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.....</b>	<b>223</b>
<b>3.3.4. Proposta de itinerário para o exame da validade das convenções probatórias.....</b>	<b>224</b>
3.3.4.1. Fomento à solução autocompositiva.....	225
3.3.4.2. Interpretação da convenção probatória.....	226
3.3.4.3. Conversão substancial do negócio jurídico processual nulo.....	229
3.3.4.4. Decisão sobre a invalidade.....	229
<b>CAPÍTULO 4. DAS CONVENÇÕES PROBATÓRIAS TÍPICAS E ATÍPICAS.....</b>	<b>233</b>
4.1. INTRODUÇÃO.....	233
4.2. DAS CONVENÇÕES PROBATÓRIAS TÍPICAS.....	234
<b>4.2.1. Do saneamento consensual (art. 357, § 2º do CPC/2015) como negócio processual típico indutivo.....</b>	<b>235</b>
<b>4.2.2. Do calendário processual (art. 191 do CPC) como ato conjunto.....</b>	<b>236</b>
<b>4.2.3. Da exclusão do documento no incidente de falsidade (art. 432, parágrafo único do CPC) como negócio jurídico-processual unilateral.....</b>	<b>237</b>
<b>4.2.4. Da convenção quanto ao adiamento de audiência (art. 362, I do CPC) .....</b>	<b>239</b>
<b>4.2.5. Da convenção quanto ao ônus da prova (art. 373, § 3º e 4º do CPC) .....</b>	<b>240</b>
<b>4.2.6. Da convenção processual de prova pericial simplificada (art. 464, § 2º do CPC) .....</b>	<b>243</b>
<b>4.2.7. Da convenção processual quanto à escolha do perito (art. 471 do CPC).....</b>	<b>245</b>
<b>4.2.8. Convenção quanto à autoria, integridade e armazenamento de documentos eletrônicos (Lei 13.874/19) e da utilização da tecnologia <i>blockchain</i>.....</b>	<b>248</b>

<b>4.2.9. Opção pelo “Juízo 100% Digital” (Resolução nº 345/2020 do Conselho Nacional de Justiça)</b> .....	249
<b>4.2.10. Convenção quanto à dispensa de confidencialidade dos meios de prova colhidos no procedimento de mediação (art. 30 da Lei 13.140/15) e sua extensão para os demais métodos adequados de solução de conflitos</b> .....	251
<b>4.2.11. Negócios de certificação/acertamento</b> .....	253
<b>4.3. POSSIBILIDADES DE CONVENÇÕES PROBATÓRIAS ATÍPICAS</b> .....	256
<b>4.3.1. Convenções sobre meios de prova</b> .....	256
4.3.1.1. Convenção sobre a admissão de meios de prova ilícitos.....	256
.....	256
4.3.1.2. Convenção sobre a utilização de carta psicografada no processo civil.....	258
.....	258
4.3.1.3. Convenção sobre a admissão ou inadmissão de meios de prova.....	259
.....	259
<b>4.3.2. Convenções sobre a atividade probatória</b> .....	260
4.3.2.1. Convenções processuais quanto à produção antecipada judicial ou extrajudicial da prova.....	260
4.3.2.2. Convenções processuais quanto à antecipação da produção da prova durante o processo.....	263
4.3.2.3. Convenções processuais quanto à alteração da ordem de produção dos meios de prova no processo.....	264
4.3.2.4. Convenções processuais sobre a prova pericial.....	264
4.3.2.5. Convenções processuais sobre a substituição da prova pericial por pareceres ou documentos elucidativos art. 510 c/c art. 427 do CPC).....	269
4.3.2.6. Convenções processuais sobre a prova oral e da audiência de instrução e julgamento.....	270
4.3.2.7. Convenções processuais sobre a prova documental.....	275
4.3.2.8. Convenções processuais sobre a inspeção judicial.....	279
4.3.2.9. Convenções processuais sobre a prova emprestada.....	280
4.3.2.10. Convenções processuais sobre <i>Dispute Boards</i> .....	283
4.3.2.11. Convenções processuais sobre a incorporação de regramentos arbitrais na atividade probatória do processo.....	285
4.3.2.12. Convenções processuais sobre os custos da atividade probatória e o <i>thirdy party litigation funding</i> .....	286

4.3.2.13. Convenções processuais sobre a valoração do acervo probatório.....	288
4.3.2.13.1. Convenções processuais quanto à amplitude da cognição judicial.....	289
4.3.2.13.2. Convenções processuais impositivas ou excludentes de sentidos decisórios.....	290
4.3.2.13.3. Convenções processuais quanto aos critérios de valoração dos meios de prova.....	291
4.3.2.14. Convenções processuais probatórias na tutela coletiva e estrutural.....	293
4.4 A CONTRIBUIÇÃO DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS PARA A TUTELA DOS DIREITOS PATRIMONIAIS E EXISTENCIAIS.....	294
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>295</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>300</b>



## INTRODUÇÃO

Esta dissertação aborda os limites objetivos para a celebração de convenções processuais probatórias no âmbito do processo civil e a sua aplicação para a tutela dos direitos existenciais e patrimoniais.

Na jurisdição estatal o processo é instaurado a partir do desacordo, fruto de controvérsias quanto à certeza ou adimplemento nas relações jurídicas entre os sujeitos parciais, que então optam por submetê-lo à tutela do Poder Judiciário, ao qual incumbe a função de dirimir os conflitos, mediante a aplicação das normas jurídicas, o que, conforme asseverado há décadas por José Carlos Barbosa Moreira<sup>1</sup>, pressupõe o adequado conhecimento dos fatos.

A dinâmica da prova abrange condutas simultâneas das partes e do juízo, sobre as quais nem sempre se sucede equilíbrio ou harmonia.

Assim, enquanto o objeto da prova se encontra inserido no âmbito processual a partir da liberdade das partes de apresentarem os fatos que compreendam serem relevantes para o suporte de suas postulações (naturalmente no propósito de que apenas estes sejam verificados), deste momento em diante a atividade probatória ganha impulso oficial.

Logo, a seleção dos meios de prova necessários ao julgamento do mérito, sua produção em conformidade com os regramentos específicos, valoração, dentro de um sistema de persuasão racional e a obtenção do estado de convicção quanto à adequada corroboração dos fatos, configuram atividades a cargo do Estado-Juiz em virtude do interesse público subjacente à adequação do seu resultado.

Se, conforme observado por Loïc Cadiet<sup>2</sup>, tradicionalmente a ideia de que as partes em litígio pactuem sobre a flexibilização do procedimento parece pouco crível, o que o fez questionar se a expressão acordo processual seria algo mais que uma expressão de oximoro ou

---

1 “Percebe-se que, se é função do juiz julgar, e julgar bem, e julgar com justiça, é sua função, por definição, aplicar normas jurídicas a fatos. E, para bem aplicar normas jurídicas a fatos, parece obviamente imprescindível conhecê-los bem, a esses fatos”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, vol.35/19984, p.178-184, jul./set./1984.

2 “El acuerdo procesal es algo más que un oxímoron? Podemos hacernos esta pregunta ya que la expresión "acuerdo procesal" como expresión más general de convención relativa al proceso, en la que el acuerdo procesal no es más que una variante, combina dos nociones que parecen oponerse en todo desde el primer momento, si se quiere definir el proceso como un desacuerdo”. CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia em Francia. *Civil Procedure Review*, v.3, n.3, pág.03-35, ago./dez./2012.

antítese, percebe-se que tal possibilidade encontra respaldo no nosso ordenamento e foi ampliada sobremaneira com o Código de Processo Civil de 2015, dentro de uma tendência de prestígio à consensualidade e tentativa de equilíbrio na distribuição de papéis entre os sujeitos processuais.

O interesse pelo estudo do tema surgiu da constatação de que, em virtude de suas peculiaridades, a matéria probatória é uma das mais desafiadoras no que tange à implementação da referida cultura de flexibilização convencional, visto que a extensão dos limites para tal ainda não é plenamente delineada, o que implica em insegurança jurídica, que conduz a uma instabilidade jurisprudencial e ao desestímulo à sua adoção.

Todavia, sabe-se que sua concretização tem o potencial de contribuir para o incremento de racionalidade e economia do Poder Judiciário, que conta com milhões de processos pendentes de julgamento.

A pesquisa foi realizada dentro da área de concentração *Justiça, Processo e Constituição do PPGDIR/UFES*, especificamente com a linha de pesquisa *Processo, Técnicas e Tutelas dos Direitos Existenciais e Patrimoniais*, que tem por objetivos gerais pesquisar as novas ondas do marco teórico correspondente ao constitucionalismo contemporâneo e analisar a sua influência na conformação do direito processual, de modo a garantir a tutela dos direitos através da prestação jurisdicional adequada e efetiva, e, por objetivos específicos, efetuar pesquisas que examinem o processo pelo gabarito constitucional e dos contornos peculiares do direito que deseja ser tutelado bem como estudar o comportamento dos atores processuais acerca das tutelas dos direitos existenciais e patrimoniais, tendo como superfície o sistema legal e as decisões dos Tribunais.

Busca-se por meio do presente trabalho investigar os contornos da liberdade das partes quanto à celebração de convenções processuais sobre mudanças no procedimento legal e disposição sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais em matéria probatória.

Dentro de tal desiderato, partindo-se da premissa de que a existência do instituto é uma realidade posta, e com vistas ao incremento de sua operabilidade, identificou-se a necessidade de solução para um problema essencial:

Quais os limites para o poder jurídico de convencionar sobre a prova no processo civil?

A partir do referido problema, foram estabelecidos três objetivos específicos:

1 – Averiguar os aspectos da prova passíveis de convenção processual

2 – Identificar os limites para o poder jurídico de convencionar sobre a prova, bem como seu caráter implícito ou explícito.

3 – Verificar quais as aplicações possíveis das convenções processuais probatórias na tutela dos direitos existenciais e patrimoniais.

Adotou-se como corte metodológico o exame das convenções sobre o plano da validade, visto que apresenta o maior desafio de concretização, excluindo-se o exame dos limites subjetivos das convenções probatórias, que reclamam uma investigação no plano da eficácia.

A partir da referida problematização, o tema foi desenvolvido em quatro capítulos.

No primeiro capítulo tratou-se de considerações iniciais que funcionaram como premissas do presente estudo, tais como o tratamento dispensado pelo sistema constitucional à liberdade, o regramento dos fatos jurídicos processuais, a concepção contemporânea de norma jurídica processual e o tratamento dispensado pelo sistema processual à liberdade de autorregramento das partes, tratando-se do conceito de convenções processuais, de seu trânsito nos planos da existência, validade e eficácia e o papel do juiz perante estas.

No segundo capítulo cuidou-se de examinar a conformação do direito probatório, a partir da identificação da natureza das normas sobre este e dos diversos sentidos e institutos do vocábulo *prova* e seu trânsito entre os planos do direito material e processual. Posteriormente, foi proposto um conceito de convenções probatórias e explorada sua classificação e pontos de tangência com a jurisdição arbitral.

Já no terceiro capítulo foram perscrutados os limites objetivos para as convenções probatórias, com o exame dos critérios de validade, as características do modelo de processo como parâmetro de conformação, o cotejo dos limites intrínsecos enunciados pelo parágrafo único do art. 190 do CPC e a investigação quanto à existência e delineamento de outros limites, a partir do modelo de processo vigente e do panorama doutrinário sobre a matéria, sendo propostas 08 espécies de limites que seriam inferíveis do sistema. Então, cuidou-se de examinar os contornos da atuação judicial no controle das convenções probatórias, propondo-se itinerário para a solução dos referidos conflitos.

Por fim, no quarto capítulo, buscou-se problematizar as convenções probatórias típicas e analisar as possibilidades de flexibilização atípica.

A pesquisa foi realizada através da leitura de suporte bibliográfico, consistente em

manuais, monografias, teses, dissertações e artigos de periódicos da doutrina nacional e estrangeira, bem como por levantamento e análise jurisprudencial mediante a utilização do repositório Lex Magister.

Contribuíram para as reflexões aqui trazidas os profícuos debates com professores e colegas durante o curso das matérias Reconfiguração Dos Institutos Processuais: Técnicas e Processos (PDIR-2010), Teoria da Norma Processual (PDIR-1002), Tutela Processual dos Direitos Patrimoniais (PDIR-0016), A Constitucionalização do Processo (PDIR-1003) e Justiça Multiportas e Inovação (PDIR-2042).

Foi possível observar que, sobretudo após o advento do Código de Processo Civil de 2015, a doutrina brasileira tem consolidado uma teoria geral sobre as convenções processuais e que os estudos avançaram para temáticas específicas, como a concernente à matéria probatória e que estas têm gradualmente sido adotadas pelos sujeitos processuais, fato que resultou em casuística de atuação pelos tribunais, que têm aplicado posicionamentos semelhantes na sua atuação de controle.

Desta forma, conquanto o delineamento do processo atualmente implica em um novo formato de interação entre os sujeitos processuais, que possibilita a substituição da postura de combate pelo consenso, ainda que quanto aos termos processuais<sup>3</sup>, o resultado final desta pesquisa demonstra que a prova, em uma miríade de aspectos, pode ser objeto de convenção processual válida e que as referidas têm o potencial de contribuir com a tutela dos direitos existenciais e patrimoniais em nosso Sistema de Justiça.

---

3 “Dessa forma, as partes devem, paulatinamente, assimilar a possibilidade de dispor sobre o objeto litigioso, mas também amadurecer para a perspectiva de otimização do procedimento, por meio de acordos sobre o modo de desenvolvimento do processo, em benefício da duração razoável do processo e da efetividade”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p.38.

## CAPÍTULO 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

### 1.1 PROCESSO CIVIL E LIBERDADE

A liberdade dos indivíduos é um dos vértices do sistema de direitos e garantias fundamentais e sua tutela figura como justificativa para a existência do Estado com conformação democrática<sup>4</sup>, recebendo especial proteção no texto da Constituição de 1988, no qual é erigida a diretriz fundamental do Estado Democrático em seu preâmbulo, representando, ademais, o propósito da construção de uma sociedade livre um dos objetivos da República (art. 3º, I) e integrando, em adendo, o rol de direitos fundamentais do *caput* do art. 5º.<sup>5</sup>

O texto constitucional trata com pormenores de diversas manifestações específicas, como a livre expressão de pensamento (art. 5º, LV), atividade intelectual, artística e de informação (art. 5º, IX), exercício de qualquer trabalho, desde que atendidas as qualificações e requisitos legais (art. 5º, XIII) e as liberdades específicas de crença (art. 5º, VI), associação para fins lícitos (art. 5º, XVII) e de ensino (art. 206, II), sendo, ademais, a livre iniciativa e concorrência, pilares da ordem econômica (art. 1º, IV e art. 170, *caput* e inciso IV).

Percebe-se que todos os aspectos da vida do indivíduo, em maior ou menor extensão, se encontram sob o crivo de um âmbito de *liberdades específicas*, cuja face contraposta é a faculdade deste, na qualidade de sujeito de direitos exercer, em variados níveis de amplitude, o poder de escolha e determinação, de modo que o sujeito de direitos é titular de uma *liberdade pessoal*, referente ao conjunto de todas as frações específicas, consistente em um

---

4 “O catálogo dos direitos fundamentais na Constituição consagra liberdades variadas e procura garanti-las por meio de diversas normas. Liberdade e igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais. As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da autorrealização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades. O Estado democrático se justifica como meio para que essas liberdades sejam guarnecidas e estimuladas – inclusive por meio de medidas que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais. O Estado democrático se justifica, também, como instância de solução de conflitos resultantes dessas liberdades”. MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.298.

5 “Destarte, o exercício da autonomia privada constitui um direito fundamental e pode ser externado de diversas formas e com diversos graus de liberdade, representando, em última análise, importante expressão da dignidade da pessoa humana, tendo como fonte primária a Constituição Federal”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. O poder de autorregramento da vontade no contexto da mediação e da conciliação. In: MARCATO, Ana. GALINDO, Beatriz. GÓES, Gisele Fernandes. BRAGA, Paula Sarno. APRIGLIANO, Ricardo. NOLASCO, Rita Dias. (org.) *Negócios processuais*. Coletânea mulheres no processo civil brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2017, p.569-588.

núcleo de emancipação individual denominado para os fins deste trabalho como poder de *autorregramento* ou autonomia privada à guisa de sinônimos.<sup>6</sup>

Conforme ilustrado por Francisco Cavalcanti Ponte de Miranda, enquanto a vida social se desenvolve por interesses em relações intersubjetivas, existe um campo de ação em que há um “espaço em branco” para a manifestação da liberdade dos indivíduos, visto que embora sob o prisma da relevância para o direito, estas não estão sujeitas a disciplina cogente, gozando, assim, de liberdade dentro das linhas traçadas.<sup>7</sup>

Se todos os campos da vida da pessoa devem ser submetidos, em maior ou menor grau, ao seu autorregramento, não causa surpresa que este se afigure presente também no processo, como ambiente público e democrático de solução de conflitos a cargo da Justiça Civil.

Decerto que a ausência de norma explícita quanto à liberdade do jurisdicionado não pode ser considerada como óbice ao seu reconhecimento, uma vez que esta é passível de inferência do sistema em sua integridade, extraída do devido processo legal como garantia no rol do art. 5º da Constituição de 1988, do qual emana o direito fundamental ao processo justo como modelo mínimo de conformação, submetido a constante evolução, variação e expansão.<sup>8</sup>

---

6 “No conteúdo eficaz do direito fundamental à liberdade está o direito ao autorregramento: o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente os seus interesses, de poder definir o que reputa melhor ou mais adequado para a sua existência; o direito de regular a própria existência, de construir o próprio caminho e de fazer escolhas. Autonomia privada ou autorregramento é um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana”. DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: *Ensaio sobre negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p.17-24.

7 “A vida social tece-se com interesses, em relações inter-humanas, que necessariamente ultrapassam e ficam aquém da esfera jurídica, isto é, da zona colorida em que a) os fatos se fazem jurídicos, b) relações nascidas independentemente do direito se tornam jurídicas e c) relações jurídicas, nascidas, portanto, no direito, se estabelecem. Vive-se em ambiente de contínua iniciativa particular, privada, ou em movimentos grupais, de multidão ou de massas. Os sistemas jurídicos apenas põem no seu mundo, dito mundo jurídico, parte dessa atividade humana. Ainda assim, não a prendem de todo; e deixam campo de ação em que a relevância jurídica não implique disciplinação rígida da vida em comum. Já aqui se pode caracterizar o que se passa, em verdade, com os atos humanos interiores ao campo de atividade, a que se chama de auto-regramento da vontade, “autonomia privada”, ou “autonomia da vontade”: é o espaço deixado às vontades, sem se repelirem do jurídico tais vontades. Enquanto, a respeito de outras matérias, o espaço deixado à vontade fica por fora do direito, sem relevância para o direito; aqui o espaço que se deixa à vontade é relevante para o direito. É interior, portanto, às linhas traçadas pelas regras jurídicas cogentes, como espaço em branco cercado pelas regras que o limitam.” MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo III, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.54-55.

8 “De forma absolutamente inovadora na ordem interna, a Constituição assevera que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art.5º, inciso LIV). Com isso institui o direito fundamental ao processo justo no direito brasileiro. Embora de inspiração estadunidense notória, sendo nítida a sua ligação com a V e XIV Emendas à Constituição dos Estados Unidos da América, certo é que a norma presente hoje nas principais constituições ocidentais, consagrada igualmente no plano internacional na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948, arts. 8º e 10), na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950, art. 6º), no Pacto Internacional relativo aos Direitos Cívicos e Políticos (1966, art.14) e na

Portanto, não obstante seu caráter público (melhor: justamente por este), identifica-se no ambiente processual um legítimo espaço de liberdade das partes quanto aos mais diversos aspectos, sendo-lhes lícito, conseqüentemente, desde que respeitados os limites legais, atuar livremente no exercício das faculdades e poderes processuais, praticando atos, submetendo ao Judiciário requerimentos em momento e teor de seu alvitre e até mesmo omitindo-se em determinados momentos, conforme entendam que assim o seja melhor para seus interesses.<sup>9</sup>

A evolução histórica do processo civil se estruturou a partir de distintas configurações de Estado e sistema de Justiça<sup>10</sup> e de marcos normativos, em um pêndulo entre o privatismo e o publicismo, conforme um caráter de maior ou menor intervenção na liberdade das partes, tendo em sua conformação contemporânea um papel de equilíbrio entre as atuações de todos os sujeitos processuais.<sup>11</sup>

Desta forma, é possível se alcançar, conforme observa Eduardo Oteiza, a harmonização do complexo conflito entre os valores de liberdade e igualdade na busca de uma solução justa, que encontra respaldo no desenho estrutural do sistema contemporâneo de direito processual e nos seus valores.<sup>12</sup>

---

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969, art. 8º). O direito ao fair trial, não por acaso, constitui a maior contribuição da Common Law para a civilidade do direito e hoje certamente representa o novo jus commune em matéria processual. O direito ao processo justo é o modelo mínimo de conformação do processo. Com rastro fundo na história e desconhecendo cada vez mais fronteiras, o direito ao processo justo é reconhecido pela doutrina como um modelo em expansão (tem o condão de conformar a atuação do legislador infraconstitucional), variável (pode assumir formas diversas, moldando-se às exigências do direito material e do caso concreto) e perfectibilizável (passível de aperfeiçoamento pelo legislador infraconstitucional)”. MITIDIERO, Daniel. A justiça civil no Brasil entre a constituição de 1988 e o código reformado. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. DE FARIA, Juliana Cordeiro. MARX NETO, Edgard Audomar. NORATO REZENDE, Ester Camila Gomes. (org.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.50-63.

- 9 A liberdade no âmbito do processo é reconhecida até por autores que defenderam uma concepção publicista: “O conteúdo dessa liberdade é representado pelo conjunto de faculdades de que as partes dispõem ao longo de todo o processo, qualquer que seja a espécie deste o tipo de procedimento. Sua medida é a medida das outras garantias constitucionais do processo, cuja efetivação depende da livre atuação dos litigantes – porque a liberdade das partes outra coisa não é senão a faculdade de desfrutar das oportunidades e dos benefícios oferecidos por aquelas. Respeitados os limites postos pela lei em harmonia com o sistema constitucional, cada uma das partes atuará como quiser e quando quiser, formulando pedidos e requerimentos na medida do que quiser e omitindo-se, se assim preferir, nos momentos em que entender de omitir-se. As manifestações da garantia constitucional da liberdade das partes transparecem ao longo de todo o processo, desde sua instauração e até que se extinga”. DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p.66-67.
- 10 A respeito confira-se: DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven, Yale University Press, 1986.
- 11 OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf)> Acesso em 23/dez/2021.
- 12 “Uno de los problemas de complejos para una filosofía de la justicia consiste en lograr un equilibrio entre las nociones de libertad e igualdad. Gargarella muestra como la teoría de la justicia de Rawls, de cunõ ciertamente liberal, ha sido cuestionada por Nozick por ser insuficientemente liberal y por Dworkin por ser insuficientemente igualitaria. En todas esas críticas está presente una mayor o menor fuerza em los

## 1.2. DA NORMA JURÍDICA PROCESSUAL

O direito processual tem seu regramento a partir de normas que indicam em função prescritiva a disciplina da relação jurídica processual e seus correlatos direitos e ônus<sup>13</sup> e sua relação com o plano do direito material sofreu modificações ao longo da evolução da ciência do processo e do sistema legislado.

### 1.2.1. Da concepção tradicional: caráter secundário, cogente e adstrito ao ambiente do processo jurisdicional

Como corolário da autonomia do processo, ao mesmo tempo em que guardam vínculos de instrumentalidade com as regras do direito material, as normas processuais têm atributos distintos.

Deveras, embora, conforme registrado por Ada Pellegrini Grinover seria o processo dotado de uma *instrumentalidade finalística*, pois guardaria como desiderato a concretização do direito material, e uma *instrumentalidade metodológica*, em que a construção do processo e procedimento adequados se dariam a partir do estudo das características dos conflitos existentes no plano do direito material, tal, todavia, não tem o condão de aproximar, quanto às características, a norma material e processual.<sup>14</sup>

Enquanto as normas de direito material ou de conduta têm caráter *primário*, visto que enunciam disposições sobre as relações entre pessoas e grupos e os conflitos de interesses ocorrentes na sociedade, regulamentando de maneira direta as faculdades, ônus, poderes e deveres dos indivíduos a partir do que lhes é imposto, facultado ou vedado, as normas de direito processual guardam caráter *secundário*, uma vez que não tratam diretamente da atuação dos indivíduos.

---

terminos de la conjugación de los principios de libertad e igualdad. Ninguna de ellas ya sostiene que el libertad puede ignorar el problema de la igualdad, busca solamente encontrar alternativas em donde la autonomía de la voluntad posera una cierta preponderancia. El proceso civil al ser instrumental a esos principios tambien debe cuidar su armonización. El juez em la búsqueda de una solución justa debe prestar atención a la marcha del proceso a los efectos de resguardar la libertad y al mesmo tiempo permitir nivelar desigualdades”. OTEIZA, Eduardo. El juez ante la tensión entre libertad e igualdad. In: ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. (coord.). DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.354.

13 GOLDSCHMIDT, James. *Teoria geral do processo*. trad. Mauro Fonseca Andrade, Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p.40-61.

14 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p.16-34.



Assim, as normas processuais cuidam eminentemente da estruturação do processo como método de solução de crises jurídicas e criação de normas concretas, regendo a organização judiciária, os poderes e deveres processuais e o procedimento, do que dimana a afirmação da doutrina tradicional de que “as normas jurídicas materiais constituem o critério de julgar, de modo que, não sendo observadas caracterizar-se-á um *error in iudicando*; as processuais consistem em parâmetros para o proceder, de maneira que uma vez desobedecidas, ter-se-á um *error in procedendo*”.<sup>15</sup>

Ademais, dentro da concepção tradicional, as normas processuais se sujeitam ao regramento de direito público e apresentam caráter cogente, sendo inderrogáveis pela vontade dos sujeitos.<sup>16</sup>

Por fim, dada sua vinculação à função jurisdicional, dentro da aludida concepção, as normas processuais estariam adstritas ao processo judicial, não tendo fundamento para sua aplicação fora da seara do Poder Judiciário, na qual caberia apenas a regulamentação das normas adjetivas.

### **1.2.2. Da concepção contemporânea: possibilidade de atuação primária, disponibilidade regrada e aplicabilidade extrajudicial**

A visão em epígrafe não corresponde integralmente às características da norma processual, visto que o atual estágio do sistema processual indica uma conformação mais ampla.

Inicialmente, em contraposição ao caráter estritamente secundário, é possível se afirmar que na configuração do direito processual suas normas também têm potencial de atuação em caráter *primário*.

Deveras, como regra de procedimento, certamente a norma processual pode ser empregada como critério de julgamento, para pretensões de mérito ou de caráter incidental em que sua violação figura como causa de pedir, como, por exemplo, em ação rescisória fundada na incompetência do juízo.<sup>17</sup>

---

15 DINAMARCO, Cândido Rangel. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p.139-141. Neste sentido também: LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 15ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p.138.

16 WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v.1., 18ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.44

17 BRAGA, Paula Sarno. Natureza das normas sobre prova: suas repercussões na eficácia da lei no tempo e no espaço. In: DIDIER JR., Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique. GOUVEIA FILHO, Roberto. (coord.). *Pontes de Miranda e o processo*. Salvador: JusPodivm, 2021, p.624-628.

Ademais, a análise do processo sob a perspectiva dos direitos fundamentais implica na constatação de que, embora distintos, os planos do direito processual e material não são propriamente estanques.<sup>18</sup>

Além disso, o caráter absolutamente cogente das normas processuais tem sido questionado pela doutrina, visto que a premissa de integrarem o direito público não mais se revela absoluta, comportando distintos graus de imperatividade.<sup>19</sup>

Nesta senda, dada a permeabilidade do sistema processual contemporâneo às soluções autocompositivas ou heterocompositivas fora do processo jurisdicional a estas também se aplica o direito processual, do que se identifica um fenômeno de *materialização do processo*.

Percebe-se assim a existência de uma convergência coaxial entre direito e processo e a superação do caráter estritamente secundário das normas processuais, que passam a ter franco potencial de aplicação na seara extrajudicial. Conforme asseverado por Antonio do Passo Cabral.<sup>20</sup>

Normas materiais e processuais não necessariamente se diferenciam como antes se procurava fazer. A secundariedade das regras processuais deve ser questionada à luz da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais prévios. Penso que, atualmente, ambos os tipos de norma podem se misturar na correção de requisitos e pressupostos e também interagem ao

18 Com o entendimento de que a referida interação se dá dentro de planos circulares: “Nesse sentido, o processo na sua perspectiva constitucional, abarcando o conceito de princípios, regras e postulados, deve atuar para a realização dos direitos fundamentais e não pode ficar restrito, maneteado, por uma compreensão do direito. Continuarão existindo dois planos distintos, direito processual e direito material, porém a aceitação dessa divisão não implica torná-los estanques, antes improbá-los pelo ‘nexo de finalidade’ que une o instrumento ao objeto sobre o qual labora. Da mesma maneira que a música produzida pelo instrumento de quem lê a partitura se torna viva, o direito objetivo, interpretado no processo, reproduz no ordenamento jurídico um novo direito. Tal é a teoria circular dos planos”. ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.213-214

19 “Na realidade a clássica distinção entre direito público e direito privado, baseada na natureza do interesse protegido, nem sempre é suficiente para esclarecer o problema, pois ‘mesmo as normas consideradas públicas objetivam regular a conduta dos cidadãos, resolvendo-se, assim, na proteção de interesses individuais. Por outro lado, as regras consideradas de direito privado são colocadas em vigor por razões de interesse público, tanto que são protegidas pelo Estado. Não é, pois, a natureza individual ou coletiva do interesse protegido que caracteriza o interesse direito como público ou privado’. [...] A maior ou menor imperatividade da norma processual determinará se ela é cogente ou dispositiva. Em se tratando de regra com imperatividade absoluta, em que as partes, ainda que de comum acordo, não tenham qualquer poder de alteração, estar-se-á diante de norma cogente. Ao contrário, se se tratar de regra portadora de uma imperatividade relativa e, portanto, passível de ser modificada pela vontade das partes, a norma é dispositiva”. GIANNICO, Maricé. *A prova no Código Civil: natureza jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.171-172.

20 CABRAL, Antonio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. *Civil Procedure Review*, vol.12, n.2, p.69-102, mai./ago./2021.

produzirem incentivos de condutas e mecanismos de autotutela. Normas processuais, portanto, passam a cumprir função primária de condicionamento dos comportamentos humanos, mesmo fora do Judiciário. [...] A relação contemporânea entre direito e processo assume uma configuração coaxial. São eixos convergentes e podem atuar em conjunto transformando as situações processuais e o próprio procedimento, dentro e fora do processo jurisdicional, moldando tanto a regulação primária quanto a regulação secundária.

Desta maneira, é possível concluir que a cogência das normas processuais não mais se apresenta como absoluta, visto que a relação de mútua comunicação entre as facetas processual e material das normas e a sua justificativa na medida em que atende à concretização dos direitos, o processo civil contemporâneo se encontra mais permeável possibilidade de os sujeitos da relação material influenciarem na forma de seu desenvolvimento.<sup>21</sup>

### **1.2.3. Da arquitetura de escolhas e a norma processual como fonte de incentivo ao comportamento dos sujeitos do processo**

Adotada no âmbito da ciência do processo nos últimos anos, mormente ante a relevância da alocação eficiente de recursos limitados para a melhor satisfação dos integrantes da sociedade e do papel das determinações advindas de sua seara para tal, a Análise Econômica do Direito tende a contribuir com o aporte do método científico e das premissas da Ciência Econômica para o desenvolvimento do pensamento jurídico, dentro do qual se insere a constatação de que os sujeitos do processo se comportam de forma a atender da melhor maneira possível os seus interesses, reagindo a incentivos externos.<sup>22</sup>

Nesta toada, a partir da constatação em epígrafe e fundado no caráter de coordenação do direito, constata-se que as normas jurídicas estabelecem, ainda que de maneira implícita, incentivos para que determinados comportamentos valorados de maneira negativa ou positiva sejam evitados ou exercidos, o que também é uma realidade no âmbito do processo.

21 “O raciocínio desenvolvido serve à compreensão da necessidade de superar a ideia de um processo formado eminentemente por normas cogentes, indisponíveis pela vontade das partes. Ora, se os princípios processuais inseridos na Constituição consagram direitos fundamentais processuais, tais direitos, ao mesmo tempo que regem o legislador na construção de normas para um procedimento básico, instituem situações jurídicas subjetivas aptas a serem dispostas pelas partes. Assim, o exercício pleno do contraditório dependerá não somente das regras procedimentais previstas na legislação, mas também de um processo de adaptação do procedimento de acordo com cada caso concreto posto ao conhecimento da jurisdição”. AVELINO, Murilo Teixeira. Normas processuais e normas materiais: uma dicotomia enfraquecida. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. MAZZEI, Rodrigo. (coord.). *Direito civil*. Coleção repercussões do Novo CPC, v.14. Salvador: JusPodivm, 2017, p.68.

22 FUX, Luiz. BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.01-16. Com profundo estudo sobre a matéria, confira-se: WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.163-229.

Conforme Rafael Sirangelo Abreu:<sup>23</sup>

Inevitavelmente, o processo civil é formatado por meio de incentivos que buscam direcionar comportamentos, mediante as tipologias tradicionais ligadas à lógica deontica. Tradicionalmente, compreende-se o direito processual como o terreno dos ônus e dos deveres, que gravam a todos os que participam do fenômeno. Há, entretanto, um espaço bastante fértil para que, compreendendo a Justiça Civil como um grande ambiente de escolhas, possa se promover o processo de uma arquitetura institucional aderente à proposta da *choice architecture*. Em síntese, é possível – e inclusive recomendável – que se utilize a arquitetura institucional-processual como um bom espaço para a arquitetura de escolhas, incorporando-se as suas técnicas na conformação dos contextos de ação pelo legislador, pelo juiz e pelas partes na tarefa de customizar o processo às especificidades da causa.

Portanto, as normas processuais guardam aptidão para a formulação de incentivos para a adoção de comportamentos pelos sujeitos, com o escopo de conferir-lhe racionalidade e aprimoramento.

### 1.3. DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

#### 1.3.1. Dos fatos jurídicos

O direito enquanto fenômeno humano é indissociável da linguagem, visto que é por meio desta que tem sua manifestação no plano empírico, valendo-se para tal da semântica e da hermenêutica<sup>24</sup>, figurando, ademais, como ferramenta de trabalho dos seus operadores para a identificação, valoração e reconstrução das enunciações a fatos e comportamentos humanos, textos normativos, precedentes e até escritos doutrinários.<sup>25</sup>

Sendo o homem um ser cultural, sua visão de mundo é construída a partir da utilização da linguagem, que contempla a relação tríade entre a parte material dos objetos, apreendida por meio de nossos sentidos (suporte físico), a representação atribuída pelo sujeito (significado) e o conceito extraído desta representação (significação), do que emana o conceito de signo como unidade de significação e comunicação.<sup>26</sup>

---

23 ABREU, Rafael Sirangelo de. *Incentivos processuais: economia comportamental e nudges no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.131.

24 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.07.

25 PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.21.

26 “No âmbito do direito esta situação fica ainda mais clara, leis prescrevem “conceitos” e “termos” jurídicos, na sua linguagem técnica – muitas vezes imprecisa – e, nos foros, diferentes aplicadores vão lentamente atribuindo diferentes sentidos às expressões. Uma mesma palavra, assim, passa a ter diferentes significados

A partir da constatação de que a linguagem se apresenta com independência e sobreposição à realidade física, os signos correspondem a convenções dos sujeitos para a representação de objetos e institutos, à luz de elementos exteriorizados (suportes fáticos), dentre os quais, aqueles dotados de natureza jurídica, que são selecionados e qualificados por meio de uma imputação normativa<sup>27</sup>, de modo a serem os fatos jurídicos o “resultado da incidência da linguagem normativa sobre a linguagem da realidade social”.<sup>28</sup>

De outro lado, a relevância dos elementos linguísticos do suporte fático da norma não se cinge à qualificação dos fatos como jurídicos, estendendo-se aos elementos complementares, cujo afastamento enseja uma deficiência que pode culminar com sua invalidade ou ineficácia.<sup>29</sup>

Portanto, os fatos jurídicos são produtos da incidência da norma sobre suporte fático, que separa o mundo dos fatos do mundo jurídico e todos os aspectos tangentes a sua existência e aplicação reclamam a utilização da linguagem como fator de construção, interpretação e valoração de fatos, condutas e enunciados.

---

em diferentes contextos ou, em muitos casos, num mesmo contexto jurídico, gerando graves problemas de comunicação, transvestidos em supostos debates a respeito da “natureza jurídica” das coisas. Dois interlocutores falam coisas distintas que têm o mesmo nome e acreditam poder – validamente – opor argumentos e vencer o debate, assim falsamente acreditam travarem debates doutrinários de alta profundidade”. MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: JusPodivm, 2014, p.17.

27 SENRA, Alexandre. *A coisa julgada no código de processo civil de 2015: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos*. Dissertação. Mestrado em Direito Processual Civil – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, 2016, p.24-25.

28 MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2006, p.134-135.

29 “Um fato jurídico (portanto, já no plano da existência) pode ser válido e eficaz, válido e ineficaz, inválido e eficaz, inválido e ineficaz. Essas combinações são possíveis porque a norma jurídica contém, no seu suporte fático (hipótese normativa abstrata), elementos que, presentes ou ausentes, determinam o trânsito do fato jurídico em cada um dos três planos (existência, validade e eficácia). Disso decorre a importância de se identificar os elementos do suporte fático da norma jurídica, pois somente assim será possível saber a sorte do fato jurídico em cada um dos planos. O elemento mais importante do suporte fático de qualquer fato jurídico é o núcleo, porque nele está o mínimo necessário para que o fato exista juridicamente. [...] No suporte fático, contudo, há também elementos cuja ausência interfere no ingresso do fato jurídico (que já existe, já está no plano da existência. São os elementos complementares, cuja ausência gera a invalidade ou ineficácia do fato jurídico. O suporte fático composto sem elemento complementar é considerado deficiente. O fato jurídico existe, mas não passará pelo plano de validade ou eficácia; será, por isso, inválido ou ineficaz (ou ambos). Existem, por último, elementos integrativos do suporte fático, cuja ausência implica a ineficácia de certos fatos jurídicos”. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.41-42.

### 1.3.2. Dos fatos jurídicos processuais

A definição de fatos jurídicos processuais é objeto de divergência doutrinária, dada a adoção de quatro marcos para tal desiderato: para a primeira corrente, fundada no critério do ambiente de produção de efeitos, assim seriam os fatos aptos à produção de efeitos no processo. Para a segunda, com lastro no elemento subjetivo, aqueles em que figuram como partes os sujeitos processuais. Já para a terceira, com enfoque no ambiente de celebração, os atos praticados no processo e, por fim, para a quarta, que conjuga os elementos subjetivo e local, os atos praticados no procedimento por qualquer dos sujeitos processuais.<sup>30</sup>

Entende-se que o conceito de fatos processuais deve levar em consideração *a norma de suporte fático* e a *potencialidade de produção de efeitos*, como oriundas da norma processual, sendo irrelevante seu local (se praticado dentro ou fora do ambiente processual) ou sujeitos (se somente partes do processo ou terceiros), de modo que o universo de *fatos processuais* não se cinge aos *atos processuais*. sendo integrado, ademais, pelos fenômenos da natureza e condutas destituídas de vontade.<sup>31</sup>

Exige-se, de outro lado, uma contemporaneidade entre os fatos jurídicos e o procedimento referente (que não deve ser necessariamente uma concomitância), com a incidência da norma processual, tratando-se de “eventos, abrangendo manifestações de vontade, condutas e fenômenos da natureza, contemporâneos a um procedimento a que se refiram, descritos em normas jurídicas processuais”.<sup>32</sup>

Os fatos jurídicos processuais figuram como “antecedentes de normas secundárias, viabilizando as relações jurídicas processuais”, de modo que “ao final do processo, com a decisão judicial, será constituído um novo fato jurídico, desta vez material (civil, penal, tributário, etc.), correspondente à norma jurídica primária concreta (geral ou individual) introduzida pelo órgão julgador (linguagem competente) no sistema.”.<sup>33</sup>

30 DIDIER JR., Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p.31. Em sentido distinto, com proposta específica quanto às convenções processuais da adoção de critério concernente aos efeitos eleitos para o acordo: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.74-78. Em posição que adota o critério do ambiente de celebração, confira-se: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções em matéria processual. *Revista de Processo*, vol.241/2015, p.489-516, mar./2015 e MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *Revista de Processo*, vol.33/1984, p.182-191, jan./mar./1984.

31 DIDIER JR., Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p.33 – 34.

32 DIDIER JR., Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p.33 – 34.

33 REZENDE, Priscilla Correa Gonçalves de. A petição inicial como fato jurídico processual. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, v. 114, p. 239-252, abr./jun. 2021.

Dentro do aludido conceito estão inseridos fatos jurídicos ocorridos fora do ambiente processual, mas que neste passam a produzir efeitos a partir do momento em que são integrados à sua relação jurídica, bem como os atos emanados do plano do direito material, que poderão influir no processo em virtude de sua própria natureza ou por opção dos contraentes.

Admite-se com Paula Sarno Braga que dentro do aludido conceito se situam não apenas atos, mas também fatos e que existem fatos jurídicos processuais em sentido lato, conceito que compreende aqueles que são objeto de juridicização pela norma processual, apresentam capacidade para produzirem efeitos dentro do processo.<sup>34</sup>

Assim sendo, a partir da distinção entre licitude (conformidade com o direito) e juridicidade (aptidão para a produção de efeitos), certo é também que os atos ilícitos ensejam repercussão na seara processual, tendo, conforme classificação de Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, caráter *indenizativo* (quando ensejam o dever de indenizar como, v.g, na litigância de má-fê), *invalidante* (quando eivam um ato jurídico e conduzem a seu desfazimento), *autorizante* (quando possibilitam, em contraposição, a outro sujeito processual a prática de determinada conduta, como, por exemplo, a ordem de arrombamento na hipótese de obstáculo à atuação do oficial de justiça em atos constritivos) e *caducificante* (quando implicam na preclusão para a prática de determinados atos).<sup>35</sup>

É possível concluir então que não apenas os atos lícitos surtem efeitos na esfera processual.

Entende-se, desta forma, ser extenso o conceito de fatos jurídicos processuais como aqueles que, juridicizados pela incidência de norma processual (ainda que em contrariedade a esta), e advindos de dentro do procedimento (intraprocessuais) ou mesmo de fora deste (extraprocessuais), apresentam a aptidão para produzirem efeitos dentro do processo.

---

34 BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 148, p.293-320, jun./2007. Em sentido contrário: PASSOS, Joaquim José Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 43 ss. e MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, p. 14.

35 DIDIER JR., Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p.66-68. Essa tendência foi abarcada recentemente o Superior Tribunal de Justiça reconheceu nos autos do Recurso Especial 1.817.845 a ocorrência de ilícito processual indenizante no abuso do direito processual de demandar, por meio do ajuizamento de pretensões desprovidas de fundamentação, e maculadas por frivolidade e temeridade (*Resp. 1817845/MS*, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10/10/2019, DJE 17/10/2019).

## 1.4. DA LIBERDADE DE AUTORREGRAMENTO NO PARADIGMA DO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

### 1.4.1. Do modelo constitucional de processo

Conceitua-se modelo como “a forma de representação simplificada de um fenômeno real, através da enunciação de seus elementos relevantes, sob um prisma descritivo”.<sup>36</sup>, sendo investido da aptidão de diferenciar o mesmo instituto a partir de marcos temporais e espaciais.

Entretanto, o estudo dos modelos processuais se revela uma tarefa complexa, pois sua qualificação não se cinge ao direito positivo de determinado Estado, sendo permeada por aspectos relacionados ao poder e os valores que tangenciam os métodos de resolução de disputas.<sup>37</sup>

A configuração de um modelo processual se relaciona com uma diversidade de elementos integrativos, como o ordenamento jurídico (sobretudo a Constituição Federal), o estado do pensamento doutrinário e a configuração dada pelo direito positivo aos institutos jurídicos, sendo, ademais, influenciada pela miríade de valores identificados na sociedade em que se encontra inserido.<sup>38</sup>

Desta forma, a representação de um objeto tão extenso e complexo como o sistema processual civil por meio de apenas um elemento revela-se uma tarefa complexa.

Parte da doutrina tem atribuído ao processo civil contemporâneo a natureza de um *modelo cooperativo*, fruto do redimensionamento dos papéis das partes e juiz em caráter assimétrico.<sup>39</sup>

Contudo, não obstante a relevância da referida interação para o dinamismo da relação entre os sujeitos processuais, a ser objeto de aprofundamento adiante, a cooperação processual não se revela idônea para sintetizar o processo em um arquétipo, tampouco o

---

36 ALVES, Tatiana Machado. *Gerenciamento processual no novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2019, p.44-46.

37 RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p.117.

38 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vl., 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.284-300.

39 Registra-se neste sentido: MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro. *Revista do Advogado*, n 126, p.47-52, 2015, DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, vol. 198/2011, p.213-226, ago./2011, THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016 e MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.



fazem as classificações quanto à distribuição de papéis, sobre ser o modelo vigente publicista ou (neo) privatista, simétrico ou assimétrico.

Nesta ordem de ideias, ao tratar da sistematização histórica do processo, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Quinaud Pedrón propõem um corte a partir dos grandes paradigmas jurídico estatais, que funcionam dentro de um Estado de Direito como horizontes interpretativos do sistema processual.<sup>40</sup>

A referida sugestão se coaduna com a natureza eminentemente pública (não necessariamente publicista) do direito processual e com sua complexidade, sendo inquestionável, que, sob a égide de um Estado Democrático de Direito a partir da Constituição de 1988, tratar-se esta do principal paradigma jurídico estatal.

Razão assiste a Trícia Navarro Xavier Cabral quando identifica no texto constitucional (e plêiade de características) o modelo mais próximo à representação do processo civil contemporâneo, gizando que este foi integralmente pautado em sua axiologia, concluindo que “o modelo de processo civil que mais se identifica com as transformações legislativas em torno da disciplina é o constitucional, composto por normas e valores que objetivam cumprir os preceitos estabelecidos na própria Constituição”.<sup>41</sup>

Conforme registro de José Carlos Barbosa Moreira, é perceptível a mudança de paradigma trazido pela Constituição Federal de 1988 para o processo civil ante a inédita preocupação com as garantias processuais das partes na Justiça Civil, uma vez que as cartas que a antecederam tinham tal alcance restrito ao processo penal. Observa-se como exemplos a previsão de inafastabilidade de controle judicial de simples ameaça a direito individual ou coletivo, o princípio do juiz natural, o devido processo legal e correlatos contraditório e ampla defesa, a vedação à admissão de provas ilícitas e a publicidade dos atos processuais.<sup>42</sup>

40 “Ao invés de pensar a história como uma linha, a mesma é tomada como uma sequência de paradigmas dentro dos quais determinadas “certezas” estão assentadas e, quando tais deixam o pano de fundo para serem questionadas, o paradigma entra em crise e é substituído por outro que tenta dar respostas às questões não revolvidas por seu antecessor – e, igualmente, gera novas certezas não questionadas que, eventualmente, entrarão em colisão com novas questões, o que gerará nova crise e nova reconstrução paradigmática”. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre. Pedron, Flávio Quinaud. *Teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2020, p.82-83.

41 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p.20-21.

42 “Com efeito, nenhuma das nossas anteriores cartas políticas havia mostrado igual preocupação com as garantias das partes: se a elas se referiam, era em regra com alcance restrito ao território do processo penal. Nesses diplomas, nada se encontrava de comparável ao elenco ora disperso, às vezes até com alguma redundância, por tantos incisos do art. 5.º. Aí se consagram em termos expressos, além da inafastabilidade do controle judicial - estendida, aliás, à simples “ameaça a direito”, individual ou coletivo (inc. XXXV; confira-se a rubrica do capítulo) -, o princípio do juiz natural (incs. XXVII e LIII), o do “devido processo legal” (inc. LIV), o do “contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (inciso LV), o da inadmissibilidade das provas ilicitamente obtidas (inc. LVI), o da publicidade dos atos processuais (inc. LX), o da assistência aos necessitados (inc. LXXIV). Relação imponente, à qual é oportuno

Desta forma, a Carta de 1988 encerra a matriz do direito fundamental ao processo justo, estruturado a partir da eficácia dos direitos fundamentais, tanto no plano institucional do Sistema de Justiça (Judiciário e funções essenciais), quanto do formalismo intrínseco do processo<sup>43</sup>, engendrando-se nas formas, ritos, poderes, deveres e faculdades dos sujeitos processuais e na ordem do procedimento.

A posição de supremacia da Constituição Federal implica na força vinculante que exorbita o caráter formal, referente à compatibilidade, vista sob os prismas da recepção e da constitucionalidade das normas infraconstitucionais, já que estabelece uma matriz (unidade argumentativa) apta a coibir os excessos dos poderes constituídos e garantir sua normatividade e, por consequência, dos direitos fundamentais agasalhados.

Isso reverbera sobre o direito processual, destinado precipuamente à regulamentação da garantia constitucional de justiça contida no texto constitucional.<sup>44</sup>

Preocupa-se, ademais, com o tempo do processo, a partir do inciso LXXVIII do seu art. 5º inserido pelo constituinte reformador através EC 45/2004, que enuncia um legítimo módulo constitucional da tempestividade, composto pelos princípios da celeridade; razoável duração do processo e tempestividade sob o prisma estrutural.<sup>45</sup>

Portanto “revela-se inviável compreender o processo sem, antes, buscar seus fundamentos de validade – formal e material – na lei fundamental”<sup>46</sup>, de modo a se falar acertadamente em um *modelo constitucional* de processo.

---

acrescentar a obrigatoriedade, sancionada no art. 93, inc. IX, da motivação de todas as decisões do Poder Judiciário. Desse conjunto de disposições emerge o "garantismo" como um dogma fundamental do direito pátrio, solenemente proclamado no mais alto nível normativo". MOREIRA, José Carlos Barbosa. Miradas sobre o processo civil contemporâneo. *Revista de Processo*, vol.79/1995, p.142-153, jul.-set./1995.

43 “O formalismo, ou forma em sentido amplo, não se confunde com a forma do ato processual individualmente considerado. Diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a definição dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento. O formalismo processual contém, portanto, a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da UFRGS*, nº26, 2006, p.59-87.

44 ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.06-07.

45 SOUSA, José Augusto Garcia de. *A tempestividade da justiça no processo civil brasileiro: repercussão no sistema, desenho constitucional e dimensão conflituosa*. Salvador: JusPodivm, 2020, p.238-284.

46 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz. NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.662-684.

A CF/88 é complementada no referido paradigma pelo Código de Processo Civil vigente (Lei 13.105/2015), que incorporou com nitidez os preceitos constitucionais como propósito e meio de atuação, instrumentalizando, de outro lado, a concretização dos direitos fundamentais por meio da solução adequada dos conflitos, buscada incessantemente a partir de valores como justiça, igualdade, participação, efetividade e segurança, convolado em um “método de realização da justiça material através da supremacia de valores com assento constitucional”.<sup>47</sup>

Em franca contraposição aos diplomas pretéritos, que já iniciavam a disciplina do direito processual ao tratar da jurisdição, o CPC tem seu início, dentro da parte geral, por um capítulo que enuncia as normas fundamentais, seguindo uma linha de técnica legislativa identificada nas legislações francesa, inglesa e portuguesa.<sup>48</sup>

Tal opção implica no deslocamento de uma perspectiva unilateral e estatal do processo civil (fundada na jurisdição) para uma de natureza plural e que se revela “capaz de conjugar as diferentes visões que marcam todos aqueles que participam do processo”<sup>49</sup> conquanto compromisso da Justiça Civil.

Lado outro, certo é que o Livro I do diploma processual, que não encerra taxativamente em seus doze artigos o rol de normas fundamentais, que podem ser identificadas ao longo de todo o texto.<sup>50</sup>

---

47 PORTO, Sérgio Gilberto. *Processo civil contemporâneo: elementos, ideologia e perspectivas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p.22-24.

48 “Se olharmos a ZPO alemã de 1877, e para o Codice di Procedura Civile italiano, de 1942, perceberemos que em ambos os casos o legislador principia tratando da jurisdição: a ZPO dedica o seu § 1º à competência material dos tribunais (*sachliche Zuständigkeit*), ao passo que o Codice alude em seu art.1º à jurisdição (*giurisdizione dei giudici ordinari*). Se, porém, saltarmos no tempo, veremos que o Nouveau Code de Procédure Civile francês, de 1975, não inicia da mesma maneira: ele começa enunciando princípios diretores do processo (*principes directeurs du procès*, arts.1º a 24). se dermos mais um passo, no fim de “fechamos” (RHEE, 2007, p.623) os Novecentos em termos de legislação processual civil, veremos que o legislador inglês, em 1997 inicia declinando qual o seu objetivo principal (*overriding objective*, Rule 1.1.). Nosso Novo Código de Processo Civil (CPC) segue nesse particular último caminho: desde o início o legislador entorna normas fundamentais que servem para densificar o direito ao processo justo previsto na Constituição (art.5º, inciso LIV) e dar as linhas-mestras que o estruturam”. MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro. *Revista do Advogado*, n 126, p.47-52, 2015.

49 TARUFFO, Michele. MITIDIERO, Daniel. *A Justiça Civil: da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2018, p.476-477.

50 Neste sentido o Enunciado 369 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: (arts. 1º a 12) O rol de normas fundamentais previsto no Capítulo I do Título Único do Livro I da Parte Geral do CPC não é exaustivo. (Grupo: Normas fundamentais)

As normas fundamentais contemplam regras e princípios<sup>51</sup> que almejam a concretização no plano infraconstitucional da garantia do devido processo contida na Constituição<sup>52</sup> através do transporte para o Código de disposições, sendo que algumas inéditas e outras simples reprodução no plano infraconstitucional disposições da Constituição de 1988, e, portanto, revestidas de caráter eminentemente didático na interpretação e aplicação do direito processual.

Portanto, os contornos da liberdade no processo somente podem ser compreendidos a partir da conjugação entre a Constituição Federal e o Código de Processo Civil de 2015, sobretudo quanto a suas normas fundamentais e institutos correlatos, na que medida estes influem na liberdade dos sujeitos processuais.

#### **1.4.2. Da conformação da liberdade no modelo constitucional de processo**

Tecidas estas considerações sobre os aspectos no processo contemporâneo, cumpre verificar em que moldes se dá a manifestação da liberdade dos sujeitos processuais.

Para tal desiderato, inicialmente será investigada a natureza principiológica da tutela de tal autonomia.

##### **1.4.2.1. Do respeito à liberdade das partes como princípio de porte implícito**

Entrementes, não se pode olvidar que o sentido das normas é objeto de construção por meio de ato de interpretação, apto a revelar seu enunciado normativo, dentro do qual se inclui a natureza de regra ou princípio, situada, conforme alerta trazido por Marcelo Neves, “não no plano do significante, mas no do significado”.<sup>53</sup>

Descortina-se o problema a partir da concepção diferenciadora heurística trazida por Humberto Ávila, que entende que dada a possibilidade de extração a partir do mesmo

---

51 “Tais normas fundamentais podem ser princípios ou regras. Há, por exemplo, a previsão do princípio da duração razoável do processo (CPC, art. 4º). Por outro lado, há a previsão da regra do respeito à ordem cronológica de conclusão (CPC, art.12). Há, enfim, regras e princípios. Todos são normas jurídicas. Alguns dispositivos do novo CPC consistem em reprodução de enunciados da Constituição Federal (assim, por exemplo, os seus arts. 3º e 11)”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Normas fundamentais no novo CPC brasileiro. In: SILVA, João Calvão da. CUNHA, Leonardo Carneiro da. CAPELO, Maria José. THOMAZ, Osvir Guimarães (org.). *Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*. São Paulo: Forense, 2017, p.89-138.

52 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A constitucionalização do novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre. (coord.). *Normas fundamentais. Coleção grandes temas do novo CPC*, Salvador: JusPodivm, 2016, p.59-74.

53 NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p.05.

dispositivo legal, de regras, princípios e/ou até postulados, resta inviável antecipar por completo sua significação normativa e propõe que a referida diferenciação deve-se dar a partir de um modelo de hipótese provisória, fundado nas características semânticas, sem prejuízo da atividade reconstrutiva dos conteúdos em momento posterior.<sup>54</sup>

Nesta ordem de ideias, os princípios consistem em “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção”, sendo, portanto, transferida a intencionalidade dos fins para os meios, de modo que a norma principiológica elege um estado de coisas ideal e implica no dever de adoção dos comportamentos necessários à sua realização.<sup>55</sup>

A concretização do direito por meio da inevitável interpretação dos enunciados normativos reclama um procedimento realista, moderado e responsável<sup>56</sup>, sendo, dentro de tais balizas, inferível o caráter (potencialmente) principiológico da tutela da liberdade no modelo contemporâneo de processo.

Deveras, conforme verificado, o processo na atualidade não mais se preocupa com o estabelecimento de protagonistas, sendo buscado um estado de equilíbrio entre as atividades desempenhadas pelo magistrado e pelas partes.

Ademais, sob a égide do CPC, o referido instrumento sofre influência constitucional em sua ordem, disciplina e interpretação, sendo balizado por valores na busca incessante da solução adequada dos litígios por métodos consensuais ou adjudicatórios nos quais se desenvolva um efetivo debate e fundamentação adequada, dentro de um ambiente de cooperação e boa-fé, com espaços de oralidade e possibilidade de flexibilização do procedimento, inclusive, convencionalmente.

---

54 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p.92-94.

55 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p.102-103.

56 “A interpretação é (a) realista, em razão da premissa de que texto e norma não se confundem e de que a decisão se um caso é simples ou complexo, é já uma escolha. (b) moderada, pois sabe ser necessária a revisão de toda a legislação, a literatura jurídica e os demais precedentes aplicáveis ao caso sob análise (atividade tendencialmente cognitiva do intérprete); (c) responsável, porque a interpretação é comprometida com a racionalidade e a universalização, sendo aplicáveis a casos análogos e futuros, o que responsabiliza os órgãos de decisão que assumem o compromisso de manter a estabilidade, coerência e integridade do ordenamento jurídico”. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p.155-156 e 307.

Esta diretriz é complementada pelo art. 3º da Lei 13.874/19, que assevera o direito de toda pessoa natural ou jurídica de gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, com prestígio à preservação do ato de autonomia privada.<sup>57</sup>

Percebe-se que o sistema na contemporaneidade sinaliza que a liberdade no processo contemporâneo é a “palavra de ordem”<sup>58</sup>, sendo inferível a norma principiológica que indica o respeito ao autorregramento das partes como norte no processo contemporâneo.

Portanto, sem embargo do entendimento doutrinário em sentido oposto<sup>59</sup>, verifica-se que assiste razão a Fredie Didier Jr.<sup>60</sup> quanto ao reconhecimento da natureza de princípio implícito do respeito à liberdade das partes (visto no conceito de autorregramento), do qual emana um estado ideal de que estas se encontram investidas nas faculdades de acordar o que lhe aprouver (negociação), criar novos modelos negociais que atendam aos seus interesses (criação), estabelecer o conteúdo dos negócios jurídicos (estipulação) e optar livremente por celebrá-los ou não (vinculação) e que devem ser respeitadas no ambiente do processo democrático.<sup>61</sup>

Daí decorre o postulado correlato do *in dubio pro libertate*, cuja amplitude é objeto de relevante controvérsia doutrinária.

Inicialmente, para Antonio do Passo Cabral<sup>62</sup>, o referido postulado implica em uma prevalência normativa para o ato de liberdade convencional, sendo pressuposta sua validade,

---

57 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v.1, 22ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.492.

58 LIPIANI, Júlia. SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre mediação e conciliação. In: ZANETI JR., Hermes. CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. Coleção grandes temas do novo CPC. v. 09. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.141.

59 Helder Moroni Câmara anota: “Contudo, não nos parece que o CPC/2015 trouxe para o mundo um novo princípio, especialmente este que se pretende denominar de princípio do autorregramento, mormente caso se pretenda extrair o princípio da letra do art. 3º e parágrafos. [...] Desse modo, autorregramento nada mais é que respeito à autonomia da vontade, mas dito de um modo diferente. E não há dúvidas de que, mesmo antes do CPC/2015, a autonomia da vontade já era respeitada dentro dos limites do âmbito no qual manifestada, tal como hoje deve ser igualmente entendido: mudar o nomen não altera o objeto de estudo”. CÂMARA, Helder Moroni. *Negócios jurídicos processuais: condições, elementos e limites*. São Paulo: Almedina, 2018, p.103. Também: PERES, Pedro Quintaes. *A justa decisão como limite de validade dos negócios jurídicos processuais probatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p.98-103.

60 DIDIER JUNIOR, Fredie Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p.17.

61 Acompanham tal entendimento: BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: JusPodivm, 2016, p.187-188. FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios processuais no modelo constitucional de processo*. Salvador: JusPodivm, 2016, p.102-103. Neste sentido também se posicionam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini que identificam a liberdade em face da jurisdição, contida de feição negocial como princípio do sistema contemporâneo de processo espraiado ao longo de diversos momentos e técnicas: WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, vol.01, 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.82-83.

62 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.181.

o que implica, conforme Pedro Henrique Nogueira<sup>63</sup> em um dever negativo de interferência nas soluções arranjadas pelas partes, a atuação judicial no controle dos atos consensuais, o que implica em uma preferência do sistema por estes em detrimento da norma legislada.

Já Trícia Navarro Xavier Cabral<sup>64</sup> defende amplitude reduzida para o referido postulado ao entendimento de que embora o legislador tenha aprimorado e incentivado a consensualidade dentro e fora do processo, o ambiente de natureza pública que ainda se verifica neste não permite a sobreposição do ato de liberdade ao procedimento legal, cingindo-se o *in dubio pro libertate* a um critério de interpretação dos atos de disposição no sentido de que o magistrado deve primar por sua validade e eficácia em detrimento da pronúncia de invalidades.

Percebe-se que a distinção entre as duas posições se apresenta, em termos práticos, em uma maior ou menor extensão do *ônus argumentativo* que cabe ao magistrado por ocasião do controle dos atos de liberdade processual, sendo acertada a primeira, visto que efetivamente se infere do fomento do sistema normativo à consensualidade e da permeabilidade do procedimento à flexibilização uma diretriz prioritária da norma convencional, o que, todavia, não a torna indene a um estrito controle judicial, tampouco conduza a uma privatização do processo.

Portanto, o princípio em apreço representa a instrumentalização do microsistema legal de proteção ao livre exercício da vontade no processo civil<sup>65</sup> e figura como norte essencial para o desenvolvimento de todas as relações entre o Poder Judiciário e demais sujeitos do processo em um delicado equilíbrio de papéis e titularidades entre os atores da Justiça Civil.

---

63 NOGUEIRA, Pedro Henrique. Gestão da execução por meio de negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol.286/2018, p.325-342, dez/2018.

64 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p.138-139.

65 “Assim, o CPC/15 instituiu um verdadeiro microsistema legal de proteção ao livre exercício da vontade no processo civil, com normas relativas a diferentes institutos que se adequam à ideia de liberdade procedimental, podendo-se citar, exemplificadamente, três: a) o estímulo à autocomposição; b) os negócios processuais típicos e a cláusula geral de negociação processual (negócios processuais atípicos); e c) os saneamentos compartilhado e negociado. “. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. In: *Podem as partes convencionar sobre a atividade probatória do juiz?*, 2017, disponível em < [https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/485490334/podem-as-partes-convencionar-sobre-a-atividade-probatoria -do-juiz](https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/485490334/podem-as-partes-convencionar-sobre-a-atividade-probatoria-do-juiz) >, acesso em 17/out/2021.

#### 1.4.2.2. Da manifestação da liberdade: dos atos de disposição processual das partes

A liberdade das partes no âmbito do processo deve ser manifestada em equilíbrio entre sua autonomia e a manutenção da imparcialidade do juízo e segurança jurídica e se opera por meio de atos de disposição.<sup>66</sup>

Nesta linha, é pertinente o registro trazido por Trícia Navarro Xavier Cabral<sup>67</sup> quanto à amplitude do gênero, que contempla atos unilaterais e plurilaterais; comissivos ou omissivos; praticados pelas partes, pelos auxiliares do juízo e pelo próprio magistrado; que têm por objeto os direitos materiais passíveis de autocomposição, o ato processual ou o procedimento e os direitos, ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Adotando-se como recorte o objeto de estudo, concernente aos atos de titularidade das partes, identifica-se a possibilidade de sua divisão no que concerne ao âmbito de liberdade, em atos de disponibilidade quanto à demanda e os fatos, quanto ao resultado do processo (direito tutelado) e quanto ao processo em sentido estrito.

#### 1.4.2.3. Dos atos de disponibilidade quanto à demanda e o aporte fático

A manifestação mais tradicional e corriqueira da liberdade das partes<sup>68</sup> reside na disponibilidade quanto à opção por buscar a tutela do Poder Judiciário, tanto por meio da instauração de uma relação processual (pedido inicial), quanto pela ampliação dos limites objetivos de uma relação já instaurada ante a dedução de outras pretensões (v.g, reconvenção; formulação de pedido em ação dúplice, denúncia da lide ou oposição), a qual tem por eixo fundamental o correlato limite da inércia da jurisdição.

---

66 LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 149-150.

67 “Os atos de disposição processual consistem no exercício da liberdade dentro do processo, por meio de condutas omissivas ou comissivas que indicam uma manifestação de vontade do sujeito processual e objetivam uma consequência para o processo. [...] Por objeto do ato de disposição têm-se as situações jurídicas dos sujeitos processuais no processo, que podem ter conteúdo material ou processual. Em outros termos, os atos de disposição processual podem ter como objeto questões de direito material ou questões de direito processual. Assim, os atos de disposição das partes podem se referir a: a) direitos materiais (que admitam autocomposição); b) ato ou procedimento; e c) direitos, ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p.49-65.

68 “Ao menos na teoria, a inércia jurisdicional na instauração do processo é amplamente respeitada nos mais diversos ordenamentos jurídicos, sejam eles libertate, sejam autoritários. Até mesmo Códigos de Processo redigidos com a declarada intenção de restringir o princípio dispositivo preservaram a inércia jurisdicional”. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 149.



Assim, ante a disposição de que a função jurisdicional não se instaura ou amplia senão por provocação da parte interessada (art. 2º do CPC) e que a matéria proposta representa limite à atuação do Estado-Juiz (art. 141 do CPC), o sistema estabelece gama quase infinita de atos comissivos ou omissivos de disponibilidade processual no que tange a quais pretensões serão ou não submetidas à apreciação do Judiciário.

Ampla é a disponibilidade do pedido a ser deduzido, de maneira isolada ou em cumulação própria (simples ou sucessiva) ou imprópria (eventual ou alternativa)<sup>69</sup>, devendo ser interpretado a partir do conjunto da postulação e sob o prisma do princípio da boa-fé (art. 322, §2º do CPC), todavia, refratário a resultados que impliquem na extensão do seu objeto ou que o infiram de atos distintos das postulações.<sup>70</sup>

Igualmente, à exceção das hipóteses legais, como quanto aos juros legais, correção monetária e verba sucumbencial<sup>71</sup> e, a teor do § 1º do art. 322 do CPC, das prestações periódicas vincendas, o sistema processual não admite pedidos implícitos fundados no que poderia ter sido postulado e não o foi.

---

69 “Pedido (do latim *petitum*), no âmbito do processo civil, constitui vocábulo técnico designativo da pretensão do demandante. Não é possível conceber-se uma ação judicial sem a especificação do pedido, visto ser esse um de seus elementos estruturais. Para dar início ao processo de conhecimento, cumpre, pois, ao autor provocar a jurisdição solicitando uma determinada espécie de provimento (pedido imediato), para tutelar um bem jurídico (pedido mediato). A providência jurisdicional que vem então reclamada, quando acolhida, redonda em uma sentença que, dependendo do tipo de demanda proposta, será meramente declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva, mas (em tese) sempre útil ao autor. Anote-se que a petição inicial deve conter, como exigência formal mínima, além da explícita referência às partes, a indicação da causa de pedir e do pedido. Assim, basta por exemplo que o autor descreva a relação locatícia e a ulterior falta de pagamento (causa petendi remota e próxima) e extraia desse contexto fático-jurídico a consequência prevista na lei, qual seja, o despejo do imóvel alugado. É evidente que a complexidade dos episódios da vida relevantes para o direito, em certas ocasiões, reflete no plano do processo. Desse modo, nada obsta que uma única pretensão venha escudada em vários fatos e fundamentos jurídicos. Normalmente, um único pedido singulariza uma única demanda. Trata-se, nesse caso, de pedido simples, como, por exemplo, a condenação à restituição do bem reivindicado; a rescisão do contrato de mandato...No entanto, norteadas pelos imperativos da economia processual e da harmonia de julgados, inúmeras legislações autorizam a cumulação de pedidos em uma mesma demanda”. TUCCI, José Rogério Cruz e. Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol.786/2001, p.57-67, abr./2001.

70 “A inércia é rompida com a demanda, e apenas com a demanda (inicial, reconvenção, denunciação da lide etc.); depois disso, todos os atos praticados pelas partes devem ser voltados àquilo que foi pleiteado pelo demandante. O mérito não pode ficar a mercê de alterações involuntárias ao longo do processo, sob pena de transformar o processo civil, cuja missão é a “organização da ordem”, em anarquia”. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 175.

71 Neste sentido decidiu a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça que “Os honorários advocatícios, não obstante disciplinados pelo direito processual, decorrem de pedido expresso, ou implícito, de uma parte contra o seu oponente no processo e, portanto, formam um capítulo de mérito da sentença, embora acessório e dependente”. Resp. 1113175/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Corte Especial, julgado em 24/05/2012, DJE 07/08/2012.

De outro giro, ante o caráter excepcional do litisconsórcio necessário, em regra, a liberdade dos litigantes também se estende à opção sobre os integrantes dos polos da relação processual.

No mais, verifica-se a disponibilidade no que tange aos fatos essenciais para a apreciação do processo (fatos primários) e cuja inserção neste se encontra vedada ao órgão julgador, ainda que revestidos de notoriedade.<sup>72</sup>

Isto posto, tem-se que em todo ato postulatório há uma margem de opção sobre o teor das postulações, as partes integrantes da relação processual e os fatos ensejadores do pedido o que enseja, implicitamente, em ato de disponibilidade não apenas do que foi submetido à apreciação nos autos, mas, sobretudo, do que foi voluntariamente excluído a partir da conduta do sujeito processual.

#### 1.4.2.4. Dos atos de disponibilidade quanto ao resultado do processo

Outra manifestação da liberdade das partes com implicação no processo se refere aos atos que culminam com disponibilidade do seu resultado e tanto podem dizer respeito à aquiescência com a solução adjudicada, quanto à construção de uma solução consensual para o litígio judicializado.

Identificam-se atos de disponibilidade de tal natureza naqueles que contemplam aceitação tácita ou expressa do pronunciamento judicial, na desistência da demanda, composição do litígio, renúncia à pretensão e reconhecimento do pedido.

---

72 “As partes podem introduzir no processo, mediante alegações deduzidas no momento oportuno, fatos primários ou fatos secundários. São primários os fatos essenciais ao processo, assim considerados porque deles decorre diretamente a procedência do pedido ou a improcedência do pedido: são, portanto, fatos jurídicos que produzem consequências jurídicas. Toda causa de pedir é um fato essencial ao processo, pois é nela que se vai buscar a consequência jurídica pelo demandante. Se a causa de pedir não for demonstrada, então não há como acolher a pretensão deduzida. Também são fatos primários os introduzidos pelo demandado como defesa indireta de mérito, i.e, os fatos extintivos, impeditivos e modificativos do “direito” do demandante. São secundários fatos não essenciais ao processo (“fatos simples”), mas que podem ser determinantes ao julgamento do mérito ao gerar uma presunção de que os fatos primários ocorreram como foram narrados pela parte. Por isso, os fatos secundários são também considerados fatos indiciários, que embora não demonstrem diretamente a legitimidade ou ilegitimidade da pretensão deduzida inicialmente, fazem crer que os fatos primários são verdadeiros. [...] A classificação dos fatos em primários e secundários é importante porque eles obedecem a diferentes regimes de disponibilidade. Fatos primários são disponíveis e sobre eles incide a estrita regra da correlação entre os fatos alegados pelas partes e a motivação da decisão judicial; salvo quando se tratar de questão de ordem pública que impeça o acolhimento do pedido, fatos primários não podem ser introduzidos no processo por iniciativa judicial nem mesmo se forem notórios. Fatos secundários podem ser introduzidos de ofício em determinadas hipóteses”. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 273-275.

O acatamento da decisão judicial pode decorrer de atos comissivos, como manifestações unilaterais ou bilaterais, quanto de atos omissivos, como a não interposição de recurso contra sua a integralidade ou partes específicas (art. 1.000 do CPC) e guarda nítida ligação com sua decomposição em *capítulos* e projetada pela extensão do efeito devolutivo dos recursos.<sup>73</sup>

Dessa forma, conquanto seja a competência do órgão recursal instaurada e delimitada pelo efeito devolutivo dos recursos (art. 1.013 do CPC), se situa na esfera de liberdade das partes a opção por buscar ou não a obtenção de outro pronunciamento em revisão ou invalidação ao primevo, e em qual extensão, por meio de uma outra pretensão (agora denominada recursal) vinculada em seus limites horizontais, ao quanto deduzido.<sup>74</sup>

Assenta-se, ademais, dentro de tal margem, as faculdades de renunciar ao direito de recorrer (art. 999 do CPC), bem como de desistir do recurso aviado (art. 998) sem embargo da análise da matéria de fundo quando afetada à formação de precedente e inoponível ao recurso<sup>75</sup>, não dependendo da concordância dos outros sujeitos processuais ou do implemento de termo ou condição.<sup>76</sup>

73 “Definem-se, portanto, os capítulos de sentença, diante do direito positivo brasileiro e dessas considerações, como unidades autônomas do decisório da sentença. É no isolamento dos diversos segmentos decisórios que residem critérios aptos a orientar diretamente a solução dos diversos problemas já arrolados quer no tocante aos recursos, quer em todas as demais áreas de relevância, já indicadas. Não é adequado falar em sentença com um capítulo, só como às vezes se vê na doutrina. A sentença que não fosse portadora de duas ou mais decisões seria um todo unitário, sem divisão alguma em “capítulos”. Capítulo é porção, parte, parcela, segmento, ou seja, a unidade decorrente de uma divisão. É muito difícil conceber uma sentença sem mais de um capítulo, porque sempre há algo a ser decidido também quanto ao reembolso de despesas ou aos honorários se sucumbência (ainda que para negá-los); mas em uma decisão interlocutória essa unicidade é plenamente configurável (negar uma medida urgente, e nada mais)”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.36.

74 “A extensão é verificada em perspectiva horizontal, relacionada ao objeto da decisão recorrida, donde se conclui que a decisão do tribunal poderá cobrir área igual ou menor do que submetida à cognição do juiz *a quo*. [...] No que tange à profundidade, são vislumbrados os fundamentos e as questões analisadas ou mesmo que poderiam ser analisados pelo juízo a quo para a apreciação da pretensão versada”. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.345-346.

75 “A função das Cortes Supremas - do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça - não é de controle, mas de interpretação. A função é prospectiva e não propriamente retrospectiva. Daí a razão pela qual os seus julgados têm eficácia de precedente (arts. 926 e 927, CPC). Assim, o recurso extraordinário e o recurso especial funcionam como meios pelos quais essas Cortes possuem a oportunidade de analisar questões jurídicas controversas a fim de outorgar unidade ao direito. E por essa razão que o art. 998, parágrafo único, CPC, permite que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça se pronunciem sobre questões recursais ainda que a parte tenha desistido do recurso. Nesse caso, obviamente que a pronúncia da Corte não poderá alcançar o recurso da parte. Servirá, porém, para outorgar unidade ao direito, valendo como precedente”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. comentários ao art. 998, p.1077.

76 THAMAY, Rennan Farias Krügger. RODRIGUES, Rafael Ribeiro. Algumas reflexões sobre o efeito translativo: entre o CPC/73 e o CPC/2015. In: MACÊDO, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. (org.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Coleção novo CPC doutrina selecionada. v.6. Salvador: JusPodivm, 2016, p.709-725.

Lado outro, a liberdade em estudo é expressa por meio das faculdades processuais de requerer a desistência do processo (art. 485, VIII e §4º do CPC), postular a execução (art. 775, I e II do CPC), renunciar à pretensão principal ou reconvenção (art. 487, III, “c” do CPC) e de reconhecer a procedência do pedido (art. 487, III “b” do CPC).

Por fim, manifesta-se a liberdade das partes de convencionarem quanto ao resultado do processo de maneira não adjudicatória, construindo a solução do litígio de forma autocompositiva, prestigiada em diversos aspectos pelo Código de Processo Civil vigente.<sup>77</sup>

#### 1.4.2.5. Dos atos de disponibilidade processual em sentido estrito

Por derradeiro, apresenta-se a liberdade processual em seu sentido estrito, que concerne não ao direito substantivo, objeto de conflito levado à apreciação do Judiciário, mas ao método destinado à sua solução.<sup>78</sup>

Conforme conceito trazido por Rodrigo Ramina de Lucca, disponibilidade processual *strictu sensu* consiste na “possibilidade que as partes têm de dispor sobre suas posições e faculdades processuais, e do procedimento estabelecido em lei, tomando as decisões que lhe parecerem mais acertadas à defesa de seus interesses.”<sup>79</sup>

Sua manifestação se dá mediante uma diversidade de atos unilaterais e plurilaterais, merecendo especial relevo o objeto do presente estudo, quais sejam as convenções processuais.

#### 1.4.2.6. Das convenções processuais

##### 1.4.2.6.1. Definição

Pela disponibilidade do procedimento, manifestada em diversos espaços em que o CPC previu que a vontade conjunta das partes pode alterar os contornos do procedimento, tem-se as convenções processuais.

---

77 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p.78-81.

78 “A grande peculiaridade deste novo tipo de negócio que surge no cenário nacional é que ele não visa solucionar o conflito em si, isto é, não versa sobre o direito substantivo das partes. Ao contrário, esse acordo negocial visa, tão somente, por meio da autonomia posta à disposição das partes devidamente reconhecida pela cláusula geral do art.190 do CPC/15 (LGL\2015\1656), regulamentar o próprio método de solução daquele conflito, ou seja, os moldes em que será exercida a jurisdição”. SILVESTRE, Gilberto Fachetti. NEVES, Guilherme Valli de Moraes. Negócio jurídico: um conceito histórico revitalizado pelo novo código de processo civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, vol.75/2017, p.81-113, mar.2017.

79 LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 331.

Identifica-se na doutrina, como fruto do recente interesse científico no tema, a adoção de diversos critérios distintos empregados para a definição de convenções processuais, concernentes, conforme panorama trazido por Antonio do Passo Cabral<sup>80</sup>, ao menos em quatro elementos: ambiente de celebração, sujeitos celebrantes, regramento jurídico e efeitos produzidos.

Inicialmente no que concerne ao critério do *ambiente de celebração* (necessidade de tê-lo sido no processo), verifica-se que, tal como os fatos processuais em sentido lato, as convenções prescindem de terem sido formalizadas dentro da relação processual para sua configuração, sendo possível sê-lo em ambiente extrajudicial, motivo pelo qual tal critério não se presta à definição do instituto em epígrafe.

De igual sorte, pelas mesmas razões em que se admite convenções em momento anterior à existência do processo, revela-se inadequada a adoção do critério *subjetivo*, a vincular seu conceito aos atos firmados pelas partes, uma vez que neste momento seria incerta a existência do processo e, com relevo, ante a própria margem de opção decorrente do princípio dispositivo, se os celebrantes viriam a integrar este, adquirindo a qualidade de partes.<sup>81</sup>

Lado outro, o critério *da norma aplicada* à disciplina também não se revela idôneo, pois se refere à qualificação da norma e não do acordo em si, que pode ter objeto amplo e inclusive híbrido entre disposições de caráter material e processual.

Desta forma, é de se convir que a qualificação da convenção processual advém da sua *aptidão para produzir efeitos na seara processual* a partir do consentimento das partes, que se encontram investidas de capacidade negocial tendente a promover criação, modificação ou extinção de situações jurídicas referenciadas a um processo contemporâneo, e não necessariamente simultâneo.<sup>82</sup>

Este elemento volitivo é qualificado com acerto por Júlio Guilherme Müller como uma *vontade negocial* e implica na consciência dos convenientes de que a vontade manifestada se revela apta à produção de efeitos, independente da aquiescência ou intervenção de terceiros (mesmo do juízo), de modo que sem tal “não há negócio jurídico, mas sim ato jurídico em

---

80 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.74-90.

81 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.78.

82 DIDIER JR., Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2 ed. Salvador, JusPodivm, 2013, p.34.

sentido estrito a depender, necessariamente, do acoplamento de outra vontade para produzir efeitos por si só”.<sup>83</sup>

As convenções configuram atos processuais *causativos*, que se revelam aptos à imediata produção de efeitos, dispensando prévia decisão judicial<sup>84</sup>, o que implica, em linha de princípio, na realização de controle posterior, que não impede sua eficácia imediata, ressalvados os casos de exigência legal, conforme o art. 200 do CPC.<sup>85</sup>

Assim, é possível definir que as convenções processuais são negócios jurídicos de natureza pluripessoal, por meio dos quais, antes ou durante a litispendência e com produção de efeitos, os sujeitos em potencial do processo dispõem sobre a criação, modificação e extinção de situações jurídicas referentes ao processo, aí incluída a possibilidade de redesenho da estrutura do procedimento e que contam com eficácia imediata enquanto não declaradas inválidas pelo juízo.

1.4.2.6.2. Da disciplina no sistema vigente: o art. 190 do CPC como cláusula geral de convencionalidade processual

Conforme já pontuado, o paradigma brasileiro encerra um modelo de processo submetido à Constituição Federal de 1988, que adveio durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, sofreu diversas reformas e foi substituído pelo Código de 2015, contudo as convenções não representam propriamente uma novidade do novo diploma.

O registro histórico trazido por Lorena Miranda dos Santos Barreiros noticia a existência de manifestações de convenções sobre matéria processual desde a Constituição do Império de 1824, cujo art. 160 contemplava a possibilidade de instituição de arbitragem, com pacto de não interposição de recurso face a decisão, disposição também contida no

---

83 MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.43

84 “Existem atos processuais de parte que por si sós dão causa a uma situação jurídica nova, sem a dependência de futuros julgamentos. Assim são os atos dispositivos em geral, como a desistência da apelação interposta ou a renúncia ao direito de apelar (CPC, arts. 998-999), cada um deles suficiente em si mesmo para produzir desde logo o efeito que lhe é próprio (no caso, a irrecorribilidade da sentença – coisa julgada). Esses atos dizem-se causativos porque, rigorosamente, dão causa ao efeito programado pelo agente. São muito menos numerosos e menos frequentes na vida do processo, justamente porque a conduta ordinária de cada uma das partes consiste em buscar situações mais vantajosas, não dispor delas. [...] Em sentido conceitualmente oposto aos atos causativos, estão os indutivos, que não produzem por si sós o resultado desejado, mas simplesmente abrem caminho para sua obtenção, sendo alguns deles indispensáveis. Eles induzem e não causam o resultado proposto pela agente”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v.2., 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.570-571.

85 Art.200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.

Regulamento 737 e no Código de Processo Civil de 1939, no qual os litisconsortes podiam convencionar sobre a divisão do tempo para os debates orais e admitia-se a escolha consensual de agrimensor para ação de divisão e demarcação de terras e opção convencional do procedimento de liquidação da sentença.<sup>86</sup>

Ademais, sob a égide do CPC/1973, malgrado respeitáveis entendimentos em sentido contrário<sup>87</sup>, identificava-se uma plêiade de espaços típicos para convenção das partes, como, por exemplo, na eleição de foro (art. 111), redução ou prorrogação de prazos dilatatórios (art. 181), suspensão do processo (art. 265, II), instituição de convenção de arbitragem (art. 267, VII), distribuição do ônus da prova (art. 333, parágrafo único) e adiamento de audiência (art. 453, I).

Defende nessa linha parte da doutrina inclusive que as convenções de natureza atípica encontrariam lastro normativo no art. 158 do CPC/73 (hoje art. 200 do CPC/2015), ao definir os atos das partes como declarações unilaterais ou bilaterais de vontade e investi-los de aptidão imediata para a produção de efeitos.<sup>88</sup>

86 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e o Poder Público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p.108-110.

87 “O processo em si mesmo não é um contrato ou negócio jurídico e em seu âmbito inexistente o primado da autonomia da vontade: a lei permite a alteração de certos comandos jurídicos por ato voluntário das partes mas não lhes deixa margem para o auto-regramento que é inerente aos negócios jurídicos. A escolha voluntária não vai além de se direcionar em um sentido ou em outro, sem liberdade para construir o conteúdo específico de cada um dos atos realizados” [...] “Os efeitos dos atos processuais são sempre os que resultam da lei e não necessariamente da vontade”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 02, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.469. Neste sentido também: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, vol.1, 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.232-232.

88 “É, no mínimo, questionável a asserção de que o CPC/2015 instituiu o princípio da autonomia ou do autorregramento da vontade no processo. Instituiu mesmo? No regime do CPC/1973, já não deve haver respeito à autonomia da vontade no processo? As características que se têm apontado para defender a criação, pelo CPC/2015, do princípio da autonomia ou do autorregramento da vontade no processo – tais como: o incentivo à autocomposição; a delimitação do objeto litigioso do processo pela vontade das partes; a previsão de um significativo número de negócios processuais típicos; a positivação do princípio da cooperação e a previsão de uma cláusula geral de negociação processual – já estão todas presentes, embora que com menor nitidez, no sistema processual do CPC/1973, iluminado pela CF/1988. Aliás, o art. 158 do CPC/1973 já estabelece 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”. Além disso, afigura-se uma contradição em termos falar-se de ato processual, sem se atribuir relevância à vontade, afinal, esta é o elemento nuclear do suporte fático dos atos jurídicos lato sensu, dentre os quais se encontram (i) o ato jurídico stricto sensu (inclusive o ato processual) e (ii) o negócio jurídico (inclusive o negócio jurídico processual). Pode-se contra-argumentar que no CPC/1973 não havia uma cláusula geral de negociação processual,4 como a do art. 190 do CPC/2015. Contudo, não se pode olvidar que é plenamente possível a realização de negócios jurídicos processuais atípicos, na vigência do CPC/1973, e a doutrina apresenta fartos exemplos desses negócios. O que não se pode é negociar onde o CPC/1973 impõe vedação (v.g., negociar quanto aos prazos peremptórios – art. 181 do CPC/1973), o que, ao ver deste articulista, também não é possível diante do CPC/2015.5 Por exemplo, mesmo diante da cláusula geral de negociação processual (art. 190 do CPC/2015), as partes não poderão negociar para alterar a causa de pedir e/ou o pedido, após o saneamento do processo, uma vez que tal negócio encontra vedação no art. 329, II, do CPC/2015. Ou seja, o que muda do CPC/1973 para o CPC/2015 é apenas a área de abrangência das normas

Entretanto, percebe-se que o Código de Processo Civil de 2015, no que doutrinariamente se vislumbra como quebra do paradigma publicista<sup>89</sup>, trouxe como traço característico a valorização do consenso inferível não apenas de suas normas fundamentais já perscrutadas, mas pela ampliação de convenções processuais típicas e, com especial relevo, pela destinação de dispositivo específico quanto ao poder de regramento atípico.

É inegável que a cultura das convenções processuais é uma das apostas do novo diploma, fato que contribuiu decisivamente para o interesse acadêmico e profissional pelo instituto ao longo dos últimos anos.

Assim, o poder de disposição das partes sobre a matéria processual é inferível do modelo de processo constitucional e da busca pela solução adequada dos conflitos e se concretiza no âmbito do CPC, que preservou e ampliou o rol típico de espaços de consenso entre as partes<sup>90</sup>, incorporando, em dispositivo até então inédito, o referido poder de flexibilização atípica e enunciando estritos parâmetros para seu controle.<sup>91</sup>

---

cogentes (proibitivas ou impositivas) – que se afiguram como um limite geral de validade dos negócios jurídicos –, que é sobremaneira reduzido por disposições como a do art. 191, § 1.º, CPC/2015, que permitem a convenção sobre questões que antes eram tratadas por normas impositivas, como aquelas relativas aos prazos peremptórios”. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais: existência, validade e eficácia: campo invariável e campos dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais”. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 224/2015, p.393-423, jun.2015.

89 “No direito privado, os negócios jurídicos têm seus efeitos estipulados pelas próprias partes, que convencionam e estipulam regras a regularem suas relações (direitos e deveres), com base no princípio da livre estipulação da vontade e da liberdade de disposição contratual (autorização legal, CC, art. 421). Os atos do processo (direito público) diferentemente, têm eficácia vinculada por normas pré-estabelecidas, que especificam requisitos e prescrevem, desde logo, todos os efeitos a serem produzidos no mundo jurídico. Em muitos casos, a vontade do agente limita-se à realização ou não do ato, de modo que, para avaliarmos a eficácia de um ato processual, basta compararmos a forma de sua realização e o modo formal previsto na lei. [...] O projeto de Novo Código de Processo Civil, tal como apresentado, pretende romper este paradigma publicista, privatizando uma série de normas processuais (que antes cogentes passariam a ser dispositivas)”. MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto de novo código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre. DANTAS, Bruno. NUNES, Dierle. DIDIER JR, Fredie. MEDINA, José Miguel Garcia. FUX, Luiz. Camarço, Luiz Henrique Volpe. OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (coord.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*, vol. III, Salvador: JusPodivm, 2014, p.339-361.

90 “O Código vigente preservou os negócios típicos anteriormente previstos no CPC/1973. Para além desses tipos já conhecidos, acresceu novos negócios processuais, representativos da valorização da vontade das partes e da concessão de maior espaço à autonomia privada: 1. Redução convencional de prazos peremptórios (art.222, § 1º) 2. Ampliação convencional de prazos peremptórios. 3. Acordo em relação à contagem dos prazos (art.224, caput) 4. Calendário processual (art.191) 5. Escolha de perito consensual (art.471) 6. Audiência de saneamento e organização em cooperação com as partes (art.357, §3º e 5º) 7. Saneamento consensual (art.357, § 2º) 8. Desistência de documento com falsidade arguida 9. Renúncia ao prazo 10. Acordo de substituição do bem penhorado 11. Escolha de conciliador ou mediador (art.168) 12. Não realização de audiência de mediação ou conciliação (art.334, § 4º, I) 13. Arrematação como ato negocial”. TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. *Negócios jurídicos processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p.127-128.

91 A respeito da semelhança entre o regramento das convenções processuais no anteprojeto de reforma do Código Procesal Civil y Comercial de La Nación Argentina e o art.190 do CPC/2015, confira-se:



Notável na espécie a adoção da cláusula geral tanto no que concerne à técnica legislativa para a elaboração do dispositivo quanto em seu conteúdo enunciado.

Percebe-se que em sua elaboração, o legislador utilizou-se de linguagem vaga e aberta, que confere expressivo campo semântico ao dispositivo, conduzindo a tipicidade para o grau mínimo e conferindo maior mobilidade ao sistema<sup>92</sup>, ao passo em que a estrutura do dispositivo indica indeterminação em seu antecedente e consequente.

A respeito de tal modelo normativo conceitua Fredie Didier Jr.<sup>93</sup> ser esta “espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa”.

Antonio do Passo Cabral<sup>94</sup> identifica no dispositivo em testilha a cláusula geral da convencionalidade processual com natureza de norma de atribuição de competência fundada no princípio do debate, que implica na prevalência do poder de disposição dos sujeitos processuais sobre suas titularidades processuais, a presunção de validade destas e o ônus argumentativo do princípio do *in dubio pro libertate* para seu afastamento, com relevantes contribuições para uma tendente mudança de perspectiva metodológica do processo civil.

De fato, a norma em testilha enseja a ampla possibilidade de construção de procedimentos diferenciados tendo por lastro unicamente o consenso entre os sujeitos processuais<sup>95</sup> e sepulta definitivamente entendimentos doutrinários avessos à existência de tal espaço de consenso, contudo, dada sua técnica de elaboração, apresenta um regramento

---

MOSMANN, Mariá Victória. Convenciones procesales en Argentina: introducción a la teoría de los acuerdos procesales. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. Coleção grandes temas do novo CPC, vol.1, tomo 2. Salvador: JusPodivm, 2020, p.233-246.

92 COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenção de terceiros*. Salvador: JusPodivm, 2018, p.72

93 DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, n 02, 2010, p.03.

94 CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm. 2018, p.158-168.

95 “É como se, a partir de agora, fosse possível trabalhar o processo, regido por um único CPC, de modos diferentes e independentes. A cooperação e a colaboração deverão permear todos os processos, e, em alguns deles, o CPC funcionará como uma espécie de plataforma para a construção de procedimentos diferenciados quando as partes desejarem trabalhar em conjunto neste sentido, negociando alterações para adequar às especificidades da causa e conformando, segundo sua vontade, as situações processuais sobre os seus ônus, deveres, poderes e faculdades. O CPC como plataforma processual no sentido aqui tratado, aproxima-se daquele utilizado na informática e tecnologia computacional. Trata-se da base para o desenvolvimento de aplicações, e que tem nela – na própria plataforma – os elementos de restrição, limitação e uso para o funcionamento das utilidades criadas”. MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.75.

conciso, que não disciplina nem mesmo em termos genéricos, inúmeros aspectos fundamentais da matéria.<sup>96</sup>

### 1.4.3. O juiz e a liberdade processual

#### 1.4.3.1. Da prática de atos de disposição pelo juiz

Conforme asseverado por Trícia Navarro Xavier Cabral<sup>97</sup>, a prática de atos de disposição no processo não é uma realidade adstrita às partes, visto que o magistrado também se encontra investido de uma margem de escolha, que pode conduzir à flexibilização do procedimento, como decorrência de prévia eleição pelo legislador (legal) ou como corolário de seus poderes (judicial).

A este compete, dentro da liberdade de valoração, realizar escolhas quando à dinâmica do procedimento ou sua flexibilização legal, cabendo-lhe, inclusive, dispor sobre os regramentos de suas prerrogativas, quando tal medida se revele mais adequada à resolução do conflito no caso concreto, praticando *atos de disposição processual*, que podem coexistir com convenções firmadas pelas partes e serem por estas provocados, mediante disposições sobre os poderes e prerrogativas do órgão judicial, ao qual caberá o exame sobre sua licitude e adequação, desde que observados limites que conduzam à sindicabilidade de que tal decisão é racional e que o autorregramento não desvirtua sua atuação, não existindo prejuízo.

Certo é que o juiz exerce poderes-deveres correlatos à direção, ordenação, instrução, decisão e execução do processo<sup>98</sup>, previstos com prevalência no artigo 139 do CPC, os quais são desempenhados dentro de um modelo presidencialista cooperativista.<sup>99</sup>

96 CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm. 2018, p.168.

97 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p.57-59.

98 ASSAD, Gilberto Ferreira Sandra Mara Flügel. Os poderes do juiz no processo civil moderno. *Revista de Processo*, vol.86/1997, p.285-294. abr./jun./1997.

99 “O dispositivo, ao indicar que compete ao juiz dirigir o processo, mantém a regra do art.125 do CPC/1973, no sentido de que o magistrado é o presidente do processo. Algo absolutamente natural, uma vez que, apesar da mitigação do publicismo processual por alguns dispositivos do CPC/2015 (v.g, art.190), o processo ainda permanece como instrumento estatal, público, de solução dos conflitos. A presidência do processo pelo juiz, contudo, não o torna a figura principal do processo, tampouco lhe dá ascendência hierárquica sobre advogados, defensores, membros do MP ou partes. Mas também não significa – como impropriamente apontam alguns – que há igualdade entre eles. Há simetria na condução do processo, mas não no momento das decisões. O modelo presidencialista do art.139 do CPC/2015, contudo, sofre os impactos do art.6º do CPC/2015. Na medida em que o princípio da cooperação passa a ser expressamente adotado no ordenamento processual brasileiro, expande-se o papel presidencial (diretivo) do juiz. Antes (Art.125 do CPC/1973), exclusivamente no controle da relação processual e na tomada de decisões. Agora, como órgão colaborativo, cooperador a trabalhar em conjunto com as partes para que se alcance o melhor resultado”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários ao artigo 139. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.249-250.

Portanto, a condução do processo com igualdade de tratamento entre as partes e vistas a sua duração razoável, com a prevenção e repressão a atos que atentem à dignidade da justiça ou busquem somente protelar a prestação jurisdicional é estruturada por meio de uma plêiade de poderes-deveres do juiz, que possibilitam, dentre outras medidas tipificadas, a imposição de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogoratórias para assegurar o cumprimento das ordens judiciais, a promoção a qualquer momento da autocomposição, a flexibilização do procedimento e a determinação de suprimento de pressupostos ou vícios processuais, sendo desenvolvida em um ambiente de constante diálogo com os demais sujeitos processuais, todavia, com independência e autonomia, que configuram garantias constitucionais.<sup>100</sup>

Ademais, insere-se dentro da margem de liberdade do magistrado a fixação de sanções premiaias atípicas, de como a estimular, mediante consequências jurídicas positivas, determinado comportamento dos sujeitos processuais, sendo tais atos submetidos, quanto a sua eficácia, a condição.<sup>101</sup>

Entretanto, é inerente à referida atividade a existência de um espaço de liberdade para a valoração pelo magistrado quanto à forma de exercício dos aludidos poderes, que pode implicar na opção pela medida mais adequada.

Entretanto, falece a tal margem de escolha o caráter discricionário, já que a atividade jurisdicional guarda sempre vinculação à lei e submissão a controle pelas vias recursais.<sup>102</sup>

Destarte, enquanto a discricionariedade implica na outorga da margem de adoção de duas ou mais soluções, reputadas legítimas, adequadas e corretas pelo sistema normativo, sendo a opção em concreto indene a controle<sup>103</sup>, a atuação jurisdicional não se enquadra nesta conformação, visto que é fundada na atividade interpretativa do magistrado, com sua visão a

---

100 “Conforme já exposto, o juiz é o sujeito imparcial responsável por prestar a tutela jurisdicional, possuindo poderes-deveres de direção, de instrução e de decisão. A carreira, as garantias, as limitações e a disciplina dos juizes são reguladas pela Constituição da República, conferindo absoluta independência às suas atividades judicantes”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p.57.

101 MAZZOLA, Marcelo. *Sanções premiaias no processo civil: previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial*. Salvador: JusPodivm, 2022, p.238-250.

102 “Os atos do juiz são sempre vinculados à lei e suscetíveis a controle interno e externo. Dessa forma, embora o julgador efetivamente possua certa margem de escolha quanto às técnicas típicas ou atípicas – a serem aplicadas no processo, para melhor atender ao caso concreto ou por mais abertos ou vagos que sejam os tipos legais, o magistrado estará expressamente atrelado à finalidade de seus poderes-deveres, ao respeito à legalidade, e, acima de tudo, à melhor solução, em completa vinculação de seu ato.” CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 58-59.

103 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.163.

respeito do fenômeno em exame e objeto de fundamentação, passível de impugnação pela via recursal, que pode conduzir a resultado distinto.

Especificamente quanto à fixação de medidas atípicas de incentivo (sanções premiais), registra-se o acerto dos standards propostos pela tese de Marcelo Mazzola<sup>104</sup>, uma vez que a vantagem atribuída ou desvantagem afastada não podem interferir em direito de terceiros ou transferir externalidades ao Judiciário e sua opção deve-se dar mediante fundamentação adequada que indique o comportamento esperado e o prêmio, em relação aos quais deve se verificar proporcionalidade, prezando sempre pela simetria de oportunidades e pela publicidade da medida.

Como corolário do ambiente cooperativo, o exercício da aludida liberdade pode ser provocado pela atuação das partes, por meio de atos postulatorios, cabendo a devida valoração e fundamentação sobre o pleito.

#### 1.4.3.2. O papel do magistrado nas convenções processuais

A partir da interação entre os sujeitos processuais, três são os possíveis papéis atribuíveis ao magistrado em face às convenções processuais: de incentivo; de controle e de participação, sendo que ao passo em que os dois primeiros são objeto de consenso, resvala sobre o terceiro expressiva divergência doutrinária.<sup>105</sup>

Inicialmente, o *papel de incentivo* é fruto do princípio da consensualidade, que tem por eixo fundamental o empoderamento dos sujeitos na busca da solução adequada ao litígio, com o dever de estímulo à adoção de tais métodos (CPC, art. 3º, §3).<sup>106</sup>

De igual sorte, o *papel de fiscalização e controle* das convenções celebradas no âmbito do processo, ou, extraprocessuais, mas submetidas pela judicialização do conflito é

---

104 MAZZOLA, Marcelo. *Sanções premiais no processo civil*: previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial. Salvador: JusPodivm, 2022, p.274-294.

105 A respeito, confira-se: CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de. Reflexões sobre a participação do magistrado nas convenções processuais. In: SILVESTRE, Gilberto Fachetti. OLSEN, Marco Antonio Lopes. DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. GONÇALVES, Tiago Figueiredo. (org.). *Temas atuais de direito II: estudos em homenagem aos 90 anos do Curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo*. Curitiba: Brazil Publishing, 2020, p.731-744.

106 “De outro lado, o papel do juiz de incentivador dos negócios jurídicos processuais decorre do dever do Estado de promover a solução consensual dos conflitos, conforme disposição do art.3º, §2º do CPC/2015: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Esse papel do Juiz tem maior relevância para os negócios jurídicos celebrados após o ajuizamento do processo e dependerá da conscientização do magistrado a respeito das contribuições que esses negócios podem trazer para o bom andamento do processo, e até mesmo, do próprio Poder Judiciário”. ZANETTI, Pedro Ivo Gil. *Revisão contratual e negócios processuais*. São Paulo: Almedina, 2019, p.94.

indissociável da atividade jurisdicional e encontra dimensão restrita, já que deve ser privilegiado o consenso dos sujeitos parciais.

Por fim, é objeto de controvérsia o *papel de participação* do magistrado nas convenções processuais, sendo questão que contempla correntes doutrinárias divergentes com expressivos fundamentos, referindo-se assim ao dimensionamento da liberdade processual do juiz.

Conforme Leonardo Carneiro da Cunha<sup>107</sup> por ocasião do estudo do art. 190 do CPC, seriam admissíveis convenções processuais atípicas celebradas pelo juiz e partes fora do seu espectro de liberdade já assegurado, como na execução negociada de políticas públicas tangente aos processos estruturais.

Em posicionamento semelhante, Trícia Navarro Xavier Cabral<sup>108</sup> vislumbra uma margem de escolha do magistrado na integração de manifestações de vontade das partes, com a possibilidade de construir em conjunto com as partes ajustes sobre o procedimento mediante convenções processuais ou de aderir a uma convenção firmada exclusivamente por aquelas.

Já em sentido diverso, com acerto Antonio do Passo Cabral<sup>109</sup> adota o entendimento de que o juiz não é parte da convenção processual, conquanto seja destituído de capacidade negocial.

Com efeito, de fato carece ao juiz a qualidade de parte nas convenções processuais, pois sua atuação, malgrado fundada em margem de liberdade, não se coaduna com o ânimo e a capacidade negocial como poder jurídico autêntico visto que se revela incompatível com a atividade jurisdicional.<sup>110</sup>

---

107 “O dispositivo menciona apenas os negócios celebrados pelas partes. Não há nada, porém, que impeça que as partes celebrem um negócio processual atípico com o juiz. É possível, então, um negócio processual plurilateral, celebrado entre autor, réu e juiz. Tome-se como exemplo a execução negociada de políticas públicas em juízo, tal como sugerida por Eduardo José da Fonseca Costa, que permite a estipulação de regras e de um cronograma para a implantação de uma política pública imposta por sentença judicial. (COSTA, 2012, p.25-56)”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art.190. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil. 2 ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.319-320. Neste sentido também: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol.01, 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p.383. MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.305 e NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.215-257.

108 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p.60.

109 CABRAL, Antonio do Passo. O papel do juiz diante das convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais. Coleção grandes temas do novo CPC*, vol. 01, tomo 02, Salvador: JusPodivm, 2020, p.137-158.

110 “Mas também a capacidade negocial representa um tal poder jurídico como capacidade de criar direitos e deveres. Com efeito, os deveres jurídicos e os direitos subjetivos são estatuídos por normas jurídicas. Ora, tais normas também são criadas através de negócios jurídicos. Uma análise do negócio jurídico típico, do contrato, imediatamente nos revela isso mesmo. O contrato estipula que as partes contratantes se devem conduzir de certa maneira uma em face da outra; o contrato de compra e venda, por exemplo, estipula que o

Deveras, nos moldes delineados, as convenções processuais representam nítido ato de liberdade, outorgando aos seus pactuantes a possibilidade de negociar dentro da margem permitida e a faculdade de concluir ou não a convenção, sem nenhum tipo de ingerência, senão quanto a sua legalidade estrita.

Conforme ilustrado anteriormente, cuida-se de campo em que a vontade dos sujeitos encontra juridicidade e autonomia, sendo presumivelmente adequada qualquer solução encontrada dentro deste “espaço em branco”. É dizer: dentro das referidas balizas, as partes podem pactuar livremente, realizando *concessões* mútuas por meio de diversas propostas e contrapropostas, cuja aceitação se situa dentro do subjetivismo destas, existindo, conforme Nicola Picardi<sup>111</sup>, opiniões razoáveis contrárias à solução encontrada.

Reclama-se, ademais, que uma vez exteriorizada a vontade convergente dos sujeitos convenientes, seria apta à produção de efeitos.

---

vendedor deve entregar ao comprador uma certa coisa e que o comprador deve prestar ao vendedor uma determinada soma de dinheiro. O contrato é um ato cujo sentido subjetivo é um dever-ser. Na medida em que a ordem jurídica, através de uma norma geral, autoriza os indivíduos a concluírem contratos, eleva o sentido subjetivo do ato negocial a um sentido objetivo. Se o contrato cria deveres para as partes contratantes, é porque a ordem jurídica liga à conduta anticontratual, quer dizer, à conduta contrária à norma contratualmente produzida, uma sanção. A norma produzida por negócio jurídico é, neste sentido, uma norma não-autônoma. Se o contrato cria direitos subjetivos para as partes contratantes, é porque a ordem jurídica, enquanto autoriza os indivíduos a concluírem contratos, atribui às partes contratantes o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento dos deveres estatuídos pela norma contratual, ou seja, a violação da norma jurídica produzida pelo contrato - quer dizer: atribui-lhes o poder jurídico de intervir na produção da decisão judicial que representa uma norma jurídica individual. A capacidade negocial é uma capacidade conferida pela ordem jurídica aos indivíduos para, com base nas normas jurídicas gerais produzidas por via legislativa ou consuetudinária produzirem normas jurídicas de escalão inferior e intervirem na produção das normas jurídicas individuais a produzir pelo tribunal. Ela constitui um autêntico poder jurídico”. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado, 8 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p.165-166.

111 “Ainda que comportem sempre um elemento de reflexão, ponderação e valoração, na maior parte dos casos (habitualmente, os menos complexos), o juiz não exerce, de fato, poderes discricionários, visto que a solução do caso é predeterminada de maneira unívoca com base em uma série de “vínculos”: normas preestabelecidas, cânones interpretativos, precedentes, regras de procedimento etc. Não existe aqui espaço para opiniões razoáveis contrárias; existe uma única solução legítima, que o juiz deve acolher, sem margens de escolha”. PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.16-17.

Contudo, é inafastável a conclusão de que a atuação judicial não guarda tal intuito e limites, visto que alheia à discricionariedade<sup>112</sup> inerente ao caráter de negócio/barganha que engloba a convenção processual.

Desta forma, os espaços de liberdade do juízo como na eleição de preceitos aptos à implementação da decisão judicial, julgamento antecipado do mérito implica em atividade interpretativa, sem, entretanto, caráter negocial.

Até na execução negociada de políticas públicas por meio da fixação estruturante de cronogramas, exemplo indicado pela doutrina, constata-se ser inexistente ato deste jaez do magistrado.<sup>113</sup>

De outro lado, o ato negocial pressupõe a adoção da conduta no interesse do conveniente, não sendo outro o interesse do Estado senão a regularidade da prestação jurisdicional titularizada pelo juiz.

Por fim, a participação nas convenções como agente de negociação implicaria em prejuízo ao posterior controle da convenção.<sup>114</sup>

112 “Haveria atuação vinculada, e, portanto, um poder vinculado, quando a norma a ser cumprida já predetermina e de modo completo qual o único possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos cuja compostura esteja descrita na lei, em termos que não ensejam dúvidas quanto ao seu objetivo reconhecimento. Opostamente, haveria atuação discricionária quando, em decorrência do modo pelo qual o Direito regulou a atuação administrativa, resulta para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe a interferência de uma apreciação subjetiva sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre eles prover na conformidade de uma inteligência, cujo acerto seja irreduzível à objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa. Diz-se que, em tais casos, a Administração dispõe e um “poder” discricionário”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle judicial* 2ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.01-02.

113 “Pois bem. Partindo-se da classificação dos fatos jurídicos estruturada por Pontes de Miranda, percebe-se rapidamente que o acordo sobre o cronograma de cumprimento voluntário não é um ato jurídico stricto sensu e, portanto, um ato executivo: na chamada “execução judicial negociada”, o réu não tem sua esfera jurídica invadida a fórceps pelo Estado-juiz, nem é pressionado por medidas coercitivas a cumprir voluntariamente a sua obrigação. Em verdade, trata-se de negócio processual ou negócio jurídico “executivo” (o que desmente os juristas que negam a existência dessa categoria no direito processual civil positivo brasileiro vigente). Mais: trata-se de negócio jurídico celebrado dentro da relação processual civil e para irradiar os seus efeitos dentro desse processo, sem que todos esses efeitos estejam previstos expressamente em texto de direito positivo. Aqui, está-se diante de um fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste numa manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta aos sujeitos parciais do processo, dentro de limites predeterminados e amplitude variada, o poder de estruturação da sequência procedimental que ensejará a implantação prática da política pública. Nesse caso, o negócio processual será celebrado somente entre os sujeitos parciais do processo: o juiz não é codeclarante, uma vez que não se obriga nem imputa qualquer ônus a si próprio; limita-se a homologar o acordo, ou seja, cinge-se a produzir um elemento integrativo de eficácia<sup>38</sup> (noutras palavras: celebrado entre o autor e o réu, o negócio processual será bilateral; a homologação judicial não o tornará trilateral)”. COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*, São Paulo, vol.212/2012, p.25-56, out.2012.

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 típicas, está resumida a controlar a validade do negócio jurídico e não de funcionar como seu agente. A própria imparcialidade ou neutralidade que se espera do magistrado dificulta sua atuação e manifestação de

A matéria em exame foi apreciada pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial 1.737.656/RJ<sup>115</sup> sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, onde foi ventilada violação ao art. 190 do CPC no acórdão de origem que entendeu que ao arbitrar adiantamento de legítima em inventário em cumprimento a convenção entre os herdeiros, o magistrado havia se tornado parte desta e, porquanto, impossibilitado de revisar o valor salvo nova convenção. Entendeu o STJ pela reforma da decisão colegiada da origem ao fundamento de que o juiz não seria parte da aludida convenção.

Desta forma, tem-se que o magistrado não funciona como agente das convenções processuais típicas e atípicas, pois é destituído de vontade negocial, de modo que os atos de homologação de convenções das partes (calendário processual, saneamento compartilhado e fixação consensual dos fatos controvertidos) se referem a atos decisórios, submetidos a exigência de fundamentação e que conduzem a apenas uma solução que entenda o magistrado ser cabível, sendo este entendimento passível de recurso.

Não obstante, tal papel não configura óbice para a prática, dentro do exercício dos deveres cooperativos de prevenção e auxílio, sugira às partes a celebração de convenções processuais.

Por outro ângulo, o juiz pratica atos de disposição, quando tais se afigurem como justificados para a adequação do procedimento e incremento dos valores fundantes do processo, como celeridade, contraditório e efetividade, podendo estes serem adotados de ofício ou mediante provocação das partes, e manifestado, explícita ou implicitamente mediante o controle de disposições contidas em convenções que impliquem em infringência a suas titularidades.

Não por outra razão, vislumbra-se equívoco na nomenclatura adotada pelo art. 19, § 12 da Lei 10.522/02 com a redação conferida pela Lei 13.874/19 (Lei da Liberdade Econômica)<sup>116</sup>, uma vez que, conquanto destituído de capacidade negocial, não integrariam os

---

vontade como agente em negócio processual. A lei não proíbe, todavia, que as próprias partes convençiem a respeito da necessidade de homologação do negócio processual atípico como condição para sua própria validade e eficácia". MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.167.

115 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1738656/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/12/2019, DJe 05/12/2019.

116 Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional dispensada de contestar, de oferecer contrarrazões e de interpor recursos, e fica autorizada a desistir de recursos já interpostos, desde que inexistir outro fundamento relevante, na hipótese em que a ação ou a decisão judicial ou administrativa versar sobre: § 12. Os órgãos do Poder Judiciário e as unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional poderão, de comum acordo, realizar mutirões para análise do enquadramento de processos ou de recursos nas hipóteses previstas neste artigo e celebrar negócios processuais com fundamento no disposto no art. 190 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).



órgãos do Poder Judiciário convenção processual, o que não obsta sua celebração entre a Procuradoria da Fazenda Nacional e os contribuintes, ou a adoção de negócios processuais unilaterais por esta, aos quais caberá o controle judicial ou a realização de ato de disposição conjunto ou sucessivo.

### 1.5. DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS NOS PLANOS DA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

Tem-se por certo que as convenções processuais são espécies de negócios jurídicos processuais e que podem ter sua celebração não apenas no ambiente do processo, mas, igualmente, em seara de pré-processualidade<sup>117</sup>, sendo que seu próprio objeto concerne a matéria situada em zona cinzenta entre os planos do direito material e processual, o que atrai o regramento do Direito Civil, sobretudo quanto aos planos da existência, validade e eficácia.<sup>118</sup>

Conforme asseverado por Gilberto Fachetti Silvestre, a utilidade de tal visão transcende a didática, visto que possibilita um trilha racional para o exame a partir dos pressupostos e requisitos do ato jurídico.

Assim, quando da análise de um ato jurídico deve-se iniciar o cotejo quanto aos seus

---

117 “Compreendida a dimensão processual, é possível passar-se à análise da pré-processualidade. Uma primeira consideração que se deve fazer, com esse objetivo, é a de que tal noção se obtém por exclusão dos fatos processuais. Em outra dição, na esfera pré-processual não se tem por objeto a necessidade de prestar a tutela jurisdicional. Todavia, nem tudo o que está excluído do universo processual é atraído ao âmbito da pré-processualidade. Para ser pré-processual é necessária uma relação qualificada com o âmbito processual. Entre este e aquele há uma relação de antecedência lógica: o que é pré-processual consiste em pressuposto para a formação do processual. A pré-processualidade, desse modo, parece nítida se se considerar que se cuida de direitos que são preparatórios da formação da relação processual. Portanto, a noção de pré-processualidade só pode ser mensurada a partir de tal perspectiva: algo estranho ao objeto do processo judicial e necessário à formação da relação jurídica processual. Havendo no plano material situação jurídica processualizável (ações, em regra), há, no plano pré-processual, situações jurídicas a ela correlatas. Como se verá adiante, a convenção do espraçamento sentencial corresponde, imediatamente, a uma programação que incide sobre o aspecto pré-processual, para a sua concretização, em determinado momento processual. Em grande parte das hipóteses, essa concretização também representará a implementação da ação em sentido material”. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Sobre o negócio jurídico de espraçamento sentencial. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 25, n. 100, p. 253-290, out./dez. 2017.

118 “Em uma análise superficial, pode-se dizer que os negócios processuais existem, já que a norma prevê a possibilidade (cláusulas gerais: art. 158 do CPC/1973 e arts. 190 e 200 do CPC/15). É evidente que não só o fato de a norma prever a sua existência é que garante aos negócios jurídicos processuais a sua existência, mas o preenchimento dos demais requisitos dispostos anteriormente. Para serem válidos, devem respeitar as disposições das normas de direito material e de direito “processual”. Por fim, com relação à eficácia, esta estará ligada à produção dos efeitos do negócio processual (o melhor exemplo se dá com a propositura ou não de uma demanda; proposta a demanda e superados os demais planos, o negócio será eficaz; não proposta, ainda que exista e seja válido, o negócio não será eficaz)”. MATARASSO FILHO, Henri. Negócios jurídicos processuais e provas. In: DINAMARCO, Pedro da Silva. MATHEUS, Rodrigo. TUCCI, Rogério Lauria Marçal. LOTUFO, João Luís Zaratín. *Provas no novo CPC*. São Paulo: Editora IASP, 2017, p.132-133.

elementos constitutivos, cuja ausência implica na inexistência jurídica, seguindo-se, quanto aos negócios existentes, em relação ao preenchimento dos requisitos exigidos por lei como atributos dos seus elementos constitutivos perquirindo-se, por fim, quanto à possibilidade de o negócio jurídico produzir validamente efeitos nas esferas jurídicas das partes, dentro do tráfico de bens e serviços.<sup>119</sup>

### 1.5.1. Plano da existência

Inicialmente, quanto ao plano da existência, este é pressuposto pela norma material, sendo integrantes da essência das convenções processuais, consubstanciando-se em substantivos, cuja inexistência implica em um “nada jurídico”, cingindo-se às enunciações do mundo fático.<sup>120</sup>

Observa Antônio Junqueira de Azevedo que tais elementos podem ser *gerais*, quando concernentes a quaisquer negócios jurídicos, *categoriais*, quando próprios de cada tipo de negócio e *particulares*, quando erigidos especificamente para determinados negócios pela vontade das partes.<sup>121</sup>

Identifica-se quanto a elementos gerais divisão quanto aos seguintes: *a)* agente; *b)* vontade; *c)* objeto; e *d)* forma.

Quanto ao *agente*, refere-se a sujeito de direito, na qualidade de pessoa física, jurídica ou instituição com aptidão para estar em juízo e dispor sobre suas titularidades.<sup>122</sup>

Deste modo, não se exige propriamente uma personalidade jurídica, mas somente uma personalidade judiciária, sendo o poder de convencionar sobre um processo decorrência do poder de dele participar.

A *vontade* ao seu turno concerne ao intuito de estipular mudanças no procedimento em processo atual ou futuro ou de dispor sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais quanto à prova, sendo esta especificamente o objeto das convenções.

119 SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *Conversão do negócio jurídico nulo: aspectos materiais e processuais*. Curitiba: Brazil Publishing, 2019, p.28.

120 TARTUCE, Flávio. Dos negócios jurídicos processuais. In: TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p.96.

121 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ed. 14 tir. São Paulo: Saraiva, 2017, p.32.

122 “Capacidade de ser parte é a aptidão genérica para que se possa titularizar a pretensão à tutela jurídica. Assim, aquele ente que possui capacidade jurídica pode ser parte de uma relação jurídica processual (como autor, réu, terceiro interessado). Trata-se da qualificação subjetiva mínima necessariamente presente nos sujeitos da relação processual. A norma processual confere capacidade de ser parte a todos os entes (personalizados ou não) que possam ser titulares de situações jurídicas, desse modo todos aqueles que são sujeitos de direitos, ou seja, que tem capacidade jurídica possuem capacidade de ser parte”. EXPOSITO, Gabriela. *A capacidade processual da pessoa com deficiência intelectual*. Salvador: JusPodivm, 2019, p.59.

Deve ter uma exteriorização consciente, cuja necessidade de aptidão de produzir efeitos jurídicos<sup>123</sup> decorre da enunciação da norma específica da convenção típica ou do art. 190 do CPC. A referida manifestação pode-se dar inclusive de maneira tácita, por meio de omissões conclusivas que indicam um comportamento consciente e programado.<sup>124</sup>

Por fim, a *forma* concerne à documentação do ato de vontade, que admite forma *ad solemnitatem* livre, sendo passível de exteriorização por meio verbal ou escrito, em documentos públicos ou privados.<sup>125</sup>

Já no plano de elementos categoriais, vislumbra-se a potencialidade de produção de efeitos em relação a vigente ou futura relação jurídica processual, sem a qual tem-se convenções puramente manifestadas no plano substancial.

Portanto, sem manifestações de vontade dos agentes, de maneira direta ou indireta, mas inequívocas e plasmadas, por meio de uso de linguagem, em suporte adequado a seus registros, com referência a determinado objeto de natureza tangencial a processo, são simplesmente inexistentes as convenções processuais, o que dispensa qualquer digressão ulterior.

### 1.5.2. Plano da validade

Já quanto ao plano da validade, os substantivos em epígrafe são qualificados pelo ordenamento jurídico (Código Civil, art. 104) com adjetivos essenciais para sua conformidade, sob pena de serem reputadas as convenções nulas ou anuláveis.

Para tal desiderato, o agente deve ser capaz; a vontade ter sido manifestada de maneira livre; o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável e a forma prescrita ou não defesa em lei.

Inicialmente no que tange à *capacidade do agente*, registra-se que em reforço à norma do art. 104 do Código Civil, o CPC condiciona a validade das convenções processuais

---

123 “Em verdade, consoante já demonstrado, a juridicidade somente existe por força da incidência de norma jurídica sobre fatos da vida que ela própria define como sendo seu suporte fático. Sem a definição normativa, não há de falar-se em fato jurídico. Nada no mundo é jurídico por si. Daí, ressalta à evidência que uma exteriorização consciente de vontade somente poderá gerar um negócio jurídico se, estando prevista como suporte fático de norma jurídica, recebe sua incidência. Sem a previsão normativa vontade alguma pode ser considerada negócio jurídico, ou mesmo elemento constitutivo seu; será mero fato da vida, sem relevância jurídica alguma”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 22ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p.237-238.

124 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.321-322.

125 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.357-358. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p.63-64.

a ser esta celebrada por “partes plenamente capazes” (art. 190, *caput*), o que reclama, concomitantemente, a capacidade civil (ou representação dos incapazes) e a legitimação, sendo pertinente o reconhecimento da capacidade e legitimação da Fazenda Pública e Ministério Público para a celebração dos negócios processuais.

Quanto ao referido aspecto, com razão assevera Trícia Navarro Xavier Cabral<sup>126</sup> que tal representa uma opção exagerada do legislador, visto que conquanto o incapaz se sujeita às normas processuais, deveria também poder realizar convenções processuais, sendo a vulnerabilidade a cargo de controle judicial.

Nesta toada, a permeabilidade do sistema processual à flexibilização pelo consenso indica a possibilidade de sua adoção, mesmo na existência de interesses de incapaz.

Tal é o que se infere da redação do art.665 do CPC, que enuncia, em prestígio à efetividade, a possibilidade de adoção do rito simplificado do arrolamento comum, mesmo nas hipóteses em que existe interesse de incapaz, desde que com a aquiescência do Ministério Público<sup>127</sup>, ao qual caberá se pronunciar sobre a adequação da flexibilização. Conforme asseverado por Rodrigo Mazzei:<sup>128</sup>

O art. 665 não pode, pois, ser interpretado contra o incapaz, condicionando a “concordância de todos” (inclusive seus adversários nos conflitos) quanto à adoção do rito previsto no art. 664, caso satisfeita a única exigência tracejada no teto do art. 664 (teto valorativo). Caso o procedimento do arrolamento comum não seja adequado ao incapaz, bastará que seu representante (em sentido amplo) e/ou o Ministério Público demonstrem a necessidade de conversão para o procedimento padrão, a fim de que o assunto seja levado ao juízo sucessório que decidirá a respeito.

Assim, mesmo em hipóteses em que figura como participante o incapaz, pode celebrar convenção processual válida, sendo o consentimento externado pelo seu representante legal e a adequação do ajuste de procedimento, submetidos a pronunciamento do Ministério Público.

Já quanto à *livre manifestação de vontade*, a conformidade do negócio jurídico-processual reclama um juízo negativo quanto à ocorrência de fatores que denotem vícios de consentimento ou sociais, como o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo e a lesão.

126 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p.104-106.

127 LUCCA, Rodrigo Ramina de. Comentários ao art.565. In: In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR., Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (coord.) *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.1740.

128 MAZZEI, Rodrigo. O (desconhecido) arrolamento comum: peculiaridades procedimentais e sua aplicação. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. ano VIII, n.45, p.05-28, nov./dez./2021.

Quanto ao *objeto* do negócio jurídico-processual, deve este ser lícito, possível, determinado ou, ao menos, determinável. Percebe-se, a partir da norma de atribuição de competência, a amplitude do objeto passível de regulamentação, que tange a modificações no procedimento tipificado e livre disposição sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Por fim, quanto à *forma prescrita e não defesa em lei*, observa-se a conjugação entre os planos de direito material com o do direito processual, em que incide o princípio da liberdade das formas<sup>129</sup>, de modo que ressalvada forma de documentação prosrita pelo sistema jurídico, dispensam-se maiores solenidades.

### 1.5.3. Plano da eficácia

Por fim, quanto ao plano da eficácia, observa-se que ressalvadas hipóteses explícitas, as convenções probatórias dispensam a homologação judicial para a produção de efeitos, sendo assim qualificadas como atos indutivos.<sup>130</sup>

No que concerne à sua eficácia subjetiva, além das partes celebrantes e seus sucessores<sup>131</sup>, podem estas produzir efeitos em relação a outros indivíduos, desde que com a anuência destes<sup>132</sup>, em paralelo com a regra inerente à promessa de fato de terceiro trazida pelo Código Civil (art. 439 e 440).

Nesta linha, observa-se que os regramentos quanto a poderes do juiz tangenciam em potencial aos campos da validade e de eficácia, na hipótese de incidência no campo processual e de entender que a restrição trazida pelas partes implica em lesão à atividade jurisdicional.

129 Art. 188. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

130 “Existem atos processuais de parte que por si sós dão causa a uma situação jurídica nova, sem a dependência de futuros julgamentos. Assim são os atos dispositivos em geral, como a desistência da apelação interposta ou a renúncia ao direito de apelar (CPC, arts. 998-999), cada um deles suficiente em si mesmo para produzir desde logo o efeito que lhe é próprio (no caso, a irrecorribilidade da sentença – coisa julgada). Esses atos dizem-se causativos porque, rigorosamente, dão causa ao efeito programado pelo agente. São muito menos numerosos e menos frequentes na vida do processo, justamente porque a conduta ordinária de cada uma das partes consiste em buscar situações mais vantajosas, não dispor delas. [...] Em sentido conceitualmente oposto aos atos causativos, estão os indutivos, que não produzem por si sós o resultado desejado, mas simplesmente abrem caminho para sua obtenção, sendo alguns deles indispensáveis. Eles induzem e não causam o resultado proposto pela agente”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. 02, 7 ed., São Paulo: Malheiros, 2017, p.570-571.

131 Enunciado 115 do FPPC: (arts. 190, 109 e 110) O negócio jurídico celebrado nos termos do art. 190 obriga herdeiros e sucessores.

132 Enunciado 402 do FPPC: (art. 190) A eficácia dos negócios processuais para quem deles não fez parte depende de sua anuência, quando lhe puder causar prejuízo. (Grupo: Negócios processuais)

Ademais, encontra-se dentro da disponibilidade do autorregramento a inserção de elementos acidentais como termo e modo, bem como a possibilidade de encerramento da convenção processual<sup>133</sup> por meio de distrato, resolução, revogação, rescisão e caducidade.<sup>134</sup>

Percebe-se assim que enquanto os limites subjetivos das convenções processuais se referem precipuamente aos campos da validade e eficácia a controvérsia quanto aos limites objetivos se refere ao plano da validade, sendo este o objeto da presente pesquisa.

---

133 Vide neste sentido o Enunciado 411 do FPPC.

134 VOGT, Fernanda Costa. Cessação da relação convencional: um estudo sobre a dissolução do negócio jurídico processual. *Revista de Processo*, vol.286/2018, p.51-86, dez.2018.

## CAPÍTULO 02. DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS

### 2.1. INTRODUÇÃO

Conquanto seja perceptível que o poder das partes para a celebração de convenções processuais abarca diversos campos, certamente que inexistente tratamento uniforme para tal possibilidade, uma vez que cada matéria apresenta características próprias que influem no âmbito de autonomia dos sujeitos.

Desta forma, o estudo das convenções processuais probatórias reclama prévias digressões sobre as especificidades do direito probatório.

### 2.2. DA NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS SOBRE A PROVA CIVIL

A partir do advento da autonomia da ciência processual, para controvérsia doutrinária sobre a natureza das normas sobre a prova, mormente quanto a se tais disposições seriam referentes ao plano do direito material ou processual, sendo que tal discussão não é meramente acadêmica, visto que relevante para a fixação de critérios quanto à aplicação da lei no tempo e à competência legislativa.<sup>135</sup>

Não socorre *prima facie* a tal esclarecimento o critério topográfico, visto que a prova civil é objeto de enunciações tanto no Código Civil (Título V do Livro III da Parte Geral que disciplina os fatos jurídicos), quanto no Código de Processo Civil (Capítulos XI e XII do Livro I da Parte Especial, que trata do procedimento de conhecimento e do cumprimento de sentença), não raro, em dispositivos com redações idênticas.

De outro lado, é indubitoso que o regramento da atividade probatória em juízo concerne ao direito processual, sendo o cerne da controvérsia adstrito às normas tangentes à admissibilidade, objeto e valor da prova<sup>136</sup>. Assim, o problema concerne especificamente à natureza da regulação da admissibilidade dos meios de prova, dos fatos submetidos à prova e à valoração do acervo probatório.

---

135 DIDIER JR., Fredie. *Regras processuais no Código Civil*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.50.

136 “Porque normas que se referem ao procedimento probatório, como disse Chiovenda, renovando lição que já Mattiolo ministrara, ‘não são objeto de discussões sérias’. É óbvio que as normas que dispõem que as testemunhas do autor são ouvidas antes das do réu (CPC, art.413), ou que do seu depoimento apenas se consignará no termo o essencial, quando se tratar de procedimento sumaríssimo (CPC, art.279, são normas processuais, a ninguém ocorrendo a possibilidade de incluí-las no âmbito do Direito Material”. REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p.23-24.

Inicialmente para a *Teoria Materialista*, defendida por autores como Salvatore Satta, Francesco Carnelutti, Clóvis Bevilacqua, Pontes de Miranda e Moacyr Amaral Santos<sup>137</sup>, a norma concernente a tais objetos seria de natureza material, porque a prova se refere à substância do direito.

Seus argumentos se fundam na indissociabilidade entre prova e direito, de modo a figurar esta como elemento existente fora e antes do processo, dotado de caráter essencial para a determinação dos efeitos materiais, o que afastaria a possibilidade de ser encarada como simples questão de processo, na preocupação com o respeito devido à vontade das partes quanto às normas sobre prova em vigor no local e tempo da celebração do contrato, no receio de que a retroatividade das normas, como decorrência de seu caráter processual, possa culminar com a exclusão de meios de prova e a inviabilização prática do direito material e na premissa de que as provas não condicionam o processo, mas a decisão acerca do direito material.<sup>138</sup>

Neste sentido o escólio de Moacyr Amaral Santos:<sup>139</sup>

Assim, se a prova do ato jurídico é condição da existência da relação de direito, deve-se buscá-la segundo as prescrições do direito substantivo. Como se prova o casamento? Como se prova o domínio? Se se inquire sobre o valor de uma prova, igualmente. Qual o efeito jurídico de um documento particular não registrado, perante terceiros? Estabelece-se a compra e venda comercial por simples correspondência? Igualmente, se se investigar quais as provas admissíveis. Admite-se a prova testemunhal de contratos de valor superior a dez mil cruzeiros? O filho pode depor contra o pai? São interrogações que o direito civil deve responder.

Há, de outro lado, a *Teoria Processualista*, que figura como majoritária na doutrina, tendo, dentre outros, como partidários autores como Carlo Lessona, Emílio Betti, Edmund Morgan, Luigi Mattiolo, Hugo Roco, Enrico Tulio Liebman, Piero Calamandrei, Eduardo Couture, Vicente Rao, José Frederico Marques, Arruda Alvim, José Carlos Barbosa Moreira e Cândido Rangel Dinamarco<sup>140</sup>.

---

137 GIANNICO, Maricé. *A prova no código civil: natureza jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.133.

138 REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p.26-33.

139 SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. v.1., 3ed. São Paulo: Max Lomonad, 1968, p.48

140 REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p.34-35



Seu fundamento consiste em ser a finalidade principal da prova a formação do convencimento do magistrado por meio da informação adequada<sup>141</sup>, atendendo interesse público na credibilidade da jurisdição

Assim, as regras concernentes à prova transcenderiam o interesse das partes, sendo conclusão distinta ligada a uma visão privatista do processo.<sup>142</sup>

Identifica-se a existências *Teorias Mistas* na doutrina que engendra tentativa de compatibilização das regras probatórias entre os dois planos, como Giuseppe Chiovenda, que distingue entre normas probatórias *gerais*, que têm por objeto a disciplina de relações jurídicas concernentes a grandes grupos, e que teriam por finalidade a influência na convicção do juiz, pertencendo ao direito probatório, e normas probatórias *particulares*, adstritas à disciplina de determinadas relações jurídicas a partir da regulação da própria relação ou do estado jurídico pertencente ao direito material, sendo a este pertencente, e o posicionamento de Santiago Sentís Meleno, que realiza a distinção entre prova pré-constituídas (fontes) e constituídas no processo (meios) e atribui àqueles a natureza material e a estes a de processual.<sup>143</sup>

Ademais, merecem registro a teoria de Jaime Guasp distingue a prova material conquanto instituição destinada à justificação de determinados acontecimentos da vida real, sem destinatário específico, da processual, dirigida a produzir a convicção psicológica no juiz.<sup>144</sup>, bem como a Teoria do Direito Judiciário Material de James Goldschmidt e da Norma de Garantia de Giovanni Conso<sup>145</sup>.

141 Neste sentido também Proto Pisani: “Nell’economia del presente corso è sufficiente ribadire, como indirizzo di carattere generale, la natura processuale delle norme sulle prove, argomenanto soprattutto dalla circostanza che la funzione istituzionale delle prove è offrire al giudice strumenti di conoscenza del fatto (ed il rilievo secondo cui la minore o maggiore facilità di dimostrare il buon fondamento del diritto inciderebbe sulla stessa esistenza del diritto sostanziale, è rilievo inconfidente in quanto prova troppo: se valido varrebbe per tutte le norme processuali e verbera a meno la distinzione tra diritto sostanziale e processuale”. PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene Editore, 2014, p.405.

142 “La tesis de que la teoría de la eficacia de la prueba pertenece al derecho civil, corresponde a una concepción privatista del proceso. Pero esa tesis, que mira el problema desde el punto de vista de las partes, olvida que la prueba es tanto como una actividad de los litigantes, un instrumento de convicción del juez. En todo el panorama de la prueba, lo que prevalece es la figura del magistrado. El decide los hechos en razón de principios de lógica probatoria, en consideración al interés general por los fines mismos del derecho. El principio de la estabilidad de las convenciones no se compromete por el hecho de que las leyes procesales regulen la eficacia de la prueba y, por el contrario, en mucho se beneficia al dar al juez las facultades que le asignan las leyes procesales para apreciar con toda amplitud la eficacia de los diversos medios de prueba”. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ed. Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1958, p..259.

143 GIANNICO, Maricé. *A prova no código civil: natureza jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.144-147.

144 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 438-439.

145 Conforme a teoria de Goldschmidt, o direito público se divide em três ramos referentes à tripartição do

Por fim, destaca-se a teoria de Vittorio Denti, adotada na doutrina nacional por Marinoni e Arenhart, que propõe o abandono dos parâmetros de conceito em epígrafe e propõe o exame casuístico quanto à natureza das normas probatórias.<sup>146</sup>

Conquanto seja indiscutível que os sujeitos praticam no cotidiano atos e negócios jurídicos com o desiderato de documentar em ambiente alheio ao Sistema de Justiça fatos que considerem relevantes<sup>147</sup>, percebe-se que em sua conformação hodierna, a prova não está adstrita ao processo, sendo dado aos sujeitos, mesmo fora da relação processual, sua utilização para, de maneira unilateral ou conjunta, buscar a verificação, demonstração e registro de fatos jurídicos, que lhes confira alguma segurança jurídica.<sup>148</sup>

A estruturação da linha divisória proposta pela doutrina quando da promulgação do Código Civil, no sentido de que as disposições referentes à essência da prova, como sua admissibilidade, efeitos e sujeitos, caberiam ao direito material, enquanto as concernentes ao modo, tempo e formalidades para sua produção seriam da alçada do direito processual<sup>149</sup> contribui para a visualização dos diferentes aspectos da prova e distinto grau de regulação, que vai desde a enunciação de requisitos genéricos, passíveis de colmatação por atos de autonomia privada dos sujeitos, a procedimentos estritos para sua produção em juízo, sendo notável um grau crescente de regulação enquanto se aproxima da utilização da prova para a tomada de uma decisão judicial.

Todavia, mesmo nas matérias reguladas especificamente pela lei material, não se deve descurar da possibilidade de contribuições da disciplina processual, visto que o aparte da prova de direito material da processual não se coaduna com dinamismo e complexidade da

---

poder, sendo o Direito Judiciário a disciplinar a relação entre cidadão e sistema de Justiça, sendo as normas probatórias de Direito Judiciário Material. Já para Conso, dentro do prisma da prova penal, as disposições seriam de natureza própria de normas de garantia.

146 “A atitude aparentemente neutra de estabelecer esquemas abstratos para tentar explicar a problemática faz surgir situações inexplicáveis. Na verdade, não há como deixar de atender às exigências do caso concreto – que podem se suceder de forma diversa, mesmo dentro de uma única relação processual –, o que obriga o juiz a se reger ora por critérios de direito material, ora por critérios de direito processual”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 438-439

147 Práticas cotidianas como imprimir e trazer consigo durante a viagem as reservas de hotel e passagem aérea, fotografar os veículos logo após uma colisão, guardar a nota fiscal de um eletrodoméstico e formalizar uma união estável mediante escritura configuram indubitavelmente atos de documentação ou certificação que não guardam vinculação específica a qualquer método de solução de conflitos, sendo fruto da autonomia dos sujeitos.

148 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.27-28.

149 DIDIER JR. Fredie. *Regras processuais no Código Civil*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.50-51. Neste sentido também: BRAGA, Paula Sarno. Natureza das normas sobre prova: suas repercussões na eficácia da lei no tempo e no espaço. In: DIDIER JR., Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique. GOUVEA FILHO, Roberto. (coord.). *Pontes de Miranda e o processo*. Salvador: JusPodivm, 2021, p.632-637.

vida e do direito, que admite uma multiplicidade de fontes, que devem concorrer de maneira sistêmica.<sup>150</sup>

Igualmente, a referida diáspora não mais se verifica na conformação do processo, que atualmente se encontra em fenômeno de reaproximação com o direito material e de regulação normativa conjunta de alguns institutos, como, com especial relevo, as convenções processuais, reclamando que seja repensada a natureza jurídica de certos institutos, como a prova.<sup>151</sup>

Tal concepção se revela extremamente útil para compreender a dinâmica das convenções processuais probatórias, conforme examinado a seguir.

### 2.3. DO REGRAMENTO DO DIREITO PROBATÓRIO

O instituto da prova é dotado de relevância para a efetivação dos direitos no âmbito do processo, visto que o adequado esclarecimento dos fatos circundantes ao litígio, com a confirmação ou refutação das hipóteses levantadas em suporte às pretensões conduz, tendencialmente, à autocomposição ou a uma tutela jurisdicional adjudicatória mais acertada.<sup>152</sup>

Inicialmente, não se pode olvidar que o acerto na estabilidade das soluções para os conflitos por meio da coisa julgada advinda das decisões judiciais reclama que o pronunciamento se dê com lastro em elementos de convicção mais próximos da realidade, sem os quais sua própria legitimidade passa a ser questionável, do que se denota a eficácia prospectiva da prova quanto às soluções adjudicatórias.<sup>153</sup>

150 Conforme observam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart por ocasião de críticas a teoria de Jaime Guasp, qualquer cisão de prova em material ou processual conforme sua utilização padece de imprestabilidade, visto que todas as provas dotadas de eficácia pré-processual têm o potencial de serem utilizadas no processo, sendo desastrosa a modificação posterior do regramento jurídico, de sorte que o regramento da disciplina probatória não dispensa uma valoração casuística, alheia a qualquer esquema formal. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.430-441. Neste sentido confira-se também: ASCENSÃO, José de Oliveira. Concorrência de fontes, “diálogo das contes” e unidade da ordem jurídica. In: SILVA NETO, Francisco Antônio Barros. KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. CUNHA, Leonardo Carneiro da. ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. COSTA FILHO, Venceslau Tavares. (coord.). *Relações e influências recíprocas entre direito material e direito processual: estudos em homenagem ao Professor Torquato Castro*. Salvador: JusPodivm, 2017, p.403-415.

151 CABRAL, Antonio do Passo. Da instrumentalidade à materialização: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. *Civil Procedure Review*, v.12, n.2, mai./ago./2021, p.89-90.

152 “A ideia básica é que um litígio surge a partir de certos fatos e sobre esses se baseia; que esses fatos são disputados pelas partes; que tal disputa deve ser resolvida pelo tribunal; e que a solução da <controvérsia sobre fatos> é alcançada quando o tribunal estabelece a verdade sobre os fatos que motivaram a disputa”. TARUFFO, Michele. Prova e verdade no processo civil. In: TARUFFO, Michele. *A Prova*. trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.15.

153 “A prova, portanto, é um desses instrumentos decisivos no alcance da paz social. Ora, se a coisa julgada é

A prova é indispensável para o cumprimento pelo Poder Judiciário do dever de fundamentação adequada de seus pronunciamentos e conseqüente legitimação jurídica e social.<sup>154</sup>

Ademais, mesmo fora do processo a adequada certificação quanto à ocorrência de fatos juridicamente relevantes possibilita aos sujeitos conhecer de maneira adequada os contornos de suas titularidades, proporcionando segurança jurídica e uma atuação estratégica mais consciente, sendo a prova também revestida de tal eficácia quanto aos métodos autocompositivos.

Verifica-se então que o estudo das convenções processuais referentes a tal matéria reclama que sejam realizadas prévias digressões sobre institutos do direito probatório, uma vez que a conformidade do espaço de autorregramento das partes sofre nítida influência de tais peculiaridades.

### 2.3.1. Dos múltiplos conceitos de prova

O vocábulo *prova* é dotado de uma plêiade de denotações possíveis ao longo da existência humana, contemplando atribuições que vão das mais simples às mais complexas conjunturas.<sup>155</sup>

---

fenômeno político de estabilidade e segurança jurídica, fruto de uma 'verdade jurídica' que muitas vezes não corresponde à realidade dos fatos, e, às vezes por isso, se diz que é fenômeno criador de direitos, não se pode negar que a prova no processo tem a força capital, qual seja a de permitir que se alcance, com a convicção que dela resulta, um fenômeno que legitima a estabilização de uma decisão justa em relação ao fato de se dar razão a quem realmente a possui. De fato, não é a coisa julgada que traz a paz social. Além do escopo político que pode existir, é certo que a coisa julgada só será legítima, no sentido de alcançar o escopo social do processo, se for assentada em elementos de convicção que sejam os mais próximos da realidade histórica conflituosa levada ao Estado-juiz. Quando isso ocorre há, por assim dizer, um reconhecimento da sociedade e dos próprios litigantes, independentemente de serem vencidos ou vencedores, porque sabem, à evidência das provas, que se fez justiça". ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.538.

154 "A prova cumpre função de relevância inegável, pois confere legitimação social ao ato decisório do Poder Judiciário, uma vez que afasta a ordem judicial do arbítrio desmotivado e desarrazoado. Em outras palavras, impede o "sim porque sim" e o "não porque não". A decisão que toma um caminho diferente do que é indicado pelas provas presentes no processo nada mais é do que um ato de arbítrio judicial injustificado e incoerente sistemicamente, veneno que deve ser combativo desde sua raiz, com intuito de bem proteger o Estado Democrático de Direito em todas as suas esferas e instituições". PORTO, Guilherme Athayde. *O direito de não produzir prova contra si: a prova desabonatória*. Salvador: JusPodivm, 2021, p.246.

155 "A prova é uma enunciação básica, ou, por definição meramente gramatical, aquilo que demonstra ou estabelece a verdade de um facto. Sucede que a palavra prova é vocábulo de vasta acepção, que se aplica com múltiplos conteúdos e das mais simples às mais complexas conjunturas da vida e, quantas vezes, em relação a eventos de tal relevância e gravidade que a primeira inquietação que nos afronta é a de a prova não se ter. faze prova da boa condução, ou tirar a prova do fato ou do vestido e de tudo o que é necessário seja, é uma constante na materialidade da existência e desde logo em relação aos atos primordiais que, espontaneamente, se sucedem nos caminhos da vida". RODRIGUES, Fernando Pereira. *Os meios de prova em processo civil*. Coimbra: Almedina, 2015, p.11.

Ainda que se busque a restrição do seu estudo ao campo do direito por meio de um recorte metodológico, certamente tal ainda comportará uma polissemia, da qual dimanará uma ambiguidade que reclama uma tentativa de rigor técnico.

Todavia, a adequada definição do referido conceito é medida imprescindível para a compreensão de diversas noções derivadas (v.g.: fontes, meios, ônus, apreciação)<sup>156</sup>, indene a incompatibilidades sistêmicas, sendo a solução de um problema eminentemente prático.<sup>157</sup>

Ao passo em que a plurissignificação do vocábulo em estudo se afigura incontornável<sup>158</sup>, inicia-se o assunto das convenções processuais sobre matéria probatória por meio de uma tentativa de compreender as múltiplas definições de tal signo.

Contudo, não se pode descurar da necessidade de uma reflexão crítica quanto aos conceitos trazidos, visto que, conforme observado por Marcelo Lima Guerra<sup>159</sup>, o repertório tradicional de noções adotadas pela doutrina, não possibilita uma compreensão das normas probatórias e atividades disciplinadas, o que afeta o pleno entendimento institutos e a solução para eventuais problemas no plano epistêmico.

Inicialmente, Francesco Carnelutti<sup>160</sup> leciona que o vocábulo *prova* tem um sentido na linguagem comum atrelado ao controle da verdade de uma proposição, dissociado do procedimento a ser utilizado para o controle de tal ato enunciado, no sentido jurídico opera-se uma transposição do seu significado, que passa a designar tal atividade de controle, que não se

---

156 REICHELDT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.44-45.

157 Em uma síntese quanto à problemática de ordem prática, Richard Posner assevera que “O direito probatório é o conjunto de regras que determina quais informações podem ser apresentadas a um tribunal ao qual se pede para resolver um litígio factual e como se deve apresentá-las”. POSNER, Richard. *Fronteiras da teoria do direito*. Tradução Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camarco, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.439.

158 Neste sentido: PEREIRA, Laíz Zumach Lemos. *Uma proposta de redefinição científica do conceito de “prova emprestada”*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, 2017, p.63.

159 “O que se observa, nas definições doutrinárias destas noções básicas do direito probatório, é o uso de outras noções extremamente complexas e controvertidas para as quais nenhuma explicação satisfatória é oferecida, quase como se estas últimas fossem “autoexplicativas”. GUERRA, Marcelo Lima. Sobre as noções probatórias básicas. In: MACÊDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. (org.). *Provas*. Coleção novo CPC Doutrina Seleccionada, v.03, Salvador: JusPodivm, 2016, p.145-148.

160 “Provar significa de fato, comumente, demonstrar a verdade de uma proposição afirmada. Ora, no campo jurídico, o controle dos fatos controvertidos por parte do juiz não pode seguir, mediante a pesquisa de sua verdade, mas mediante aqueles processos de fixação formal, cujo conceito essencial procurei ilustrar mais a cima e cujas formas principais procurarei ilustrar em seguida. Se tais processos a lei inclui sob o nome de prova, isto significa que o conteúdo próprio do vocábulo na linguagem jurídica se altera e se deforma. Com efeito, provar não quer dizer mais demonstrar a verdade dos fatos contestados, mas determinar ou fixar formalmente os mesmos fatos mediante processos dados”. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil: parte geral: o conceito jurídico de prova*. trad. Almicare Carletti. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002, p.66-72.

dá propriamente pela verificação da veracidade dos fatos, mas por sua fixação formal, mediante o procedimento e meios legítimos.

Já conforme conceito de João Batista Lopes<sup>161</sup> a prova integra um componente objetivo, concernente ao conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo, e subjetivo, consistente na convicção formada no espírito do julgador a respeito da existência ou inexistência dos fatos alegados.

Entretanto, sem embargo de posições que destacam elementos isolados<sup>162</sup>, é prevalente na doutrina nacional a vinculação ao conceito de prova a três significados elementares: *meio*, *atividade* e *resultado*. Neste sentido as definições trazidas por Moacyr Amaral Santos:<sup>163</sup>

No sentido jurídico, o vocábulo é empregado em várias acepções: Significa a produção dos atos ou dos meios com os quais as partes ou o juiz entendem afirmar a verdade dos fatos alegados (*actus probandi*); significa ação de provar, de fazer a prova. Nessa acepção se diz: a quem alega cabe fazer prova do alegado, isto é, cabe fornecer os meios afirmativos da sua alegação. Significa o meio de prova considerado em si mesmo. Nessa acepção se diz: prova testemunhal, prova documental, prova indiciária, presunção. Significa o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade. Nessa acepção se diz: o autor fez prova da sua intenção, o réu fez prova da exceção.

No âmbito da doutrina forânea, verifica-se trabalhos que estendem o referido conceito, no que se infere, ser um desdobramento dos três elementos em epígrafe.

---

161 LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.26. Acompanham tal entendimento: SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p.08. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. 01, 55 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.591.

162 Registra-se neste sentido o entendimento de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, que conceitua prova como “o ato judicial ou processual, pelo qual o juiz se faz certo a respeito do fato controverso ou do assento duvidoso que os litigantes trazem a juízo”. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo 04, 3 ed. Atual. Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.246.

163 SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. v.1., 3ed. São Paulo: Max Lomonad, 1968, p.11-12. Em acompanhamento a esta classificação: AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.28. CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014, p.21. também: SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil*, vol. 01, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.335-336; SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. *As provas no cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.08.

Para Andrea Proto Pisani<sup>164</sup>, a atividade valorativa do procedimento probatório é representada como elemento autônomo, sendo distinguido o conceito de prova em quatro aspectos: as ferramentas que propiciam o conhecimento dos fatos, divididas em inspeção, documento e perícia (meios); o procedimento de formação e aquisição dos meios de prova (atividade), o procedimento de atividade lógica do conhecimento dos fatos por meio da dedução (atividade valorativa) e o resultado desta atividade quanto ao conhecimento dos fatos (resultado).

Já na concepção de Lucinda Maria Duarte Dias da Silva<sup>165</sup>, o resultado é fracionado em material probatório (teor informativo) e base probatória (mobilização deste resultado no plano da decisão judicial, sendo que a estes elementos se somam a prova como meio e como atividade).

Alcança-se então que a tríade proposta pela doutrina nacional indica a contento uma ideia global do instituto e denota a instrumentalidade dos meios de prova e da atividade probatória em prol do resultado (convicção), sendo este o ponto de partida de sua conceituação adequada.

Todavia, não se pode olvidar da contribuição dos contornos do modelo contemporâneo de processo para a justificativa da prova.

Ao longo da evolução da ciência processual o instituto da prova, quanto à sua finalidade e conceito já enfrentou conformações distintas, sendo, no entendimento de Luis Alberto Reichelt<sup>166</sup>, caracterizada ora como experimento, ora como razão e, por fim, como argumento.

Inicialmente, o paradigma da prova como *experimento* era fundado na ideia de equiparação entre a prova jurídica e a lógico científica e atribuía o papel de protagonismo do magistrado, em equivalência a um historiador da realidade fática, sendo a investigação

---

164 “Povertà di lessico fa sì che il termine prova sia utilizzato con una pluralità di significati, accomunati dalla circostanza che concernono tutti la conoscenza dei fatti da parte del giudice. Analiticamente il termine prova può indicare: a) gli strumenti di conoscenza dei fatti; vedremo come tali strumenti sono tre: l’ispezione, il documento e la dichiarazione di scienza, gli strumenti di conoscenza si chiamano anche fonte materiali di prova e, se consistenti in documenti o dichiarazioni di scienza, fatti rappresentativi o fonti di rappresentazione; b) il procedimento tramite il quale gli strumenti di conoscenza (le fonti materiali di prova) si formano e sono acquisiti al giudizio (modalità dell’ ispezione, della formazione e della produzione del documento, della acquisizione delle dichiarazioni di scienza); c) l’attività di conoscenza dei fatti, attività che si vedrà essere soprattutto attività di percezione e di deduzione; d) il risultato della attività logica di conoscenza”. PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6 ed. Napoli: Jovene Editore, 2014, p. 406.

165 SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da. *As convenções da prova em processo civil*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: 2015, p.03-04.

166 REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.39-44.

probatória progressiva e estruturada com o objetivo de esgotamento do campo de investigação, com o alcance da verdade real ou, em não sendo possível, pelo preenchimento das lacunas por meio de cálculos probabilísticos, apresentando como problemas a incompatibilidade com a economia da investigação, a tendente exacerbação de poderes e a inadequação técnica de equiparação do magistrado ao historiador.<sup>167</sup>

De outro lado, a prova foi adotada como *razão* no esquema marcado pela tentativa de eliminação do subjetivismo na decisão judicial e busca de uma solução célere e racional para o litígio, a partir da observância de regras de procedimento que gozam de prioridade em detrimento da descoberta da verdade.

Posteriormente, no que se vislumbra como modelo contemporâneo, a prova foi erigida a *argumento* no paradigma que se notabiliza pela revalorização da retórica, indicativa da superação do simples silogismo na aplicação do direito e a dicotomia entre fato e norma, com a busca de uma verdade provável, passível, conforme observado por Hermes Zaneti Jr.<sup>168</sup>, de construção exclusivamente pela argumentação e persuasão, no contexto do debate processual.<sup>169</sup>

Nesta linha, pode-se conceituar a prova dentro do enfoque do processo civil com Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart como “todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”.<sup>170</sup>, tendo por consequência anexa a formação de convencimento dos sujeitos processuais quanto aos aspectos das aludidas preposições, ainda que em momento antecedente à propositura da ação, de modo a lhes possibilitar a adequada compreensão das suas titularidades.

---

167 REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.39-44.

168 ZANETI JR., Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. In: MITIDIERO, Daniel Francisco. ZANETI JR., Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor: 2004, p.115-164.

169 “Por prova, no âmbito do processo civil contemporâneo, designa-se um argumento empregado no contexto do debate processual, ordenado segundo normas ético-jurídicas e lógico-argumentativas, o qual se diferencia em relação aos demais argumentos empregados em tal contexto em função de seu conteúdo e de sua finalidade. Seu conteúdo é o resultado do contraste entre as alegações sobre fatos juridicamente relevantes que sejam objetivo de controvérsia ao longo do debate processual e aquilo que efetivamente se passou no mundo extraprocessual. De outro lado, sua finalidade é a de atuar como fator envolvido na atividade de persuasão racional do juiz, tornando presente diante dos olhos do magistrado um retrato possível da realidade considerada juridicamente relevante para o deslinde do debate processual, de maneira a influenciar na formação do seu convencimento”. REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.111-112.

170 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.72.



Desta forma, com os referidos aportes, pode-se conceituar atualmente a prova como os meios e atividades destinados à formação da convicção judicial quanto aos fatos relevantes, em relação à qual figura como argumento a justificá-los como corroborados adequadamente.

Passa-se ao exame de suas facetas.

### 2.3.2. Da prova como meio

Conforme acertado escólio de Cândido Rangel Dinamarco, a prova integra o gênero de meios processuais instrumentais, conquanto elementos externos que são trazidos para o ambiente processual através da técnica e favorecem o conhecimento de realidades afetas ao conflito, sendo que seu aporte decorre de atividade das partes, configurando técnicas de manipulação dos elementos externos, de modo a extrair deles as representações da realidade, necessárias para a tomada da decisão judicial.<sup>171</sup>

Os meios de prova consistem em “instrumentos através dos quais são trazidos a conhecimento do julgador retratos possíveis da realidade histórica considerada juridicamente relevante”<sup>172</sup>, podendo ser formulados como relatos coligidos através da documentação de depoimentos, como vestígios perceptíveis por conduto de documentos ou coisas ou opiniões pautadas em critérios técnico-científicos, na prova pericial.

Cuidam-se, sob o prisma linguístico, de uma enunciação utilizada para o transporte dos fatos ao processo, emprestando-lhes juridicidade em sentido amplo.<sup>173</sup>

---

171 “Para que o processo civil possa produzir seus resultados o juiz e as partes precisam valer-se de certos elementos externos que, quando trazidos para o processo e utilizados convenientemente, favorecem o conhecimento de realidades relacionadas com o conflito e a efetiva satisfação das pretensões amparadas pelo direito. Tais são os meios processuais instrumentais, representados pelas fontes de prova e pelos bens. Todos eles vêm do mundo exterior e são de grande utilidade, porque também o processo mesmo não vive isolado da realidade da vida, sendo por isso indispensável captar esses elementos capazes de refletir realidades exteriores ou de afinal influir sobre elas”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.02, 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.719-722. Neste sentido também o conceito de Este conceito não destoa do trazido por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, para quem meios de prova são as “técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra (ou seja, da fonte)”. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 02, 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p.39.

172 REICHELDT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.111-113.

173 “A prova, como relato linguístico que é, decorre de atos de fala, caracterizadores de seu processo de enunciação, realizado segundo as normas que disciplinam a produção probatória. Produzido o enunciado protocolar correspondente à prova, este só ingressa no ordenamento por meio de uma norma jurídica geral e concreta, que em seu antecedente traz as marcas da enunciação (enunciação-enunciada), prescrevendo, no conseqüente, a introdução no mundo jurídico dos enunciados que veicula. Esse instrumento utilizado para transportar os fatos ao processo, construindo fatos jurídicos em sentido amplo, é o que denominamos *meios de prova* [...] Partindo dessa premissa, a prova produzida em razão de depoimento testemunhal, por exemplo, corresponderia ao conjunto de enunciados introduzidos no ordenamento, confirmadores ou infirmadores da alegação de uma das partes. O respectivo meio de prova, por sua vez, estaria representado

De outro lado, Marcelo Lima Guerra<sup>174</sup> divisa os meios de prova efetivamente utilizados pelo juiz na justificação de sua decisão (meios em sentido estrito ou atuais) dos passíveis de tal utilização em plano teórico (meios em sentido amplo ou potenciais).

Entende-se com a devida vênia que a referida distinção não guarda relevância, visto que o juízo de admissibilidade dos meios de prova é casuístico, cabendo, em princípio, todos aqueles com aptidão.

Em síntese, pode-se conceituar meios de prova como as técnicas destinadas à utilização, dentro de uma estrutura argumentativa, para a construção da prova-resultado, quando racionalmente fatos podem ser reputados como evidenciados.<sup>175</sup>

Os meios de prova podem assumir caráter *típico*, quando são disciplinados pela legislação, e *atípico*, quando inéditos quanto à sua previsão ou, ainda que tipificados, sejam colhidos de forma diferente da assinalada em seu regramento.<sup>176</sup>

Quanto aos meios típicos, identifica-se no texto do Código Civil a previsão daqueles concernentes à confissão, documento, testemunho, presunção e perícia (art. 212), que têm seu regramento aprofundado pelo Código de Processo Civil (prova documental e ata notarial como instrumento específico; depoimento pessoal como meio para a obtenção de confissão; prova testemunhal, prova testemunhal, inspeção judicial e exibição de documentos ou coisas como medida de apoio).

Já quanto aos meios atípicos, não há propriamente nada de inédito na disciplina do CPC/15, visto que desde o CPC/73<sup>177</sup> já se verificava o caráter exemplificativo do rol de meios de prova.

No campo probatório a tipicidade é aferível por meio da comparação entre o objeto e o modelo previamente definido pela lei no que concerne a dois aspectos: previsão legal do

---

pelos demais indicativos do local, data, sujeito e modo inerentes à produção probatória (enunciação-enunciada)". TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2008, p.87-88.

174 GUERRA, Marcelo Lima. Sobre as noções probatórias básicas. In: MACÊDO, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. (org.). *Provas*. Coleção Novo CPC doutrina selecionada, v.03. Salvador: JusPodivm, 2016, p.211.

175 Nesse sentido: "Assim, podemos esboçar um conceito a respeito dos meios de prova, como sendo os instrumentos processuais utilizados pelas partes, com a finalidade de demonstrar como "evidentes" os fatos alegados, visando gerar certeza a respeito da sua existência e, justamente, com o escopo de convencer o julgador acerca de sua veracidade". RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. *As provas como instrumentos de efetividade no processo civil*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p.34.

176 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. *Revista de Processo*, vol.76, p.114/126.

177 João Batista Lopes registra que sob a égide do CPC/39 vigia o princípio da tipicidade da prova, sendo admitidas apenas as espécies reconhecidas nas leis civis e comerciais. Identifica o autor tal princípio no art.212 do Código Civil, quando trata da prova dos negócios jurídicos. LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol.V. jan.-jun./2010, p.389-402.

meio de prova e previsão do procedimento, sendo valorada a partir de um critério qualitativo entre o objeto flexibilizado e o núcleo essencial do meio típico.<sup>178</sup>

Esta foi encampada pelo CPC, que em seu art. 369 que enuncia o direito das partes a empregar no processo para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa, influenciando de maneira eficaz na convicção do juiz, além dos meios de prova legais (típicos, pois), aqueles moralmente legítimos, ainda que não especificados.

William Santos Ferreira<sup>179</sup> observa que a manifestação da atipicidade se dá mais quanto a novas dinâmicas para a produção dos meios de prova tradicionais, que, propriamente, quanto ao surgimento de meios inéditos, indicando que vige quanto à espécie o princípio da *máxima eficiência dos meios probatórios*<sup>180</sup>, do que se denota que os meios atípicos não são secundários em relação à prova típica, cuja eficiência já é previamente valorada pelo sistema normativo.

Assim, o postulado de que os meios de prova devem ser os mais eficientes dentro das possibilidades implica na diretriz de comportamento dos sujeitos processuais quando à escolha daqueles mais aptos ao alcance dos objetivos da atividade probatória (leia-se, esclarecimento de tal ou qual ponto controvertido).<sup>181</sup>

Desta maneira, enquanto a eficiência dos meios de prova atípicos somente é valorada após sua propositura no processo, deve-se debater e admitir os meios mais idôneos, levando-se em conta a extensão do contraditório como relevante fator de calibre, independentemente de serem típicos ou não, mediante valoração concreta e em prol dos fins colimados pelo processo.

Portanto, situa-se dentro do âmbito das convenções probatórias não apenas o estabelecimento de novos meios de prova, com espeque na sua atipicidade, mas também, e com igual relevância, a modificação do regramento dos meios típicos.

---

178 AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.66-69.

179 FERREIRA, William Santos. Comentários ao art.369. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER, JR., Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.1.117-1.119

180 “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”. FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.183.

181 “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”. FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.183.

### 2.3.3. Das fontes de prova

Os meios de prova têm por finalidade específica a inserção no ambiente processual de enunciados concernentes a elementos externos (pessoas ou coisas) com potencial de extração de informações relevantes para a solução do litígio, sendo tais as *fontes de prova*.<sup>182</sup>

Sua identificação se dará a partir dos elementos objetivos trazidos pelas postulações, iniciais, bem como sobre os fatos e controvérsias surgidos posteriormente durante a instrução, tal como na testemunha referida e na prova documental superveniente.

As fontes de provas podem ser classificadas em pessoais ou reais, conforme decorram de pessoas ou do estado de coisas, ainda que emanado indiretamente de pessoas (ex. exame pericial, DNA etc.).

### 2.3.4. Da prova como atividade

A atividade probatória consiste no procedimento adotado pelas partes e juízo, por meio de atuações e técnicas, submetidos a prévio regramento<sup>183</sup>, visando ao alcance da convicção judicial sobre a ocorrência dos fatos relevantes.

Tal atividade abarca as condutas das partes de levar ao conhecimento do juiz a existência de fatos que possam servir como meios de prova, tanto de modo direto, como v.g, pela juntada aos autos de documentos, quanto de maneira indireta, por meio da afirmação de sua existência (exemplo: o arrolamento de testemunhas), integrando, ademais, a participação na investigação ocorrida durante o processo (quesitos ao perito, perguntas às testemunhas, esclarecimentos em inspeção judicial), sendo marcado pelo contraditório e diálogo cooperativo.<sup>184</sup>

Já sob o prisma do juízo, a atividade probatória concerne à deliberação sobre a admissibilidade e relevância dos meios de prova, as diretrizes para sua produção<sup>185</sup> e a

---

182 “Os elementos externos em si mesmos, quando considerados em sua aptidão a fornecer indicações úteis ao julgamento, são fontes de prova. São fontes de prova pessoas e coisas. Uma pessoa ferida ou doente, um papel escrito, um veículo destruído, um imóvel, uma contabilidade, são fontes de prova. Quando examinados convenientemente esses elementos revelam realidades relevantes para o exercício correto da jurisdição. Daí serem chamadas fontes, em alusão ao fenômeno natural dos canais pelos quais transitam e dos quais emanam líquidos, gases ou outras substâncias naturais”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 2, 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.720-721.

183 CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 21.

184 GUERRA, Marcelo Lima. Sobre as noções probatórias básicas. In: MACÊDO, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. (org.). *Provas*. Coleção Novo CPC doutrina selecionada, v.03. Salvador: JusPodivm, 2016, p.145-226

185 REICHEL, Luis Alberto. O Direito Fundamental à Prova e os Poderes Instrutórios do Juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, São Paulo, vol. 281/2018, jul./2018. p.171-185.

valoração do acervo aportado, independente da parte que produziu cada elemento (art. 371 do CPC), de modo a proporcionar uma decisão em que indicará as razões de seu convencimento.

A coexistência harmônica das atividades probatórias do juiz e das partes representa o ideal de um processo cooperativo, onde se almeja, mediante constante diálogo, um desfecho racional e eficiente.

#### 2.3.4.1. Do direito à prova: fundamentalidade e autonomia

O primeiro aspecto a ser valorado na seara da atividade probatória concerne ao direito das partes à produção probatória, visto semanticamente como poder de participar crítica e efetiva da atividade probatória, sendo marcado por duas características: fundamentalidade e autonomia.

##### 2.3.4.1.1. Direito fundamental à prova

Inicialmente, dada a influência no resultado da tutela jurisdicional, certo é que a participação na atividade probatória se reveste de caráter de direito fundamental, lastreado em norma-princípio de porte implícito.

A doutrina abarca a matéria sobre diversas óticas, quanto ao fundamento constitucional do referido direito.

Inicialmente Cássio Benvenuti de Castro<sup>186</sup> defende que o direito à prova encontra fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal), uma vez que este impele à sua tutela por meio de um processo justo, que implica em colaboração, previsibilidade e busca da verdade.

---

186 CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Direito probatório: o pêndulo entre a verdade e a prova*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 97-98.

De outro giro, José Roberto dos Santos Bedaques<sup>187</sup> entende que tal direito é corolário da efetividade do processo e do acesso à ordem jurídica justa, que justificam a garantia do direito à produção de prova como forma de proporcionar às partes a participação na formação do convencimento do juiz, sendo, um componente inafastável do contraditório e da ampla defesa, submetido a análise pelo prisma da proteção jurisdicional.

Já Adriano Caldas e Marco Félix Jobim<sup>188</sup> entendem que ao passo em que a prestação jurisdicional pressupõe o correto accertamento dos fatos, o direito à prova é corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e tem como pressuposto a possibilidade das partes de apresentarem suas alegações em juízo (propositura), uma deliberação motivada sobre sua pertinência (admissão), a produção em conformidade com os regramentos e, por fim, a efetiva influência no convencimento do julgador por ocasião de sua valoração.

Para Gisele Santos Fernandes Góes<sup>189</sup> o direito à prova configura natureza de norma constitucional principiológica de porte implícito, extraída do devido processo legal, enquanto Luis Alberto Reichelt<sup>190</sup> assinala que seu cumprimento implica no direito das partes de produzir os meios que permitam formar a convicção do julgador no sentido de que as

187 “Assegurar o direito de ação no plano constitucional é garantir o acesso ao devido processo legal, ou seja, ao instrumento tal como concebido pela própria Constituição Federal. Entre os princípios inerentes ao processo, destacam-se o contraditório e a ampla defesa. Expressões diferentes para identificar o mesmo fenômeno: a necessidade de o sistema processual infraconstitucional assegurar às partes a possibilidade da mais ampla participação na formação do convencimento do juiz. Isso implica, evidentemente, a produção das provas destinadas à demonstração dos fatos controvertidos. Contraditório efetivo e defesa ampla compreendem o poder conferido à parte, de se valer de todos os meios de prova possíveis e adequados à reconstrução dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito afirmado. O direito à prova é componente inafastável do princípio do contraditório e do direito de defesa. O problema não pode ser tratado apenas pelo ângulo do ônus (CPC, art.333). Necessário examiná-lo do ponto de vista da garantia constitucional ao instrumento adequado à solução das controvérsias, dotado de efetividade suficiente para assegurar ao titular de um interesse juridicamente protegido em sede material, a tutela jurisdicional”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.168-169.

188 CALDAS, Adriano. JOBIM, Marco Félix. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In: JOBIM, Marco Félix. FERREIRA, William Santos. *Direito Probatório*. Coleção grandes temas do novo CPC, vol. 05, 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.677-680.

189 “Por todas as perspectivas adotadas, o direito à prova se constitui num dos eixos do devido processo legal, tanto na sua feição processual, como na sua moderna configuração substancial. Até porque as garantias do direito de ação, defesa e contraditório, são decorrentes do due process of law. Se os fatos levantados pelas partes são o objeto da prova e se o destinatário dela é o juízo, então corroborada está a essencialidade do direito à prova. Extraído do direito à prova sua natureza jurídica, trata-se de norma-princípio constitucional de porte implícito, a qual peremptoriamente deve ser cumprida, sob pena de se perpetrar uma transgressão ao Texto maior como forma de abuso de poder, cometimento de arbitrariedades judiciais e, quem sabe, numa última fase, levando à desobediência civil”. GÓES, Gisele Santos Fernandes. Cotejo entre o direito à prova e a proibição de provas obtidas por meios ilícitos. In: FUX, Luiz. NERY JR. Nelson. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e constituição*. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.953.

190 REICHELTL, Luis Alberto. O direito fundamental à prova e os poderes instrutórios do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 281/2018, p. 171-185, jul./2018.

alegações sobre fatos controvertidos correspondem à realidade histórica, e então extrair as consequências jurídicas.

De outro lado, Vitor de Paula Ramos constata com acerto uma dupla manifestação da natureza fundamental do direito a prova, sendo um no prisma formal, extraído dos incisos LVI e LV do art. 5º da Constituição Federal, que respectivamente, ao vedar meios ilícitos admite os de caráter lícito e ao assegurar o contraditório e a ampla defesa com os meios inerentes, dá respaldo para o direito a prova e outro de caráter material, ligada à importância da prova para qualquer relação jurídica.<sup>191</sup>

Entende-se que todas as normas constitucionais em epígrafe guardam plena referência com o direito fundamental à prova, devendo, portanto, ser valoradas de maneira conjunta.

Contudo, o que significa afirmar que existe um direito fundamental à prova?

A obra de Jordi Ferrer Beltrán<sup>192</sup> registra a existência de quatro aspectos do direito fundamental à prova: inicialmente o direito subjetivo de utilização dos meios de prova relevantes para a demonstração dos fatos que fundam sua pretensão, seguido pelo direito de que os referidos meios de prova sejam produzidos no processo, sucedidos pelo direito a uma valoração racional dos elementos de prova produzidos e, por fim, o direito a uma decisão judicial adequadamente motivada, o que se coaduna com o sistema vigente no Brasil.

Constata-se que a redação do art. 369 do CPC indica prestígio ao referido direito, uma vez que enuncia o direito das partes do emprego de todos os meios de prova legais e moralmente legítimos, ainda que atípicos, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido e influir de forma eficaz na convicção do juiz.

Emerge do Código a imposição de que deve ser assegurado às partes o mais amplo acesso aos meios de prova legais que se revelem necessários, úteis e praticáveis à verificação de fatos relevantes, que não devem sofrer limitações injustificadas, sendo o critério para seu

---

191 “A fundamentalidade formal do direito à prova pode ser localizada em dois incisos do art. 5.º da CF/1988 (LGL\1988\3). Primeiramente, no inc. LVI,14 uma vez que, proibida a admissão das provas ilícitas, permitida está a admissão das provas lícitas. Ainda, no inc. LV, em que, ao garantir o contraditório e a ampla defesa, o legislador constitucional explicitamente faz referência à asseguaração dos meios inerentes a essa; entre tais meios inerentes, está, por óbvio, o direito à prova. [...] A fundamentalidade material da prova está intrinsecamente ligada à verdade e à importância dessa para qualquer relação jurídica. Não é aqui a sede adequada para que se reproduzam as diversas discussões doutrinárias sobre o tema. Bastará dizer que adotamos como premissa que a verdade é objetiva (no sentido de que não é determinada por um sujeito) e que se deve supor uma verdade por correspondência (no sentido de que independe de qualquer consenso ou coerência narrativa: a neve é branca somente se a neve é branca)”. RAMOS, Vitor de Paula. *Direito fundamental à prova*. *Revista de Processo*, vol.224/2013, p.41-61, out./2013.

192 BÉLTRAN, Jordi Ferrer. *Valoração racional da prova*. trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: JusPodivm: 2021, p.82-88.

aferimento, o juízo de proporcionalidade previsto no seu art. 370, em reprimenda ao art. 130 do CPC/1973.<sup>193</sup>

Desta forma, conforme observado por Trícia Navarro Xavier Cabral<sup>194</sup>, existe um *direito público subjetivo à prova*, o qual, contudo, não se reveste de caráter absoluto, sendo passível de limitação pelo ordenamento jurídico e, concretamente, pelo magistrado, de forma racional nos casos de desnecessidade, impertinência, irrelevância e inadmissibilidade em prestígio à valores contrapostos como efetividade, razoabilidade e proporcionalidade.<sup>195</sup>

#### 2.3.4.1.2. Direito autônomo à prova judicial

Certamente a atividade probatória pode ser realizada de maneira extrajudicial, como livre expressão da autonomia dos indivíduos, que podem utilizá-la para o registro de fatos que entendam ser relevantes, sendo, conforme concepção tradicional, legada sua produção em juízo apenas para a finalidade de influir na convicção do juiz, quando já judicializado o conflito ou, em acatamento de seu resultado.

Contudo, a conformação moderna do sistema processual indica na autonomia da prova colhida mediante atividade probatória em juízo.

193 Em comentários ao dispositivo do código anterior, Gisele Santos Fernandes observou com acurácia que ao enunciar que “o juiz determinará as provas necessárias e indeferirá as diligências inúteis ou protelatórias”, o legislador contemplou valorativamente os três componentes da proporcionalidade: necessidade, ao sinalizar que devem ser deferidos os meios de prova necessários à instrução do processo (e, implicitamente, indeferidos os desnecessários); adequação, no momento em que se refuta o deferimento de diligências inúteis, indicando a exigência de propriedade do meio de prova escolhido, que deve se revelar pertinente para o descortinamento de fato relevante e controvertido; e proporcionalidade em sentido estrito, ao vedar meios de prova protelatórios, que se revelem excessivos e causem desequilíbrio na relação entre as partes. GÓES, Gisele Santos Fernandes. Cotejo entre o direito à prova e a proibição de provas obtidas por meio ilícito. In: FUX, Luiz. NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.953

194 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p.37.

195 “O direito à prova não vem assegurado pela Constituição de modo explícito mas integra as garantias do devido processo legal e do contraditório (art.5º, inc. LV), pois este se exerce no processo alegando, pedindo, requerendo, argumentando e também provando. Em princípio e em um plano meramente hipotético poderia não haver limitações ou restrições legais à admissibilidade de qualquer fonte ou de qualquer meio a ser empregado para a produção de provas. A experiência indica, todavia, que não é aconselhável a total liberalização na admissibilidade dos meios de prova e fontes de prova, porque um sistema assim abriria portas a ilicitudes, fraudes e violações a direitos e mesmo superiores preceitos ou garantias constitucionais. Diante disso, o direito à prova não é e não pode ser um direito absoluto, pois como todos os direitos fundamentais, encontra limites na própria Constituição Federal e no direito infraconstitucional mediante (a) a rigorosa exclusão das provas obtidas por meio ilícito, (b) a exigência do requerimento da produção da prova pela parte, salvo nos casos menos frequentes em que o juiz deve produzi-la de ofício, (c) a imposição de prazos e momentos ou fases processuais aptos ao requerimento pelas partes, (d) as exigências de pertinência e relevância das provas requeridas, sob pena de sua inadmissibilidade, etc”. DINAMARCO, Cândido Rangel. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. LOPES, Bruno Vasconcelos Carillho. *Teoria geral do processo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p.428.



Com efeito, conforme distinguido por Thomas Vogt Geisse<sup>196</sup>, a prova civil tem relevância não apenas no contexto da atividade jurisdicional, em que se almeja a adequada determinação dos fatos relevantes, por meio dos meios de prova necessários, mas, de igual forma, em momento anterior ou independente à judicialização da controvérsia, no intento de possibilitar às partes o acesso à informação adequada para a tomada de decisão sobre suas titularidades materiais ou processuais.

Sob a égide do CPC/73, a produção antecipada de provas consistia em medida inserida no livro do processo cautelar, fundada precipuamente no intuito de salvaguardar o resultado do processo por meio da antecipação da colheita de meios de prova quando houvesse o fundado receio de perecimento da fonte (art. 847 quanto à prova testemunhal) ou de impraticabilidade para a averiguação (art. 849 quanto à prova pericial).

Em visão crítica a tal estado das coisas, Flávio Luiz Yarshell já defendia um conceito bipartido de prova, abrangente não apenas o direito de provar, como desdobramento da ação e defesa em contraditório, como, em um outro componente autônomo, desvinculado diretamente do processo e referente a uma intervenção do Estado-Juiz destinada

---

196 “Por un lado, todo proceso civil prevé una etapa de esclarecimiento probatorio identificable por su orientación hacia la comprobación de los hechos por parte del juzgador. Esta abarca tanto la producción de fuentes de información necesarias para que el juzgador pueda determinar lo que efectivamente ocurrió, como también información sobre la confiabilidad de estas fuentes. [...] El esclarecimiento preparatorio tiene una función distinta. No va dirigido al tribunal, sino a las partes. Su finalidad es que estas puedan tomar decisiones informadas sobre la disputa, con anterioridad a la fase probatoria del proceso. El acceso a información puede cobrar relevancia antes de la iniciación del proceso (esclarecimiento prejudicial) o después de iniciado el proceso, durante la etapa de intercambio de los escritos de discusión, pero antes de la fase probatoria (esclarecimiento pre-probatorio). En todo caso, este tipo de esclarecimiento no es funcional a la toma de decisión del juzgador, sino a una mayor autonomía de las partes en el ejercicio de sus facultades. Está dirigido a facilitar su decisión sobre si conviene seguir adelante con el proceso y, en caso afirmativo, la decisión sobre la extensión y los términos en los cuales se someterá a prueba la disputa”. GEISE, Thomas Vogt. La distinción entre esclarecimiento probatorio y esclarecimiento preparatorio em el proceso civil. *Quaesto facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*. n.3, p.159-173, 2022.

exclusivamente à pesquisa e registro de fatos determinados<sup>197</sup>, sendo esta tendência acolhida pelo Código de Processo Civil de 2015.

Com efeito, a disciplina do procedimento em testilha, hoje situada no livro do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença, nos art. 381 a 383, trata como hipóteses autorizativas não apenas o risco de perecimento do meio de prova, como, com especial relevo, a possibilidade da utilização da prova-resultado colhida antecipadamente para viabilizar a solução consensual do litígio ou até evitar o ajuizamento da ação, com incremento de chance de êxito na autocomposição.<sup>198</sup>

Portanto, sem óbice a sua utilização como técnica de acautelamento do resultado do processo, a produção antecipada de provas assume a possibilidade de manejo como procedimento de jurisdição voluntária.<sup>199</sup>,

Nesta hipótese não há qualquer vinculação com lide judicializada atual ou futura, e de modo a proporcionar informações que podem conduzir à composição adequada do litígio, coligida como princípio do processo contemporâneo; ao aprimoramento das postulações – e consequente otimização dos atos posteriores do processo – ou até a opção consciente e realista de não demandar ou se insurgir contra a pretensão autoral.<sup>200</sup>

197 “Mas, procurando ir além, vê-se que a possibilidade de busca e de obter a prova – primeiro dos aspectos acima destacados como integrante do até aqui denominado direito à prova – não parece estar necessária e diretamente vinculada ao exercício da ação e da defesa no contexto de um processo instaurado para se declarar o direito no caso concreto. Por outras palavras, se o assim denominado direito à prova, visto como desdobramento do direito da ação e da defesa, pode abranger as prerrogativas de buscar e obter a prova, essas mesmas prerrogativas não estão necessariamente vinculadas á declaração do direito dirigida a uma dada relação de direito material. Visto sob o prisma da busca e da obtenção das fontes de prova, o assim denominado direito à prova pode ser entendido em alguma medida, como antecedente do pleito de tal declaração, ou, a depender do que resulte dessa busca, até mesmo como excludente do referido pleito. Então, sob o ângulo da busca da prova, coerentemente com considerações já feitas, o direito em questão envolve uma prerrogativa que bem evidencia o caráter instrumental dessa última não apenas em relação ao convencimento do juiz, mas também dos interessados, na medida em que propicia elementos que autorizam o ingresso em juízo o que podem evitá-lo. Nessa perspectiva, rompe-se a tradicional e limitada ligação que se faz entre prova e julgamento estatal, para se valorizar o relevante nexos que existe entre a obtenção da prova e avaliação das partes quanto a suas chances em juízo.” YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.210-211.

198 RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento de produção “antecipada” de provas sem requisito de urgência no novo CPC: a teoria dos jogos e a impossibilidade de acordos sem a calculabilidade de riscos. *Revista de Processo*, vol. 263/2017, p.313-332, jan./2017.

199 “O processo autônomo de produção antecipada de prova é de jurisdição voluntária. Não é processo cautelar – não há sequer a necessidade de alegar urgência. A circunstância de poder haver conflito quanto à existência do direito à prova não o desnatura: é da essência da jurisdição voluntária a existência de uma litigiosidade potencial. É jurisdição voluntária pelo fato de que não há a necessidade de afirmação do conflito em torno da produção da prova”. DIDIER JR, Fredie. Produção antecipada da prova. In: JOBIM, Marco Félix. FERREIRA, William Santos. *Direito Probatório*. Coleção grandes temas do novo CPC, vol. 05, 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.723.

200 “O Autor consegue a partir da prova produzida anteriormente à demanda avaliar se tem chances de êxito, ou se seu pleito é totalmente infundado, já que esclarecido do suporte fático, consegue verificar melhor a chance de obtenção de decisão de procedência, ou se o ingresso da ação acarretaria, apenas, gastos para ele

Ademais, conforme destacado por Flávia Pereira Hill<sup>201</sup>, a antecipação da colheita de prova também pode servir à tutela executiva, com vistas à apuração da existência de bens no patrimônio do devedor, de modo a ser identificado o foro de sua localização, bem como fixado marco temporal para a constatação de eventual alienação fraudulenta.

Emerge a partir deste delineamento o reforço a uma nova concepção também quanto ao *destinatário* da prova como resultado, que deixa de ser exclusivamente o magistrado e passa a abranger todos os sujeitos que desta poderão fazer uso, inclusive para finalidades de desjudicialização.<sup>202</sup>

#### 2.3.4.2. O objeto da atividade probatória

Enquanto o objeto da prova no âmbito extrajudicial se revela amplo, visto que qualquer fato jurídico pode em tese ser objeto de certificação, tem-se por certo que a atividade probatória no âmbito do processo sofre limitações destinadas à sua própria operabilidade, fundado na premissa de que não são todos os fatos supostamente ocorridos na universalidade que interessam ao processo.

(como honorários de sucumbência, custas judiciais e despesas com advogado. Em contrapartida, na concepção da parte ré, esta conhecendo bem os fatos e provas que o autor detém (produzida na ação probatória autônoma) e, realizando a análise econômica do direito, consegue averiguar com maior precisão o que seria mais dispendioso a ela: i) contratar um advogado para impugnar a demanda, apresentando defesa fadada ao insucesso, acarretando gastos com custas judiciais, serviço advocatício, honorários sucumbenciais, além de arcar, ao final, com a obrigação atualizada com os juros e correção monetária; ou ii) propor um acordo, dando fim ao conflito com menos esforços e, possivelmente, de maneira menos onerosa”. RODOR, Fernanda Medeiros e Ribeiro. Viabilidade da aplicação das técnicas do direito norte-americano para maior obtenção de acordos no nosso direito processual civil. IN: CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de. BRAZ, Miryã Bregonci da. SANT’ANNA, Vinícius de Souza. (coord.). *Temas contemporâneos de direito processual*. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p.148

201 “O resultado das buscas será valioso ao credor para atender a diferentes finalidades, como mencionamos anteriormente: a) lastrear a proposta de acordo a ser apresentada ao devedor, tendo em vista a maior ou menor higidez de seu patrimônio; b) recomendar a deflagração ou não de execução forçada; c) no caso de instauração da execução forçada, considerar o resultado das buscas para fins de indicação de bens à penhora, sendo certo que tais relatórios serão tidos como prova emprestada. “. HILL, Flávia Pereira. A produção antecipada da prova para a busca de bens no patrimônio do devedor: rumo a uma execução mais efetiva e racional. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v.22, n.02, p.302-322, mai./ago./2021.

202 Neste sentido o Enunciado 50 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC: (art. 369; art. 370, *caput*) 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. (*Grupo: Direito Probatorio*). A propósito do referido enunciado assevera Vitor de Paula Ramos: “Há bastante tempo, entretanto, a doutrina superou o entendimento de que a prova se destinaria exclusivamente ao juiz. Isso porque, primeiramente, todas as decisões no processo devem ser previamente debatidas com as partes, sendo vedado ao magistrado fornecer interpretação jurídica ou sobre os fatos que não tenha sido previamente debatida com as partes. Em segundo lugar, porque o sistema deve privilegiar o direito fundamental à prova das partes, que exige que provas sobre alegações relevantes sejam produzidas. É dizer, independentemente de qualquer análise sobre se o magistrado formou ou não alguma convicção sobre os fatos da causa, o indeferimento de prova relevante afeta o núcleo duro do direito fundamental à prova”. RAMOS, Vitor de Paula. Comentários ao Enunciado 50. In: PEIXOTO, Ravi. (coord.). *Enunciados FPPC comentados*. 2ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p.410-411.

Desta forma, revela-se curial a fixação do objeto da prova ou *thema probandum* como critério de redução da complexidade dos fatos, de modo a assegurar às partes a ciência do que deve ser comprovado concretamente no curso do processo, em cumprimento ao ônus da prova.<sup>203</sup>

Portanto, enquanto somente os fatos alegados no processo podem ser objeto da atividade probatória<sup>204</sup>, a fixação do aludido tema se encontra dentro da esfera de regramento dos sujeitos.

Destarte, em virtude do princípio dispositivo a prerrogativa de fixação dos limites objetivos do processo (e, por conseguinte, a apresentação das narrativas fáticas trazidas em busca ao suporte de suas pretensões) incumbe exclusivamente às partes através dos seus atos postulatórios, sem qualquer ingerência do magistrado, devendo posteriormente sobre o manancial de fatos trazidos, ocorrer um recorte visando a identificação de quais se afiguram como pertinentes, relevantes e controversos, de modo a ser objeto da prova.<sup>205</sup>

Em adoção desta linha, o CPC delimita o objeto da prova ao impor ao magistrado o dever-poder de indeferir motivadamente as diligências inúteis ou protelatórias (art. 370) e ao asseverar não dependerem de prova os fatos notórios, confessados, incontroversos e submetidos a presunção legal de existência ou veracidade (art. 374).

Conforme leciona Eduardo Cambi<sup>206</sup>, os fatos são *pertinentes* quando guardam relação com a causa, figurando como *fattispecie* para as pretensões deduzidas pelos sujeitos processuais por meio de diversas técnicas (petição inicial, contestação, pedido reconvenicional) ao longo da fase postulatória, podendo ser qualificados tanto pela vinculação direta, quanto indiciária, dispensando quanto a estes a necessidade de alegação.<sup>207</sup>

---

203 “O objeto da prova está relacionado à compreensão do ônus da prova. Esse pode ser classificado em abstrato ou em concreto. O ônus da prova em sentido abstrato diz respeito ao que a lei processual admite que possa ser demonstrado durante a instrução processual. Já o ônus da prova em sentido concreto, refere-se ao que deve ser comprovado no curso do processo, sendo também denominado de *thema probandum*. O *thema probandum* serve como critério redutor da complexidade dos fatos. Pelo *thema probandum* se descobre o contencioso de afirmações sobre a *questio facti*, sendo também a oportunidade processual em que se precisar o que e como pode se conhecer os fatos do litígio, bem como o que e como podem ser provados. Nem todos os fatos interessam ao processo, mas somente os fatos controvertidos, pertinentes e relevantes”. CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014, p.38.

204 LOPES, João Batista. *Manual das provas no processo civil*. São Paulo; Kenedy Editora e Distribuidora LTDA., 1974, p.11.

205 “A investigação do juiz se restringirá às afirmações fáticas feitas pelas partes no processo. Isso não significa que a atividade probatória necessariamente recairá sobre todas as alegações constantes do processo. Deverão ser provados apenas os fatos sobre os quais exista controvérsia e que sejam relevantes à solução do litígio”. AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.29.

206 CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014, p.39-40.

207 MARINONI, Luis Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 4 ed. São Paulo: Revista dos

Em contrapartida, são impertinentes os fatos que não se vinculam primária ou secundariamente como suporte fático para pretensões apresentadas pelos litigantes, de sorte que sua verificação em nada modifica as premissas da decisão de mérito.

De outro lado, são *relevantes* aqueles que guardam capacidade de influir efetivamente no conteúdo do pronunciamento ao “influenciar o convencimento do juiz acerca da vontade concreta da norma a ser atuada no caso”<sup>208</sup>, sendo, ao avesso, impertinentes quando não dizem respeito à causa de pedir ou à defesa e irrelevantes quando, independentemente de sua comprovação, a decisão seria a mesma independente de sua verificação.<sup>209</sup>

Já o conceito de *controvérsia* implica na necessidade de cognição sobre a alegação dos fatos para a solução do litígio conforme sua posição frente a conduta das partes ou atributos dos fatos alegados.

O sistema processual estabelece para as partes o ônus de impugnação especificada aos fatos suscitados como fundamento das pretensões deduzidas (art. 341 do CPC), bem como a possibilidade de confissão de fatos contrários aos seus interesses, tais condutas omissivas ou comissivas podem conduzir à incontrovérsia dos fatos em sentido lato e, por conseguinte, à desnecessidade de serem sindicados ante a ausência em princípio de interesse jurídico, sendo excluídos do objeto da prova.<sup>210</sup>

Ademais, o próprio fato alegado pode se revestir do atributo cultural da *notoriedade* no contexto relativo de tempo e local, configurando uma “pacífica e desinteressada certeza”

---

Tribunais, 2018, p.118.

208 WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v.2, 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.245.

209 Notória a vinculação entre a pertinência dos fatos e o dever específico de fundamentação nos termos do art.489, §1º, IV, que reputa não fundamentada a decisão judicial que “não enfrentar todos argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, do que se denota a aplicabilidade do dispositivo também às questões de ordem fática, em consonância com o *Enunciado 515 do Fórum Permanente de Processualistas Civis*: Aplica-se o disposto no art. 489, §1º, também em relação às questões fáticas da demanda

210 “Assim, fatos incontrovertidos são aqueles a respeito dos quais a partes não discutem. Em princípio, como afirmado, será desnecessária a prova. As partes não têm interesse jurídico para promovê-la. Nem há sentido, em princípio, em o juiz determinar a produção de prova de ofício. Ressalvando-se casos excepcionais (p.ex., quando o juiz suspeitar que a ausência de controvérsia se presta a alguma simulação entre as partes ou quando a afirmação fática incontrovertida padece de marcante inverossimilhança), não cabe ao juiz nessas hipóteses insistir quanto ao ponto que não gera disputas – até porque o tempo e os recursos humanos e materiais são sempre escassos. Impõe-se que ele concentre seus esforços e os da máquina judiciária no enfrentamento das questões fáticas e jurídicas que ainda são controversas”. WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v.2, 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.246.

dentro do círculo social em que a decisão é proferida<sup>211</sup>, o que lhe empresta objetividade, tornando desnecessária, conquanto destituída de utilidade, sua inserção no objeto da prova.

Em determinadas situações, o próprio legislador pode estabelecer presunções de veracidade frente a suportes fáticos, tal como se verifica na revelia quanto a direitos patrimoniais disponíveis (art. 344 do CPC) e na ausência à audiência ou recusa da parte em prestar depoimento pessoal quando devidamente intimada (art. 385), sendo que ao passo em que tal implica na exclusão do fato presumido do objeto da prova, não há óbice à alegação de fatos contrários ou negativos.<sup>212</sup>

O objeto de prova se refere não apenas a fatos pretéritos e presentes, mas também a fatos futuros, como se verifica nos lucros cessantes ou pensionamento em decorrência de falecimento, sendo possível a formulação de um juízo prospectivo ou eventual sobre fatos juridicamente relevantes.<sup>213</sup>

O apego a uma concepção técnica da implicação entre direito e linguagem, com o reconhecimento de que os fatos se exaurem no momento de sua ocorrência, projetando-se ao tempo apenas suas representações por meio de propostas (enunciações enunciadas) dos sujeitos parciais conquanto suporte fático para suas pretensões, indica certamente que o objeto da atividade probatória não concerne aos fatos especificamente, mas à veracidade ou falsidade das afirmações deduzidas em relação a estes.<sup>214</sup>

---

211 “São considerados notórios, para fins processuais, os fatos que pertencem à cultura da pessoa média no lugar e no momento em que a decisão é tomada. Essa avaliação recai, pois, no conhecimento do *homus medius*, que é uma ficção jurídica criada para a construção de critério razoável capaz de não se excluir o conhecimento ordinário dos fatos. A notoriedade é um conceito eminentemente relativo, isto é, não existem fatos notórios a todas as pessoas, sem limitação de tempo e de espaço. Assim, o que é notório em um lugar, pode não o ser em outro e o que foi notório pode deixar de sê-lo. Ademais, somente se pode falar em fato notório em relação a um determinado círculo social (v.g., os habitantes de uma cidade, os membros de uma classe profissional, de uma religião etc.). Por conseguinte, não importa o número de pessoas que detêm esse conhecimento, mas o caráter de pacífica e desinteressada certeza que esse conhecimento possui dentro de um determinado círculo social, a ponto de ser considerado patrimônio comum. Por exemplo, um cometa que passa sobre o país e é conhecido por dezenas de astrônomos, não é menos notório que a data da independência do Brasil, conhecida por milhões de brasileiros”. CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014, p.42.

212 CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014, p.57.

213 AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.29.

214 “O fato não pode ser qualificado de “certo”, “indivíduo” ou “verdadeiro”. Ele existe ou não existe, sem comportar qualificação. Ora, se o fato obviamente existe independentemente do processo, essa apenas pode servir para declarar a verdade acerca de uma afirmação de fato. A sentença de cognição exauriente, fundada no convencimento do juiz, declara somente a verdade ou a falsidade de uma afirmação. Note-se que a sentença – de um lado casos excepcionais – requer a convicção de verdade, o que não se confunde – como demonstrado em capítulo anterior – com o encontro da “essência da verdade”. Isso quer dizer em outros termos, que o fato que o processo supõe existente pode, no plano da realidade, não existir vice-versa. Em suma: não se prova que o direito existe, mas sim que a afirmação de que o direito existe é verdadeira, declarando-se a existência do direito”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e*

Desta forma, visto que as linguagens do direito positivo e da ciência do direito mencionam indistintamente o objeto da atividade probatória como os fatos, tal ressalva se revela curial, sendo, assim, objeto de prova no âmbito do processo as afirmações trazidas pelas partes quanto aos fatos e não propriamente estes.<sup>215</sup>

A tais matérias se somam, em hipóteses excepcionais, concernentes aos dispositivos de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário (art. 376 do CPC), a prova do direito como suporte para pretensões, quanto a sua vigência e teor, que, enquanto alegação sobre matéria fática, poderá ser objeto de prova.

#### 2.3.4.3. Do ônus da prova: subjetivo, objetivo, temporal e financeiro

O sistema processual necessita de técnicas que proporcionem racionalidade na prestação jurisdicional, ainda quando existem dúvidas, o que se resolve quanto às matérias de ordem jurídica, pela eleição de ferramentas hermenêuticas, e, quanto à matéria fática, pelo julgamento através de ônus da prova, haja vista a vedação ao *non liquet*.<sup>216</sup>

---

*convicção*. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.118.

215 Neste sentido: “A rigor, não é propriamente o fato em si que é objeto de prova. Mas sim, uma alegação, uma afirmação, sobre a existência ou inexistência de um fato. É essa afirmação que é posta à prova, que é testada como verdadeira ou falsa”. WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v.2, 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.244. “Já pela função persuasiva, o objeto das provas não recairia diretamente sobre os fatos ocorridos no passado. Isso porque não é possível provar a veracidade ou a falsidade dos fatos, os quais podem ser constatados somente no momento em que são verificados, quando efetivamente podem “ser” ou “não ser”, e não “serem verdadeiros” ou “Serem falsos”. Com efeito, o objeto da prova são as afirmações, as “versões” dos fatos que ocorreram no passado, trazidas, predominantemente, pelas partes diante do juiz”. CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014, p.38. Em sentido diverso: “Há quem afirme que a prova não versa sobre os fatos, mas sobre as alegações feitas pelas partes. Mas o que são tais alegações senão a afirmação de fatos dos quais se extrai a pretensão que se deseja atuar em juízo? Portanto, provar a alegação consiste justamente em demonstrar a ocorrência de tais fatos. Por isso, para a lei processual, os meios legais de prova e os moralmente legítimos são empregados no processo “para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa” (art. 332). São, pois, os fatos litigiosos o objeto da prova”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v.01, 55 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.593.

216 “Malograda a atividade instrutória, o juiz não terá condições de vislumbrar as premissas suficientes à perfeita aplicação do direito objetivo, no entanto, “impossível será ao juiz tirar do non liquet em matéria de fato um non liquet nas questões jurídicas, pois ao magistrado sempre incumbe o dever indeclinável de sentenciar e decidir. É que o direito, diferente de outras ciências, mesmo o estudo da história e da filosofia, em regra, não admite que um determinado problema reste sem solução. Em casos onde o historiador simplesmente não daria uma resposta por haver dúvidas, ao juiz se impõe uma resposta definitiva. A filosofia, por sua vez, sequer está preocupada com as respostas, sendo um ramo do saber mais voltado a si próprio do que a uma função utilitária objetivo das ciências. Dessa forma, cuida o ordenamento de fornecer meio para que, malograda a instrução do processo, ainda que em estado de dúvida, o julgador possa proferir decisão, completando a prestação jurisdicional. A decisão será baseada no ônus da prova, instituto tido como a espinha dorsal do processo civil, essencial, já que “la seguridad jurídica, la armonía social, el interés general em que se realicen los fines propios del proceso y la jurisdicción reclaman su existencia.” É esse, basicamente, o objetivo do ônus da prova: permitir uma decisão definitiva mesmo nos casos onde não haja convicção de certeza”. MACÊDO, Lucas Buril. PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: JusPodivm, 2014, p.95-97.

Assim, sendo interdito ao julgador a abstenção quanto ao dever de decidir a lide, bem como de fazê-lo por meios destituídos de racionalidade, como, v.g, por seus sentimentos pessoais, o sistema elege de antemão um critério de solução previamente conhecido dos integrantes da sociedade jurídica e passível de utilização eventual na hipótese de lacuna de corroboração quanto às alegações dos fatos relevantes, trazendo previsibilidade.<sup>217</sup>

Desta forma, configura o ônus da prova em seu aspecto *objetivo* “verdadeira ferramenta processual que permite o julgador, em sua institucionalizada ignorância quanto a realidade sobre a qual julga, a presumir verdadeiros fatos alegados, porém não provados, e valendo-se disso, julgar o mérito podendo se utilizar da realidade que não sofreu a devida investigação”.<sup>218</sup>

Ademais, o instituto em testilha assume um porte *subjetivo*, funcionando como diretriz para a atuação também das partes (aspecto subjetivo), conquanto indique previamente qual destas suportará o resultado desfavorável na ausência de completude do acervo probatório.<sup>219</sup>

A referida feição guarda relevância inclusive em um ambiente antecedente à judicialização do conflito, visto que o conhecimento do ônus que recairia sobre o sujeito na hipótese de levar o caso a juízo e de se constatar no momento da sentença que inexistem elementos de corroboração, pode se acautelar, com a adequada documentação dos fatos.

Conforme o escólio de Pontes de Miranda<sup>220</sup>, em contraposição ao dever, em que a relação tem pluralidade de indivíduos, sendo a conduta destinada ao cumprimento de interesse de outro sujeito, no ônus não há tal relação intersubjetiva, de sorte que sua satisfação afetará apenas o próprio onerado.

217 “Las normas relativas a la carga de la prueba no sólo ponen al juez em condiciones de evitar el non liquet em la cuestión de derecho siendo dudosa la cuestión de hecho, sino que también le prescriben em tal caso, em forma clara y categorica, el contenido de su decisión al imputar a una parte la incertidumbre de una circunstancia de heco y al hacer que esta incertidumbre redune em provecho de la outra. En esto reside el gran valor – que no puede apreciarse demasiado – de las normas relativas a lagarga de la prueba tanto para las partes como para el juez”. ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. trad. Ernesto Krotoschin. Bueno Aires: Ejea, 1956, p.58.

218 BRASIL JR., Samuel Meira. CUNHA, Gabriel Sardenberg. Inversão do ônus da prova e o Código de Processo Civil de 2015: retrato da distribuição dinâmica. *Revista de Processo*, vol.283/2018, p.257-284, set./2018.

219 CARPES, Arthur Thompsen. *Ônus da prova no Novo CPC: do estático ao dinâmico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.40-41.

220 “A diferença entre dever em ônus esta em que (a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos; um dos quais é o que deve: a satisfação do interesse do seu sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos; satisfazer é do interesse do próprio onerado, ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse”. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p.281.



Esta duplicidade de funções simultâneas<sup>221</sup> (objetiva e subjetiva) é atendida através da tipicidade das regras de atribuição do ônus da prova, sendo uma tradição legislativa, manifesta nos Códigos de 1973 (art. 333) e de 1939 (art. 209), que quanto à adoção da *Normentheorie*, que vinculava o ônus ao direito conexo ao fato correlato.<sup>222</sup>

Esta foi também a dinâmica da primeira parte do art. 373 do CPC/2015, cujos incisos I e II estabelecem respectivamente o ônus do autor quanto aos fatos constitutivos do seu direito e do réu, quanto a fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Percebe-se que a atribuição em epígrafe não se revela sempre concatenada com valores como isonomia e efetividade processual, o que justificava a flexibilização do ônus da prova no âmbito do CPC/73 a partir de uma interpretação sistemática<sup>223</sup>, sendo esta abarcada pelo Código de Processo de 2015.

Deveras, os incisos do art. 373 do CPC vigente abarcaram hipóteses de flexibilização do ônus da prova por decisão judicial (§1º com o limite estabelecido pelo §2º)<sup>224</sup> ou por convenção das partes (§3º quanto aos requisitos e §4º com explicitação quanto à liberdade de momento).

Todavia, não se descarta a existência de um ônus *financeiro* e de um ônus *temporal* da prova, visto que sua determinação *ex-officio* implica na responsabilidade das partes quanto ao custeio de sua produção (CPC, art. 95), bem como do tempo necessário à produção e sustenta com acerto que tais aspectos não devem ser olvidados quando do exame das convenções probatórias.<sup>225</sup>

221 “Sendo assim, observa-se que o ônus da prova se destina tanto à parte, visto que há uma orientação sobre o que necessitam provar, quanto ao órgão jurisdicional, já que no momento da tutela jurisdicional há a possibilidade de manifestação do conjunto probatório produzido na instrução do processo, na medida em que o ônus objetivo orienta o magistrado sobre como decidir na hipótese de escassez de provas produzidas”. SARTÓRIO JÚNIOR, Roberto. *A distribuição dinâmica do ônus da prova em matéria tributária*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo- UFES, 2019, p.68.

222 “A semelhança na redação dos dispositivos cujo papel é o de estabelecer a disciplina nos ônus probatórios tem origem na incorporação da *Normentheorie* – ou teoria das normas – na legislação de diversos países. A concepção ganhou prestígio no plano doutrinário por meio da obra de Leo Rosenberg, a qual referia a que a parte tem o ônus de afirmar e provar os pressupostos fáticos da norma que lhe é favorável, isto é, da norma cujo efeito jurídico se resolve em seu proveito. Pautada na rígida separação entre fato e direito, a teoria rosenberguiana estabelece-se através de raciocínio lógico descrito em um silogismo de corte dedutivo: aquele que pretende lograr o efeito decorrente da aplicação da norma tem o correlato ônus de alegar e provar sua “premissa menor”, qual seja, o fato a ela subjacente”. CARPES, Arthur Thompsen. *Ônus da prova no Novo CPC: do estático ao dinâmico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.34-35.

223 ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011, p.132-142.

224 Nesta hipótese reclama-se prévio contraditório, conforme asseverado pelo Enunciado 632 do FPPC: Enunciado 632 - (arts. 373, §1º e 10) A redistribuição de ofício do ônus de prova deve ser precedida de contraditório. (Grupo: Direito probatório).

225 “Ao tratarmos de convenções processuais que limitam a produção de provas, não se pode perder de vista o

Portanto, os meandros do ônus da prova apresentam curial relevância para o exame das convenções probatórias, visto que a disposição quanto ao seu caráter subjetivo integra convenção típica, que contribui como paradigma de controle dos atos negociais, aos quais se aliam sua ordem temporal e econômica, conforme estudado adiante.

#### 2.3.4.4. Poderes instrutórios do juiz

A existência e extensão dos poderes instrutórios do juiz marca a expressiva tensão na evolução da ciência processual no pêndulo entre privatismo e publicismo em momentos pretéritos.

Em uma concepção publicista, sobretudo fundada no instrumentalismo, vislumbra-se que o processo cumpre a função de instrumento condutor da atuação da vontade concreta do direito, revelando-se por meio da decisão judicial, cuja jurisdição cumpre escopos de ordem jurídica, social e político, contribuindo para a estabilidade das instituições, exercício da cidadania e culto às liberdades individuais<sup>226</sup>, o que implicava na preponderância do magistrado na condução do processo, cujo corolário reside na iniciativa probatória.

Tal modelo tem sido criticado pela doutrina contemporânea que, sob o prisma de um garantismo, indica ser equivocado o aludido fortalecimento do magistrado, pois tal contribuiria para o açoitamento das garantias processuais e violação à Constituição, ensejando atuações fundadas em voluntarismo, decisionismo e solipsismo, na qual o sentimento pessoal

---

fato de que, além do ônus da prova em seu aspecto subjetivo recair sobre as partes, também é delas o ônus de praticar os atos necessários à sua produção. Tal ônus implica o custeio da prova, que, em se tratando de prova pericial, não raras vezes ultrapassa o valor dado à própria causa. Provas documentais e testemunhais também geram custos. Além do custo, a produção de provas demanda tempo. Uma prova pericial, além de ensejar o dispêndio de valor expressivo, pode vir a se alongar por anos, diante da possibilidade de arguição de impedimento ou suspeição, pedido de redução de honorários e parcelamento da verba, pedido de esclarecimentos, além do próprio prazo necessário à elaboração do laudo. A prova testemunhal segue o mesmo ritmo, dependendo, ainda da disponibilidade de pauta do juiz para realização de audiência. Assim, o ônus da prova não apenas em seu sentido subjetivo, mas também em sentido financeiro e temporal, recai sobre as partes". MAFFESONI, Behlua. *Convenções processuais probatórias e poderes instrutórios do juiz*. Salvador: JusPodivm, 2021, p.156-157.

226 DINAMARCO, Cândido José. *A instrumentalidade do processo*. 5ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.57.

de justiça se sobreporia à lei<sup>227</sup>, propondo-se então o contingenciamento dos referidos poderes, com o afastamento da preponderância do magistrado.

Entende-se, todavia, que o sistema contemporâneo tende a abarcar um equilíbrio entre as ponderações trazidas e remanesce a justificativa e a constitucionalidade dos poderes instrutórios do magistrado.

Observa-se que conquanto o contexto social da origem dos modelos liberal e publicista tenha autorizado uma contraposição apriorística entre atuação do magistrado e uma matriz autoritária, tal não mais se justifica.

Deveras, sob a égide de um Estado Democrático de Direito, os poderes do juiz não são ilimitados ou indeterminados, sendo submetidos não somente a exigências intrínsecas de coerência e fundamentação, mas, a instâncias de controle recursal, mas imaginar o regular trâmite do processo sem estes é uma utopia, de modo que passou-se a outorgar maior liberdade aos indivíduos, cabendo ao Poder Público uma intervenção de garantia e posterior afastamento.<sup>228</sup>

Portanto, verifica-se a justificativa para a existência de poderes instrutórios a cargo do juiz no processo.

---

227 “Isso corresponde a dizer que a atuação judicial-instrumentalista a partir da justiça para a pacificação é a porta aberta para o voluntarismo (= julgamento a partir da vontade), decisionismo (= escolhas judiciais a partir das preferências pessoais) e o solipsismo (= julgamento a partir da verdade revelada por ente superior a partir de suas convicções ou o “absolutismo do saber solitário”), todos esses fenômenos cada vez mais presentes em nosso judiciário, principalmente nos tribunais superiores, e que, ao que parece, estão longe de extinção. [...] É necessário humanizar o juiz para a sua condição própria de falibilidade-humana. É dizer que ele, interpretando o personagem Estado-Juiz, não possui autorização republicana ou democrática para se colocar no “Monte Sinai” e passar a julgar com base em “justiça” os conflitos que lhe são submetidos. [...] É, pois, o direito quem constrange e limita a todos, inclusive ao juiz. É com base nisso que a formação da norma através da interpretação, grosso modo, não pode passar pela via moral. O seu trânsito deve ser pela via jurídico-normativa”. CARVALHO FILHO, Antonio. Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual. In: SOUZA JR, Antonio Carlos F. de Souza. SOUZA FILHO, Antonio Carvalho. MARANHÃO, Clayton. DIDIER JR, Fredie. GOUVEIA FILHO, Roberto Campos P. (coord). *Diálogos de teoria do direito e processo*. Salvador: Juspodivm, 2018, p.325-336.

228 No entanto e ao mesmo tempo, mais recentemente legislações e os próprios tribunais passaram a reconhecer cada vez mais que o Estado deve garantir a vida privada, as decisões privadas e, portanto, a autonomia privada. Exemplo disso foram as transformações no tocante à extinção da necessidade prévia de separação judicial ao divórcio, à tipificação da sociedade unipessoal no Código Civil, ao reconhecimento da união homoafetiva, à possibilidade de restrição da interdição a aspectos patrimoniais, à possibilidade de inventário e divórcio extrajudiciais, à arbitragem etc. Disso se conclui que o Estado passou a conferir aos seus indivíduos mais liberdade de atuação na vida privada. Intervém para se afastar. Garante para dizer que se tem direito de decidir sobre a própria esfera particular de atuação. A despeito da autonomia privada, cada vez mais alargada pelo Estado, restam intransponíveis certos limites como a indisponibilidade de determinados direitos e a esfera jurídica de terceiro”. MORAIS, Fabíola Vianna. Privatização do direito processual civil? In: MORAIS, Fabíola Vianna. GOMES, Fábio Luiz. (org.) *Diálogos sobre o novo direito processual civil*. São Paulo: Almedina, 2019, p.209-220.

Tais poderes encontraram tradicionalmente alicerce nos três pilares publicísticos<sup>229</sup>: busca da igualdade substancial (e conseqüente paridade de armas) entre os sujeitos parciais no ambiente do processo; reconstrução de uma verdade processual com a maior correspondência possível com a realidade e alcance dos escopos da jurisdição que transcendem e se sobrepõem aos interesses dos litigantes.<sup>230</sup>

Contudo, certo é que o modelo contemporâneo de processo, com eixo na cooperação processual, ressignifica o fundamento e a dinâmica da existência e exercício dos poderes instrutórios do magistrado, que, conquanto sujeito integrante do debate processual e investido, por conseguinte, no poder-dever de velar pela razoável duração do processo (art. 139, II, CPC), deve ajustar a instrução do processo à eficiência e racionalidade, mantendo constante diálogo com os demais sujeitos do processo para tal desiderato.

O Código de 2015 trouxe em seu art. 370 uma redação semelhante à do art. 130 do diploma de 1973, investindo o magistrado do dever-poder de determinar, de ofício ou mediante requerimento das partes, a produção dos meios de prova necessários ao julgamento do mérito e de indeferir, mediante fundamentação idônea, aqueles que se revelem inúteis ou protelatórios.

Entrementes, não obstante a aparente similitude entre as redações dos dispositivos, alerta Robson Renault Godinho<sup>231</sup> que, conquanto se tratando de um novo código, dotado de profundas modificações na estrutura, sua leitura deve se dar à luz das normas gerais do CPC/15, do que se infere que do mesmo *enunciado* emana uma proposição e, por conseguinte, *norma jurídica*<sup>232</sup> distinta.

Assim, na busca de elementos aptos ao esclarecimento do objeto de prova, incumbe ao magistrado conduzir ativamente a instrução do processo, que há se amoldar à concretude da controvérsia, de modo que, em um ambiente cooperativo e igualitário e sob contraditório participativo, seja alcançada uma solução legitimada para o conflito e em tempo razoável,

---

229 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p.14.

230 José Roberto dos Santos Bedaque em obra seminal sobre a matéria pontua que o processo só possibilitará o acesso à ordem jurídica justa se for assegurada a garantia da produção da prova, que, malgrado titularizada pelas partes, se refere também, ao juiz, conquanto sujeito interessado no contraditório efetivo e equilibrado e na justiça das decisões, sendo a iniciativa probatória deste um elemento indissociável da efetividade do processo. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 27/28.

231 GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. In: MACEDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. (org.). *Provas*. Coleção Novo CPC doutrina selecionada, v.3. 2ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.364.

232 MOUSSALEM, Tarek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005, p.105.

sendo construída, em diálogo e cooperação com as partes, a instrução necessária ao esclarecimento mais completo e eficiente possível dos fatos controvertidos.<sup>233</sup>

Sem embargo, conforme observado por Trícia Navarro Xavier Cabral<sup>234</sup> os poderes instrutórios guardam natureza autônoma no aspecto quantitativo e qualitativo em relação aos titularizados pelas partes, sendo sua subsidiariedade adstrita ao momento de seu exercício, que se revela recomendável em momento posterior à oportunidade de especificação dos meios de prova pelas partes, o que, contudo, o torna apenas subsidiário no momento cronológico de sua adoção, sem, contudo, desnaturar sua autonomia.

No exercício de tais poderes são objeto de deliberação quatro matérias, em ordem consecutiva: admissibilidade; relevância; produção e valoração dos meios de prova.<sup>235</sup>

Inicialmente, o cotejo quanto à admissibilidade dos meios de prova implica em que, antes de qualquer digressão sobre sua necessidade concreta para o processo, seja verificado sua conformidade com as disposições legais, que conduz assim ao seu cabimento.

Posteriormente, pressuposta a identificação que os meios de prova são cabíveis, cumpre apurar sua relevância, enquanto necessários ao esclarecimento de fatos relevantes e controvertidos nos autos.

Firmadas as deliberações quanto ao cabimento e admissibilidade dos meios de prova, cumpre avaliar sobre sua produção, como, tipicamente no CPC, o momento de juntada de

---

233 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de. A admissibilidade dos meios de prova ilícitos no processo civil: uma análise a partir da conformação contemporânea dos poderes instrutórios do juiz e da técnica de ponderação do art.489, § 1º do CPC/2015. *Revista de Direito Brasileira*, v.25, n.10, p.366-384, jan./abr./2020.

234 “Agora, questão ainda mais polêmica refere-se aos termos subsidiário, complementar, integrativo e secundário. O que se observa nesse aspecto é uma clara confusão em se identificar o verdadeiro significado dessas expressões para o mundo probatório porque os referidos termos são utilizados tanto para definir a extensão qualitativa e quantitativa da iniciativa oficial, quanto para expressar o momento de atuação do juiz no processo. No primeiro caso, tem-se a antiga concepção de que o magistrado só estaria habilitado a agir em relação à prova faltante, seja porque não requerida pelas partes, seja porque as produzidas não foram capazes de convencê-lo suficientemente para decidir. Já com relação à segunda hipótese, o juiz só poderia atuar após dar a oportunidade às partes de indicar as provas que pretendem produzir. No entanto, a ideia ultrapassada de diferenciar a qualidade e a quantidade da conduta instrutória. do juiz em relação à das partes não deve subsistir. Por tudo que foi dito no início desse trabalho sobre a evolução do direito processual, bem como do direito probatório, entender o contrário seria uma latente e indesejável incoerência em relação ao nosso ordenamento jurídico”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p.69-70.

235 REICHEL, Luis Alberto. O Direito Fundamental à Prova e os Poderes Instrutórios do Juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, São Paulo, vol. 281/2018, jul./2018. p.171-185. Neste sentido Francisco Jorge Gemaque Coimbra identifica cinco manifestações dos poderes instrutórios do juízo a partir da regra do art.370 do CPC/2015: poder de admissão da prova; poder de iniciativa probatória ex-officio; poder de condução na aquisição da prova e poder de valoração da prova e poder de redefinição do ônus probatório. COIMBRA, Francisco Jorge Gemaque. *Juiz, Prova e Instrução Probatória nos processos: à luz do Civil Law e do Common Law*. Curitiba: Juruá, 2018, p.35-43.

documentos (art. 435), calendário para a prova pericial (art. 367, § 8º e art. 465) e até a inversão da ordem dos atos (art. 139, VI).

Por fim, colhidos os meios de prova, cumpre decidir sobre sua valoração, dentro de critérios de racionalidade e legitimidade, após o debate com as partes às quais é assegurado o exercício da dimensão substancial do contraditório.

As referidas deliberações podem implicar em três possibilidades.

Inicialmente, o exercício dos poderes instrutórios do juiz pode culminar com a identificação da necessidade de diligências não indicadas pelas partes, mas dotadas de essencialidade para o esclarecimento de dinâmicas fáticas relevantes para a decisão, ensejo no qual caberá a determinação de sua colheita ao magistrado, que ampliará, assim, o acervo probatório.<sup>236</sup>

Tal atuação deve-se dar sem descurar do debate processual e da busca de eficiência, sob o prisma da cooperação, contraditório, proporcionalidade e eficiência trazidas pelas normas fundamentais do CPC, de sorte que a complementação seja a mais idônea, célere e menos custosa.

Podem ser identificados exemplos de legítima atuação *ex officio* nas determinações de realização de perícia; comparecimento pessoal das partes para interrogatório livre (art. 139, VIII); exibição de documentos pelas partes ou terceiros; oitiva de testemunhas referidas; acareações entre depoentes e meios atípicos de prova.

O exercício dos poderes instrutórios pode culminar, ademais, na flexibilização legal ou judicial da ordem e disciplina da atividade probatória, tal como identificado na alteração na

---

236 Considerando que ao determinar a produção de meio de prova *ex officio* o magistrado cria nos demais sujeitos processuais uma expectativa quanto ao seu aporte aos autos, certo é que a revogação de tal determinação, malgrado inserida no feixe de poderes instrutórios, reclama prévio contraditório. Neste sentido o Enunciado 514 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: (art. 370) O juiz não poderá revogar a decisão que determinou a produção de prova de ofício sem que consulte as partes a respeito. (Grupo: Direito probatório)

ordem legal da produção dos meios de prova (art. 139, VI do CPC)<sup>237</sup> e redistribuição do ônus da prova (art. 373, § 1º do CPC).

Por derradeiro, a dispensa motivada de meios de prova reputados supérfluos e o julgamento antecipado configura manifestação dos poderes instrutórios do juízo<sup>238</sup>, sendo tal sistemática estendida à decisão parcial de mérito a partir do paradigma do art. 356, I e II do Código.<sup>239</sup>

A iniciativa instrutória se insere inclusive na esfera recursal, com previsão no art. 932, I do CPC, que no feixe de poderes do relator quanto à direção e ordenamento do recurso indicou que tal se dá “inclusive em relação à produção de prova”, abarcando o procedimento a ser adotado, por meio da delegação dos atos instrutórios à primeira instância ou colheita perante o próprio tribunal (art. 938, § 3º).<sup>240</sup>

Nesta ordem de ideias, constata-se a partir do escólio de Trícia Navarro Xavier Cabral<sup>241</sup>, que os óbices trazidos pela doutrina tradicional ao exercício dos poderes instrutórios

237 “Além disso, poderá o juiz inverter a ordem dos atos probatórios. Eis aí uma novidade extremamente relevante. Basta pensar em um processo no qual se pretenda a condenação do réu a reparar um dano em caso no qual de responsabilidade civil subjetiva, em que a prova do dano seja pericial e a prova da culpa e do nexo de causalidade seja testemunhal. Como em regra a perícia é produzida antes da audiência de instrução e julgamento e a prova testemunhal só é colhida nessa audiência, muitas vezes se gastará tempo e dinheiro com uma perícia que, afinal, de nada servirá (bastando que na audiência de instrução e julgamento se produza a prova de que não houve culpa ou de que se excluiu o nexo de causalidade). Muito mais eficiente será colher primeiro a prova oral — mais simples, rápida e barata — e, caso demonstrados a culpa e o nexo de causalidade, prossiga-se em direção à produção da prova pericial. O que se tem, aí, é o reconhecimento de um poder do juiz de flexibilizar o procedimento (dentro dos limites estabelecidos pelo artigo 139, VI, do CPC), o que permite a observância de princípios constitucionais como o da isonomia (tratando-se situação desiguais de forma desigual através da modificação de prazos previstos em sede legislativa) e da eficiência (com a inversão da ordem dos atos de produção de prova)”. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Opinião: Novo CPC ampliou sobremaneira os poderes do juiz*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-23/alexandre-freitas-camara-cpc-ampliou-poderes-juiz>>. Acesso em 06/jan./2022.

238 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012. p.76.

239 TJES; *Apl 0015143-50.2012.8.08.0021*; Terceira Câmara Cível; Relª Desª Eliana Junqueira Munhos Ferreira; Julg. 24/04/2018; DJES 04/05/2018.

240 DIAS, Luciano Souto. *Poderes instrutórios do julgador na fase recursal do processo civil: em busca da verdade*. Salvador: JusPodivm, 2018, p.208.

241 “Poder-se-ia até estabelecer como pressupostos do exercício jurisdicional a imparcialidade e a legalidade lato sensu, e como requisitos da iniciativa probatória do juiz a observância da lide ou objeto litigioso, do princípio do ônus subjetivo da prova, do contraditório e ampla defesa, dos princípios da demanda e a motivação. Os fatos e circunstâncias constantes dos autos correspondem, como já explicitado, a um requisito voltado ao julgamento da causa. Todas essas exigências, na verdade, são destinadas a garantir a qualidade do exercício da função jurisdicional, que deve se revestir todos os aspectos da legalidade, em respeito ao devido processo legal – nos aspectos processual e substancial – constitucionalmente previsto. Dessa forma, as “restrições” apontadas têm de ser efetivamente observadas para que a produção da prova e a decisão sejam consideradas lícitas, o que não limita a atividade jurisdicional em termos de prova, que pode ser ampla e condicionada apenas ao aspecto da legalidade em seu sentido estrito”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p.126.

do julgador, consistentes na imparcialidade, fatos e circunstâncias constantes dos autos, objeto litigioso, ônus subjetivo da prova, contraditório e ampla defesa e nos princípios da demanda e motivação, não constituem, a rigor, *limites* ao exercício dos poderes instrutórios, mas sim *pressupostos* do legítimo exercício da função jurisdicional, *requisitos* à atuação do magistrado ou *pontos de partida* para o exercício dos poderes instrutórios, não ensejando uma consequência processual danosa e automática a inviabilizar a atividade instrutória, que é, a rigor, limitada apenas pela legalidade em seu sentido estrito.<sup>242</sup>

De outro lado, sem embargo de posições, ao que se denotam, isoladas de contrariedade à atual conformação dos poderes instrutórios do juiz<sup>243</sup>, enquanto estudos empíricos indicam que, não raro, sua utilização nos últimos anos não tem se dado a contento<sup>244</sup>, percebe-se que a outorga de expressivo feixe de poderes-deveres instrutórios ao magistrado é uma realidade no sistema vigente, devendo ser exercido em cooperação e equilíbrio<sup>245</sup> com constante aperfeiçoamento.

Portanto, revela-se possível, conforme indica Joan Pico I Junoy, o desempenho da iniciativa instrutória pelo juízo em compatibilidade com a Constituição, desde que adstrita a fatos controvertidos e debatidos pelas partes (respeito ao princípio dispositivo) e que constem do processo as fontes de prova a serem objeto da atividade, vedando-se assim a utilização do

---

242 Nesta linha, Francisco Jorge Gemaque Coimbra identifica nos limites decorrentes da legalidade os seguintes: observância aos princípios do contraditório, ampla defesa e razoável duração do processo; inadmissibilidade de meios de prova ilícitos; exigência de motivação das decisões judiciais; e restrições quanto aos meios de prova específicos, como a vedação de depoimento testemunhal sobre fatos já provados (art.443 do CPC/2015) e caráter parcial da exibição de livros comerciais (art.421 do CPC/2015) em contraposição à possibilidade de exibição total a pedido das partes (art.421 do CPC/2015). COIMBRA, Francisco Jorge Gemaque. *Juiz, Prova e Instrução Probatória nos processos*. Curitiba: Juruá, 2018, p.44-45.

243 “Pretende-se, sim, demonstrar que a condução do processo não necessita ficar integralmente condicionada a atos do juiz e que ele não precisa ter amplos poderes instrutórios para que profira uma decisão justa em um prazo razoável. Ao revés, mais fácil logra-se isso reduzindo as atribuições do juiz no curso do processo e permitindo que concentre seu tempo e energia especialmente na sentença”. PENÁ, Eduardo Chemale Selistre. *Poderes e atribuições do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.114.

244 A respeito confira-se o relato de pesquisa de campo realizado por Maria Francisca dos Santos Lacerda no foro de Vila Velha, comarca da capital do Espírito Santo. LACERDA, Maria Francisca dos Santos. *Ativismo-cooperativo na produção de provas*. São Paulo: LTR, 2012, p.97-151.

245 “Deve-se ressaltar, todavia, que a ampliação dos poderes do juiz no campo da prova não implica retirar das partes o ônus de deduzir os fatos com que pretendem demonstrar o seu direito. Cabe a elas a exposição da fonte de prova, isto é, do fato de que se servirá o juiz para decidir. Fenômeno diverso é a atividade desenvolvida por este, para que seu provimento se aproxime o mais possível da verdade, ou, em outras palavras, para que sua decisão seja justa. Trata-se aqui do meio de prova. As fontes de prova são procuradas por quem averigua os fatos; com os meios de prova se faz a verificação. À parte compete averiguar e afirmar. Nada impede que a função verificadora seja entregue ao juiz, pois o acerto da decisão dela depende”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.136-137.



conhecimento privado do magistrado ou ampliação por este do objeto da prova, e sempre respeitado o contraditório com os sujeitos parciais.<sup>246</sup>

#### 2.3.4.5. Da valoração do acervo probatório

A fase derradeira da atividade probatória consiste na valoração do acervo produzido, de modo a serem fixadas as premissas quanto à adequada corroboração dos fatos sustentados no processo.

Cuida-se de atividade exclusiva do magistrado, pressuposta à formação do convencimento, através da qual, através de uma série de operações sensoriais e intelectuais, como a percepção, a reconstrução e o raciocínio, são pesados e estimados os meios de provas, com a mensuração do seu valor e cotejo dos elementos contrários<sup>247</sup> e a extinção quanto à dúvida sobre as versões fatuais processualmente relevantes, contando para tal desiderato com os aportes argumentativos das partes, que têm o direito de prévia manifestação, pela dedução de fundamentos que, revelando-se aptos a infirmar a conclusão, deverão ser enfrentados (art. 489 do CPC).

Conforme observado por Lucinda Maria Duarte Dias da Silva<sup>248</sup>, o sistema normativo pode condicionar a liberdade do decisor de apreciação de prova mediante expedientes como a definição de graus de conhecimento dos fatos, a atribuição de sentidos legais que se sobrepõem à convicção deste e a imposição de graus de convencimento preestabelecidos.

Na primeira hipótese, tem-se, por opção legislativa, a restrição à profundidade horizontal ou vertical da cognição enquanto mecânica operativa, sem modificação quanto à valoração propriamente dita.

Já na segunda, o sistema normativo estabelece sentido decisório legalmente estipulado que se sobrepõe àquele firmado pela convicção, tal como verificado nas presunções inelidíveis.

Por fim, na terceira, é criado um grau de convicção legal sobreposto ao do magistrado, que elimina a possibilidade da informação proporcionada por determinado meio

---

246 JUNOY. Joan Picó I. *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual*. Trad. Darci Guimarães Ribeiro. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p.108-109.

247 ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.40-41.

248 SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da. *Convenções de prova em processo civil*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: 2015, p.447-463.

de prova seja base da decisão com caráter exclusivo, funcionando, quando muito, como princípio de prova.

Percebe-se que o sistema processual brasileiro adota em certa medida as três espécies de limitação.

Quanto à restrição ao âmbito do conhecimento dos fatos, tem-se por certo que a legislação processual estabelece uma plêiade de procedimentos diferenciados em que a cognição pode ser dimensionada.<sup>249</sup>

Identifica-se manifestação da segunda hipótese a partir de elementos auxiliares à valoração da prova, como nas presunções, máximas de experiência e *standards* probatórios que culminam, em diferentes graus de vinculação, por se sobrepor ao juízo de probabilidade firmado pela convicção ou a possibilitar a sindicabilidade quanto a sua racionalidade, quando, ainda que em sede de autonomia de valoração, chega-se a conclusões absolutamente destituídas de fundamento.

---

249 “Com a combinação dessas modalidades de cognição, o legislador está capacitado a conceber procedimentos diferenciados e adaptados às várias especificidades dos direitos, interesses e pretensões materiais. Em linha de princípio, pode-se afirmar que a solução definitiva do conflito de interesses é buscada através de provimento que se assente em cognição plena e exauriente, vale dizer, em procedimento plenário quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e completo quanto à profundidade dessa cognição. Decisão proferida com base em semelhante cognição propicia um juízo com índice de segurança maior quanto à certeza do direito controvertido, de sorte que a ela o Estado confere a autoridade de coisa julgada. [...] Diversas outras combinações podem ser feitas e os vários procedimentos ou fases de procedimentos assim obtidos catalogaríamos, sem outra preocupação que não a de simples ordenação para facilitar a compreensão da seguinte forma: a) o já mencionado procedimento de cognição plena e exauriente; b) o de cognição limitada (ou parcial) e exauriente: com limitação quanto à amplitude do debate das partes e consequentemente da cognição do juiz, mas sem limite no sentido vertical, da profundidade, quanto ao objeto cognoscível; c) o procedimento, ou fase de procedimento, de cognição plena e exauriente “*secundum eventum probationis*”: sem limitação à extensão da matéria a ser debatida e conhecida, mas com condicionamentos da profundidade da cognição à existência de elementos probatórios suficientes, isso em razão de técnica processual (para conceber procedimento simples e célere, com supressão da fase probatória específica ou procedimento em que as questões prejudiciais são resolvidas, ou não, com eficácia preclusiva, conforme os elementos de convicção), ou por motivo de política legislativa (evitar, quando em jogo interesse coletivo, a formação de coisa julgada material a recobrir juízo de certeza fundado em prova insuficiente e formado mais à base de regras de distribuição do ônus da prova); d) o de cognição eventual, plena ou limitada e exauriente: somente haverá cognição se o demandado tomar a iniciativa do contraditório, ou a cognição prevista no esquema abstrato da lei pode ficar prejudicada segundo o comportamento do demandado; e) o de cognição sumária ou superficial – em razão da urgência e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou para a antecipação do provimento final, nos casos permitidos em lei, ou ainda em virtude da particular disciplina da lei material, faz-se suficiente a cognição superficial para a concessão da tutela reclamada; f) processo de cognição rarefeita, que é o de execução”. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas. 1999, p.113-114.

As presunções são critérios de raciocínio<sup>250</sup> que possibilitam por meio de um raciocínio sequencial de percepção e dedução, a partir de uma opção legal, convencional ou judicial, que se tenha por provado um fato, de maneira indireta, a partir da demonstração de outro. Por meio desta “o juiz constrói um silogismo, do qual a premissa menor é construída pela posição do fato percebido diverso do fato a ser provado, e a ilação pela afirmação da verdade ou não verdade (existência ou inexistência) do fato a ser provável, ao passo que funciona como premissa maior uma norma que o juiz julga aplicável ao fato percebido”.<sup>251</sup>

Como exemplo se tem a hipótese de presunção legal trazida pelo art. 232 do Código Civil, em que o fato que se pretendia demonstrar por meio do exame médico ordenado pelo juízo é suprido a partir da recusa do sujeito obrigado.

Já as máximas de experiências representam critérios para a utilização no raciocínio do juiz acerca de fatos, valores e evidências que fazem parte da cultura de uma determinada sociedade e devem ser aplicadas com vistas a soluções mais apropriadas e próximas da verdade e justiça.<sup>252</sup>

Por fim, os *standards* probatórios figuram como critérios de suficiência probatória mínima exigida pelo direito para que se repute como provada uma determinada hipótese fática.<sup>253</sup>

Assim, a manifestação da terceira espécie é inferível a partir das regras que indicam um resquício do sistema de prova legal, tal como nas hipóteses em que o fato que se pretende ver esclarecido por prova testemunhal só possa ser provado por documento ou perícia (art.

250 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.157-158. Neste sentido também: TEIXEIRA, Yuri Guerzet. As presunções no direito processual. *Civil Procedure Review*, v.4, n.1, p.109-132, jan./abr./2014 e PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunções*. Salvador: JusPodivm, 2020, p.47-49.

251 CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. trad. Amilcare Carletti. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002, p.90.

252 “Ante o exposto, está claro que as máximas de experiência são as noções extralegais e extrajudiciais do juiz, fruto de sua cultura e colhidas de seus conhecimentos sociais e científicos ou práticos, dos mais aperfeiçoados aos mais rudimentares. Esses conhecimentos não representam sua íntima convicção, mas fatores que surgem da vivência (experiência) coletiva e são apreensíveis pelo homem médio (*bonus pater familiae*), adquirindo autoridade exatamente porque trazem consigo essa imagem do consenso geral. Às máximas de experiência deve ser dado três sentidos: 1) histórico-cultural, 2) subjetivo individual, e 3) de gênese popular ou bom senso. Nelas existe uma juridicidade e uma moralidade poucas vezes destacadas. De uma parte, as máximas devem ser relacionadas com a moral e sua continuidade natural e humana; de outra, as máximas devem ser relacionadas com a ordem juridicamente posta num certo contexto. São, em resumo, fatos, evidências e valores que fazem parte da cultura de uma determinada sociedade e que podem – e, por vezes, devem – ser aplicados pelo juiz para que seja dada a solução ao caso concreto mais apropriada e próxima da verdade e da justiça. SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *As máximas de experiência no processo civil*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória: 2009, p.34.

253 Com propostas para sua adoção no sistema brasileiro, confira-se: PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021, p.61-62.

443 do CPC) e quando o documento público for obrigatório para a formação do ato jurídico que se intenta comprovar por outros meios de prova (art. 406 do CPC)<sup>254</sup>, hipóteses em que o grau de convicção eleito pelo legislador se sobrepuja ao do magistrado.

#### 2.3.4.6. Do dever de colaboração com a descoberta da verdade (art. 378 do CPC)

Considerando o interesse público na adequada solução dos conflitos submetidos à tutela jurisdicional do Estado, que figura, conforme rememorado por Marinoni e Arenhart<sup>255</sup>, como objetivo último da sociedade na figura do Estado-jurisdicção, decorre a determinação legal de que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (art. 378 do CPC).

Cuida-se de um dever cívico, semelhante à prestação de serviço militar, ao Tribunal do Júri e à Justiça Eleitoral, que vincula as partes e terceiros à obrigação de trazer as informações ou documentos que possam auxiliar no convencimento do magistrado (dever ativo).<sup>256</sup> e em cooperar com os atos da atividade probatória, como comparecer à audiência para a qual tenha sido intimado (art. 455, § 5º do CPC), responder aos questionamentos formulados sobre os fatos e circunstâncias de que tenha conhecimento, exhibir coisas ou documentos em seu poder e colaborar com a inspeção judicial (art. 379 e 380 do CPC).

Este é instrumentalizado por medidas aplicáveis às partes, como a multa por litigância de má-fé (art. 81 do CPC) e a adoção de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogoratórias para a exibição de documento ou mesmo a aplicação de presunção de veracidade dos fatos na hipótese de recalcitrância em exhibir documento ou coisa (art. 400 do CPC), bem como aos terceiros, tal como se verifica na multa aplicada à testemunha ausente (art. 455, § 5º do CPC) e na adoção de medidas para a exibição de documento ou coisa, inclusive com a possibilidade de expedição de mandado de busca e apreensão (art. 403 do CPC).

De outro lado, o sistema processual excepciona o referido dever em hipóteses em que este pode acarretar grave dano ao terceiro, implicar em violação de sigilo profissional ou

---

254 VIEIRA, Marcio. Os resquícios de prova tarifada no processo civil brasileiro e sua influência no livre convencimento do magistrado. *Revista da EMESC*, vol.17, n.23, pág.371-398. Santa Catarina, 2010.

255 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil (art. 369 ao 380)*, vol. VI. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.314.

256 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim., CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.731-732.

disposição legal (art. 448 quanto à prova testemunhal, art. 388 quanto ao depoimento pessoal e art. 404 quanto à exibição de documento ou coisa), hipóteses em que o meio de prova será reputado como ilícito.<sup>257</sup>

Percebe-se que ante o caráter explícito da enunciação, o dever em estudo concerne à colaboração para com o Poder Judiciário, sendo questionável sobre a possibilidade de sua aplicação a convenções extrajudiciais.

Inicialmente quanto às partes inexistem grandes questionamentos, visto que ao aderir à convenção processual no âmbito extrajudicial, a parte se submete ao vínculo obrigacional, sendo a mesma dinâmica extensiva a terceiros que eventualmente adiram à convenção.

Todavia, seria exigível o aludido dever de cooperação de terceiros que não participaram da convenção extrajudicial? A resposta é negativa, pois malgrado a possibilidade de atuação primária da norma processual conforme anteriormente tratado, esta não teria o condão de ampliar uma intervenção na liberdade do terceiro sem a correlata previsão legal.<sup>258</sup>

### 2.3.5. Da prova como resultado

O resultado da prova no ambiente processual consiste especificamente na formação de convicção do magistrado quanto à demonstração dos fatos alegados pelas partes, de modo a lhes proporcionar a solução adjudicatória adequada.

Todavia, em que consiste estar o magistrado convicto?

Conforme escólio de Marcelo Lima Guerra<sup>259</sup> a convicção representa um elemento anímico que tem a natureza de *crença*, referindo-se a um quadro intencional do indivíduo de

257 “Assim, tendo em vista, portanto, que a imposição da produção de prova pelo juiz de maneira desproporcional viola, em linhas gerais, contraditório, o direito à liberdade e a própria interpretação sistemática do ordenamento processual, fica mais evidente que a prova que advenha dessa desequilibrada imposição seja caracterizada por ilícita, uma vez que produzida vilipendiando uma série de direitos das partes. Toda prova que, de alguma forma, não respeita a ordem jurídica, acaba se tornando ilícita e, por regra, não deve ser levada em consideração na valoração para a formação do convencimento judicial, o qual deve apenas ter em conta as provas que foram produzidas de acordo com as normas de conduta processuais”. PORTO, Guilherme Athayde. *O direito de não produzir prova contra si: a prova desabonatória*. Salvador: JusPodivm, 2021, p.261-262.

258 “Além de o texto, prima facie, indicar que a colaboração do terceiro na qualidade de testemunha é somente em relação ao Poder Judiciário, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery sustentam que a referida norma deve ser interpretada em conjunto com a garantia constitucional de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, a não ser em virtude de lei. Em tese, a convenção que estabelece a produção extrajudicial da prova oral não poderia, no confronto com esses dois argumentos, estabelecer um dever de colaboração ou cooperação par aos terceiros ou testemunhas”. MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise jurídica e econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.235-236.

259 GUERRA, Marcelo Lima. Sobre as noções probatórias básicas. In: MACÊDO, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. (org.). *Provas*. Coleção Novo CPC doutrina selecionada, vol.03, Salvador: JusPodivm, 2016, p.145-226.

se comportar como se determinado estado de coisas fosse real, praticando ações inerentes a tal realidade.

Dentro desta ideia, a prova como resultado corresponde ao conjunto de elementos que conduzem à construção da referida crença à luz da corroboração dos fatos alegados pelas partes, os meios de prova aos elementos que contribuem para a crença do juiz acerca de determinado fato que figura como premissa de um argumento que conduz à conclusão sobre um fato relevante e a atividade probatória como concatenamento de atos das partes e do magistrado por meio de aportes argumentativos por meio de propostas de provas-resultado e da valoração racional do acervo.

Entende-se que este delineamento se revela acertado, com a ressalva quanto ao conceito do elemento anímico, que não se coaduna com um estado de *crença* (belief), mas, sim, com um estado de *aceitação*.

Neste sentido, Jordi Ferrer Béltran pontua que o estado de crença não se afigura como correto, dado seu subjetivismo e a constatação de que premissas normativas e premissas fáticas de raciocínio podem conduzir o magistrado a proferir decisões contrárias às suas crenças e que, ademais, as crenças são em si involuntárias, do que emerge uma irracionalidade, propondo o estado de *aceitação*, cuja voluntariedade é fundada na dissociação de razões epistêmicas e justificada pela vinculatividade ao contexto, implicando em racionalidade da decisão.<sup>260</sup>

260 “O primeiro passo que se deve dar para analisar essa proposição é definir no que consiste a aceitação de uma proposição p qualquer. Pois bem, não se pode dizer que seja pacífica essa definição e tampouco que o termo “aceitação” tenha sido usado de maneira uniforme no âmbito filosófico. Não obstante, para os fins do presente trabalho, tomarei, inicialmente, a noção delineada por L. Jonathan COHEN. Segundo esse autor “a aceitação de uma proposição p é um estado mental que consiste em ter ou adotar a política de usar p no raciocínio em alguns ou em todos os contextos” (vide COHEN, 1989, P. 368; 1992, p.4. Podem ser destacadas algumas características que definem a aceitação que possuem particular importância no contexto do tema de estudo que nos ocupa. Para isso, seguirei de novo a exposição de Engel (1998, p.146 e ss.)a) em primeiro lugar, trata-se – e isso é essencial – de um ato voluntário, é dizer, o sujeito que aceita decide sobre sua aceitação; não se trata de algo que ocorra com ele. Isso se deve ao fato de que as razões para aceitar uma proposição, para usá-la no raciocínio, não têm por que ser epistêmicas (COHEN, 1989, p.369 e VAN FRAASSEN, 1989, p.192). É dizer, não é necessário (mesmo que muitas vezes ocorra) que se aceite uma proposição porque é verdadeira: “para fins profissionais (por exemplo) um advogado pode aceitar a premissa de que seu cliente não é culpado, inclusive se não crê nisso” (COHEN, idem). Do mesmo modo, um comerciante pode aceitar a premissa de que “o cliente tem sempre razão”, incorporando-a ao seu raciocínio, mesmo quando, por razões óbvias, não acredita que isso ocorra sempre. Dessa forma, o caráter fundamentalmente prático da aceitação é dado pelo elemento de voluntariedade (BRATMAN, 1992, p.10 e ss; e ULLMANN-MARGALIT, 1992, p. 177 e ss.). Mais que isso, mesmo quando, como será visto mais adiante, a crença de que p é a razão para aceitar p (isso é, quando se aceita por razões epistêmicas), essa aceitação pressupõe a decisão de aceitar aquilo em que se crê, não havendo um passo automático da crença à aceitação. Por isso, pode-se dizer que somos responsáveis por aquilo que aceitamos e não somos, por outro lado, por aquilo em que cremos (ENGEL, 200, p.11 e REDONDO, 1996, p.186-187). b) O caráter essencialmente prático da aceitação a que já se fez referência, assim como o fato dessa não ter que ser baseada necessariamente em razões epistêmicas (ou, em outras palavras, que não tenha necessariamente

Com razão o doutrinador espanhol, pois a experiência prática indica que a crença do juiz não representa o fundamento idôneo e racional para tomada da decisão, uma vez que existem situações como em que se revela irracional, contrária à prova coligida ou fundada em elementos extra autos e, quando o ato decisório tiver por lastro uma presunção ou regra de prova legal, a coerência da decisão implicará na necessidade de desconsiderar os estados anímicos subjetivos do magistrado.

Ademais, a ocorrência das crenças (ao contrário de seu conteúdo) são caracterizadas pelo caráter eminentemente involuntário, o que afasta a possibilidade de justificação razoável, que se coaduna, de outro giro, com o estado de aceitação.<sup>261</sup>

Portanto, visto que “as regras sobre a prova, em alguns casos podem obrigar o julgador a aceitar uma premissa em seu raciocínio probatório, mas em nenhum caso é possível obrigá-lo a nessa premissa crer”<sup>262</sup>, entende-se que o conceito adequado de prova como resultado deve conduzir ao elemento de aceitação de determinada premissa, com a eliminação de incertezas quanto aos fatos controvertidos.<sup>263</sup>

---

pretensão de veracidade – ENGEL, 1988, p. 146) acarreta uma característica adicional de especial importância para o âmbito do problema com que se ocupa o presente trabalho. Com efeito, a aceitação, diferentemente da crença, depende do contexto (BRATMAN, 1992, p.4 e ss e 9 e ss.; e ENGEL, 1998, p. 147)”. BÉLTRAN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.90-108.

261 “Da mesma forma, mesmo que eu possa decidir atuar para acelerar o ritmo de minhas pulsações, por exemplo, mediante exercícios físicos, não se pode dizer que essa pulsação, em si mesma, seja um ato voluntário. Pois bem, se é assim, resulta que possuir determinada crença sobre um evento não é algo justificável em si mesmo (outra coisa é o conteúdo da crença), visto que somente os atos voluntários admitem justificação. Em outras palavras, se admitimos que o resultado produzido pelos elementos de juízo presentes nos autos judiciais é a produção de uma determinada atitude proposicional acerca da proposição que se pretende provar, então procede que, sob o prisma da reconstrução que se está realizando, o resultado poderia ser formulado como “creio que p”. e se o fato de ter uma crença não é justificável em si mesmo, resulta que não há possibilidade de justificar esse resultado, ou, o que é a mesma coisa, a valoração da prova realizada pelo juiz”. BÉLTRAN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.92.

262 BÉLTRAN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.99.

263 “A produção da prova do facto controvertido depende da apresentação de um meio de prova por uma das partes. Nenhum meio de prova apresentado pelas partes pode garantir que o facto probando é, em qualquer caso, verdadeiro, pois que nunca se pode afastar que um outro meio de prova, se tivesse sido apresentado em juízo, pudesse provar que esse facto afinal não é verdadeiro. Por exemplo: o tribunal pode ficar convencido da verdade do facto probando através de um documento escrito ou de um depoimento testemunhal; no entanto, nada pode garantir que não exista um qualquer outro meio de prova (nomeadamente, outro documento ou depoimento de outra testemunha) que prove que esse facto não é verdadeiro. Sendo assim, os meios de prova apenas asseguram que, em função deles, não há razões para considerar que um facto controvertido não está provado. Portanto, os meios de prova apenas podem eliminar a incerteza sobre um facto controvertido, mas nunca podem criar uma certeza sobre esse facto”. SOUSA, Miguel Teixeira de. *A prova em processo civil: ensaio sobre o raciocínio probatório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.32-33.

Lado outro, o resultado da atividade probatória integra a fundamentação adequada do pronunciamento judicial, representando conforme indica Danilo Knijnik, “um sistemático instrumento de controle, não somente do raciocínio judicial, como também de refreamento de sua arbitrariedade”.<sup>264</sup>

Destarte, propõe-se como definição de prova-resultado a convicção, fundada em justificativas, em que se funda a aceitação, pelo juiz, quanto à ocorrência ou não de determinado fato relevante para a solução do litígio e que proporciona a eliminação da incerteza quanto aos fatos controvertidos, justificando-se sua adoção como premissa na decisão judicial.

### 2.3.6. Prova e verdade no processo civil

A solução adequada dos conflitos, assim considerada aquela que esclarece os contendores quanto aos aspectos tangentes aos seus direitos e deveres e possibilita a solução consensual ou adjudicatória com acerto, reclama uma correta determinação dos fatos, o que figura como vetor de excelência, visto que não se pode admitir critérios ilógicos ou aleatórios para tal atividade de identificação e concretização da norma jurídica.<sup>265</sup>

Desta forma, “se é função do juiz julgar, e julgar bem, e julgar com justiça, é sua função, por definição, aplicar normas jurídicas a fatos. E, para bem aplicar normas jurídicas a fatos, parece obviamente imprescindível conhecê-los bem, a esses fatos.”<sup>266</sup> sendo tal raciocínio extensível para os métodos consensuais, em que o conhecimento adequado dos fatos conduz à eliminação de assimetrias de informação e, por conseguinte, proporciona autocomposições mais realistas e justas, de sorte que a *verdade* confere valor e legitimação às soluções emanadas do Sistema de Justiça.<sup>267</sup>

264 KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. In: KNIJNIK, Danilo. (coord.). *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.25.

265 “A determinação verdadeira dos fatos é um critério excelente para a solução adequada dos conflitos. Afinal, não é esperado do Estado a adoção de quaisquer critérios para o julgamento e solução das controvérsias, senão aqueles previstos pelo ordenamento jurídico. Se a prestação jurídica no caso concreto deve corresponder àqueles direitos abstratamente previstos no processo, então a busca da verdade dos fatos alegados no processo tem total relevância para o processo, na medida em que são eles que farão exatamente o link entre o direito abstrato e o direito aplicado ao caso concreto”. AUILO, Rafael Stefanini. *Valoração judicial da prova no direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021, p.31-32.

266 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, vol.35/1984, p.178-184, jul./set./1984.

267 “Verdade e justiça caminham lado a lado. Da existência de uma depende a outra. Não há justiça com base em prova falsa, tampouco verdade processual sem uma adequada prestação jurisdicional. A propósito, “no processo a verdade não constitui um fim em si mesmo, contudo insta buscá-la enquanto condição para que se dê qualidade à justiça ofertada pelo Estado. Com efeito, para que a justiça se realize plenamente é



Portanto, a relação entre prova e verdade se liga ao eixo fundamental do direito probatório e é objeto de expressivas controvérsias após o advento do giro linguístico, com a consequente superação do paradigma do objeto pelo paradigma do sujeito e a constatação quanto à falibilidade humana na atribuição de um conceito absoluto de verdade.<sup>268</sup>

Entrementes, partir da concepção de que a realidade é construída por meio de atos de fala, a desconfiança quanto à existência de uma realidade exterior implica aprioristicamente em uma posição de ceticismo.

São proferidas, então, ressalvas à abordagem da verdade como correspondência, que estabelece um *parâmetro de controle externo* (a realidade empírica) condicionante, enquanto incompatível com o caráter autônomo da linguagem em relação ao mundo empírico e com o subjetivismo que enseja o ato enunciativo de sua construção, propondo-se conceitos de verdade por coerência ou por consenso, ligadas a sua construção semântica, sem respostas adequadas e que conduziam, em um caráter extremo, a um descrédito quanto à aptidão epistêmica do processo e até mesmo a obrigação de se buscar no seu ambiente a verdade.

---

fundamental que esta e baseie na verdade. Esta é como um complemento que confere valor e importância a toda e qualquer decisão judicial é a verdade quem – acima de tudo – garante o respeito às decisões judiciais. Basta analisar as reações da sociedade em torno do tema. Sempre que um magistrado profere uma decisão baseado em premissas falsas, a mesma perde todo seu caráter impositivo”. DORIA, Rogéria Dotti. O direito à prova e a busca da verdade material. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. (coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.323-324.

268 “De toda sorte, a ideia de que o conhecimento se trava a partir da descoberta da realidade é totalmente superada em filosofia. O chamado paradigma do objeto – típico da antiguidade – parte da premissa de que os objetos têm, todos, a sua essência, que é revelada ao sujeito cognoscente a partir da relação travada no conhecimento (o sujeito cognoscente nada mais faz que descobrir aquela essência, preexistente no objeto). [...] Como se pode observar da história, tal perspectiva vigorou absoluta na filosofia até meados do século XVIII. A partir de então, novo paradigma surgiu, sob a influência de novas ideias racionalistas e iluministas emergentes, denominado de paradigma do sujeito. A partir de então, a relevância fixou-se no sujeito cognoscente, e não mais no objeto do conhecimento. Penso, logo existo, disse Descartes, sintetizando magnificamente o espírito deste modelo. Os objetos somente existem porque o sujeito pode conhecê-los. Desloca-se, portanto, o núcleo de interesse do objeto para o sujeito. Especificamente em relação ao tema da “verdade” a falibilidade do paradigma do objeto põe-se em nu completo. O conceito de verdade, por ser algo absoluto, somente pode ser atingido quando se tenha por certo que determinada coisa se passou de tal forma, excluindo-se, de pronto, qualquer outra possibilidade. E, como é óbvio, essa possibilidade extrapola os limites humanos”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.40-41.

Nesta linha, é acertada a ideia de verdade trazida pela obra de Jürgen Habermas<sup>269</sup>, fundada no agir comunicativo com a presença de prévio consenso entre os interlocutores a partir de compreensão da comunicação; veracidade do conteúdo e sinceridade dos interlocutores, sem os quais sequer existiria ato de comunicação:<sup>270</sup>

O procedimento em que ocorre a construção do consenso se afigura como fator de legitimação da verdade, que se esteia na argumentação em cooperação, da qual deflui um juízo de verossimilhança.<sup>271</sup>

Desta forma, sem se olvidar da corrente doutrinária que ainda defende o conceito de verdade por correspondência<sup>272</sup>, tem-se que no desenho contemporâneo do processo e verdade decorre da constatação que, quer por consenso ou por correspondência, esta é fruto de uma construção discursiva e performativa que se dá a partir do exame e debate acerca das enunciações propostas pelas partes, de modo a se possibilitar o alcance da verossimilhança quanto ao enunciado “p”, de modo a se adotar no ato enunciativo do magistrado a concepção de que “*está provado que p*”.<sup>273</sup>

---

269 “O mundo como síntese de possíveis fatos só se constrói para uma comunidade de interpretação, cujos membros se entendem entre si sobre algo no mundo, no interior de um mundo da vida compartilhado intersubjetivamente. “Real” é o que pode ser representado em proposições verdadeiras, ao passo em que “verdadeiro” pode ser explicado a partir da pretensão que é levantada por um em relação ao outro no momento em que assevera uma proposição. Com o sentido assertótico de sua afirmação, um falante levanta a pretensão, criticável, à validade da proposição proferida; e como ninguém dispõe diretamente de condições de validade que não sejam interpretadas, a “validade” (Gültigkeit) tem de ser entendida epistemicamente como “validade que se mostra para nós” (Geltung). A justificada pretensão de verdade de um proponente deve ser defensável através de argumentos contra objeções de possíveis oponentes e, no final, deve poder contar com um acordo racional da comunidade de interpretação em geral”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v.1. trad. Flávio Beno Sebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.31-32.

270 ARENHART, Sérgio. Ainda sobre a verdade no processo. In: SALGADO, Daniel de Resende. KIRCHER, Luís Felipe Schneider. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Altos estudos sobre a prova no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2020, p.44-45.

271 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.55. Neste sentido também: DUARTE, Zulmar. A verdade sobre a prova. In: JOBIM, Marco Félix. FERREIRA, William Santos. (coord.). *Direito Probatório*. Coleção grandes temas do novo CPC. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.245.

272 Registra-se neste sentido: TARUFFO, Michelle. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016; RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; e BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

273 “A realidade não é algo que esteja pronto para ser descoberto e descrito, mas antes algo que pode ser analisado e construído. É, aliás, por isso, que uma mesma realidade – como, por exemplo, a morte de uma pessoa – pode ser descrita de maneira diferente por um médico ou por um jurista, dado que cada um deles descreve aquela realidade segundo um critério diferente, ou seja, constrói uma realidade médica ou jurídica. Assim, a uma mesma realidade podem corresponder várias verdades, cada uma delas tão verdadeira como qualquer das outras. Em conclusão: a verdade não é algo que se extrai da realidade, mas antes algo com que se constrói a realidade, pelo que em qualquer descrição da realidade há sempre algo de construído e de performativo.” SOUSA, Miguel Teixeira de. *A prova em processo civil: ensaio sobre o raciocínio probatório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.20.

Consonante acertada ilustração de Beclaute Oliveira Silva:<sup>274</sup>

Calha bem aqui a imagem da justiça com a venda nos olhos. Ela não vê, mas constrói a imagem mental dos fatos a partir do que ouve – bilateralidade de audiência -, marca do contraditório. A imagem que constrói é a verdadeira? Corresponde à realidade? Ou é produto do que lhe foi trazido pelos partícipes, em um procedimento de reconstrução dos acontecimentos, através da polifonia dos diversos discursos dos utentes do processo (autor, réu, testemunha, peritos etc.), inclusive do magistrado, que lança suas impressões, a partir de sua experiência e modo de ver o mundo? Reconstrói-se a partir da reminiscência. O que é interessado, que lembro do passado no presente. O passado só é passado no presente.

De outro lado, Ferrer BÉLTRAN assevera que ao passo em que a verdade não integra o conceito de prova, não se pode descartar a finalidade teleológica da prova como a busca da verdade, e do processo para tal finalidade.<sup>275</sup>

Isto posto, embora a busca da verdade sofra limitações de ordem *legislativa* (estruturação de procedimento, preclusão quanto a meios de prova, vedação apriorística de meios de prova ilícitos, etc.), *fática* (desconhecimento de fatos relevantes, impraticabilidade de meios de prova) e da *vontade das partes* (não alegação de fatos pertinentes conhecidos por opção estratégica e convenção probatória), que implicam em um postulado quântico de complementaridade, não se descarta que sempre que possível o processo deverá buscar a maior aproximação da reconstrução mais acurada das hipóteses trazidas e que isso funciona como inafastável fator de legitimação.<sup>276</sup>

274 SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: MACÊDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. (org.). *Provas*. Coleção Novo CPC: Doutrina selecionada. 2ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.292.

275 BÉLTRAN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.33-34.

276 “O juiz não é, de há muito, a boca da lei. A verdade é ideal utópico e, naturalmente, não será encontrada em caráter absoluto pelo magistrado. Vimos que a apreciação dos fatos será distorcida diversas vezes, quer por aqueles que os assistiram, quer pelo julgador, refração essa que no processo será intensificada pelos mecanismos mais ou menos rígidos de instrução probatória. Assim, para nós, não há outra conclusão senão considerar a prova no processo civil como mais um argumento retórico na busca do convencimento do magistrado. O julgador, por sua vez, deve lembrar-se do postulado quântico da complementariedade na análise das provas, pois resultados distintos nem sempre são excludentes. De outro lado, de modo a garantir a legitimidade do resultado final, o juiz deve cuidar da preservação dos grandes cânones processuais durante a instrução probatória, principalmente os princípios do contraditório e da ampla defesa e a proibição de utilização de provas ilícitas. É que se a busca da verdade se faz por caminho tão brumoso e incerto, é preciso que a livre manifestação das partes e a dialética entre elas e o juiz sirvam como fatores de legitimação da decisão final. Processo que siga esse caminho, uma vez que não encontre a verdade absoluta, pelo menos será decidido de acordo com a verdade processualmente validada pelo devido processo legal”. WOLKART, Erik Navarro. A busca da verdade no processo (ou o “ouro de tolo”). *Revista de Processo*, vol.222/2013, p.315-323, ago./2013.

Consequentemente a busca pela verdade (ainda que inatingível por correspondência dentro da premissa adotada neste trabalho) representa a um *ideal regulativo* para o magistrado nas valorações escolhas fáticas dentro do exercício do método de acerto estabelecido pelo legislador, para conduzir a atividade realizada no processo ao exercício de uma epistemologia<sup>277</sup>, o que explica e justifica a sua existência.<sup>278</sup>

#### 2.4. PROPOSTA DE DEFINIÇÃO PARA CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS

Após o exame de uma plêiade de aspectos da prova e firmada a premissa de que as convenções processuais consistem em negócios jurídicos por meio do qual, a partir de autorização normativa, as partes podem “estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”, cumpre identificar qual seria o conceito adequado de convenções probatórias, mormente sob o prisma de quais elementos ou atividades da seara probatória se encontram dentro do espaço de regramento.

Destaca-se que problematização em testilha adota caráter abstrato e tem por finalidade a delimitação do objeto de estudo da presente dissertação, sendo as preocupações quanto à concretude de tais limites, objeto de capítulo posterior.

##### 2.4.1. Do objeto das convenções processuais probatórias

Como espécie de negócio jurídico, as convenções processuais probatórias são dotadas de um objeto, sendo sua identificação essencial para seu estudo.

Deste jeito, a partir do exame de todos os aspectos da prova em epígrafe, percebe-se que o *objeto indireto* ou bem da prestação de uma convenção probatória concerne ao procedimento legislado e/ou às situações jurídicas processuais, sendo seu *objeto direto* condutas convencionadas que se direcionem a tal concretização.

---

277 “Com relação aos critérios epistêmicos, como já referido, é princípio da Epistemologia que, quanto mais informações relevantes estiverem à disposição do julgador, maiores são as chances de que a decisão corresponda à realidade dos fatos”. MOTTA, Otávio. Teoria da decisão jurídica e prova: justificação da admissibilidade e valoração probatória. In: MITIDIERO, Daniel. ADAMY, Pedro. *Direito, razão e argumento: a reconstrução dos fundamentos democráticos e republicanos do direito público com base na Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2020, p.1156-1157.

278 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.123.

Inicialmente, revela-se possível a disciplina quanto aos meios de prova (prova como *meio*), visto que a propositura e produção destes configura ônus das partes, situando-se, quanto aos direitos que admitem autocomposição, dentro da liberdade dos sujeitos parciais.

Maneira reflexa de influência na prova como meio concerne à possibilidade, dentro do regramento análogo à tutela jurisdicional declaratória, da celebração de convenções que conduzam ao acertamento quanto a relações jurídicas, situações jurídicas e fatos.<sup>279</sup>

De igual forma, a realização de ajustes convencionais no procedimento instrutório (prova como *atividade*) com a derrogação do procedimento legislado encontra respaldo no art. 190 do CPC, aí incluídos aspectos quanto ao ônus da prova, em superação à disposição estática legislada e demais titularidades processuais que emergem do regime legislado, inclusive com a possibilidade de abarcar terceiros.

Entretanto, a prova como *resultado* não se situa dentro do âmbito de regramento pelas convenções probatórias, visto que a informação absorvida, consistente na matéria-prima adquirida através do processo e o estado de convicção firmado no magistrado se situam fora do âmbito negocial.<sup>280</sup>

Desta forma, o que foi constatado durante a inspeção judicial ou prova pericial, ou o que foi dito pelas partes e testemunhas em seus depoimentos não correspondem a uma realidade posta no processo, que não pode ser modificado por qualquer ato de vontade e, igualmente, o estado de aceitação quanto à corroboração das hipóteses fáticas postas nos autos também se revela indene a qualquer imposição por ato de autorregramento, correspondendo a objeto impossível de negócio jurídico.

Malgrado, revela-se possível a disposição por meio de convenções processuais probatórias quanto aos critérios externos para a valoração da prova coligida, que funcionam

279 CABRAL, Antonio do Passo. Negócio de certificação: introdução, objeto e limites. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol.29, ano 8., p.89-145, out./dez./2021.

280 “Não podem, na verdade, as partes, alterar, por acordo, o que foi o fruto da instrução, determinando que a testemunha não disse o que disse ou que o perito não prestou o esclarecimento que prestou. Não lhes é dado eliminar, mediante congregação de declarações negociais, o que já se verificou e não representa dado construível pela sua vontade. No que diz respeito à informação empírica processualmente disponível, esta é, quando de índole probatória, insusceptível de (pelas razões enunciadas) ser passível de convenção e, em consequência, também não objecto possível de convenção de prova. Quando a informação empírica assumia natureza factual (assim no âmbito das presunções jurídicas), consubstancia matéria passível de ser objecto de convenção; não, porém, de convenção de prova, atenta a natureza já consolidada – assim não controvertida – do tipo de informação em apreço (vide, relativamente aos pactos que têm por objecto versões factuais processualmente relevantes, o supra expendido relativamente aos acordos de reconhecimento). A informação obtida a partir do tratamento processual da informação empírica representará, por outro lado, fruto da actividade decisória do tribunal, desenvolvida na sequência do momento analítico, pelo que se enquadra no âmbito de distinta (quarta) dimensão da prova”. SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da. *Convenções de prova em processo civil*. Tese de Doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: 2015, p.51.

como trilha condutor da convicção, mormente quanto utilizados critérios de balizamento externos como nas presunções.

Quanto ao procedimento, é perceptível que a partir da autorização normativa trazida pelo dispositivo da convenção típica ou pela cláusula do art. 190 do CPC quanto à convenção atípica<sup>281</sup>, a possibilidade de flexibilização convencional deste, submetida a requisitos de compatibilidade com sua essência, mormente no devido processo legal.<sup>282</sup>

Já a disposição sobre situações jurídicas processuais, que se divisam, conforme seu potencial de resultado, em *de vantagem* (direitos subjetivos e poderes jurídicos), *neutras* (faculdades) e de *desvantagem* (sujeições, deveres e ônus), verifica-se que somente as sujeições, como situações passivas ligadas ao dever jurídico de obedecer, encontram-se fora do objeto das convenções probatórias.<sup>283</sup>

Portanto, revela-se possível a renúncia a direitos, poderes jurídicos e faculdades processuais, o estabelecimento de deveres e ônus complementares, inclusive quanto à sanção por descumprimento da convenção<sup>284</sup>, entendendo-se que as sanções do art. 400 do CPC figuram como parâmetro e limites para o poder de regramento e que a concretização de eventuais medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogatórias se submete a reserva de jurisdição.

De outro lado, as partes podem estabelecer, dentro do seu poder de autorregramento, de maneira conjunta ou exclusiva, consequências positivas (sanções premiais), a serem aplicadas na hipótese de prática de condutas facultativas pelos sujeitos processuais.<sup>285</sup>

281 “De fato, o autorregramento da vontade no processo decorre da superposição lógica de duas normas: uma ‘norma de atribuição de competência’ (Ermächtigungsnorm) ou ‘norma de habilitação’, que justifica o poder de disposição dos sujeitos privados com primazia sobre a aplicação da regra legislada; e uma norma legal, que terá aplicação subsidiária (na ausência de disposição das partes)”. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2020, p.184.

282 MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto de novo código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre. DANTAS, Bruno. NUNES, Dierle. DIDIER JR, Fredie. MEDINA, José Miguel Garcia. FUX, Luiz. Camarco, Luiz Henrique Volpe. OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (coord.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*, vol. III, Salvador: JusPodivm, 2014, p.353.

283 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.358-362.

284 Enunciado 17 do FPPC.

285 “Nesse tipo de convenção processual, o prêmio é condicionado à prática do ato, que pode ou não ser realizado pela parte (facultatividade), sem que isso gere punição. Ou seja, as partes não estabelecem um dever ou uma obrigação, ou eventual rito diferenciado a ser seguido, mas apenas preveem uma vantagem ou um benefício para estimular a conduta especificada. A estipulação de convenções processuais dessa natureza pode contribuir para aproximar as partes, fomentar “trocas voluntárias entre os sujeitos” e criar novas dinâmicas de escolha, inclusive com benefícios recíprocos. Mais do que isso, as sanções premiais embutidas em convenções processuais podem ajudar a criar um círculo virtuoso de possibilidade, capaz de valorizar a eficiência processual, a duração razoável do processo, o acesso à justiça, entre outras garantias

Exige-se, todavia, a pertinência do objeto das convenções probatórias em estudo com relação jurídica processual já instaurada ou, ao mínimo, possível, sem a qual perderia a característica essencial da referibilidade.

Ademais, a utilidade das convenções processuais exige que seu objeto guarde pertinência com fatos relevantes, decorrente da possibilidade de modificação no prático do resultado da atividade probatória, razão pela qual os fatos que dispensam prova, como notórios, confessados, incontroversos ou objeto de presunção legal (art. 374 do CPC), se encontram fora do espaço de regramento.

Destaca-se, por fim, a relevância dos atributos da precisão e determinabilidade do objeto da convenção probatória, que deve tratar de situação jurídica individualizada e concreta, com plena definição de suas características ou estabelecer critérios aptos a proporcionar identificação de seus aspectos quantitativos e qualitativos, adotando-se especial cautela quanto à utilização de conceitos jurídicos indeterminados.<sup>286</sup>

Por conseguinte, a convenção probatória deve estabelecer precisamente ou trazer critérios de determinabilidade quanto aos processos atuais ou futuros sobre os quais recairá (sendo suficiente a indicação, por exemplo, em contrato prévio que todos os processos decorrentes de controvérsias da relação jurídica seriam abarcados pelo ajuste), bem como quanto aos ajustes no procedimento ou disposição sobre titularidades processuais e condutas estabelecida.

---

processuais”. MAZZOLA, Marcelo. *Sanções premiais no processo civil*: previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial. Salvador: JusPodivm, 2022, p.225-226.

286 “A utilização de conceitos jurídicos indeterminados em negócios processuais pode conduzir à indeterminabilidade do acordo celebrado, a exemplo, do que sucederia com acordo que previsse que os prazos processuais legalmente previstos, quando insuficientes para a prática do ato processual legal ou judicialmente estabelecidos, poderão ser prorrogados de modo razoável. Não sendo possível determinar, nem mesmo no momento da execução do acordo, o objeto convencionado em suas especificações quantitativas (número de dias que deverão ser acrescidos ao prazo) e qualitativas (que prazos não de se enquadrar na norma convencional), inválida se revela a pactuação, faltando-lhe previsibilidade”. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p.266-267.

#### 2.4.2. Da causa nas convenções processuais probatórias

Os negócios jurídicos adotam a classificação entre causais e abstratos conforme a possibilidade de inclusão de causa em seu suporte fático – e consequente relevância para o regular desenvolvimento – a qual pode ser afastada por uma opção do sistema normativo ou dos contratantes.<sup>287</sup>

O conceito de causa foi fundado tradicionalmente em uma concepção subjetiva, referente ao escopo que movimentou as partes, uma razão psíquica que integra a manifestação de vontade e lastreia a constituição da obrigação<sup>288</sup> a qual, todavia, não se reveste de aptidão para a tutela da autonomia privada, do que dimana a necessidade de critérios objetivos.<sup>289</sup>

Assim, conforme assevera Emílio Betti, o conteúdo de qualquer negócio indica logicamente um interesse social objetivo e socialmente verificável, ao qual se soma outro elemento subjetivo com o qual não se confunde, consistente no intuito prático a que concretamente se dirige a vontade de quem realiza tal ato de autonomia privada.<sup>290</sup>

Trata-se, portanto, da função útil atribuída pelo sistema normativo ao negócio jurídico, que figura como parâmetro de definição dos efeitos presumivelmente almejados pelos contratantes.

Em contraposição ao *motivo*, que é subjetivo, interno e psicológico e valorado em hipóteses específicas de invalidade, como quando é ilícito a ambas as partes (art.166, II do Código Civil) e quando é falso e expresso como razão determinante do negócio (art. 140 do Código Civil), o conceito de *causa* é objetivo, sendo inferível do fim econômico e social do

287 “Quando o negócio jurídico tem uma causa intrínseca, incluída no seu suporte fático ou é possível ao figurante incluí-la, há negócio jurídico causal. Se o negócio jurídico não tem causa intrínseca, e, sendo possível, os figurantes não a incluírem como seu fim, ou não houve acordo sobre ele, fim, o negócio jurídico é abstrato”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 22ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p.274.

288 KONDER, Carlos Nelson. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. Tese de doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009 ,p.40.

289 “Se à vontade não se podem mais conectar os efeitos jurídicos, o ordenamento necessita de um instrumento objetivo de verificação, através da qual possa determinar se o negócio de autonomia merece ser tutelado.” MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa nos contratos. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p.300.

290 “Na realidade, a causa é o interesse em sentido objetivo (na mudança do estado de fato) quando age através do arranjo do negócio, na medida em que vem, normalmente a coincidir com o interesse subjetivo que determinou a vontade privada no caso concreto. É claro que ao conceder a sua tutela à autonomia privada, a ordem jurídica toma em conta, não o capricho individual, mas apenas a função socialmente relevante do negócio-tipo, considerada em si e por si; e a natureza geral de uma função é coisa diversa do interesse que o indivíduo pode ter pela sua realização no caso concreto”. BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda Editora, 2008, p.268.



negócio jurídico, em relação ao qual funciona como critério de identificação e conformidade.<sup>291</sup>

Do exame dos institutos e categorias que as tangenciam, pode-se afirmar que a *causa* das convenções probatórias é a constituição de melhores condições de prova para os sujeitos processuais (*probatio levior*).

Esta causa figura como ideal regulativo, mas não tem o condão de condicionar a validade das convenções processuais probatórias a um ideal de eficiência, sendo seu alcance valorado à luz das circunstâncias concretas da relação jurídica e da conduta dos participantes.

### 2.4.3. Definição proposta

A redação do art.190 indica que o objeto das convenções processuais concerne a situações jurídicas e ao procedimento, sendo, todavia, pertinente sua concretização à luz do objeto específico, bem como no contexto dos elementos dos negócios jurídicos.

Desta forma, pode-se conceituar convenções probatórias como os atos de vontade plurilaterais, através das quais, os sujeitos disciplinam a partir do seu poder de autorregramento, em relação a processo em trâmite ou futuro, a prova como atividade, como meio ou critérios externos para a valoração do seu resultado, modificando as regras ordinárias do trilha legislado e/ou influenciando em ônus, poderes, faculdades ou deveres com relação ao tema probatório, com a produção imediata de efeitos e o propósito de aprimoramento das regras ordinárias no caso concreto.<sup>292</sup>

Seu conteúdo se refere aos meios de prova e à atividade probatória, em seus mais diversos aspectos como fontes, ônus, procedimento e critérios externos para a atividade de valoração.<sup>293</sup>

---

291 “Hay que entender, entonces, que la causa, en razón de que sirve para identificar el negocio en su aspecto funcional, no puede estar ausente sin que resulte desbaratada, en tal supuesto (y dejando de lado una inútil y hasta inconcebible sanción de nulidad), la posibilidad misma de configurar el negocio”. SCOGNAMIGLIO, Renato. El negocio jurídico: aspectos generales. In: BETTI, Emilio. GALGANO, Francesco. SCOGNAMIGLIO, Renato. FERRI, Giovanni Battista. *Teoría general del negocio jurídico: 4 estudios fundamentales*. trad. Leysser L. León. Lima: ARA Editores, 2015, p.160.

292 “As convenções probatórias são aquelas que alteram ou disciplinam as regras instrutórias ordinárias, seja na admissão, na produção, seja na valoração da prova, modulando ônus, poderes, faculdades e deveres processuais com relação às provas, podendo ou não disciplinar, criar ou modificar seu procedimento, regras, meios, fontes, elementos e argumentos de provas”. RAVAGNANI, Giovani. *Provas negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.100.

293 ALVES, Tatiana Machado. Ensaio sobre a classificação das convenções probatórias. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). *Negócios processuais. Coleção grandes temas do novo CPC*, vol.1. tomo. 02, Salvador: JusPodivm, 2019, p.336-337.

Tais convenções podem decorrer de previsão normativa no âmbito da legislação processual ou serem construídas a partir da cláusula geral de negociação atípica do art. 190 do CPC e figuram como potencial meio de limitação da busca da verdade no processo, cuja valoração deve ser casuística a partir de limites preordenados e debatidos entre os sujeitos do processo.

## 2.5. CLASSIFICAÇÃO DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS

As convenções probatórias são classificadas em conformidade com seu gênero, quanto a diversos aspectos, sendo a referida distinção curial para fins de estudo quanto aos seus limites e possibilidades.

### 2.5.1. Quanto ao momento de celebração: convenções processuais probatórias prévias (pré-processuais) e incidentais (interlocutórias)

Referente ao momento de celebração, as convenções probatórias são classificadas em prévias e incidentais, conforme sejam entabuladas em momento anterior ou concomitante à litispendência.

As convenções prévias, pré-processuais ou antecedentes representam, conforme Loïc Cadiet<sup>294</sup>, “um exercício de sabedoria contratual”, conquanto prematuras ao surgimento do conflito (e da conseqüente beligerância e ininteligência), o que contribui para sua utilidade prática.<sup>295</sup>

---

294 “As partes não são obrigadas a esperar que um conflito ocorra para se preocupar com a possibilidade de resolvê-lo de forma amigável. No âmbito do nascimento do litígio, o princípio da liberdade contratual oferece-lhes a possibilidade de prever na sua convenção, disposições relativas à solução de um eventual conflito, à ação proposta no Poder Judiciário, mais simplesmente chamadas de disposições relativas à solução do conflito, disposições relativas aos litígios, ou, de maneira ainda mais concisa, disposições de disputas. Essa previsão é um exercício de sabedoria contratual, pois o momento da formação de um contrato é o mais propício para a conclusão de cláusulas referentes ao conflito que pode surgir entre as partes. Nesse momento, com efeito, o acordo celebrado entre as partes permite-lhes considerar a hipótese de eventual inexecução das obrigações pactuadas e a solução para um futuro desacordo, que pode ser resultado dessa inexecução. Sem dúvida é mais fácil celebrar acordo sobre a maneira de solucionar um conflito que pode surgir do que de um conflito que já se consolidou”. CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras*. trad. Daniel Mitidiero, Bibiana Gava Toscano de Oliveira, Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.80.

295 “As convenções pré-processuais são muito úteis e tendem a ser as mais utilizadas na prática porque, antes do processo (e muitas vezes antes do próprio conflito), os ânimos ainda não estão acirrados. Assim como no campo da arbitragem afirma-se que o encontro de vontades é mais frequente nas cláusulas compromissórias que para os compromissos arbitrais, o mesmo se pode concluir para os acordos processuais em geral. No momento da contratação, sem as paixões que o litígio pode gerar, fica mais fácil que os convenientes concordem a respeito do melhor desenho de um processo para um futuro e hipotético cenário de descumprimento das obrigações. Como lembra Cadiet, é mais fácil acordar sobre um conflito que não começou do que solucionar um litígio já existente”. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.95-96.

Registra Antonio do Passo Cabral o entendimento da doutrina forânea de Schlosser e Baumgärtel<sup>296</sup> refratário à possibilidade de entabulamento de convenções prévias, conquanto incompatíveis com a ordem pública do processo renúncias ou disposições antecipadas à sua existência e consequências, tese, contudo, fundada em uma concepção paternalista do processo, com viés ideológico de um publicismo exacerbado, uma vez que revela-se perfeitamente equacionável a liberdade de pactuação com o filtro público do processo.

Neste momento prévio os convenientes se encontram em pleno exercício da sua autonomia, que é regida pelos parâmetros do direito privado, sem a necessidade de compatibilização com a natureza pública do processo, dado que seu surgimento é evento futuro e incerto, o que representa uma maior amplitude do seu espaço de autorregramento.

Com efeito, cuida-se de pactuação de cláusulas que versam sobre situações jurídicas processuais em negócio de direito material, de modo que ao se prospectar a solução de eventual litígio, tanto podem os contratantes afastar da apreciação do Poder Judiciário, mediante a instituição de arbitragem, quanto regrar, dentro dos consideráveis limites da compatibilização com a natureza pública do processo, suas titularidades de tal jaez e a própria estrutura do procedimento quanto à atividade probatória.

Conquanto ato de flexibilização do procedimento, submetido à exigência de previsibilidade<sup>297</sup>, reclamam especial cautela para o seu objeto, que deve (assim como em qualquer outro negócio jurídico em sentido lato), ser preciso e determinável, de modo que as convenções representem instrumento de previsibilidade e não o inverso.<sup>298</sup>

---

296 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.96-98.

297 “Sendo as regras de procedimento preestabelecidas como garantia, essas normas não podem substantivar-se, quer dizer, converter-se em fim próprio por si mesmo. Isso conduz ao formalismo, defeito que deve ser firmemente rechaçado por converter em fim o que não é mais do que um meio. Ocorre que, pela índole do nosso sistema procedimental rígido, as normas do procedimento, como regra, só podem ser adaptadas à adequada tutela do direito material por força de disposição legal, cujo processo legislativo demanda espera incompatível com a ânsia pela tutela adequada. Isso porque a relação entre justiça e forma criou a ilusão de que a legalidade e a rigidez do procedimento são sinônimas de previsibilidade e de segurança jurídica, sem o que haveria margem para o arbítrio. Todavia, partindo do pressuposto de que a segurança jurídica reside na previsibilidade das ações futuras e de suas consequências, é possível ser evitado o arbítrio independentemente de as regras procedimentais estarem estabelecidas em norma cogente e pretérita. Para que as regras procedimentais tenham seu poder ordenador e organizador, coibindo o arbítrio judicial, para que promovam a igualdade das partes e emprestem maior eficiência ao processo, tudo com vistas a incentivar a justiça do provimento judicial, basta que sejam de conhecimento dos litigantes antes de sua implementação no curso do processo, sendo de pouca importância a fonte de onde provenham”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC. *Revista de Informação Legislativa*, ano 48, °190, abr.-jun./2011, p.163-177.

298 “Aliás, uma das grandes vantagens na utilização dos acordos processuais é o incremento de previsibilidade que este instrumento empresta à tramitação do processo. Mas é evidente que só se pode dispor daquilo cujo conteúdo se conhece (cognoscibilidade); e o ato de disposição deve ter efeitos minimamente previsíveis. Então, para que o indivíduo manifeste corretamente sua liberdade de conformação, quanto para que todos os

Desta forma, o ajuste pré-processual deve delinear com precisão a situação objeto da eventual tutela jurisdicional e os aspectos nos quais a prova é flexibilizada.

Lado outro, as convenções probatórias prévias (cláusulas de diferendo) gozam, assim como aqueles referentes à arbitragem, de autonomia em relação às demais contidas no contrato, apartando-se de sua nulidade e regrado conflito judicializado inclusive quanto à validade do negócio subjacente, desde que não inválida, conforme seus requisitos próprios.<sup>299</sup>

Logo, as convenções processuais antecedentes, que podem ou não constar de cláusulas específicas dos negócios jurídicos materiais, se submetem, dada seu hibridismo, a regramento distinto das demais disposições, atentando-se, conforme adiante aprofundado, à exigência de prejuízo para o reconhecimento de nulidades, distinta, em linha de princípio, das nulidades no campo material.<sup>300</sup>

De outro giro, as convenções concomitantes, incidentais ou interlocutórias são entabuladas após a instauração do processo, apresentando-se como técnica complementar de gestão<sup>301</sup> por meio da flexibilização consensual do procedimento, tendo potencialmente uma amplitude mais restrita, tanto pela natural escalada da litigiosidade entre as partes, aflorado pelo ajuizamento da ação, quanto pelo espectro mais adstrito da liberdade no âmbito do processo.

---

sujeitos afetados possam extrair das convenções processuais expectativas corretas a respeito de como o procedimento será delineado, mister se faz que o objeto da avença seja certo e determinado”. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.99.

299 “Assim como na arbitragem, art. 8º, da Lei nº 9.307/96), as convenções processuais ou cláusulas de diferendo gozam de autonomia em relação às demais cláusulas contratuais. Equivale dizer, conquanto se considere nulo o contrato, subsiste a validade da convenção processual. Aliás, na ação na qual se discute a eventual nulidade do negócio jurídico celebrado entre as partes, aplicar-se-ão as normas contratuais por eles estabelecidas no acordo processual pactuado no mesmo contrato. A autonomia da cláusula que contém disposições sobre direitos processuais decorre da teoria geral dos contratos. As nulidades encontradas nos negócios jurídicos são classificadas em totais ou parciais, conforme atinjam a totalidade das cláusulas ou apenas uma ou alguma delas respectivamente. [...] A autonomia das cláusulas é um incentivo para se buscar a regularização da parte viciada do negócio jurídico, haja vista não intimidar o contratante lesado por uma cláusula específica que poderá vê-la invalidada sem o risco de que todo o contrato vá pelo mesmo caminho. Em outras situações, porém, o vício pode contaminar o contrato como um todo – por exemplo, a falta de capacidade do contratante ou a declaração viciada de vontade. Nessas hipóteses, a convenção processual também é contaminada. É possível, contudo, que se observe a nulidade do próprio acordo processual na hipótese em que extrapole os limites impostos pelo ordenamento jurídico à disposição de direitos processuais. Nesse caso, será considerado válido o restante das cláusulas contratuais, conquanto nula aquela concernente ao regramento de futura contenda”. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTR, 2014, p.117-119.

300 Neste sentido o Enunciado 16 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo. (Grupo: Negócio Processual)

301 CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras*. trad. Daniel Mitidiero, Bibiana Gava Toscano de Oliveira, Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando, p.80.

## 2.5.2. Quanto ao objeto: convenções processuais probatórias obrigacionais e dispositivas

No que concerne ao seu objeto, a doutrina classifica as convenções processuais em obrigacionais e dispositivas, conforme tenham pertinência com o procedimento ou com situações jurídicas titularizadas pelos convenientes.

As convenções obrigacionais ensejam a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais titularizadas pelas partes, por meio da instituição de obrigações positivas ou negativas<sup>302</sup>, sem ingerência, em linha de princípio, no desenho do procedimento.

Pode-se citar a guisa de exemplos, convenções que tratem sobre o estabelecimento de arbitragem; a mediação obrigatória; a renúncia ao direito de interpor recurso; o *pacto non exequendo*<sup>303</sup> ou, especificamente quanto à matéria probatória, que impliquem na renúncia à produção de determinado meio de prova ou a direitos e garantias processuais inerentes ao seu regramento.

Já as convenções dispositivas reconfiguram o procedimento legislado, modificando o rol ou o encadeamento dos atos processuais à luz da conveniência dos pactuantes.

Todo procedimento é composto por demanda (ato de instauração), atos intermediários e provimento, sendo que o conteúdo das normas que tratam sobre o procedimento contempla quatro elementos: a indicação dos atos a serem realizados, com a especificação dos reputados indispensáveis e dos passíveis de modificação; a especificação da forma que exteriorizarão os atos, inerente a tempo, local, e modo e, por fim, o

302 “Note-se que esses negócios jurídicos são, de fato, prestacionais, pois as partes abdicam de situações processuais e se comprometem a certos comportamentos (Befugnisdisposition). Na renúncia ao recurso, p. ex. Dispõe-se sobre direito de interpor um recurso; na desistência da ação, do direito de conduzir ou levar adiante o processo”. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.91-92.

303 “O pactum non exequendo é o negócio jurídico unilateral, pelo qual o credor ou algum legitimado extraordinário compromete-se a não requerer a execução de um título executivo. É uma hipótese específica de pactum de non petendo. O efeito da promessa de não executar é que subsiste a pretensão cognitiva, enquanto a pretensão executiva não será admissível em juízo, o que é possível pela independência entre as pretensões cognitiva e executiva. [...] Em nosso entendimento, deve-se diferenciar o pactum de non exequendo da renúncia ao crédito. É que a convenção de não executar pode subsistir sem que signifique uma renúncia no plano do direito material: a parte pode abrir mão da via executiva, resguardando-se outras modalidades menos invasivas de cobrança do crédito, como a ação monitória, e, ainda, a possibilidade de usar o crédito como um contradireito, como no caso da compensação. Pode-se ainda protestar a sentença (art.517 do CPC). Isso é possível porque os atos de disposição não devem representar necessariamente uma renúncia ampla a toda forma de acesso à justiça. Os titulares dos direitos podem dispor somente de um ou alguns meios para obter o adimplemento. Nesse sentido, o pactum de non exequendo tem natureza processual”. Nota-se que apesar da a qualificação do instituto como negócio jurídico processual unilateral, não há óbice a sua celebração de maneira plurilateral e enquadramento no conceito de convenção processual. DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. *Negócios jurídicos processuais atípicos e execução*. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p.72-74.

estabelecimento de uma ordem sequencial que concerne ao percurso previsível e os aspectos para a escolha de procedimentos diferenciados.<sup>304</sup>

Portanto, dentro das convenções dispositivas, o poder de regramento das partes encarta-se dentro do desenho estrutural do procedimento. Percebe-se a manifestação típica da referida espécie em institutos como na prorrogação da competência e na distribuição convencional do ônus da prova.<sup>305</sup>

Dentro da premissa do vetor interpretativo do *in dubio pro libertate*, que identifica na convenção processual a criação de norma jurídica convencional, a matéria, ainda que versando sobre situações jurídicas, deveria ser conhecida e aplicada pelo Estado-Juiz independente de provocação pelas partes.

Contudo, revela-se sensível a distinção no plano prático entre os referidos objetos sendo, não raro, comum a verificação de ambos, uma vez que a imposição de condutas poderá implicar, de maneira reflexa, a derrogação do procedimento.

A partir da redação do art. 190 do Código de Processo Civil, que enuncia ser “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”, é possível se verificar que este abarcou a classificação em testilha.

Por fim, verifica-se que a classificação proposta por Loïc Cadiet, que divisa as convenções de disposição processual em dispositivas, que tratam das situações processuais, com caráter impositivo ao Estado-Juiz e de administração processual, que redesenham o procedimento, reclamando, contudo, para tal desiderato, a aquiescência judicial, não guarda pertinência com o sistema brasileiro, uma vez que, ao tempo em que exige a participação do juízo por meio da aquiescência, refere-se a atos conjuntos.<sup>306</sup>

---

304 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. 2, 7 ed., São Paulo: Malheiros, 2017, p.515-518.

305 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.90-91.

306 “Não adotamos esta classificação, de um lado porque a categoria que Cadiet denomina “convenções de disposição” parece justamente o contrário do que no texto defendemos serem os acordos dispositivos. As convenções de disposição para Cadiet, seriam as convenções obrigacionais, na nomenclatura e classificação aqui adotada. Ademais, para além de uma mera questão terminológica, não é possível seguir com as consequências extraídas por ele, como veremos em vários pontos adiante” CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.93.

### 2.5.3. Quanto à natureza das obrigações: convenções processuais probatórias gratuitas e onerosas

De outro giro, a transposição do parâmetro classificatório dos contratos quanto à distribuição da responsabilidade pelas contraprestações<sup>307</sup> entre gratuitos; onerosos e subclassificação destes em comutativos e aleatórios revela-se pertinente para o estudo das convenções processuais.

Nas convenções processuais gratuitas, toda a carga de responsabilidade é atribuída a um dos convenientes, ao passo em que nas convenções onerosas, opera-se uma repartição da carga de responsabilidade entre os celebrantes, que, malgrado não necessite ser sinalagmática revela-se recíproca, sendo que tal diferenciação indica regramentos distintos de interpretação.<sup>308</sup>

Ademais, dada a bilateralidade dos deveres nas convenções onerosas, possibilita-se, no campo da eficácia, a incidência da exceção de contrato descumprido (art. 476 do Código Civil).<sup>309</sup>

307 “Nos contratos gratuitos, toda a carga de responsabilidade contratual fica por conta de um dos contratantes; o outro só pode auferir benefícios do negócio. Daí a denominação também consagrada de contratos benéficos. Inserem-se nessa categoria a doação sem encargo, o comodato, o mútuo sem pagamento de juros, o depósito e o mandato gratuitos. Há uma liberalidade que está ínsita ao contrato, com a redução de patrimônio de uma das partes, em benefício da outra, cujo patrimônio se enriquece. [...] Nos contratos onerosos, pois, ambos os contratantes têm direitos e deveres, vantagens e obrigações; a carga ou responsabilidade contratual esta repartida entre eles, embora nem sempre em igual nível. As partes concedem-se reciprocamente direitos e reciprocamente contraem obrigações. A onerosidade identifica-se primordialmente pela contraprestação que se segue a prestação, pela vantagem que decorre de um sacrifício do contratante. Pode ocorrer que o dever de um dos contratantes esteja em âmbito maior que o do outro. [...] É comutativo o contrato no qual os contraentes conhecem, ex radice, suas respectivas prestações. É aleatório o contrato em que ao menos o conteúdo da prestação de uma das partes e desconhecido quando da elaboração da avença. O conhecimento do que deve conter a prestação ocorrerá no curso do contrato, ou quando do cumprimento da prestação. Nos contratos comutativos, as partes têm, de plano, conhecimento do que tem a dar e a receber. Portanto, o contrato aleatório funda-se na álea, sorte, ao menos para uma das partes”. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 13 ed. vol.02, São Paulo: Atlas, 2013, p.425-427.

308 “A utilidade dessa classificação diz respeito à proteção conferida ao acordante que se beneficia de título gratuito ou a título oneroso. Em primeiro lugar, a responsabilidade pelo ato ilícito, nos acordos gratuitos, deve ser interpretada e aplicada com maior indulgência: a parte que sofre com a redução em sua esfera jurídica apenas deve ser responsabilizada caso atue com dolo. Por outro lado, vale atentar para a disciplina da fraude contra credores. Em se tratando de alienação a título gratuito, a lei presume o consilium fraudis e estabelece a ineficácia do ato, reduzindo o módulo da prova; se a alienação operar-se a título oneroso, a lei presume a boa-fé do adquirente e prestigia o negócio jurídico, a menos que se prove a fraude. Observe-se ainda que por força do art.114 do CC, em caso de dúvida acerca da abrangência de um contrato benéfico, deve-se interpretá-lo restritivamente. A disposição parece plenamente aplicável aos acordos processuais gratuitos”. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.101-103.

309 “Tem-se, portanto, que o pressuposto substancial da exceptio é a existência de relação sinalagmática, caracterizada pela presença de duas prestações contrapostas e interligadas por conexão (ultra citroque obrigatio), sendo possível a paralisação da exigibilidade de uma delas se a parte encarregada de realizar a sua em primeiro lugar inadimplir”. VELTEN, Paulo Sérgio Pereira. *A exceção de contrato não cumprido fundada na violação de dever lateral*. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São

#### 2.5.4. Quanto à previsão legal: convenções processuais probatórias típicas e atípicas

Revela-se, ademais, pertinente a classificação das convenções processuais quanto a seu suporte fático.

Nesta ordem de ideias, são típicas as convenções processuais que encontram suporte em previsão legislada, o que enseja uma variedade de situações em que a concórdia entre as partes enseja a modificação de situações ao longo de todo o arco processual.

Identifica-se ao longo da fase de conhecimento do procedimento comum do CPC que a convenção das partes tem natureza de ato causativo, com margem para a escolha de conteúdo em diversas situações: eleição de foro apto a modificar a competência em razão do valor e território (art. 63), escolha de conciliador, mediador ou câmara privada de conciliação e de mediação (art. 168 combinado com o art. 22 da Lei de Mediação, suspensão do processo ou adiamento da audiência (art. 313, II e art. 362, I), divisão de tempo de fala entre litisconsortes e terceiros para debates orais em audiência de instrução e julgamento (art. 364, § 1º), distribuição do ônus da prova (art. 373, § 3º) e escolha consensual de perito (art. 471).

Ademais, na fase de execução/cumprimento de sentença, as partes podem convencionar sobre a liquidação da sentença por arbitramento (art. 509, I) e na alienação dos bens penhorados (art. 730).

Quanto aos referidos dispositivos, verifica-se que a manifestação da vontade dos convenientes revela-se suficiente para a produção de efeitos dentro do processo (art. 200 do CPC), prescindindo, assim, de homologação prévia do juízo, o que denota seu enquadramento como atos causativos e, por conseguinte, como convenções processuais.

A partir da referida premissa, entende-se que os espaços de consenso criados a partir da possibilidade de calendário processual, saneamento consensual e opção por perícia informal não se coadunam com o conceito de convenção processual ora adotado.<sup>310</sup>

Com efeito, emana da redação dos dispositivos concernentes aos referidos atos a necessidade de homologação judicial, haja vista que alude o art. 191 que o calendário é fixado “de comum acordo” entre o juiz e as partes, firma o art. 357, § 2º que a delimitação consensual das questões de fato e direito do saneamento consensual será apresentado ao juiz

---

Paulo, 2008, p.146-147.

310 Em sentido diverso: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p.115-120 e Enunciado 133 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis que vislumbra a possibilidade excepcional de convenções processuais dependerem de homologação: 133. (art. 190; art. 200, parágrafo único) Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial. (Grupo: Negócios Processuais).



para homologação e estabelece o § 4º do art. 464 que a produção de prova técnica poderá ser determinada pelo juiz de ofício ou a pedido das partes”.

Trata-se, assim, de atos conjuntos das partes, cuja eficácia endoprocessual reclama controle e homologação prévio do juízo.

De outro lado, emana da norma de atribuição de competência do art. 190 do CPC a faculdade dos sujeitos processuais de celebrarem convenções que versem sobre seus ônus, faculdades, deveres e poderes, bem como sobre os contornos do trilho procedimental, do que dimana a atipicidade como subprincípio jurídico atinente à matéria.<sup>311</sup>

Portanto, amplo é o espectro de convencionalidade atípica em matéria processual a partir da cláusula geral em testilha, que ante sua indeterminação semântica, reclama expressiva atividade interpretativa por meio da doutrina e da firmação de precedentes, para os quais as interações convenções típicas se revelam decisivas, visto que, ao passo em que são renovados em sua interpretação pelo permissivo da atipicidade e princípio do *in dubio pro libertate*, contribuem para os delineamentos dos limites da negociação atípica, de sorte que se vislumbra, conforme Cabral<sup>312</sup>, um diálogo em duas vias.

---

311 “O caput do art. 190 do CPC é uma cláusula geral, da qual se extrai o subprincípio da atipicidade da negociação processual. Subprincípio, porque serve à concretização do princípio do respeito do autorregramento da vontade no processo. Dessa cláusula geral podem advir diversas espécies de negócios processuais atípicos. Embora o legislador tenha usado o verbo “convencionar” no caput e no parágrafo único, a cláusula geral permite negócios processuais, gênero de que as convenções são espécies, conforme visto. O negócio processual atípico tem por objeto as situações jurídicas processuais – ônus, faculdades, deveres e poderes (“poderes nesse caso significa qualquer situação jurídica ativa, o que inclui direitos subjetivos, direitos potestativos e poderes propriamente ditos). O negócio processual atípico também pode ter por objeto o ato processual – redefinição de sua forma ou da ordem de encadeamento dos atos, por exemplos”. DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC/2015. In: *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p.27-28.

312 “Ademais, a admissão genérica das convenções processuais, extraída do art. 190 do CPC/2015 poderá permitir uma renovada interpretação das disposições legais existentes em torno do princípio do *in dubio pro libertate*. No espaço da atipicidade, instaura-se um “diálogo” de duas vias entre a cláusula geral e os acordos típicos. Ao mesmo tempo em que cada uma das convenções típicas é interpretada e aplicada à luz do permissivo geral, as disposições pontuais de cada acordo típico poderão despertar na doutrina e na jurisprudência sinais de quais seriam os limites pretendidos pelo legislador para as convenções processuais. Assim, os acordos típicos alimentam a concretização do conteúdo da cláusula geral”. CABRAL. Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.167.

### 2.5.5. Quanto à iniciativa: convenções processuais probatórias espontâneas e provocadas

A conformação do processo civil como procedimento em contraditório implica em seu desenvolvimento dentro de uma estrutura dialética, por um conjunto de escolhas, reações e controles entre os sujeitos processuais<sup>313</sup>, que deve ser fomentada pelo magistrado como forma de possibilitar a efetiva participação do jurisdicionado na construção do provimento final.

De igual sorte, como corolário da cooperação processual, dimana o dever-poder de prevenção, que implica no dever-poder do magistrado de sugerir determinadas atuações às partes<sup>314</sup>.

Identifica-se, portanto, a possibilidade de fomento à flexibilização convencional da seara probatória pelas partes, que pode ser sugerida pelo magistrado, sendo então a convenção daí decorrente provocada.<sup>315</sup>

Ademais, dentro do seu relevante papel de condução do conflito a uma solução autocompositiva, o conciliador e o mediador podem fomentar as partes a assumir o protagonismo da flexibilização.

Em contraposição, quando a avença decorre da iniciativa das partes, tem-se por espontânea.

A classificação em testilha se reveste de especial relevância quando do balizamento dos critérios de controle de validade das convenções probatórias, conforme averiguado adiante.

---

313 FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p.118-119.

314 “O dever de prevenção é um dever do tribunal perante as partes com uma finalidade assistencial, pelo que não implica qualquer dever recíproco das partes perante o tribunal. O dever de prevenção tem uma consagração no convite ao aperfeiçoamento pelas partes de seus articulados [...] Mas o dever de prevenção tem um âmbito mais amplo: ele vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo. São quatro as áreas fundamentais em que a chamada de atenção decorrente do dever de prevenção se justifica: a explicitação de pedidos pouco claros, o carácter lacunar da exposição dos factos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa actuação”. SOUZA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ed. Lisboa: Lex, 1997, p.62-66.

315 MAZZOLA, Marcelo. *Sanções premiais no processo civil: previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial*. Salvador: JusPodivm, 2022, p.234.

## 2.6. DA PONTE ENTRE ARBITRAGEM E CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS

Os contornos da justiça arbitral muito têm a contribuir para a compreensão do instituto das convenções processuais probatórias, dado seu pioneirismo no estabelecimento de espaços consensuais para os contornos do procedimento jurisdicional.<sup>316</sup>

Dentro da tendência de contratualização dos modos de regramento de litígios, Loïc Cadiet<sup>317</sup> identifica expressiva relevância nas disposições compromissórias arbitrais, como método de antecipação de uma solução arbitrável do litígio, identificando sua expansão ao longo dos últimos anos, dado que, malgrado previsto pela lei francesa desde 1925, tinha sua incidência adstrita às relações entre comerciantes, recebendo nova disciplina no ano de 2001, quando, referindo-se aos litígios emanados de atividades profissionais, recebeu maior amplitude.

Conforme registro de Luiz Antonio Scavone Júnior<sup>318</sup>, data do Código Civil de 1916 a disciplina primeva do instituto no sistema brasileiro, que recebeu entretanto tratamento revolucionário no ano de 1996 por meio da Lei 9.307 que dispensou a homologação judicial para a sentença emanada do árbitro e, recentemente, no contexto do édito de diversos diplomas que tratam do microssistema de resolução adequada dos litígios (dentre as quais o CPC/2015 e a Lei de Mediação), pela lei 13.129/15, que ampliou as hipóteses de cabimento e coadunou sua disciplina com as técnicas mais modernas do processo civil.

---

316 “A flexibilidade de procedimento arbitral também é um atrativo. Em vez do engessamento do Código de Processo Civil, as partes, em conjunto com os árbitros, podem moldar o procedimento para um formato que lhes seja mais adequado, de acordo com o conflito, desde que preservados os princípios da igualdade e contraditório. Assim, podem ajustar como serão apresentadas as manifestações, prazos, quais provas serão produzidas e em que ordem, enfim, disciplinar como querem que o procedimento se desenvolva. Note-se que o Código de Processo Civil (Lei n.13105 de 2015, influenciado pelo êxito da arbitragem, tem procurado flexibilizar, de certa maneira, o próprio processo judicial, o que é um grande avanço”. RODOVALHO, Thiago. Arbitragem e os negócios empresariais: análise econômica da arbitragem. In: NETO, Elias Marques de Medeiros. FILHO, Adalberto Simão. (coord.). *Direito dos negócios aplicado*, vol. II: do direito processual. São Paulo: Almedina, 2016, p.206-207.

317 CADIENT, Loïc. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras*. trad. Daniel Mitidiero; Bibiana Gava Toscano de Oliveira; Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 78-81.

318 “Certo é que a arbitragem estava prevista no Código Civil de 1916 entre os meios indiretos de pagamento, sob o título de “compromisso” (arts. 1.037 a 1.048), mas não encontrou larga utilização como meio de solução de conflitos, tendo em vista que, nos arts. 1.085 a 1.102, o Código de Processo Civil de 1973 exigia a homologação do então denominado “laudo arbitral” (hoje equivalente à sentença arbitral), por sentença judicial com todos os recursos inerentes. 5 Com isso, o Poder Judiciário se transformava em “segundo grau de jurisdição” da arbitragem. A Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, acabou com a necessidade de homologação judicial da sentença arbitral e equiparou o árbitro ao juiz togado no desempenho da arbitragem (art. 18), esclarecendo que a sua decisão é sentença e, como tal, constitui título executivo judicial (CPC, art. 515, VII), fazendo coisa julgada material ao decidir o mérito do conflito”. ANTÔNIO JÚNIOR, Luiz. *Manual de arbitragem: mediação e conciliação*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.18.

Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>319</sup> vislumbra que a tradicional resistência ao emprego de meios alternativos para a solução de litígios vem sendo superado por uma tendência à desjudicialização de conflitos, apta a relativizar o dogma de ser o Estado o titular do monopólio da distribuição da justiça, sendo a arbitragem como método de heterocomposição, uma expressiva manifestação.

Conquanto seja inquestionável que a justiça arbitral integra o conceito atual de jurisdição e muito tem a contribuir para a construção de consenso quanto ao desenho do método judicial de solução do litígio, dada a experiência em seus contornos ao longo das últimas décadas, considerando sua natureza privada, as premissas quanto à liberdade de atuação dos litigantes reclamam um juízo crítico, pois torna-se imprópria a aplicação automática e integral de suas premissas ao processo judicial.

Destarte, muito embora sejam equiparados na natureza jurisdicional, o processo no âmbito arbitral e judicial guardam notas de distinção, que, apesar de não possuir a dimensão de outrora, sob o jugo do publicismo, indicam regramentos em graus distintos quanto ao objeto e a liberdade das partes quanto à conformação do procedimento.

Percebe-se inicialmente que o objeto da arbitragem, adstrito a direitos patrimoniais disponíveis, é mais restrito que o das convenções processuais, passíveis de adoção quanto a processos em que se busque a tutela de direitos suscetíveis de autocomposição.<sup>320</sup>

Assim, o interesse público subjacente ao processo judicial implica em um âmbito de liberdade das partes reduzido em relação ao procedimento arbitral, pois o estabelecimento de limites aos atos de disposição; ônus e preclusões e poderes de condução e instrução ao magistrado, se coadunam com a tutela de tal interesse público que, entretanto, não sofre mais a incidência do amplo espectro restritivo publicista, sendo um ponto de equilíbrio.<sup>321</sup>

319 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A arbitragem, a mediação e a conciliação enquanto meios de prevenção e solução de conflitos, e seu manejo no âmbito do Poder Público. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. YARSHELL, Flávio Luiz. SICA, Heitor Vitor Mendonça (coord.). *Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: JusPodivm, 2018, p.721-722.

320 “No negócio processual não é necessário que o direito material seja disponível, tal como ocorre na arbitragem; exige-se tão somente que se admita a autocomposição. 5. A diferença é de suma importância: direitos que admitem autocomposição formam categoria jurídica mais ampla que os direitos disponíveis, isto é, dentre os primeiros podem existir direitos disponíveis e, também, direitos indisponíveis. Veja-se um exemplo: não obstante o direito subjetivo a alimentos seja indisponível, na medida em que é irrenunciável, e, por isso, não possa ser submetido à arbitragem, comporta transação quanto ao valor, vencimento e forma de satisfação, sendo passível de ser objeto de acordo processual entre partes capazes”. VAUGHN, Gustavo Fávero. SANTOS, Guilherme Pizzotti Mendes Coletto dos. FERNANDES DE SÁ, Lucas. *Um paralelo entre os negócios jurídicos processuais e arbitragem*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/245509/um-paralelo-entre-os-negocios-juridicos-processuais-e-a-arbitragem>>. Acesso em 04/jan./2022.

321 “Como consequência, na justiça arbitral as partes têm ampla autonomia privada para escolher o juiz da causa, adotar o procedimento mais adequado às particularidades da causa, eliminar eventuais preclusões

Cumpra então verificar a partir dos delineamentos do processo arbitral, em que medida este converge com as convenções processuais.

Conforme emana da Lei 9.307/96, de ordinário, o procedimento de arbitragem cuida da solução de litígios entre pessoas capazes e concernentes a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º), destinando-se à solução por direito ou equidade, a critério das partes, investidas, ademais, da prerrogativa de escolher livremente as regras de direito a serem aplicadas tanto na seara material<sup>322</sup> quanto no procedimento, neste conceito integrando-se os princípios gerais de direito, usos e costumes e regras internacionais de comércio (art. 2º).

A manifestação do intento de submeter o conflito atual ou futuro se dá mediante convenção de arbitragem, exemplo típico de convenção processual ensejadora de um pressuposto processual negativo<sup>323</sup> que tem como efeito a situação jurídica de subtrair o conflito da apreciação do Poder Judiciário, sendo, conforme enunciado pelo CPC, matéria preliminar à defesa cujo ônus para a não suscitação oportuna enseja na aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral (art. 337, inciso X e §6º) e causa de extinção do processo sem exame de mérito (art. 485, VII), gozando de autonomia em relação ao instrumento (art. 8º).

---

processuais, instituir a confidencialidade, produzir ou deixar de produzir uma prova e, ainda, podem dispor sobre o direito a ser aplicado no caso concreto. Todas essas possibilidades estão vedadas no processo de natureza pública justamente em razão da necessidade de preservação de um interesse público que limita a disponibilidade das partes e que exige transparência, isonomia, imparcialidade e controle da regularidade procedimental, com a observância de todas as garantias processuais, tanto para os envolvidos na contenda, como para os fins de controle externo, ou seja, da sociedade. Destarte enquanto no processo privado as partes são as grandes protagonistas, estabelecendo, inclusive, limites à atuação do juiz, no processo público, a ingerência das partes sobre o procedimento é menor, sendo que o devido processo legal é aplicável em toda a sua extensão, assegurando a máxima retidão no desenvolvimento do processo. Porém, o legislador processual, na tentativa de eliminar os excessos formais do processo judicial e de adotar os benefícios de um processo mais flexível, como o arbitral, promoveu, nas últimas reformas processuais, variadas formas de disponibilidade e de variação do procedimento, inclusive pelas partes, aproximando os dois modelos de resolução de controvérsias”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaituba: Foco, 2021, p.26-29.

- 322 “A possibilidade de escolha da lei, tanto no que tange ao direito material, quanto ao direito processual, consagra o princípio da autonomia da vontade, prestigiado em grau máximo pelo legislador no diploma referente à arbitragem. Nesse sentido, as partes podem eleger leis já existentes, bem como podem disciplinar, por si mesmas, o procedimento a ser seguido. Podem, ainda, optar pela adoção de regulamentos de câmaras arbitrais. Contudo, mesmo nesta hipótese, o poder de negociação e de autorregulamentação das partes predomina, de modo a poderem, ainda assim, derogar certas regras da instituição, em favor do melhor interesse da causa”. MAZZEI, Rodrigo. CHAGAS, Bárbara Seccato Rui. Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). *Negócios processuais. Coleção grandes temas do novo CPC*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p.702.
- 323 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A arbitragem, a mediação e a conciliação enquanto meios de prevenção e solução de conflitos, e seu manejo no âmbito do Poder Público. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. YARSHELL, Flávio Luiz. SICA, Heitor Vitor Mendonça. (coord.). *Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: JusPodivm, 2018, p.721-722.

Possibilita-se, ademais, busca da tutela do Estado em auxílio ao juízo arbitral, tanto no suprimento da recusa à sua instituição (art. 7º) quanto na tutela provisória de urgência (art. 22-A), passível de posterior revisão e por meio da carta arbitral, visando a prática de atos pelo órgão jurisdicional em sua área de competência (art. 22-C da Lei de Arbitragem e art. 260, § 3º do CPC).

É livre a escolha da pessoa do árbitro (art. 13), ressalvadas as hipóteses de impedimento e suspeição (art. 14).

O procedimento contempla uma propositura gradual<sup>324</sup>, iniciada pela comunicação da intenção de sua deflagração (art. 5º), sendo sucedido pela assinatura do termo de arbitragem, quando então são apresentadas alegações iniciais, tendo sua instauração o condão de interromper o transcurso do lapso prescricional com eficácia retroativa ao requerimento de instauração (art. 19, § 2º), tendo as partes uma ampla liberdade de regramento do procedimento, inclusive com poderes derogatórios de eventual dispositivo do regimento do órgão arbitral (art. 13, § 4º) e possibilidade de estabelecimento de sigilo, identificando-se como núcleo essencial a observância dos princípios do contraditório, igualdade, imparcialidade e livre convencimento do árbitro (art. 21, §2º), cuja inobservância conduz à invalidade da decisão (art. 32, VIII).

Merece relevo a constatação de que se encontra o árbitro investido de poderes instrutórios (art. 22), cabendo-lhe, de ofício ou a requerimento, tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, culminando-se com a prolação de sentença arbitral, passível de julgamento parcial de mérito, cabendo inclusive ao regramento das partes a fixação de prazo para sua prolação (art. 23, caput e § 1º).

Contudo, verifica-se que a participação da Administração Pública no procedimento da arbitragem já indica a redução da amplitude de disponibilidade.

Deveras, a Lei 13.129/2015 modificou a Lei de Arbitragem, inserindo em seu corpo dispositivo autorizativo da utilização da técnica de solução de litígios pela Administração Pública, sendo que quanto a tal aspecto apenas corroborou previsões esparsas de leis administrativas vigentes ao longo dos últimos anos<sup>325</sup>, estabelecendo, em conformidade com

324 BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. O exercício do direito de demandar pelo requerido em sede de arbitragem. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. YARSHELL, Flávio Luiz. SICA, Heitor Vitor Mendonça (coord.) *Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: JusPodivm, 2018, p576.

325 “Em 27 de julho de 2015, entrou em vigor a lei 13.129, de 26 de maio de 2015, que alterou a lei de arbitragem 9.307/96. O escopo da lei é ampliar a prática da arbitragem no país. Dentre as inovações

entendimento doutrinário prevalente, que tal arbitragem deverá ser “de direito” e observará a publicidade (art. 2º, § 3º), do que dimana a vedação ao julgamento por equidade substitutiva e, implicitamente, a vinculação ao ordenamento brasileiro.

Desta forma, embora a origem contratual da arbitragem não se contraponha ao seu caráter jurisdicional<sup>326</sup>, sendo esta própria, submetida a diferentes escalonamentos na liberdade dos litigantes, dimana quiçá a maior contribuição para a cultura das convenções processuais: a constatação de que os litígios não se submetem a critérios uniformes de regramento pois a vontade dos sujeitos processuais tem o legítimo condão de alterar seu traçado, o que afasta qualquer direcionamento de exclusão entre as jurisdições arbitral e estatal e, dentro desta, entre o procedimento ordinário e o customizado, que se submetem, conforme disposição do autorregramento, a convivência e conjugação.<sup>327</sup>

Ademais, identifica Giovanni Ravagnani que diversos negócios processuais advindos do procedimento arbitral têm o condão de servir de guia para as convenções no ambiente do processo estatal, como nos ajustes sobre a divisão da prova oral com a classificação entre depoimentos de partes; testemunhas e *expert witness* e ampliação consensual dos meios de prova.<sup>328</sup>

---

previstas em lei temos a expressa previsão da possibilidade de utilização da arbitragem por entidades da Administração Pública direta e indireta, com o escopo de mediar conflitos atinentes a direitos patrimoniais, sendo, porém, vedado o julgamento por equidade e sempre respeitando o princípio da publicidade. Embora agora expressamente prevista em lei, a utilização da arbitragem pela Administração Pública já possuía previsão em diplomas legais específicos, tais como nas leis 8.987/95, 9.478/97, 10.233/01 e 11.079/046, que regulamentam o regime de concessão e permissões, bem como a licitação e contratação de parceria público-privada pela Administração. Considerando os citados diplomas, observa-se que a arbitragem na Administração Pública já era aceita no âmbito dos contratos privados da Administração, considerando sua natureza jurídica e a aplicação do regime jurídico de direito privado nestas relações”. CLARO, Viviane da Costa Barreto. A positivação da arbitragem na Administração Pública. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/225329/a-positivacao-da-arbitragem-na-administracao-publica> > Acesso em 03/jan./2022.

326 “Para esse estudo, é essencial compreender que a origem contratual da arbitragem não se contrapõe ao seu caráter jurisdicional. A arbitragem é exercício da jurisdição, assim como o processo estatal. A diferença é que este é decorrente do poder imperativo do Estado, enquanto aquela advém da vontade das partes. A origem é diversa, mas o fim é o mesmo: ambos são métodos de heterocomposição de litígios; não por outro motivo, a sentença arbitral e a judicial são equiparadas por lei (art.31 da Lei de Arbitragem)”. MEJIAS, Lucas Britto. *Controle da atividade do árbitro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.30.

327 “Em relação a esse ponto, é interessante perceber que se pode fazer aqui uma breve analogia, pautada no fato de também ali ocorrer uma tentativa de valorização da autonomia da vontade, com o uso de cláusulas de carve-out na definição de competência arbitral. É que, por mais que inúmeros debates tenham procurado enfocar a dicotomia entre jurisdição e arbitragem sob um viés excludente, incumbindo às partes uma escolha absoluta entre alguma das pontas, a concretização do instituto vem demonstrando uma utilização cada vez mais gradual de técnicas de convivência e de conjugação”. OSNA, Gustavo. “Contratualizando o processo”: três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, ano 14, vol. 21, mai./ago.2019. p.263-185.

328 RAVAGNANI, Giovanni. *Provas negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.65.

Tal possibilidade dispensa a ocorrência de lacuna na lei processual, visto que não depende de aplicação analógica ou interpretação extensiva, verificando-se a partir da utilização dos parâmetros da arbitragem para a inspiração do poder criativo de flexibilização atípico.

Já que a jurisdição estatal encarta maior vinculação do magistrado, que “fala em nome do Estado e não das partes no caso concreto”<sup>329</sup>, percebe-se que o transporte das técnicas da arbitragem reclama um filtro e um cotejo quanto a sua racionalidade, devendo se dar dentro da casuística, de modo a se equilibrar o prestígio ao autorregramento com os ditames da ordem pública processual e da reserva legal.

Com o registro das peculiaridades do direito probatório e do conceito e características essenciais das convenções probatórias sobre a matéria, passa-se ao exame dos limites objetivos para seu regramento.

---

329 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaituba: Foco, 2021, p.30.



## CAPÍTULO 03. LIMITES OBJETIVOS PARA AS CONVENÇÕES PROBATÓRIAS

A conformação atual do direito processual implica no resgate da participação dos sujeitos destinatários da tutela jurisdicional nas escolhas concernentes procedimento, o qual se apresenta em desejável estado de equilíbrio com a necessária atuação do Poder Judiciário, investido da relevante função de dizer o direito e tutelá-lo de maneira adequada.

Assim percebe-se que a jurisdição contemporânea tange não somente a interesses das partes, mas a um complexo feixe de questões que concernem a interesses da comunidade e da própria administração da justiça, não havendo respostas fáceis no equilíbrio entre a contratualização do procedimento e a salvaguarda de tais interesses.<sup>330</sup>

Desta forma, o estudo dos limites para as convenções processuais probatórias se reveste de curial relevância para a implementação do instituto, visto que possibilita a previsibilidade quanto aos critérios para a conformidade e idoneidade para o aprimoramento do processo.

### 3.1. DA VALIDADE DAS CONVENÇÕES PROBATÓRIAS

#### 3.1.1. Da validade como critério de pertinência formal e material entre norma convencional e sistema jurídico

Do exame do direito positivo como manifestação linguística é possível reconhecer que a *validade* das normas se refere a uma relação de continência/pertencionalidade com o referencial do sistema vigente no determinado recorte temporal e espacial, sem a qual situam-se fora do âmbito jurídico.<sup>331</sup>

330 ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Os “acordos processuais” no novo CPC: aproximações preliminares. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. JOBIM, Marco Félix. (org.). *Desvendando o novo CPC*. 3ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 276

331 “Quando vamos a uma farmácia deparamo-nos com uma variedade de soluções químicas e nossa atenção se volta para a data de validade que se encontra nas embalagens. Mas o que diz a data da validade senão que a solução é válida ou inválida? A solução válida é considerada como medicamento, já a inválida não o é. O ser “solução válida” é pertencente a um conjunto de soluções com efeitos medicinais, isto é, existir enquanto medicamento, e o ser “solução inválida” é não fazer parte deste conjunto e, portanto, não existir enquanto solução medicinal. A data de validade, fixada pelo laboratório como presunção do tempo-limite de vida do medicamento, diz que até aquele momento a solução existirá enquanto medicamento. Com o passar do tempo, seus componentes químicos se transformam e ela deixa de ter efeitos medicinais não se subsumindo mais aos critérios fixados por sua fórmula. Deixa, portanto, de pertencer ao sistema dos medicamentos. Se, no entanto, em exame laboratorial, mesmo depois de expirada a data de validade, for constatado que não houve alteração química de seus componentes, a solução ainda é tida como válida. Da mesma forma, se antes do prazo de validade, o exame constatar a falta de um dos componentes químicos de sua fórmula, a solução é tida como inválida. Nota-se que a validade do remédio não depende do seu efeito, mesmo que uma pessoa tome o medicamento e não sinta alívio sintomático, ele continua sendo válido. Neste sentido, o “ser válido” é algo que só tem significado em relação a uma classe. No caso do remédio, a

Como decorrência da autopoiese do sistema, a adequação das normas jurídicas deve ser buscada a partir de seu referencial tanto quanto aos critérios de criação<sup>332</sup>, como quanto às disposições e valores engendrados pelo seu sistema.

Portanto, será válida a norma que revele conformidade com as diretrizes advindas do sistema vigente, sendo esta lógica estendida às enunciações decorrentes da autonomia privada dos sujeitos, que devem guardar a referida pertinência, visto que fora deste não há tutela jurídica da vontade exteriorizada.

Dentro do plano jurídico, que pressupõe a existência do negócio jurídico a partir da juridicalização do seu suporte fático, cumpre perquirir quanto à presença do lastro mínimo de conformidade, fora do qual há um déficit que conduz à invalidade.<sup>333</sup>

Para tal propósito, o poder de autorregulação dos interesses dos indivíduos sofre limitação pela *causa* do negócio jurídico, que reclama o exame de sua razão determinante de forma a se aferir sua compatibilidade. Isso decorre pela eleição de uma funcionalidade adequada, que atua como fator limitativo da autonomia privada. Conforme ilustrado por Orlando Gomes:<sup>334</sup>

---

classe é a das soluções químicas medicinais, sua conotação é delimitada por uma fórmula medicinal e o remédio só é válido porque pertence a esta classe. Daí se empreende que o ser válido é pertencer a um conjunto, é existir enquanto elemento de uma classe, o que importa dizer que o conceito de validade é relacional. Abstrai-se a classe ou o elemento e não podemos falar em validade. Nestes termos, a validade é tomada como um vínculo relacional de pertencibilidade entre um elemento e um sistema; e o válido como o existente neste sistema. O tempo, ou a data de validade indica o período em que o elemento existe em referência a dada classe de elementos. O vinho, por exemplo, tem uma data de validade porque presume-se que expedida tal data ele deixa de existir como vinho, passando a ser talvez um vinagre e, portanto, não mais pertencente a classe dos vinhos. Em suma: valer é um valor atribuído a algo que pertence, que existe enquanto elemento de um conjunto e validade é a relação de pertencibilidade entre o elemento e este conjunto”. CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. Tese de Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2009, p.512-513.

332 “Quando se fala em validade jurídica, pode-se estar fazendo referência à validade de uma norma jurídica ou à validade de um ordenamento jurídico. Em relação à norma jurídica, a validade deve ser buscada dentro do próprio sistema jurídico; logo, norma válida é aquela que pertence a um determinado sistema jurídico. Isto significa dizer que o ato de criação das normas vai obedecer aos requisitos estabelecidos pelo próprio sistema jurídico”. MENDES, Sônia Maria Broglia. *A validade jurídica pré e pós Giro Linguístico*. São Paulo: Noeses, 2007, p.151.

333 “O conceito de negócio jurídico inexistente ou de ato jurídico strictu sensu inexistente é metajurídico; não é mais do que o enunciado da não-juridificação do ato. Estão-se a contemplar dois mundos, o dos fatos e o jurídico: Não existir, estando no mundo jurídico, seria absurdo; não se pode raciocinar, em qualquer ciência, sem se respeitar o que é lógico, o que é matemático e o que é físico. A categoria do inexistente é ineliminável, porque o mundo jurídico não abrange todo o mundo fático, nem se identifica com êle. A categoria do nulo existe, porque se teve de classificar o que o mínimo tolerado dentro do mundo jurídico, embora para ser apontado como extremamente viciado, deficiente”. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo IV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.19-20.

334 GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.81.

Autonomia privada é, em sentido lato, o poder atribuído à vontade individual de partejar relações jurídicas concretas, admitidas, previstas, reguladas *in abstracto* na lei. Nessa perspectiva, o intento prático do parteiro é controlado pela própria parturiente, isto é, sem metáfora, o ordenamento jurídico leva em conta para a validade do negócio jurídico um elemento funcional chamado causa e que é a razão determinante de sua realização.

Assim, a validade de uma norma não se liga propriamente ao veículo introdutor no sistema jurídico, mas ao critério de consonância adotado pelo cientista em atividade eminentemente descritiva do sistema, sintetizando que um elemento “x” (norma) pertence a um conjunto “y” (sistema de direito positivo) se (e somente se) enquadrado no critério de pertencibilidade posto por “y”.<sup>335</sup>

Entretanto, o direito processual e suas normas de construção legislativa ou convencional, se encontram alicerçados em um modelo ordenado, disciplinado e interpretado à luz da Constituição Federal, sob uma plêiade de valores, como a busca dos fins sociais e do bem comum, dignidade humana, proporcionalidade, legalidade, publicidade e eficiência e o direito à prova, bem como das normas fundamentais do CPC, que preconizam, com especial relevo, a cooperação, boa-fé e o contraditório como diretrizes, servindo de sensíveis balizas para a manifestação da liberdade processual.

Ademais, dentro deste contexto, a prova se afigura como direito fundamental do jurisdicionado e elemento indissociável da regular prestação jurisdicional, o que indica a especificidade do objeto que reclama especial reflexão.

Destaca-se que embora ocorra de maneira mais frequente nas convenções atípicas, nas quais os delineamentos são objeto da liberdade criativa dos sujeitos, pode-se dar violação concreta aos vetores do modelo constitucional de processo também nas convenções de caráter típico (ainda que autorizadas no plano teórico), de sorte que certamente em tais também incidem, ainda que dentro do aspecto de liberdade enunciada, os limites em estudo.

Por conseguinte, os limites quanto ao poder de convencionar sobre o processo guardam íntima imbricação entre si e com o objeto das convenções probatórias, sendo a opção por distingui-los decorrente de uma escolha metodológica, que não infirma os demais posicionamentos doutrinários, afigurando-se como proposta de sistematização.<sup>336</sup>

335 MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2006, p.168-171.

336 A respeito da imbricação entre autonomia privada, licitude do objeto e questões de ordem pública vide: ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais: existência, validade e eficácia, campo invariável e campos dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). *Negócios processuais. Coleção grandes temas do novo CPC*. Tomo 01, 3ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p.308.

### 3.1.2. Da regulação plúrima quanto à validade das convenções probatórias

Conforme já estudado<sup>337</sup>, na atualidade a interação entre as normas de direito material e processual apresenta maior conexão e dinamismo, o que contribui para a adequada correção das convenções processuais probatórias.

Deveras, as convenções probatórias são institutos que já guardam uma natureza híbrida, conquanto espécies de negócios jurídicos processuais e versam sobre um objeto que também transita entre os planos material e processual, sendo insuficientes os critérios isolados de cada diploma para a solução quanto a seus problemas.

Como observa Müller<sup>338</sup>, as disciplinas concernentes às invalidades trazidas pelo Código de Processo Civil e pelo Código Civil são distintas, o que reclama uma problematização mais apurada.

No plano do direito material, pode-se afirmar que a invalidade se liga a atos jurídicos que resultam de infração a normas cogentes ou são evitadas por defeitos na manifestação de vontade e constitui *sanção* imposta pelo sistema normativo de maneira mediata ao infrator da norma, por meio da frustração ao alcance do objetivo colimado e obtenção do resultado prático desejado com a realização do ato invalidado.<sup>339</sup>

Neste sistema, a invalidade se liga a uma carência intrínseca do negócio jurídico<sup>340</sup> e encerra diferentes graus, com tratamentos distintos.

Com efeito, enquanto a *nulidade* é sanção mais enérgica, consequência da violação da ordem pública e implica em ineficácia *erga omnes*, na anulabilidade a eiva é menos grave, visto que atinge somente as pessoas em seus interesses particulares, sendo, sua ilicitude erigida por opção do sistema como fundamento para a cessação de seus feitos, desde que mediante provocação do interessado.<sup>341</sup>

---

337 Vide 1.2.2.

338 MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.176-177.

339 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 15ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p.96-97. Em acompanhamento a tal posição: CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. *Revista de Processo*, vol.256/2016, p.117-140 mai./2016. Em sentido distinto, quanto a ser a nulidade o defeito e não a sanção, confira-se: ALVIM, Teresa Arruda. Nulidades. In: ALVIM, Teresa Arruda. (coord.). *CPC em foco: temas essenciais e sua receptividade dois anos de vigência do novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2018. p.199-200.

340 BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda Editora, 2008, p.654-655.

341 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 15ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p.109.

Observam-se, portanto, distinções de regramento quanto à possibilidade de convalidação ou saneamento, perecimento da titularidade de sua impugnação (caducidade e prescritibilidade), legitimidade para arguir e decretabilidade pelo juiz.

O Código Civil enuncia a nulidade nas hipóteses genéricas de incapacidade absoluta do agente, ilicitude, impossibilidade ou indeterminabilidade de seu objeto, prática por motivo determinante ilícito ou propósito de fraude à lei ou preterimento de solenidade essencial (art. 166), estendendo a referida invalidade à hipótese de simulação (art. 167).

Conforme tratamento dispensado, o negócio jurídico nulo pode ser alegado por qualquer interessado ou pelo Ministério Público ou ainda pode ser conhecido de ofício pelo magistrado (art. 168), sendo impassível de suprimento, convalidação, confirmação ou convalhecimento pelo transcurso do tempo, ressalvada apenas a possibilidade de mudança em sua qualificação a partir da atividade interpretativa na conversão substancial (art. 170).<sup>342</sup>

Já a *anulabilidade* é prevista para hipóteses específicas de vulnerabilidade, consistentes em incapacidade relativa e vícios de consentimento ou de natureza social (art. 171), sofrendo tempero quanto aos aspectos em epígrafe, visto que o negócio anulável é passível de confirmação (art. 173), que inclusive é dispensada quando a partir de um parâmetro de boa-fé, o interessado, ciente do vício, cumpriu a prestação devida (art. 174), sendo seus efeitos dependentes de prévio pronunciamento judicial, mediante provocação da parte interessada (art. 177) dentro de prazo decadencial (art. 178 e 179).

De outro lado, no âmbito do Código de Processo Civil, o regramento das invalidades tem ambiente em uma variedade de princípios, que atuam de maneira conjunta<sup>343</sup> a partir da

342 “A conversão se realiza mediante a constatação e preenchimento de requisitos objetivos (forma e substância) e subjetivos (fim prático perseguido pelas partes). Dizer que a interpretação não tem importância para a conversão não se verificaria na prática, porque ela permite determinar qual o fim prático perseguido pelas partes e se ele estará presente quando da conversão, uma exigência feita pelo Art.170, *in fine*, do Código Civil. Além disso, a qualificação – que é o enquadramento dos elementos de um ato a um arquétipo jurídico – também se relaciona com interpretação. Todo ato de subsunção e de aplicação da lei depende de uma prévia interpretação. [...] A dupla qualificação, conceito perpetrado por Ventura, é o que permitirá a conversão. Verificada a nulidade do ato a partir da qualificação decorrem duas hipóteses: ou prevalece a regra de qualificação que conclui pela nulidade do ato, e, então, em decorrência disto, não há condições de se produzirem os efeitos jurídicos pretendidos; ou a primeira qualificação é afastada com a imposição de outra, que fará, no entanto, com que o ato se enquadre em outra figura jurídica para que sejam produzidos os efeitos pretendidos pelas partes. É aí que reside, especificamente, a relação entre conversão e qualificação: ‘A conversão resolve um problema de qualificação’ em que a qualificação que impede a produção de efeitos pelo negócio jurídico é afastada para que outra, capaz de produzir o fim prático e econômico pretendido pelos celebrantes, prevaleça”. SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *Conversão do negócio jurídico* nulo: aspectos materiais e processuais. Curitiba: Brazil Publishing, 2019, p.63-64

343 “É oportuno ressaltar dois aspectos fundamentais desse conjunto de princípios: (a) em primeiro lugar, alguns deles nada mais são do que diversas formas de se dizer exatamente o mesmo, sob uma ótica sutilissimamente diversa. É o caso dos princípios da instrumentalidade das formas e do princípio segundo o qual não haverá nulidade sem prejuízo, em seguida analisados; (b) em segundo lugar, o fato de que, às

constatação de que as formalidades são uma realidade e que confere previsibilidade e salvaguarda para a tutela dos direitos e que sua exigência pode ser relevada em prol da instrumentalidade do processo.

Assim, o ordenamento processual indica a tendência de se reputar todas estas como sanáveis, independentemente de sua gravidade, de forma a ser possível sua correção ou mesmo desconsideração em prol do aproveitamento do processo<sup>344</sup>, fundado nas diretivas da efetividade e instrumentalidade.

A partir da diretriz de que as prescrições formais devem ser interpretadas com vistas à ao seu aspecto funcional e que o cumprimento dos seus requisitos é imperioso enquanto indispensável à consecução do objeto do ato, sendo seu descumprimento irrelevante se o ato falho tiver alcançado igualmente o fim a que se destina<sup>345</sup>, o CPC estabelece uma pluralidade de disposições tendentes a proporcionar tal aproveitamento.

É o que se verifica de hipóteses como a indicação de que a nulidade não pode ser alegada por quem lhe deu causa (art. 276), sendo o ato válido, se atingido o fim de outra maneira (art. 277), mormente quanto aos erros de forma (art. 283) e que a alegação de nulidade está sujeita a preclusão, se não realizada tempestivamente na primeira oportunidade de falar nos autos (art. 278).

Especificamente quanto ao reconhecimento da nulidade, o sistema processual enuncia o dever de prevenção do magistrado, a quem incumbe a qualquer momento determinar o suprimento dos pressupostos processuais e saneamento de vícios processuais (art. 139, IX) e assevera que ao pronunciá-la, caberá ao juiz declarar especificamente os atos atingidos e as providências necessárias para sua repetição ou retificação, sendo desnecessárias quando não exista prejuízo ou, ainda que o cause, seja possível a decisão de mérito favorável à parte prejudicada (art. 282).

A adequada aplicação do aludido sistema de invalidades processuais reclama, conforme observado por Antonio do Passo Cabral<sup>346</sup>, o enfoque nas consequências dos

---

vezes, por meio de alguns princípios, se prega quase que exatamente o contrário do que se propugna por meio de outros princípios: nestes casos, um serve de “limite” ao outro. É como se alguns princípios tivessem de ser lido juntos, ligados por uma conjunção adversativa: um “mas”, por exemplo. No plano empírico, às vezes incide um deles, às vezes o outro, sem que, por isso, fiquem comprometidos em tese. É esta a “lógica dos princípios”. ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 11ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 180.

344 ALVIM, Teresa Arruda. Nulidades. In: ALVIM, Teresa Arruda. (coord.). *CPC em foco: temas essenciais e sua receptividade dois anos de vigência do novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2018. p.199-200.

345 POLI, Roberto. La nullita' degli atti processuali: considerazione iniziali e principi sulla forma (parte 1/4). *Revista de Processo*, vol.296/2019, p. 317 – 349, out./ 2019.

346 CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. *Revista de*

defeitos dos atos processuais para as garantias fundamentais, mormente para o contraditório em sua manifestação dinâmica e concreta e o resgate da relevância da vontade na prática dos atos processuais, de modo a possibilitar a compreensão da forma como o defeito impactou na programação da litigância dos sujeitos, atentando-se à boa-fé objetiva e cooperação processual como critérios de balizamento dos deveres processuais, dentro de uma visão indutiva, como sinalização de padrões de comportamentos a serem adotados nas fases posteriores.

Ademais, cuidou o CPC de enunciar hipóteses específicas de anulabilidade no art. 657, quando da partilha amigável no inventário e no art. 966, § 4º, quando dos atos de disposição de direitos praticados no processo e homologados pelo juízo.

Em posição mais ampliativa, Erik Navarro Wolkart<sup>347</sup> propõe que as invalidades no processo civil, especificamente no campo das convenções processuais, se submetem à sobreposição não apenas entre os sistemas de direito privado e de direito processual, mas, igualmente ao de direito administrativo, em que a autonomia privada está limitada pela eficiência e impessoalidade da máquina pública da Justiça.

Malgrado seja indiscutível que convenções que atentem contra o regular funcionamento do Poder Judiciário sejam, em tendência, desconformes com o modelo constitucional de processo e que o âmbito de liberdade de regramento do processo estatal é mais restrito que na arbitragem, entende-se que o sistema de Direito Administrativo não figura como filtro adicional ao poder de autorregramento dos sujeitos parciais, por desnecessidade e incompatibilidade, visto que a salvaguarda da regularidade da jurisdição é realizada a contento pelo próprio sistema processual e o estrito caráter da manifestação da vontade nos atos administrativos não corresponde à atuação das partes, nem, tampouco à do juiz.

Com efeito, conforme examinado anteriormente quando do cotejo entre a jurisdição estatal e arbitral, ainda existe um núcleo intangível da norma processual pela vontade das partes que se liga ao interesse público na regularidade da prestação jurisdicional, sendo autonomamente apto a garantir o mínimo necessário para a devida tutela jurisdicional.

Além disso, os atos dos sujeitos parciais e do magistrado não se amoldam à dualidade vinculação versus discricionariedade, uma vez que a convenção, conquanto ato de autonomia privada, não necessita de qualquer adstrição a preceitos normativos prévios, e o

---

*Processo*, vol.255/2016, p.117-140, mai./2016.

347 WOLKART, Erik Navarro. Novo código de processo civil x sistema processual de nulidades. Xequemate? *Revista de Processo*, vol.250/2015, p.35-60, dez./2015.

magistrado não age dentro de discricionariedade ou vinculação, mas sim com autonomia técnica, decorrente da natureza jurisdicional e não administrativa de sua atividade.

Desta forma, adere-se ao entendimento doutrinário que vislumbra uma correção do direito material e processual quanto às convenções processuais<sup>348</sup>, sobretudo àquelas sobre matéria probatória.

Contudo, como funciona essa correção?

A identificação precisa sobre os aspectos regulados de maneira conjunta e específica por cada campo, bem como sobre a solução para aparentes antinomias deve atentar para a conformação atual das normas processuais e a possibilidade de seu emprego na regulação de situações de maneira primária e extrajudicial.

Inicialmente, quanto aos *aspectos estruturais* da convenção probatória, é indubitável que ante o hiato do sistema processual, são os elementos elencados pelo art. 104 do Código Civil (agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei) que configuram o núcleo essencial de conformidade da convenção probatória, ao qual se soma a qualificação específica trazida pelo *caput* do art. 190 do CPC, qual seja: as partes deverão ser capazes e o objeto do processo deverá ser passível de autocomposição.

Quando a convenção é celebrada em ambiente extrajudicial, cingem-se as exigências formais aos ditames do direito material (Código Civil), sendo misto o regime da celebrada no processo, em que também devem ser observados os requisitos formais de direito processual.<sup>349</sup>

Entretanto, quanto à pronúncia das invalidades, entende-se que a hipótese é de aplicação do sistema processual com exclusividade.

Pelo caráter de *referibilidade* (atual ou futura, concreta ou potencial) a processo, que qualifica um negócio jurídico de tal natureza, pode-se afirmar que toda convenção processual probatória terá nos regramentos do CPC o parâmetro final de exame quanto a sua validade, o que tanto pode ocorrer nas convenções prévias, quando ocorrer seu descumprimento e judicialização de tal controvérsia específica ou pelo integral cumprimento e posterior

---

348 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: Teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.310-312.

349 “O regime jurídico das convenções em matéria processual é responsável por estabelecer os parâmetros de tratamento e formas de funcionamento do instituto em nosso ordenamento jurídico processual. Inicialmente deve ser registrado que há diferença entre o regime jurídico das convenções firmadas extrajudicialmente e judicialmente. No âmbito extrajudicial adotam-se as normas de direito material para a sua constituição. Já no campo processual, devem ser respeitadas as regras de direito material e também as de direito processual, em uma espécie de regime jurídico misto”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Convenção das partes sobre matéria processual*. *Revista de Processo*, vol.241/2015, p.489-516, mar./2015.



valoração em juízo, e, também, nas convenções incidentais, sujeitas ao controle de regularidade pelo juízo no processo em curso.

Assim, não se pode descurar que em conformidade com o direito processual é diretriz prioritária a conservação da validade dos atos, o que implica, conforme observado por Teresa Arruda Alvim<sup>350</sup>, em uma “vida artificial”, visto que estes, não obstante a eiva, gozam de potencial de eficácia plena, caso não venham a ser impugnados em tempo e modo hábil e sua eficácia somente cessa a partir da pronúncia da nulidade pelo magistrado.

Portanto, a natureza do regime de invalidade de direito material, sobretudo quanto às hipóteses de nulidade não se coaduna com as regras processuais, mormente quanto à impossibilidade de convalidação e de suprimento ou convalescimento e pela inaptidão para produzir efeitos, sendo esta diáspora demonstrada especialmente quanto às convenções processuais.

Deveras, conforme verificado, por uma opção do sistema (art. 200 do CPC), as convenções processuais probatórias produzem imediatamente efeitos quanto à constituição, modificação e extinção de titularidades processuais e assim perduram até deliberação judicial em sede de controle de validade (art. 190 do CPC), em que seria reconhecida uma nulidade.

Percebe-se que a invalidade se faz presente desde o nascimento da convenção, não guardando natureza superveniente, incompatível com esta, ante a ausência de efeitos diferidos<sup>351</sup> e que quando submetida à sede do processo, que figura como sua finalidade intrínseca, poderá ser relevada, o que conduz à conclusão de que o regramento do direito material se revela mais gravoso e, portanto, incompatível com tais peculiaridades.

Nesta linha de ideias, propõe-se que a validade das convenções probatórias deve ser cotejada à luz das regras processuais, atentando-se sobretudo ao interesse em sua alegação e à exigência de prejuízo.

Tal dinâmica se coaduna com a eficácia imediata dos atos processuais quanto à constituição, modificação ou extinção de direitos, que somente cessa mediante

---

350 ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 11ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p.212.

351 “O negócio pode, através de sucessivas vicissitudes, perder a sua originária validade, ou pode, graças a determinadas integrações ou eliminações, obter a validade que, de início, lhe faltava. [...] A invalidade superveniente, ou invalidação, é uma espécie de caducidade a que podem estar sujeitos todos os negócios com efeitos diferidos (§ 29). Na verdade, se o efeito do negócio é imediato e instantâneo, não é concebível e, em qualquer caso, não é relevante, como causa de ‘eversão’ um defeito posterior do negócio que já tenha cumprido toda a sua função genética (só é possível sobrevir uma ineficácia em sentido estrito: cfr lei de falências, 65). Estão, em particular, sujeitos a tornarem-se inválidos os atos e negócios que façam parte de uma fattispecie complexa de formação sucessiva (§ 37). BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda Editora, 2008, p.682-684.

pronunciamento do juízo e justifica a possibilidade de que convenção inválida seja aplicada, incompatível com a teoria das nulidades no plano material.

Por fim, destaca-se que ante a conformação em epígrafe, resta irrelevante o ambiente de celebração da convenção probatória (judicial ou extrajudicial), visto que ambas se sujeitam quando do seu controle aos parâmetros de flexibilização do CPC.<sup>352</sup>

### **3.1.3. Do parâmetro de conformidade: o modelo constitucional de processo e suas características**

Dado o caráter referencial do conceito de validade, cumpre investigar qual o *standard* de conformidade para as convenções processuais probatórias, sendo que tal resposta é inferida do modelo de processo em vigência.

Entretantes, o modelo de processo é complexo e dinâmico, sofrendo constante influência da atuação dos sujeitos que integram a administração da Justiça, de modo que o regramento do CPC figura somente como ponto de partida.

Assim sendo, as normas fundamentais do Código de Processo Civil se prestam a tal finalidade, visto que veiculam os compromissos fundamentais do legislador que remontam à Constituição e ao Estado Constitucional.<sup>353</sup>

#### **3.1.3.1. Da ordem, disciplina e interpretação do processo à luz da Constituição (art. 1º do CPC)**

Em seu artigo 1º o Código de Processo Civil assevera que o processo deverá ser ordenado, disciplinado e interpretado em conformidade com os valores e normas fundamentais contidos no texto constitucional.

---

352 Neste sentido: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.311.

353 “As normas fundamentais abrem o Código por uma razão simples: o legislador pretende deixar muito claro quais são os seus compromissos fundamentais. Refletindo uma posição menos centrada no poder do Estado e mais atenta à combinação de forças que atuam na Justiça Civil, o Código procura se ancorar desde logo na Constituição e no Estado Constitucional. [...] Como expressão da Constituição, as normas fundamentais afirmam o Código como ‘direito constitucional aplicado’ e obrigam a consideração do “ordenamento jurídico” como um todo para a prestação da tutela aos direitos. Ao fazê-lo, o juiz deve interpretá-lo e aplicá-lo de forma proporcional, razoável e eficiente. Em outras palavras, é um compromisso fundamental do Código a limitação ao exercício do poder, com o que espelha a principal característica do constitucionalismo. MITIDIERO, Daniel. *Processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p.108-109.

Apesar de inédita em códigos processuais, certo é que a enunciação em testilha não traz aprioristicamente nenhuma novidade, pois, nada mais faz que reiterar a força normativa da Constituição, fruto, como sói, do Estado Democrático de Direito.

Conforme clássico escólio de Konrad Hesse<sup>354</sup>, a Constituição não se cinge à expressão de um “ser”, mas, com igual relevo, de um “dever ser”, sendo investida de pretensão de eficácia que imprime ordem e conformação à realidade política e social, vinculando todo o sistema normativo, raciocínio que se estende ao direito processual, sendo que tal não depende de previsão específica no diploma de seu regramento.

Portanto, não há de fato nada de inovador no artigo, que apenas transporta para o plano infraconstitucional uma percepção comezinha ao estudo do direito, do que poderia emanar uma conclusão precipitada de ser este supérfluo.

Todavia, o dispositivo em epígrafe, enquanto inserido no primeiro código editado após a CF/88, concerne propriamente a matéria constitucional e se reveste de *simbolismo pedagógico* considerável e necessário na aplicação do ordenamento jurídico<sup>355</sup>, o qual contribui para a implementação de condutas elementares para o acesso à justiça, visto que chama os operadores do direito a uma atuação inserida na realidade social.<sup>356</sup>

Esta diretriz norteia a interpretação e construção das normas do código, influenciando decisivamente na inferência das regras e princípios a partir da totalidade do texto

---

354 “A Constituição não se configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social, e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas”. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991, p.15.

355 “O texto normativo desse artigo é constitucional, não infraconstitucional. O enunciado é texto de mera reafirmação de texto da Constituição – exemplo claro de legislação simbólica: repete-se, em fonte normativa de nível inferior, o enunciado normativo de nível superior, sem qualquer novidade, nem mesmo a atribuição de maior densidade normativa ao comando constitucional. Deste artigo não decorre normatividade infraconstitucional. Violar o art. 1º do CPC é violar a Constituição Federal. Do ponto de vista simbólico, no entanto, o enunciado é muito importante. Embora se trate de uma obviedade, é pedagógico e oportuno que o alerta de que as normas de direito processual civil não podem ser compreendidas sem o confronto com o texto constitucional, sobretudo no caso brasileiro, que possui um vasto sistema de normas constitucionais processuais, todas orbitando em torno do princípio do devido processo legal, também de natureza constitucional”. DIDIER JR, Fredie. Comentários ao art. 1º do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.02-03.

356 WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p.10

constitucional e para todas as esferas do processo<sup>357</sup>, dentro dos quais se insere o prestígio à liberdade como valor fundante do Estado Democrático de Direito.

### 3.1.3.2. Convenções processuais probatórias e a disciplina constitucional do processo

A partir da concepção de que o processo se insere dentro de um modelo constitucional, a liberdade dos sujeitos quanto à celebração das convenções processuais não se afigura como absoluta, devendo assim ser exercida em conformidade com a tutela constitucional dos direitos e garantias.

Quanto a tal aspecto, direitos fundamentais como o acesso à justiça, contraditório, ampla defesa, direito à prova, bem como os submetidos à tutela jurisdicional devem guardar convivência harmônica com a autonomia dos sujeitos, não podendo ser afastados, de maneira indevida, por convenção processual probatória, cabendo uma valoração casuística.

### 3.1.3.3. Da inércia da jurisdição e impulso oficial (art. 2º do CPC): da conjugação entre princípio dispositivo, princípio do debate e a atuação do magistrado

O artigo 2º do CPC encarta no rol de normas fundamentais enunciação contida no art. 262 do CPC/73, que trata da inércia da jurisdição e do impulso oficial, asseverando que “o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”.

Infere-se deste a importância atribuída pelo novo diploma ao dispositivo repristinado, que deve receber significado completamente distinto, ante a incidência do

---

357 “Em verdade, não só o processo civil será regido pela Constituição. Todo processo – penal, militar, administrativo, tributário, trabalhista etc. - está sob a égide da Lei Maior. Com tal dispositivo posto logo à entrada do Código, quis o legislador ordinário deixar expressamente talhado em seu texto a intenção de afinidade do processo com a Constituição, cuja ligação é ”umbilical, uma vez que envolve os próprios valores e princípios fundamentais estatuídos na Carta Magna, não se limitando ao respeito às ditas regras constitucionais. Seria mesmo dispensável positivar um dispositivo com tal conteúdo, porquanto ainda que não tivesse sido colocado, não estaria a lei processual civil desobrigada de acompanhar a Constituição. Mas, se optou por fazê-lo porque quis deixar claro o vínculo entre a lei e a Lei; está aí “para ser visto, para que o intérprete não o deixe de lado, porque não teria sido lembrado”. SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. *Princípios processuais ou metaprocessuais: normas fundamentais do CPC – princípios de todo processo*. Salvador: JusPodivm, 2019, p.191-192.

espectro constitucional<sup>358</sup>, sendo correlacionado com a evolução do princípio dispositivo ao longo da ciência processual.

Conforme destaca Joan Picó I Junoy, o princípio dispositivo se manifesta por quatro aspectos: a) o início da atividade jurisdicional só é possível por iniciativa das partes, dentro dos aforismas *nemo iudex sine actore e ne procedat iudex ex officio*; b) a determinação do objeto do processo concerne exclusivamente às partes; c) as decisões judiciais devem guardar congruência com as pretensões deduzidas no processo (*ne eat iudex ultra petita partium*); e d) o encerramento da atividade jurisdicional pode decorrer exclusivamente da vontade das partes por meio de transação, reconhecimento do pedido, desistência ou prescrição.<sup>359</sup>

A pesquisa de Igor Raatz<sup>360</sup> registra que a origem do princípio dispositivo advém da construção de um arcabouço teórico de combate ao modelo processual inquisitório, ao qual se contrapunham dois subprincípios: do *debate*, que estabelecia, no âmbito do processo, o poder das partes de fixar os limites da disputa judicial, com a conseqüente adstrição do julgador; e *dispositivo*, situado na escolha de ir ou não a juízo como conseqüência da titularidade do direito material.

Desta forma a *Verhandlungsmaxime*, referente à disponibilidade de direitos, abarcava tanto a escolha de buscar ou não a tutela jurisdicional, quanto a gestão da prova dentro do processo, sendo um desdobramento natural da titularidade do direito.

Posteriormente, ante a imprecisão da referida nomenclatura os princípios, outrora unidos em contraposição às nuances do modelo inquisitivo, foram diferenciados, apartando-se

---

358 “Quanto a isso, tratando-se do enunciado do art. 2º, é impossível desconsiderar dois fatores. Um foi a profunda transformação produzida em todo o sistema jurídico alguns anos depois da elaboração do enunciado do art.262 do CPC-1973, pelas luzes democráticas que emanam da Constituição Federal de 1988. o outro foi a consagração, no plano infraconstitucional, pelo CPC-2015, do uso de um amplo conjunto de textos deliberadamente elaborado com o propósito de impulsionar o raciocínio do intérprete à extração de normas compatíveis com um Estado Democrático de Direito no âmbito endoprocessual. Assim, é inevitável reconhecer que os valores reinantes em 1973 foram substituídos por outros. Essa substituição se operou em todos os campos da vida jurídica do país, aí, por óbvio, incluído o campo processual. Por isso, seria ingenuidade – para dizer o mínimo – pensar que, pelo fato de o texto do art. 2º do CPC-2015 ser quase o mesmo do art.262 do CPC-1973, as normas a serem dele colhidas, hoje, seriam as mesmas extraídas mais de quarenta anos atrás”. VIANA, Salomão. Regras fundamentais decorrentes do art. 2º do CPC. In: DIDIER JR., Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre. (coord.). *Normas fundamentais. Coleção grandes temas do novo CPC*, vol.08, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 37-58.

359 JUNOY. Joan Picó I. *O Juiz e a Prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual*. Trad. Darci Guimarães Ribeiro. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p.93-94.

360 RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p.122-133.

a *Dispositionsmaxime* da *Verhandlungmaxime*, que passaram posteriormente a ser tratados com fundamentos distintos.<sup>361</sup>

Isso possibilitou a admissão de elementos inquisitoriais no procedimento civil sem que fosse reputada violação ao princípio dispositivo, que culminou com sua redução à condição de princípio meramente técnico, desprovido de fundamentos políticos ou jurídicos e facilmente manejável, justificando, por exemplo, o incremento dos poderes instrutórios do juiz.<sup>362</sup>

Hodiernamente percebe-se que do art. 2º do Código são extraídas duas normas: que, ressalvadas hipóteses legais, a instauração do processo, vista como a introdução de objeto litigioso, ou a sua ampliação ou alteração dependem de iniciativa das partes (princípio da demanda e que os atos de impulso que não representam introdução, ampliação e alteração do objeto litigioso devem ser praticados de ofício pelo órgão julgador, ressalvadas as exceções legais).<sup>363</sup>

Isto posto, vislumbra-se no CPC um prestígio ao princípio dispositivo, uma vez que, malgrado inevitável como fruto da própria evolução da ciência processual, a atuação do

361 “Não surpreende que se tenha considerado inexpressiva a denominação, e imprópria como veículo da ideia que se pretendia sugerir; nem que, algumas décadas mais tarde, se propusesse outra, *Dispositionsmaxime*, em que era evidente a sugestão. 6 Todavia, o nome primitivo não foi abandonado. Em vez disso, ganhou terreno, pouco a pouco, na doutrina, a tendência a distinguir duas classes de problemas: uma relacionada com a liberdade do titular do direito de utilizar ou não o instrumento do processo para a respectiva vindicação, outra com o modo de funcionar do mecanismo processual no tocante aos fatos e à prova destes. Muitos autores passaram a reservar para o âmbito do segundo grupo de fenômenos o emprego do binômio *Verhandlungsmaxime - Untersuchungsmaxime* e a usar de preferência, com relação ao primeiro grupo, as expressões *Dispositionsmaxime* e *Offizialmaxime*. Na literatura mais moderna prevalece amplamente a diferenciação. Para esclarecê-la, diz-se que a *Dispositionsmaxime* respeita ao poder de decidir sobre a instauração do processo, sobre a respectiva subsistência e sobre a delimitação do litígio, ao passo que a *Verhandlungsmaxime* entende com o poder de introduzir no processo a matéria de fato, de decidir sobre a necessidade da respectiva verificação e de tomar a iniciativa desta. 8 Alguns autores vão além e empregam ainda uma terceira expressão, *Parteibetrieb*, para designar a iniciativa da parte de instaurar o processo e mantê-lo em movimento (impulso processual), restringindo o conceito da *Dispositionsmaxime* exclusivamente ao poder de dispor do objeto de processo já pendente”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, vol. 41/1986, p.07-14, jan.-mar./1986.

362 “Para sermos mais exatos, o chamado “princípio dispositivo”, que na sua gênese, estava juntamente com o “princípio do debate”, vocacionado a limitar a atuação do juiz – contrapondo-se, pois, ao “princípio inquisitório” - foi desfigurado pela doutrina procedimental civil, a qual passou a utilizá-lo como um empreendimento teórico voltado a alicerçar um modelo hiperpublicista e social de processo, fundado na noção de processo como técnica, no qual os poderes de atuação de ofício do juiz sobrepõem-se ao âmbito de autonomia das partes e às correspondentes garantias contrajurisdicionais. Atenta a uma visão instrumentalista do processo, a doutrina procedimental civil encobriu o sentido que estava por detrás da *Verhandlungsmaxime* e da *Dispositionsmaxime*, para reduzir o processo a um instrumento à disposição do órgão jurisdicional”. RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p.122-133.

363 VIANA, Salomão. Regras fundamentais decorrentes do art. 2º do CPC. In: DIDIER JR, Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre. (coord.). *Normas fundamentais. Coleção grandes temas do novo CPC*, vol.08, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 37-58.

magistrado respeita espaços de disponibilidade das partes quanto a introdução de matéria litigiosa e a suspensão e extinção do processo, em uma posição de aparente equilíbrio.<sup>364</sup>

Ao longo do Código são identificadas exceções ao postulado dispositivo, como nos procedimentos de arrecadação de bens de herança jacente (art. 738, bens do ausente (art. 744) e de coisa alheia perdida (art. 746) e no cumprimento da sentença que impõe a obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa distinta de pecúnia (art. 536 e 538), sendo digna de registro a supressão, em detrimento ao CPC/73, da iniciativa do juízo para a instauração de inventário (art. 948).

Nestas hipóteses se coteja que, por opção político legislativa, há um afastamento da disponibilidade das partes quanto à fixação do objeto litigioso, o que não conduz ao afastamento da constatação de que, de maneira geral, tal se afigura presente e com preponderância.

De tal sorte, percebe-se com nitidez que a norma fundamental do art. 2º do CPC contempla o espectro de disponibilidade quanto à instauração do processo, asseverando que este tem seu início por iniciativa da parte, o que é estendido, ante a sua projeção na esfera dos recursos por meio do âmbito de cognição horizontal.<sup>365</sup>

Ademais, é inquestionável que compete com exclusividade às partes a dedução dos fatos primários em que se fundam suas alegações, tanto na petição inicial (art. 319, VI), quanto na contestação (art. 336), como por decorrência da revelia (art. 344), sendo-lhes franqueada a utilização de todos os meios de prova aptos à demonstração de tais fatos (art. 369).

Lado outro, o impulso oficial do processo encerra poderes instrutórios quanto à matéria trazida à apreciação (art. 370 do CPC), os quais não se revestem de caráter absoluto, visto que ressalvados por espaços em que não cabe a atuação de ofício, como na concessão da tutela provisória de urgência (art. 300) e da evidência (art. 311) e no cumprimento provisório ou definitivo de sentenças que cominem os deveres de pagamento de quantia (art. 523) e de prestar alimentos (art. 528).

---

364 “No plano processual, como manifestação da disponibilidade de seus direitos, cabe às partes iniciar o processo, dando-lhe o conteúdo que desejarem – isto é, formulando o pedido e a causa de pedir – suspendê-lo e extingui-lo, por meio de confissão, de desistência ou de transação. O poder dispositivo se evidencia pela possibilidade que se abre aos interessados, de submeter suas pretensões ao Poder Judiciário e de fazê-lo da maneira que lhe parecer mais conveniente. CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.399.

365 JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.345-346.

Em suma, conclui-se que o modelo de processo, com tempero indicativo de equilíbrio, possibilita a coexistência entre a atuação das partes e do magistrado, o que funciona como critério de balizamento para a liberdade dos sujeitos processuais e quanto à atuação do magistrado.

#### 3.1.3.4. Convenções processuais probatórias e o princípio dispositivo

As convenções processuais probatórias se inserem dentro do contexto de um modelo de processo que almeja um equilíbrio nos papéis dos sujeitos participantes, estabelecendo espaços de atuação de partes e juiz que, embora sejam conjugados no desenvolvimento da relação processual, são autônomos, cabendo às convenções processuais probatórias tal observância.

Desta forma, conquanto não seja lícita a interferência indevida do magistrado nos espaços de disponibilidade das partes quanto ao objeto submetido à cognição judicial ou aos poderes de dispor sobre o processo e, por desdobramento, em convenções processuais probatórias dentro de tal amplitude, estas não podem frustrar a atuação judicial dentro dos seus limites.

#### 3.1.3.5. Do Acesso à Justiça pela busca de uma solução adequada dos conflitos/concepção de Justiça Multiportas (art. 3º do CPC): do princípio da consensualidade

Seria de valia meramente simbólica a enunciação de direitos e garantias fundamentais impassíveis de concretização, do que dimana a essencialidade de se preocupar-se com seu asseguramento e concretização.<sup>366</sup>

Portanto, a compreensão de acesso à justiça na atualidade conclama uma perspectiva de seu utente e a aptidão do seu sistema para proporcionar aos litigantes a concretização de uma ordem jurídica justa, com a solução adequada dos seus conflitos, e, via de conseguinte, o exercício da cidadania decorrente do direito à informação adequada quanto aos seus direitos e deveres e participação na construção do resultado do método, não mais se cingindo ao acesso ao Poder Judiciário para a obtenção de um ato jurisdicional adjudicatório.<sup>367</sup>

366 FONSECA, Carlos Simões. *Sincretismo processual e acesso à justiça*. São Paulo: LTR, 2009, p.29-30.

367 “A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça, enquanto instituição estatal; e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de



Com razão quanto a tal desiderato indica Richard Susskind que um sistema de Justiça eficiente e completo deve proporcionar não apenas a resolução das disputas (*dispute resolution*), como também ferramentas para sua contenção durante o trâmite do método (*dispute containment*), de modo a evitar a exacerbação do litígio e, ademais, investir-se de natureza preventiva, evitando o surgimento de conflitos em específico (*dispute avoidance*) e no âmbito da sociedade como um todo (*legal health promotion*).<sup>368</sup>

Percebe-se que a feição preventiva do Sistema de Justiça encontra manifestação na configuração de instituições como os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC (art. 8º da Resolução 125/2010 do CNJ), investidos na função de prestar atendimento e orientação ao cidadão, bem como a atribuição institucional da Defensoria Pública de promover a difusão e conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico (art. 3º-A da Lei Complementar 80/94).

Já a resolução e contenção das disputas tem sido aprimorada pelo sistema normativo a partir da superação de velhos dogmas, com a instituição gradual de um modelo consensual e democrático ao longo da última década.

---

pensamento, como com acerto acentua Mauro Cappelletti”. WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa*: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p.03. Destaca-se neste sentido o II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo. Diário Oficial da União de 26/05/2009. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Outros/Ipacto.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/Ipacto.htm) >. Acesso em 29/mar/2021.

368 “For some years now, I have argued that the concept of access to justice should embrace four different elements. The first, of course, is dispute resolution itself. This is the central services of courts and is crucial component of all legal and judicial systems. Any credible justice system will offer some form of authoritative dispute resolution, a forum for the vindication of people’s legal rights. At the same time, secondly, we should also have better methods for dispute containment. Once disputes have arisen, we should want to be able to nip them in the bud. Failing this, we should try to ensure that our justice system’s response to any dispute is proportionate and in the best interests of litigants. Sadly, institutional incentives embedded deeply both in the legal profession and in the courts tend to encourage the escalation rather than the containment of disputes. [...] In truth, our system too often intensifies and exacerbates disputes rather than keeping their tone and scope commensurate with the nature and value of the disagreement in question. This leads me to identify this second sense of access to justice – our system should be as much about dispute containment as it is about dispute resolution. My third sense of access to justice, dispute avoidance, is inspired by the world of medicine where it is commonplace to believe that prevention is better than cure. Immunization and vaccination are everyday features of our lives. All manner of awful ailments and illnesses are thereby avoided by. I suggest that we should share this mindset in the law. [...] The medical analogy also helps us to identify a fourth dimension to the concept of access to justice – legal health promotion. I draw here from the work in recent decades on health promotion. We are counselled today to exercise aerobically for at least half an hour, three or four times a week, not simply because this will reduce the likelihood of, say, a stroke or coronary heart disease but also because it will make us feel much better. The idea of health promotion is not focused on the prevention of ill-health but on improving our physical and mental well-being. Similarly, I suggest, the law can also furnish us with ways in which we can promote our general well-being, and not only by helping to avoid or resolve problems”. SUSSKIND, Richard. *Online courts and the future of Justice*. United Kingdom: Oxford University Press, 2019, p.66-70.

Certamente um dos dogmas enraizados no publicismo com efeitos contrapostos à liberdade das partes para o regramento de suas posições processuais foi o que fomentava uma conduta paternalista do Poder Judiciário como panaceia para a solução dos litígios.

Era manifesta a ideia de que o Sistema de Justiça deveria intervir ativamente na solução do conflito (visto como patologia a reclamar uma pronta solução) por meio, sobretudo, de uma solução adjudicatória, que implicava, ainda que implicitamente, no reconhecimento de que as partes não teriam a capacidade de fazê-lo *sponte própria*.

Assim, eram legados para hipóteses excepcionais, os “meios alternativos” para a tentativa de tal solução, do que surgiu, conforme clássica expressão cunhada por Kazuo Watannabe, uma *cultura da sentença* a partir da doutrina processual e prática forense, cujos efeitos na litigiosidade foram sentidos a partir da absoluta estagnação do Poder Judiciário.<sup>369</sup>

Dessa maneira, o reconhecimento de que as partes têm a capacidade de construir, ainda que com auxílio, a solução do litígio em detrimento a sua imposição por um ato de autoridade guarda nítida vinculação com o tamanho da sua liberdade no ambiente do processo, sendo legitimamente uma premissa para o estudo das convenções processuais probatórias.

O art. 3º do CPC enuncia em seu *caput* a garantia de inafastabilidade de apreciação ao Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito, no que “infraconstitucionaliza”<sup>370</sup> a garantia

---

369 “O atual sistema processual brasileiro, seguindo sempre a linha do nosso legislador, procura prestigiar, em vários dispositivos, os meios alternativos de solução de conflitos, como a conciliação (arts.135, IV, 331, 447 a 449 e 599 do CPC) e a arbitragem (Lei dos Juizados Especiais, anteriormente Juizados de Pequenas Causas). Temos agora até mesmo lei especial de arbitragem (Lei 9.307/96). Todavia, a mentalidade forjada nas academias, e fortalecida na práxis forense, que é aquela já mencionada de solução adjudicada autoritariamente pelo juiz, por meio de sentença, mentalidade essa agravada pela sobrecarga excessiva de serviços que têm os magistrados, vem fazendo com que os dispositivos processuais citados sejam pouco utilizados. Há mesmo, o que é lastimável, um certo preconceito contra esses meios alternativos, por sentirem alguns juízes que seu poder poderá ficar comprometido se pessoas não pertencentes ao Poder Judiciário puderem solucionar conflitos de interesses. E há, ainda, a falsa percepção de que a função de conciliar é menos nobre, sendo a função de sentenciar a atribuição mais importante do juiz. Não percebem os magistrados que assim pensam que a função jurisdicional consiste, basicamente, em pacificar com justiça os conflitantes, alcançando por via de consequência a solução do conflito. Um outro fator que reduz o entusiasmo dos juízes pela conciliação é a percepção que eles têm, muitas vezes com razão, de que o seu merecimento será aferido pelos seus superiores, os magistrados de segundo grau que cuidam de suas promoções, fundamentalmente pelas boas sentenças por eles proferidas, não sendo consideradas nessas avaliações, senão excepcionalmente, as atividades conciliatórias, a condução diligente e correta dos processos, a sua dedicação à organização da comarca e sua participação em trabalhos comunitários. Disso tudo nasceu a chamada cultura da sentença, que se consolida assustadoramente. Por todas as razões acima citadas, os juízes preferem proferir sentença, ao invés de tentar conciliar as partes para obter a solução amigável dos conflitos. Sentenciar é mais fácil e cômodo, para alguns juízes, do que pacificar os litigantes”. WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso a justiça, processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey: 2019, 68-69.

370 PORTO, Sérgio Gilberto. *Processo civil contemporâneo: elementos, ideologia e perspectivas*. Salvador:

prevista no inciso XXXV da CF/88, e em seu § 1º, giza ser “permitida a arbitragem na forma da lei”, no que não se vislumbra novidade senão o valor simbólico de transportar para o Código uma disposição que existe na Constituição desde 1988 e “autorizar” um instituto na forma da lei, existente desde 1996, como norte interpretativo das normas, tal como o art. 1º do diploma.

Entretanto, reside no § 2º e 3º do dispositivo a legítima guinada no modelo processual quanto à solução adequada dos litígios.

É que ao estabelecer o dever do Estado, por seu Sistema de Justiça, de promover “sempre que possível a solução consensual dos conflitos” e, com mais explicitude, que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual dos conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”, a norma fundamental trouxe os meios consensuais de solução dos litígios da periferia para o epicentro do sistema processual, adotando a concepção de Sistema de Justiça Multiportas.

Portanto, o processo civil experimenta uma radical transformação, em que a solução clássica, adjudicada pelo magistrado, deixa de ser a única forma de resolução dos conflitos e passa a ser reputada como *ultima ratio*, de modo que as autocompositivas, revestidas de aptidão para a tutela adequada dos direitos e de remendar o tecido social, devem ter prevalência<sup>371</sup>, migrando do rótulo de serem os meios *alternativos* ou *consensuais*, com suas infelicidades semânticas para o reconhecimento de que o meio que solucionará o litígio é aquele que for reputado como mais *adequado*.<sup>372</sup>

---

JusPodivm, 2018, p.55.

371 DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR, Hermes. Justiça multiportas e tutela adequada em litígios complexos: autocomposição e os direitos coletivos. In: ZANETI JR., Hermes. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (coord.) *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.37-66.

372 “Importante esclarecer que o ensaio se vale da expressão métodos adequados de resolução de conflitos, em descarte a duas outras formas usualmente utilizadas, que podem causar alguns embaraços, a saber: (a) métodos alternativos de resolução de conflitos e (b) métodos de solução consensual de conflitos. O uso da palavra adequada na expressão permite, de plano, analisar que há opções entre os diversos meios de solução dos conflitos, tendo as partes escolhido justamente a opção mais adequada, isto é, a que melhor se amolda à situação concreta. Tal constatação, por si só, já indica que o uso da expressão métodos alternativos não é a mais feliz, pois pode conduzir a ideia de que não existe meio mais adequado (já que alternativas podem ser opções de mesma eficiência) ou, pior ainda, que a solução preferencial (ou mais comum) é a decisão por terceiro, sendo a autocomposição apenas uma alternativa àquela. Em relação ao descarte da expressão métodos de solução consensual de conflitos tal postura se dará apenas quando se voltar para solução outra que não a judicial, mas que reclama heterocomposição. Com efeito, há soluções (trilhas) que são adequadas à resolução do conflito, mas que não são consensuais, como é o caso clássico da arbitragem. Há, inclusive, no CPC de 2015, alguma confusão no uso das expressões, justificando a postura aqui firmada, consoante pode se verificar do art. 359, que trata a arbitragem como uma espécie de solução consensual de conflitos”. MAZZEI, Rodrigo. CHAGAS, Bárbara Seccato Rui. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais

À vista disso, por óbvio, a apreciação quanto à referida adequação não mais cabe somente ao Estado-Juiz como tutor messiânico das partes incapacitadas pela patologia do litígio, mas prioritariamente a estas, empoderadas da opção de escolha do método apropriado para solucionar o conflito que as aflige.<sup>373</sup>

Em resumo, conquanto certo de que “aos olhos do CPC não há superioridade da justiça estatal em relação aos demais meios de solução de controvérsias”<sup>374</sup>, esta multiplicidade de caminhos quanto à porta de saída do conflito do sistema de Justiça reafirma, conquanto pressuposta, a liberdade das partes, de modo que para cada litígio existe uma forma adequada, conformada às suas particularidades, devendo ser engendrados esforços para a solução consensual.<sup>375</sup>

Conforme indica Trícia Navarro Xavier Cabral<sup>376</sup>, o Código de Processo Civil compõe um *microsistema de métodos adequados de solução de litígios*, integrado harmonicamente pela Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, Resolução 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público, Lei de Arbitragem e Lei de Mediação<sup>377</sup> (Lei 13.105/2015), aos quais se acresce a Lei Complementar 80/94, que no contexto da reestruturação da Defensoria Pública, preocupa-se com o acesso dos hipossuficientes a métodos consensuais, e, mais recentemente, pela Resolução 358/2020 do CNJ que regulamentou o uso de soluções tecnológicas para a solução de conflitos pelo Poder Judiciário por meio da conciliação e mediação.

---

em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 24, n 95, p.245-267, jul./set./2016.

373 Com a proposta de um protocolo para o diagnóstico dos conflitos a partir de seus elementos estruturais, identificação e aplicação do método adequado, confira-se: GORETTI, Ricardo. *Gestão adequada de conflitos: do diagnóstico à escolha do método para cada caso concreto*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 51-99.

374 DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela adequada em litígios complexos: autocomposição e os direitos coletivos. In: ZANETI JR., Hermes. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (coord.) *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.37-66.

375 MARTINS, Carolina Azevedo. A Justiça multiportas e os meios adequados de solução de controvérsias: além do óbvio. *Revista de Processo*, vol.279/2019, p.399-417, nov./2019.

376 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaituba: Foco, 2021, p.37-39.

377 “A sedimentação da mediação para a solução adequada de disputas atingiu seu ápice legislativo em 2015, quando foram promulgadas a Lei 13.105, de 2015 (Código de Processo Civil (LGL/2015/1656)), e a Lei 13.140, 2015 (Lei de Mediação). A disciplina normativa do instituto consagrou o que a doutrina e a prática forenses já tentavam de forma persistente implementar em nossa cultura jurídica. As duas leis, antes de serem aprovadas, tiveram seus projetos em tramitação paralela, quase simultaneamente, no Congresso Nacional, com o objetivo de compatibilização ao máximo dos textos. Mas, ainda assim, em alguns aspectos, foram utilizados critérios distintos para regulamentar o assunto, o que, em certos casos, chegou a indicar aparentes conflitos normativos”. CUNHA, Leonardo Carneiro. CABRAL, Trícia Navarro Xavier, A abrangência objetiva e subjetiva da mediação. *Revista de Processo*, vol.287/2019, p.531-552, jan./2019.

Ademais, certo é que o rol de procedimentos de solução de conflitos não é exaustivo, sendo possível a adoção de outras formatações, como os *Online Dispute Resolution* ou mesmo de outros métodos, como a resolução colaborativa de disputas<sup>378</sup>, que coexistem com os meios típicos, fruindo das técnicas, institutos e princípios e tendo como matriz o Código de Processo Civil.

É inferível do exame panorâmico do texto do CPC o notável compromisso com o aludido microsistema pois, em adendo à inserção dos conciliadores e mediadores no rol de auxiliares da justiça (art. 165-175), identifica-se sua concretização ao longo de todo o arco processual por uma plêiade de deveres positivos.

Com efeito, percebe-se tal manifestação na reiteração do poder-dever judicial de promover a qualquer momento a autocomposição (art. 139,V), previsão de audiência de conciliação cogente (art. 334) e explícita aplicação ao procedimento de tutela provisória requerida em caráter antecedente (art.303 e 308), indicação quanto ao intuito de sua realização como requisito da petição inicial (art. 319, VII) e na disposição especial, ante o seu objeto, de que nas ações de família devem ser empreendidos “todos os esforços para a solução consensual da controvérsia, com o auxílio de profissionais” em busca da solução no tempo que se revelar necessário (art. 694 e 696).

Além disso, tal propósito é verificável no dever do oficial de justiça de certificar proposta de autocomposição formulada por qualquer das partes (art. 154, V e parágrafo único), suspensão dos prazos processuais na execução de programa de autocomposição (art. 221, parágrafo único), possibilidade de solução consensual do litígio como fundamento para a produção antecipada de prova (art. 381, II), natureza de título judicial, inclusive em relação a sujeitos e matérias não submetidas originalmente ao processo, da decisão homologatória de autocomposição (art. 515, *caput*, II, III e § 2º), previsão de procedimento de jurisdição voluntária para a homologação de autocomposição extrajudicial (art. 725) e no poder-dever do relator de homologação de autocomposição das partes ocorrida na fase recursal (art. 932, I).

Portanto, a busca da solução adequada dos litígios implica no prestígio à consensualidade que recebe o *status* de princípio processual, o que conduz a uma modificação na postura do Estado, que abandona o caráter tradicionalmente imperativo e autoritário em

---

378 CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”. *Revista de Processo*, vol.259/2016, p.471-489, set./2016.

prol de um comportamento mais maleável, dialogado, paritário e participativo com o particular, o que possibilita a construção de soluções consensuais.<sup>379</sup>

Ademais, o princípio da consensualidade comporta também e com igual relevância, *deveres negativos*, que impõem ao magistrado uma abstenção de interferências indevidas nas soluções autocompositivas das partes e a compreensão de que seu âmbito compreende também a dimensão processual.<sup>380</sup>

É dizer: o objeto de composição não se adstringe ao direito material, abarcando ademais o instrumento para a solução do litígio<sup>381</sup>, pressupondo-se, por opção legislativa, a capacidade das partes de engendram uma solução adequada e coibindo-se uma intervenção indevida do Judiciário sob o prisma de um paternalismo que não mais se justifica.

### 3.1.3.6. Convenções processuais probatórias e princípio da consensualidade

O reconhecimento de que o processo contemporâneo tem seu fundamento na consensualidade, fundada no empoderamento das partes implica na manifesta contribuição para a liberdade de regramento de suas titularidades processuais.

Percebe-se, portanto, que ao mesmo tempo em que figura como ato de manifestação da liberdade criativa dos destinatários da tutela jurisdicional para a solução consensual do conflito de maneira mediata (ao regrar-se o processo), as convenções processuais probatórias não podem implicar em subtração a quaisquer destas do acesso à justiça.

379 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaituba: Foco, 2021, p.36-39.

380 “O dever de promover a autocomposição, imposto ao juiz, como se extrai do art. 3º, § 2º do CPC/15, abrange um dever positivo de priorizar a solução autocompositiva. O ordenamento jurídico brasileiro se estruturou para dar primazia à autocomposição. A solução adjudicada deve ser residual. Além disso, o dever geral de promover a autocomposição também engloba um dever negativo, uma imposição de abstenção. O juiz não pode interferir nas soluções autocompositivas arrançadas pelas partes. O respeito ao autorregramento da vontade como núcleo da norma do art.3º, § 2º do CPC/15, supõe um espaço de liberdade para as partes encontrarem soluções autocompositivas, sem interferência do órgão jurisdicional. Isso, evidentemente, não significa que o juiz deva silenciar sobre todo e qualquer acordo ou negócio jurídico que lhe seja apresentado, mas sim que o modo de atuação está limitado: a função do juiz em face da auto-composição é de controlar a validade”. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais no Código de Processo Civil de 2015*. Salvador: JusPodivm, 2018, p.261.

381 “É preciso reconhecer que a autocomposição examinada enquanto fenômeno do processo, possui uma dimensão substancial, quando vertida para os direitos litigiosos (v.g. acordos e transações celebrados pelas partes para pôr fim ao litígio), e uma dimensão processual, centrada na busca de consenso em torno do procedimento ou de situações jurídicas processuais (aqui o espaço para os negócios jurídicos processuais”. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais no Código de Processo Civil de 2015*. Salvador: JusPodivm, 2018, p.262.

### 3.1.3.7. Da cooperação e boa-fé entre os sujeitos processuais (art. 5 e 6º do CPC)

O eixo fundamental da compreensão do espaço de liberdade das partes no processo contemporâneo compreende também a sua natureza cooperativa.

Positivada pelo art. 6º do Código de Processo Civil, a cooperação entre os sujeitos processuais é fruto da acertada incorporação de instituto já desenvolvido no direito europeu a partir de amplo debate doutrinário que antecedeu a edição da lei, sendo associado inicialmente com a ampliação da atuação do magistrado (publicismo na concepção tradicional) e evoluído, sob o prisma da Constituição Federal, para o reconhecimento do direito de participação das partes em equilíbrio, contexto em que funciona como princípio e fontes de deveres para os sujeitos processuais.<sup>382</sup>

Em sua origem na Alemanha, o *Kooperationsmaxime* adveio de reformas legislativas que intentavam o aperfeiçoamento do processo para seu julgamento, mediante a realização de audiência prévia, na qual as partes deveriam debater os fatos e questões relevantes do litígio<sup>383</sup>, buscando-se a criação de uma comunidade de trabalho entre os sujeitos processuais e impondo ao magistrado uma condução equilibrada do processo, sem passividade ou autoritarismo, e em constante diálogo com os litigantes.<sup>384</sup>

Já em Portugal a positivação da cooperação intersubjetiva perdura há quase duas décadas e influenciou, através dos ensinamentos de Miguel Teixeira de Sousa<sup>385</sup>, estudos e a posterior incorporação ao CPC, sobretudo quanto à plêiade de deveres impostos às partes e magistrado quanto ao esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio.

Na doutrina brasileira, identifica-se na transição do liberalismo para o socialismo processual (e conseqüente incremento da atuação do magistrado), a cooperação e diálogo como contraponto à indiferença ou ingerência excessiva, sendo pertinente o registro de trabalho de José Carlos Barbosa Moreira, que ao defender a intensificação da atividade do juiz

---

382 CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Contribuições dos princípios do processo civil transnacional Eli/Unidroit para a cooperação processual no CPC/2015. In: CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de. BRAZ, Miryã Bregonci da Cunha. SANT'ANNA, Vinícius de Souza. (coord.). *Temas contemporâneos de direito processual*. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p.77-97.

383 KOCHER, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (koperationsmaxime). In: DIDIER JR., Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre (coord.). *Normas fundamentais* (Coleção grandes temas do novo CPC), Salvador: JusPodivm, 2016, p.311-325.

384 GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. (tradução de Ronaldo Kochem) In: DIDIER JR., Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre (coord.). *Normas fundamentais* (Coleção grandes temas do novo CPC), Salvador: JusPodivm, 2016, p.301-310.

385 SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*, vol.86/1997, p.174-184, abr.-jun./1997.

e refutar o paternalismo ou autoritarismo, vislumbrou na colaboração entre as partes e juízo e na importância do diálogo o lema do processo social.<sup>386</sup>

Em adendo, as contribuições de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, que identificou na reconfiguração do princípio do contraditório, o direito de participação do jurisdicionado e defendeu uma distribuição simétrica de poderes, faculdades e deveres entre os sujeitos processuais.<sup>387</sup>, que em suas reflexões que conduziram ao marco teórico do formalismo-valorativo, identificou na reconfiguração do princípio do contraditório a partir do direito de participação como manifestação da cidadania e relevância do diálogo, defendendo uma simetria na distribuição de poderes, faculdades e deveres.

Nesta senda, a cooperação processual se funda, conforme indica Daniel Mitidiero<sup>388</sup>, em pressupostos de ordem *social* (Estado Democrático de Direito), *lógico* (sentido problemático e dialógico do direito contemporâneo, para o qual contribui o aporte argumentativo das partes) e *ético* (boa-fé como parâmetro de conduta endoprocessual), do que advém a concepção de uma atuação paritária do magistrado ao longo do arco processual.

Não distante, parte de Dierle Nunes<sup>389</sup> a ideia de que o processo democrático deve ser fruto de um *policentrismo*, com atuações interdependentes, dentro de um papel diretivo do juiz associado ao contributivo das partes na formação das decisões tendo como eixo fundante o contraditório.

Não se descarta das pertinentes críticas trazidas por Rodrigo Ramina de Lucca<sup>390</sup>, que externa ser refratário ao acolhimento entusiasmado do referido princípio pelo direito brasileiro, ao entendimento de que o referido postulado guarda vinculação com o pretérito

386 “Confiar ao juiz papel mais ativo na direção e na instrução do feito, ao contrário do que parecem recear alguns, não implica forçosamente instaurar no processo civil o domínio do "autoritarismo" ou do "paternalismo". Não se pretende ignorar nem minimizar a importância do que há de essencialmente dialético no processo contencioso, e menos ainda assimilar-lhe a imagem à da chamada "jurisdição voluntária". A ampliação dos poderes do órgão judicial não tem como contrapartida necessária o amesquinçamento do papel das partes, nem a eliminação, ou sequer a redução, das garantias a que fazem jus, e tampouco da responsabilidade que sobre elas pesa”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*, vol.37/1985, p.140-150, jan.-mar./1985.

387 OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, vol.71/1993, p.31-38, jul.-set./1986 e OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e a visão cooperativa do processo, *Revista da Ajuris*, ano XXX, nº 90, p.56-84, jun./2003.

388 Neste sentido: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.63-103. Em sentido diverso: STRECK, Lênio Luiz. MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero ou “colaboração no processo civil” é um princípio? *Revista dos Tribunais*, vol. 213/2012, p-13-34, nov./2012.

389 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1. ed. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p.195-200.

390 LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.140-143.



modelo socialista de processo e, por consequência, com sua assimetria, sendo diametralmente oposto ao intuito de traduzir simetria e democracia, bem como inapto ao rompimento com o autoritarismo ao reconhecer a liberdade de autorregramento das partes e dotado de semântica passível de deturpações, sendo utópica a ideia de que as partes cooperassem entre si, e que os deveres de informação, consulta, prevenção e auxílio outorgados ao Judiciário nada mais refletem que seus deveres preexistentes.

Lado outro, Igor Raatz<sup>391</sup> refuta o caráter normativo do aludido princípio ao fundamento de que os deveres cooperativos impostos ao magistrado carecem de base normativa, já que não são a rigor previstas as consequências para seu descumprimento e que, intrinsecamente, boa parte dos deveres apresentam traço inquisitório, com quebra da parcialidade, concluindo, pois pela fraca normatividade e duvidosa constitucionalidade, vislumbrando nesta um desejo de mudança cultural, o qual talvez possa ser pensado, sem ferir a Constituição Brasileira, unicamente na perspectiva das partes, notadamente pelo incremento de posturas colaborativas como a autocomposição e a celebração de negócios jurídicos processuais.

Entende-se que em boa hora andou o legislador ao prever no rol de normas fundamentais do CPC que o alcance da decisão justa, efetiva e tempestiva reclama a participação de todos os sujeitos processuais, do que emana o direito das partes de contribuir com a formação da decisão, outorgando-lhe legitimidade democrática.<sup>392</sup>

Sem embargo das ponderadas críticas trazidas, verifica-se que ao mesmo tempo em que não representa isoladamente a solução para os problemas inerentes a sempre controversa distribuição de poderes entre o magistrado e as partes, o princípio da cooperação, assim como os demais elementos do modelo contemporâneo, contribui efetivamente para tentativa de harmonização do sistema processual.

---

391 RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p.139-143.

392 “Quanto a capacidade de participação e influência dos indivíduos na tomada de decisões, e relevante notar que o Legislativo edita normas por meio de parlamentares eleitos com base em critérios complexos, nem sempre assecuratórios da representatividade popular – vide discussões sobre o critério proporcional de eleição, o regime de suplência, distribuição de tempo de propaganda na TV, financiamento de campanhas, etc. [...] O direito surgido nos Tribunais guarda legitimidade democrática substancialmente maior, porquanto o resultado de diversas discussões travadas, em casos concretos, entre sujeitos diretamente interessados no assunto controvertido, sendo a solução jurídica descoberta em conjunto com os jurisdicionados e não arbitrariamente imposta. Toda carga legitimadora do sistema jurisdicional depende da adequada fundamentação dos provimentos judiciais, como garantia de que a participação democrática será sempre a base da conclusão adotada pelos magistrados”. FUX, Luiz. BODOART, Bruno. Notas sobre o Princípio da Motivação e a Uniformização da Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil à luz da Análise Econômica do Direito. *Revista de Processo*. vol. 269/2017, p.421-431. Jul/2017.

Com efeito, atentando-se à matriz de origem do instituto, compreende-se que o sistema jurídico é absolutamente distinto do vigente nos momentos iniciais do publicismo e do socialismo processual, possibilitando, em contraposição aos pretéritos, a concretização de um processo justo e democrático, para o qual a cooperação entre os sujeitos é curial.

Inicialmente tem-se por demonstrada a natureza de princípio emanada da norma fundamental da cooperação, conforme extraída da semântica do art. 6º do CPC, uma vez que esta promove efetivamente um estado de coisas, tendente a uma relação de deveres recíprocos entre os jurisdicionados e o Estado-Juiz, que concretiza no plano fático o direito ao processo justo, prevendo inclusive sanções para as hipóteses de descumprimento, do que se infere sua normatividade.<sup>393</sup>

De outro giro, a reciprocidade dos deveres, haja vista a interdependência das condutas e a estrita moldura da atuação confluem para o controle do arbítrio judicial e para a manutenção da imparcialidade do órgão julgador.<sup>394</sup>

Certamente todo sistema de Justiça é passível de falhas e são, de fato, identificáveis, hipóteses patológicas em que, a pretexto de exercer adequadamente a jurisdição, engendrando, não raro, a comportamentos anticooperativos que também os assolam<sup>395</sup>, incorre o magistrado em violação ao devido processo, por meio de uma postura solipsista, com a desconsideração do direito de manifestação das partes ou por uma ingerência indevida no

---

393 “Portanto, é possível compreender a cooperação como um princípio, como a maior parte da doutrina brasileira o faz, porque: a) serve para ilustrações futuras não expressas na lei ou que aparecem em regras esparsas e individuais; b) possui maior alcance de aceitação; c) o princípio ou regra não se extrai diretamente do dispositivo, mas da interpretação; e) ele é uma diretriz (guide) na aplicação de outros dispositivos e normas; d) promove um estado de coisas, especialmente em relação às garantias constitucionais (devido processo legal, processo justo, solidariedade, democracia, boa-fé, fundamentação participada; contraditório, dentre outros; e) é dotado de sanção (multas em decorrência de atos atentatórios à dignidade da justiça, má-fé, crime de desobediência, nulidade quando não houver o diálogo (contraditório obrigatório nas matérias conhecíveis de ofício), fundamentação sem apreciar as questões suscitadas pelas partes, etc. f) é princípio por exclusão, pois não pode ser considerado como regra, porque não há uma descrição do comportamento a ser adotado e também não é postulado normativo aplicativo, porque não estrutura a aplicação de regras e princípios; f) é norma fundamental disposta no capítulo I do CPC/15”. FERNANDES, Jorge Luiz Reis. *Cooperação: os deveres do juiz e das partes no novo código de processo civil*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p.173.

394 A respeito do papel da cooperação processual para a concretização de um modelo de juiz leal, confira-se: FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.228-251.

395 “O sistema processual brasileiro é um ambiente no qual prevalecem os interesses não cooperativos de todos os sujeitos processuais. O juiz, imerso, na busca por otimização numérica de seus julgados, e as partes (e seus advogados), no âmbito de uma litigância estratégica (agir estrategicamente) com a finalidade de obtenção de êxito. Esta patologia de índole fática não representa minimamente os comandos normativos impostos pelo modelo constitucional de processo nem mesmo os grandes propósitos que o processo, como garantia, pode ofertar”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.87-88.

autorregramento destas, sendo justificável o receio de que os deveres cooperativos, sobretudo das partes para com o juízo, sirvam de veículo para tal desvirtuação.

Todavia, percebe-se que, conforme asseverado anteriormente, a baliza normativa do sistema processual fixa critérios que tendem a coibir o abuso judicial na exigência de conduta cooperativa dos sujeitos processuais, uma vez que os deveres decorrentes do contraditório e a correspondente exigência de fundamentação idônea para as decisões judiciais, sancionada com nulidade possibilidade de controle recursal tem a aptidão a salvaguarda contra excessos.

Desta forma, não será a existência de deveres cooperativos que, em maior ou menor medida, contribuirá para o arbítrio judicial, visto que, independentemente de sua existência ou extensão, sempre haverá margem para a ocorrência da patologia em epígrafe.

Portanto, antes de um campo de incidência de autoritarismo judicial<sup>396</sup>, a norma-princípio do art. 6<sup>o</sup><sup>397</sup> revela-se como nítido instrumento de tutela da liberdade das partes que, em situação de paridade e sob o jugo de deveres recíprocos entre si, para com o processo e do magistrado, encontram maior universo de atuação ao construir democraticamente o resultado da prestação jurisdicional.

Destacam-se neste diapasão o *dever de esclarecimento*, que reclama dos litigantes a clareza na dedução de suas pretensões, de forma a possibilitar sua plena compreensão pelos demais sujeitos e esclarecer ao magistrado, sempre que assim instados, visando ao regular desenvolvimento da marcha processual sem atrasos ou interrupções, o *dever de lealdade*, que imputa às partes um agir probo e íntegro inerente a qualquer relação civilizada e o *dever de proteção*, que obsta abusos de direito que conduzam o processo a ser utilizado como instrumento para a deliberada causação de danos à contraparte.<sup>398</sup>

Igualmente, dimanam deveres para o Estado-juiz, que deve buscar uma relação de esclarecimento recíproco com as partes sobre os fatos relevantes e do conteúdo dos seus pronunciamentos (*dever de buscar esclarecimentos*), prevenir a utilização inadequada do processo e consequente perda dos direitos das partes (*dever de prevenção*), consultar as partes

---

396 Neste sentido: DELFINO, Lúcio. Cooperação processual: inconstitucionalidades e excessos argumentativos – trafegando na contramão da doutrina. *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 24, n 93, p.149-168, mar/2016; MUNDIM, Luis Gustavo Reis. A cooperação processual no modelo constitucional de processo. *Revista Acadêmica de Direito do Recife*, vol.89, n 02, p.75-101, jul.-dez./2017 e STRECK, Lênio Luiz. DELFINO, Lúcio. BARBA, Rafael Giorgio Dalla. LOPES, Ziel Ferreira. O “bom litigante”: riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 23, vol. 90, p-339-354, abr./jun./2015.

397 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.104-105.

398 RODOVALHO, Thiago. REIS, Bruno. O modelo cooperativo – uma nova estrutura processual: Parte II (o princípio da cooperação em concreto). *Revista de Processo*, vol. 311/2021, p.59-75, jan./2021.

sobre as matérias a serem objeto de deliberação (*dever de consulta*) e prestar auxílio à superação de obstáculos ao exercício de seus direitos e no cumprimento de deveres e ônus processuais, com imparcialidade e isonomia (*dever de auxílio*).<sup>399</sup>

Lado outro, os deveres cooperativos não implicam no absoluto tolhimento da liberdade de atuação estratégica das partes ou eiva à imparcialidade do órgão julgador, sendo critérios para a limitação e modulação dos direitos e poderes processuais, de modo a conformar seu agir em um parâmetro objetivo.<sup>400</sup>

Em relevante complemento, a norma fundamental do art. 5º do CPC, reconhece a boa-fé como elemento norteador da atuação dos sujeitos e reconhece que conquanto palco das relações sociais em ambiente público, o processo repele a má-fé.<sup>401</sup>

Com efeito, é inconcebível um processo de resultados justos com a atuação abusiva e conspiratória das partes.<sup>402</sup>

Destarte os delineamentos indicam o dever de atuação das partes dentro dos parâmetros de boa-fé objetiva, com a superação do modelo subjetivo vigente sob o pálio do CPC/1973<sup>403</sup>, ante sua inserção no rol de normas fundamentais, em meio a outros princípios

399 A respeito confira-se: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de. Notas sobre o dever de auxílio judicial às partes no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, vol.316, p.63-85, jul.2021.

400 “O importante é ressaltar que esse princípio não exige das partes nem do juiz o inexigível. Não traz a ficção de que as partes se desgarrarão de seus objetivos privados, econômico-financeiros e egoísticos (egoísticos sim, claro, mal nenhum há nisso!), para buscarem juntos o etéreo ideal de justiça. O princípio tampouco indica que o juiz deve ter expectativas de que o processo se desenvolva desse modo. Estamos falando, aqui, apenas de limitações ou modulações ao exercício de direitos e de poderes-deveres processuais, muitos dos quais já existiam em nosso ordenamento, vindo aplicados há muito tempo. Tirante uma ou outra aplicação importante e, é claro, a explicitação da ideia como princípio (circunstância que tem o mérito de trazer a cooperação para o centro do debate, abrindo ensejo, assim, a uma hermenêutica criativa e construtiva a respeito do conteúdo normativo do preceito), a ideia de cooperação é mais uma joia no museu de grandes novidades do CPC/2015”. PACHECO, Marcelo. Princípio da cooperação e processo civil do arco-íris. Disponível em < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/novo-cpc-principio-da-cooperacao-e-processo-civil-do-arco-%C2%ADiris-27042015> .> Acesso em 04/jan./2022.

401 SILVA, Augusto Vinícios Fonseca e. *Princípios pamprocessuais ou metaprocessuais: normas fundamentais do CPC – princípios de todo processo*. Salvador: JusPodivm, 2019, p.235-236.

402 “Entre as denominadas ‘Normas Fundamentais do Processo Civil’, constantes do preâmbulo do Código de Processo Civil em vigor, inspirando-se, por certo, na dogmática do Direito Privado, o legislador estabeleceu, no artigo 5º, uma cláusula geral de boa-fé processual, que deverá nortear a atuação, durante as sucessivas etapas do procedimento, de todos os protagonistas do processo: o juiz, as partes, o representante do Ministério Público, o defensor público e também os auxiliares da justiça (serventuários, peritos, intérpretes etc.). Como já tive oportunidade de escrever nesta mesma coluna, o fundamento da boa-fé, no âmbito do processo, decorre da necessidade de cooperação ativa dos litigantes, especialmente no contraditório, que devem participar da construção da decisão, colaborando, pois, com a prestação jurisdicional. Não há de se falar, com certeza, em processo justo e equo se as partes atuam de forma abusiva, conspirando contra as garantias constitucionais do *due process of law*”. TUCCI, José Rogério. Impugnação de árbitro e preclusão temporal na jurisprudência. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-mar-30/paradoxo-corte-impugnacao-arbitro-preclusao-temporal-jurisprudencia> >. Acesso em 01/ago./2021.

403 REZENDE, Adriadi Sandrini. MANSUR, João Paulo. VICENZI, Brunela Vieira de. *A constitucionalização*

que contemplam interpretação objetiva e a dissociação da carga semântica subjetiva trazida pela antiga expressão “lealdade”.

Nesta senda, conforme pontuado por Judith Martins-Costa<sup>404</sup>, a boa-fé objetiva abandona a ideia naturalista de estado de fato ou crença subjetiva e se reveste da natureza de norma jurídica, com aptidão concomitante para funcionar como modelo jurídico, *standard* comportamental para os participantes do tráfico obrigacional e princípio jurídico, que encerra limites, sobretudo ao limitar o exercício dos direitos dentro do ambiente processual e estabelecer um parâmetro de conduta do qual advém deveres, que contribuem certamente para a densificação da cooperação entre os sujeitos processuais.

Ademais, figuram, como norte interpretativo das postulações formuladas pelas partes (art. 322, §2º) e das decisões judiciais (art. 489, § 3º) e conseqüente segurança jurídica no ambiente endoprocessual, medida imprescindível para a liberdade dos sujeitos, conforme adiante investigado.<sup>405</sup>

Deveras, observa com acerto Teresa Arruda Alvim<sup>406</sup> que o princípio da boa-fé figura como “amortecedor” da aplicação de regras mais rígidas de invalidade, proporcionando um equilíbrio entre a aludida rigidez e a busca da efetividade do processo a partir da valoração do parâmetro de conduta exigível dos sujeitos processuais e das expectativas deste advindas.

---

*do processo civil e a boa-fé objetiva no novo código de processo civil brasileiro. Revista Derecho y Cambio Social*, v.44, p.01-15, 2016.

404 COSTA, Judith Martins. *A Boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.281-286.

405 “Por tal motivo, identificam-se no novo Código de Processo Civil três momentos de aplicação da cláusula geral: (i) no art. 5.º, como cláusula geral norteadora, sempre aplicável em todos os graus de jurisdição e em todos os procedimentos; (ii) no art. 322, § 2.º, quando legislador determina que a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé; e (iii) no art. 489, § 3.º, quando o novo Código de Processo Civil estabelece que a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. Num primeiro momento, a regra da boa-fé assume a função de fonte criadora de deveres de cooperação e colaboração, e é regra limitadora do exercício inadmissível de posições jurídicas na relação jurídica processual que tem lugar perante o órgão jurisdicional estatal. Nos segundo e terceiro momentos, a boa-fé é regra interpretativa do pedido formulado e das decisões judiciais no curso do processo”. VICENZI, Brunela Vieira de. OLIVEIRA, Fernanda Pompermayer Almeida de. A cláusula geral de boa-fé e a mediação no bloco das ações de família no novo código de processo civil. *Revista de Mediação e Arbitragem*, vol.45/2015, p.197-208, jul./set/2015.

406 ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 11ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p.185.

### 3.1.3.8. Convenções processuais probatórias, cooperação e boa-fé

A partir do exercício dos deveres cooperativos e sob o prisma de uma conduta conformada com a boa-fé, a relação jurídica processual se desenvolve no dinamismo de um constante diálogo, através da adoção pelos sujeitos de condutas espontâneas ou mediante provocação dos demais.

Percebe-se então que as convenções processuais probatórias figuram como manifestação de cooperação processual e boa-fé dos sujeitos convenientes, sendo descabida sua subversão para a prática de atos emulativos.

### 3.1.3.9. Do núcleo do contraditório: paridade de armas, vedação a decisão surpresa e direito de influência nos pronunciamentos judiciais (art. 7º, 9º, 10 e 11 do CPC)

A adoção da garantia do contraditório nos textos da norma fundamental é uma tradição que perdura desde a Constituição do Império de 1824, passando pelas Constituições Federais de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, Emenda Constitucional 01 de 1969 e, por fim, pela Carta de 1988, cujo inciso LV do art. 5º enuncia que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.<sup>407</sup>

Atualmente os contornos da garantia do contraditório sofreram considerável incremento, atribuído à revitalização da lógica jurídica e conseqüente reconhecimento da importância do diálogo entre os sujeitos processuais, que se associam ao protagonismo da Constituição como fonte do sistema normativo e à conformação atual do Estado como uma democracia participativa.<sup>408</sup>

407 NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 13 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2017, p.246-248.

408 “Tem-se a revitalização dos estudos da lógica jurídica com novos pontos de vista na conhecida obra de Theodor Viehweg, em 1953, com o resgate do caráter problemático do direito, que influenciaria na revalorização do diálogo entre os sujeitos processuais. A percepção de que a decisão do juiz não é uma mera declaração da vontade do legislador e de que intérprete também participa da construção da norma naturalmente gera uma visão de que as partes – que serão sujeitas a essa decisão – precisam ter seus argumentos considerados. [...] Igualmente relevante foi a valorização da Constituição enquanto norma jurídica e a promoção de um Estado Constitucional, baseado em uma sociedade cooperativa, em que duas de suas virtudes principais seriam a submissão do Estado ao Direito e a participação social em sua gestão. O destaque para o contraditório foi ainda maior nos países em que a sua garantia foi constitucionalizada,<sup>22</sup> a exemplo do Brasil, que o fez, inserindo-o como direito fundamental no art. 5º, LV. [...] Há que se fazer igualmente menção ao desenvolvimento de uma democracia participativa, em superação à democracia liberal e da social democracia, aumentando o poder de controle para além do voto e da pressão da opinião pública. O processo, então, deve deixar de ser mera praxe, tratando as partes como meros súditos, cujo objetivo seria apenas de disciplinar o agir arbitrário do “governante autocrático, absoluto, ditatorial, totalitário” para tratar as partes como copartícipes das decisões judiciais. Deve-se fazer ainda menção à

Percebe-se inicialmente que o direito apresenta uma maior complexidade, pois seu texto não mais comporta um sentido unívoco, sendo plasmado por meio de um sistema aberto, objeto de construção por um processo de interpretação, destinado a desvelar sua enunciação, para o qual o diálogo entre o magistrado e os sujeitos parciais se revela imprescindível.<sup>409</sup>

Dessa forma, conforme o escólio de Elio Fazzalari<sup>410</sup>, o contraditório funciona como eixo fundamental do processo e possibilita a participação dos destinatários do efeito do ato final na sua fase preparatória, com simetria de posições e mútua implicação de atividades, que são relevantes para o autor do provimento, de sorte que a atividade do processo é realizada em uma diversidade de escolhas, reações e controles das partes e do juízo, em constante diálogo.

A participação efetiva representa uma forma de expressão de dignidade e cidadania do jurisdicionado, que deixa de ser considerado um objeto do pronunciamento judicial e passa a atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e de seu resultado.<sup>411</sup>

Em sua concepção renovada o contraditório assegura aos litigantes efetiva igualdade processual, ciência de todos os termos e fases do processo e direito de participação e manifestação nos atos processuais, que se associam ao dever do juiz de levá-las em consideração (influência), sendo visto acertadamente como “valor fonte do processo democrático”.<sup>412</sup>

---

democracia deliberativa, que é, de certa forma uma evolução da democracia participativa, em que o foco passa a estar na deliberação pública das questões a serem decididas. Seria uma forma de legitimar o exercício do poder mediante a troca de argumentos e contra-argumentos racionais”. PEIXOTO, Ravi. Os caminhos e descaminhos do princípio do contraditório: a evolução histórica e a situação atual. *Revista de Processo*, vol.294/2019, p.121-145, ago./2019.

409 “Assim, um direito processual atual, como instrumento de obtenção de decisões, deve privilegiar a participação, o diálogo, o debate entre os intervenientes processuais, para que a decisão do tribunal possa ser fruto de uma reflexão, compartilhada por todos, para que o referido ato de criação, existente em maior ou menor escala (observe-se os modelos de decisão com densidades variáveis propostos por Menezes Cordeiro), possa resultar de um debate franco e aberto entre todos os intervenientes processuais. E o princípio da cooperação intersubjetiva reflete essa necessidade de um direito concebido nesses moldes, pois interessa ao sistema a redução de surpresas, a redução da frustração de expectativas das partes e, quando possível, a obtenção de decisões que sejam resultado de acordos celebrados por elas”. GOUVEIA, Lucio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 172/2009, p.32-53, jun./2009.

410 “Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que o contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles e deva sofrer os controles e reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados”. FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*, trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p.119-120.

411 NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.246-248.

412 ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2014, p.179.

Percebe-se que o sistema contemporâneo traz uma visão mais refinada do contraditório, visto não apenas como um direito das partes, mas como um dever de resposta do Estado-Juiz.<sup>413</sup>

O CPC insere em seu sistema a norma fundamental por meio do texto de três dispositivos: o art. 7º, que enuncia a igualdade processual e impõe ao magistrado o zelo por seu alcance; o art. 9º, que veda que seja proferida decisão contra a parte que não teve a prévia oportunidade de manifestação e o art. 10, que estabelece o dever de audiência das partes, ainda que em se tratando de matéria cognoscível de ofício.

Inicialmente, verifica-se que é amplo o campo da igualdade, que, advém desde o *acesso ao processo* (gratuidade de justiça, assistência jurídica), passa pelo *trâmite do processo* (prazos diferenciados para a Fazenda Pública, prioridade de tramitação, tutela provisória de urgência e evidência) e culmina com o *resultado do processo* como, por exemplo, no dever de uniformidade da jurisprudência, respeito aos precedentes e fundamentação idônea quanto à sua incidência ou distinção.<sup>414</sup>

De outro giro, ao estabelecer a diretriz de oportunizar, em regra, a manifestação das partes antes da decisão, o art. 9º concretiza o dever de informação, o direito de manifestação e o dever do magistrado de levar em consideração os argumentos das partes, possibilitando o diálogo e exercício entre os participantes de controles, reações e escolhas.<sup>415</sup>

---

413 WILD, Rodolfo. *O princípio do livre convencimento no CPC/2015*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p.108-109.

414 ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e Processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

415 “Nessa renovada análise do sistema processual o princípio constitucional do contraditório ganha nítido destaque ao garantir uma busca de simetria de posições subjetivas, além de assegurar aos participantes do processo a possibilidade de dialogar e de exercitar um conjunto de controles, de reações, e de escolhas dentro dessa estrutura. Ele se desenvolve nos deveres de informação do juiz e nos direitos de manifestação e consideração para as partes: O dever de informação (Informationspflicht) ou de orientação (Rechts auf Orientierung) de todas as movimentações processuais, induz o juiz à necessidade de advertir as partes acerca de pontos de fatos, de direitos processuais ou materiais relevantes para a causa (terza via), buscando a efetiva participação ativa das partes. Não se trata de uma tarefa assistencialista do magistrado. Busca-se a prática responsável e técnica pelos sujeitos contrapostos de seus papéis. O direito de manifestação, que induz às partes a assunção de seu efetivo papel ativo durante o processo, se liga à garantia de fundamentação, ao exigir do juiz a análise de fatos e fundamentos discutidos previamente no processo. A manifestação deve se dar, em regra, antes da decisão (princípio da anterioridade – Vorherigkeitsgrundsatz), mas se admite, em hipóteses de urgência, por exemplo, sua efetivação diferida. O recurso viabiliza essa oportunidade diferida de contraditório. E o dever do juiz de levar em consideração os argumentos das partes (Recht auf Berücksichtigung von Äußerungen), que atribui ao magistrado não apenas o dever de tomar conhecimento das razões apresentadas (Kenntnisahmepflicht), como também o de considerá-las séria e detidamente (Erwägungspflicht), está posto no § 1º do art. 489 do NCPC”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 120-121.



Conforme observado por Leonardo Greco<sup>416</sup> a garantia de audiência bilateral se manifesta também no art. 487, que estende o dever de oitiva antecedente à pronúncia de prescrição ou decadência, no art. 933, que trata do surgimento de fatos supervenientes na fase recursal, no art. 493, quanto a fatos supervenientes e no art. 792, §4º em relação a terceiro na hipótese de fraude à execução.

Vislumbra-se, ademais, prestígio à bilateralidade nos requisitos intrínsecos do ato de citação ficta, que nos termos do art. 256, § 3º, pressupõe a tentativa de localização do endereço da parte, inclusive mediante a requisição de informações a cadastros de órgãos públicos e concessionárias de serviços públicos, em regras de intimação de herdeiros não domiciliados e terceiros interessados na ação de inventário (art. 626) e no art. 349, que “com grande tolerância, defere ao revel a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a esta produção”.<sup>417</sup>

Por fim, certo é que contraditório e a amplitude de defesa têm imbricação com o direito de produzir meios que permitam influir na convicção do julgador e demonstrar que as alegações correspondem à realidade histórica<sup>418</sup>, do que decorre a consequência do direito fundamental derivado de norma de porte implícito.<sup>419</sup>

### 3.1.3.10. Convenções processuais probatórias e contraditório

Dentro do contexto de um modelo de processo em que o contraditório é fortalecido, as convenções processuais probatórias figuram como potencial veículo de aprimoramento.

Malgrado seja possível a disposição sobre titularidades processuais, as quais podem ser condicionadas a contraprestações no plano dos direitos materiais conduzirem à eliminação apriorística do contraditório ou à elisão total do direito de defesa.

---

416 GRECO, Leonardo. Contraditório efetivo (art.7º). *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol.15, p.299-310, jan./jul./2015.

417 GRECO, Leonardo. Contraditório efetivo (art.7º). *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol.15, p.299-310, jan./jul./2015.

418 REICHELT, Luis Alberto. O direito fundamental à prova e os poderes instrutórios do juiz. *Revista de Processo*, vol. 281/2018, p. 171-185, jul./2018.

419 GÓES, Gisele Santos Fernandes. Cotejo entre o direito à prova e a proibição de provas obtidas por meios ilícitos. In: FUX. Luiz. NERY JR. Nelson. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e constituição. estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.953.

3.1.3.11. Das balizas para a aplicação do sistema normativo: fins sociais, exigência de bem comum, dignidade humana, proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência (art. 8º do CPC)

O art. 8º do CPC enuncia que ao aplicar o ordenamento jurídico o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Tal dispositivo se comunica com o art. 1º do diploma processual e veicula um sincretismo entre diversos enunciados normativos construídos em momentos distintos da história do direito brasileiro, pois, concomitantemente, reproduz norma constante da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, princípios e garantias extraídos da Constituição Federal, bem como princípios originários da Administração Pública, que são introjetados no direito processual.<sup>420</sup>

Inicialmente, quanto às diretrizes de atendimento aos fins sociais e exigências do bem comum, é discernida a reprodução quase literal do art. 5º do Decreto-lei 4.657/42 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), que encerra, na lição de Tercio Sampaio Ferraz Jr. uma interpretação teleológica do ordenamento jurídico e que reclama, como forma de controle da carga valorativa do ato de interpretação, a inferência dos valores universais do sistema.<sup>421</sup>

Lado outro, ao aludir ao resguardo e promoção da dignidade da pessoa humana e dos princípios da legalidade e publicidade, reitera o CPC disposições constitucionais pertinentes a

---

420 DIDIER JR., Fredie. Comentários ao art. 8º do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.24-25.

421 “O pressuposto e, ao mesmo tempo, a regra básica dos métodos teleológicos é que sempre é possível atribuir a um propósito às normas. De fato, isso nem sempre é claro e muitas vezes nos levaria a perplexidades. Existem normas costumeiras para as quais é difícil encontrar propósitos e finalidades. O longo uso com o sentimento da obrigatoriedade instaura uma rede de disciplinas sem que possamos encontrar nelas alguma intenção. Apesar disso, para obter a neutralização da carga emocional, é preciso encontrar essas finalidades, ou, ao menos, postulá-las. No direito brasileiro, a própria Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art.5º, contém uma exigência teleológica: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. As expressões fins sociais e bem comum são entendidas como sínteses éticas da vida em comunidade. Sua menção pressupõe uma unidade de objetivos do comportamento social do homem. Os “fins sociais” são ditos do direito de preceitos para a realização da sociabilidade humana. Faz-se mister assim encontrar nas leis, nas constituições, nos decretos e em todas as manifestações normativas seu telos (fim), que não pode jamais ser anti-social. Já o “bem comum” postula uma exigência que se faz à própria sociabilidade. Isto é, não se trata de um fim do direito, mas da própria vida social (cf. Ferraz Jr, 1978, v.10)”. FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.292-293.

princípios, garantias e deveres<sup>422</sup>, do que emanaria aprioristicamente, tal como no art. 1º do CPC, um papel eminentemente estético<sup>423</sup>, mas que se revela justificado pela pedagogia de introjetar a referida cultura nos operadores do sistema de Justiça, rememorando a todo tempo dos mencionados valores.

Porém, verifica-se que ao tratar dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência, trouxe o CPC uma inovação normativa relevante para a conformação do modelo de processo e sua aplicação.

Por derradeiro, quanto à eficiência, percebe-se que se transpôs um princípio geral da Administração Pública, previsto na Constituição Federal a partir da Emenda 19/1998 e aplicável, em linha de princípio, à atividade-meio do Poder Judiciário para sua atividade-fim.

Com efeito, a eficiência parte de uma noção finalístico-normativa, que se divisa dos conceitos de eficácia e efetividade, sendo firmada a partir da relação positiva entre os meios alocados em determinado propósito e os resultados obtidos.<sup>424</sup>

O referido princípio deve orientar a condução do processo, com vistas a um resultado (solução do litígio submetido à apreciação do Poder Judiciário) com maior produtividade e

422 Neste sentido, infere-se norma quanto ao respeito aos fins sociais, bem comum e dignidade da pessoa humana a partir da leitura do preâmbulo, art. 1º, 3º e 226, §7º. Princípio da legalidade a partir do art. 5º, inciso II e publicidade a partir do art. 5º, inciso LX; art. 37, caput e art. 93, IX da Constituição Federal.

423 “Com essas referências, o legislador passa a mensagem de que está “atualizado dogmaticamente”. Essa parcela do art. 8º cumpre, assim, um papel estético e confere ao CPC certo glamour: o Brasil estaria recebendo um “belo” texto normativo, produto das mais avançadas concepções sobre o fenômeno jurídico, nada obstante a transcrição, na primeira parte, de um enunciado normativo escrito para e em outra época e que, além disso, possui forte conotação autoritária. A mistura é evidente”. DIDIER JR., Fredie. Comentários ao art. 8º do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.24-25.

424 “A eficiência não se confunde com a eficácia, nem com a efetividade. Numa noção mais elementar, eficácia consiste na aptidão para produzir efeitos, enquanto a eficiência mede a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados. Já a efetividade, para Natalino Irti, é suscetível do desenvolvimento histórico, constituindo o atributo empírico das normas jurídicas. A eficácia, cumpre repetir, consiste na aptidão ou na capacidade da norma ou do fato jurídico para produzir efeitos, independentemente de sua efetiva produção. É a qualidade para ser eficaz. Já a efetividade relaciona-se com o cumprimento das normas jurídicas: uma norma é efetiva quando seja cumprida por seus destinatários. Enquanto a eficácia é a aptidão para produzir efeitos, a efetividade constitui uma medida de concretização dos efeitos previstos na norma. A efetividade é, então, “uma medida de realização concreta (= posterius fático) dos efeitos calculados in abstracto na norma jurídica (= prius lógico)”.<sup>4</sup> Para alcançar-se a efetividade, existem as sanções e os instrumentos coercitivos. A efetividade não se cinge apenas a isso, estando igualmente relacionada com a assimilação psíquico-social dos problemas jurídicos em geral. Por sua vez, a eficiência, como já registrado, mede a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados. Quanto maior o rendimento de produção mais eficiente será a atividade desenvolvida. A eficiência relaciona-se com o alcance de finalidades pré-estabelecidas, dizendo respeito aos meios empregados para tanto. Haverá eficiência se os meios adotados forem ótimos, gerando pouco esforço ou dispêndio, com o melhor resultado possível. A eficácia é, então, uma noção lógico-normativa, enquanto a efetividade constitui uma noção empírico-normativa, sendo a eficiência uma noção finalístico-normativa”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol.223/2014, p.65-84, jul./2014.

qualidade e com menor dispêndio de recursos, o que norteia a atividade probatória e fomenta a prática de atos de autorregramento pelos litigantes, tais como as convenções processuais típicas.<sup>425</sup>

Assim sendo, o princípio da eficiência tem também as partes como destinatárias, de sorte que nos moldes do equilíbrio de atuações intentado pelo modelo de processo vigente, não se revela, de todo, inconcebível que os atos de autorregramento das partes conduzam a técnicas de gerenciamento interprocessual, ensejo no qual deverão atentar para a promoção da eficiência processual, sob pena de invalidação.<sup>426</sup>

De outro giro, a inserção da razoabilidade e proporcionalidade, cuja integração ou qualificação como institutos autônomos é matéria de expressiva controvérsia doutrinária registrada por Samuel Meira Brasil Jr.<sup>427</sup>, representa o aporte na qualidade de critérios de

---

425 “Nessa linha, andou muito bem o Código, ao homenagear a eficiência em dispositivos específicos, não somente a anunciando de forma genérica (e, ironicamente, ineficiente). Tomando-se como base os vetores apontados nesse trabalho, vemos que vários deles se consubstanciaram em instrumentos da nova legislação. [...] A centralidade dos acordos processuais, por meio da cláusula geral permissiva de negócios atípicos do artigo 190, é outra via que se abre para o desafogamento dos feitos, evitando engessamentos acrílicos. As partes, além de compactuar entre si, podem contratar com o juiz, a exemplo da calendarização processual”. RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Princípio da eficiência processual e direito à boa jurisdição. *Revista de Processo*, vol.275/2018, p.89-117, jan./2018.

426 “A norma-princípio não é apenas dirigida ao juiz. O magistrado não é o único sujeito que conduz a marcha processual. O modelo processual adotado é o cooperativo, que permite inclusive a gestão processual pelas partes, mediante a celebração dos negócios jurídicos processuais. Seria altamente contraditório atribuir poderes de condução do procedimento às partes, mas delas não se exigir contribuição para uma gestão eficiente. Isso corresponderia ao entendimento de que o processo se desenvolve no único interesse das partes, o que contrariaria o modelo processual adotado. [...] Quanto as partes praticam atos de gestão processual, elas devem contribuir para atingir o fim proposto pelo princípio da eficiência. Nesse sentido, os negócios processuais que não promovam a eficiência processual podem ser, inclusive, invalidados pelo juízo, mediante prévia consulta e devida fundamentação, com a ponderação concreta entre o direito fundamental à liberdade e o direito fundamental ao processo eficiente”. CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.110 e 157.

427 “Alguns autores incluem a razoabilidade (*Zumutbarkeitsgtundsatz*) no critério de proporcionalidade em sentido estrito, enquanto outros como Rüdiger Konradin Albrechet, citado por Humberto Ávila, tratam a razoabilidade como significado normativo autônomo. Há que considere que a razoabilidade (dos norte-americanos) é o fenômeno base que tem sido chamado de proporcionalidade (autores com influência germânica). Para quem a aceita como fenômeno distinto da proporcionalidade, a razoabilidade decorre da verificação das condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos, isto é, de um exame “concreto-individual” dos bens jurídicos envolvidos. Assim, a razoabilidade seria uma ponderação entre princípios para uma “concreta aplicação relativamente a determinado sujeito”. Uma questão instigante reside em investigar se é possível existir problemas abstratos (e não concretos) em que princípios colidiram, para distinguir, assim, a proporcionalidade em sentido estrito da razoabilidade. Muito embora a doutrina mais autorizada negue, parece-nos ser possível aplicar a proporcionalidade em problemas abstratos. A consideração de circunstâncias delimita o contexto, permitindo uma ponderação in abstracto da situação, mesmo quando não exista a situação concreta”. BRASIL JR, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo. Atlas, 2007, p.101-102.

aplicação do ordenamento jurídico, estando o CPC atento para a real possibilidade de colisão entre princípios, a ser solucionado com ponderação.<sup>428</sup>

Ademais, a norma fundamental do art. 8º, encontra relevante campo de concretização no art. 489, § 1º, II e § 2º do CPC, que ao estabelecer ditames para a idônea fundamentação das decisões judiciais reclama a explicitação da incidência de conceito jurídico indeterminado as diretrizes de ponderação realizada, o que contribui para que a aplicação da proporcionalidade seja racional, ao largo do decisionismo judicial.<sup>429</sup>

### 3.1.3.12. Convenções processuais probatórias e vetores de aplicação do CPC

Observa-se que os vetores aplicativos do Código de Processo Civil em epígrafe concretizam as suas normas fundamentais e o próprio modelo constitucional de processo, de modo que, conquanto inseridas neste contexto, as convenções processuais probatórias devem guardar compatibilidade com os valores em epígrafe, que funcionam como standards de controle, sempre compatibilizado com o igualmente relevante valor da liberdade.

### 3.1.3.13. Dos trilhos para a fundamentação adequada das decisões judiciais (art. 11 e 489 do CPC) e do sistema de precedentes (art. 926 e 927 do CPC)

A norma fundamental do art. 11 do CPC enuncia em linha de princípio reprodução de dispositivo contido no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal, que ao tratar dos princípios a serem observados em lei complementar pertinente ao Estatuto da Magistratura, enuncia a publicidade dos julgamentos, ressalvadas hipóteses específicas e a necessidade de que as decisões judiciais sejam fundamentadas.

Neste aspecto, poderia ser afirmado que a norma em testilha guarda o mesmo caráter pedagógico dos dispositivos anteriores.

Portanto, é indiscutível a incidência, em regra, da publicidade nos atos processuais, ressalvadas as hipóteses legais, tal como as elencadas pelo art. 189 do CPC, bem como da necessidade de fundamentação como garantia do jurisdicionado e modo de legitimação

---

428 DUARTE, Leonardo de Faria. Ponderações sobre a ponderação – o §2º do art.489 do novo código de processo civil. In: FILHO, Antônio Carvalho. SAMPAIO JÚNIOR, Herval. (coord.). *Os Juízes e o novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2017, p.281-283.

429 SILVA, Bernardo Braga e. A garantia da fundamentação das decisões judiciais e o novo código de processo civil: o caráter didático dos § 1º e 2º do artigo 489 do NCPC. In: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. GRECO, Leonardo. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (coord.). *Inovações do código de processo civil de 2015*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017, p.329.

democrática do Poder Judiciário, sob pena de nulidade, do que, em si, não se infere grandes novidades.<sup>430</sup>

Não obstante, esta lógica é modificada pelo seu complemento trazido no art. 489 do CPC, que estabelece legítimos contornos para a fundamentação, vista por Daniel Mitidiero como “o discurso do Estado Constitucional para o caso.”<sup>431</sup>

Assim, conquanto em seu *caput* e incisos o art. 489 contempla redação quase idêntica ao art. 458 do CPC/73, estabelece os requisitos essenciais da sentença (relatório, fundamentação e dispositivo), seus parágrafos enunciam com minúcias rígidos critérios para que se repute fundamentado e, por consequência, válido, o pronunciamento jurisdicional.

Inicialmente, o § 1º do art. 489 determina por meio contraposto, ao asseverar quando não a considera como tal, um “roteiro” para a elaboração da decisão judicial<sup>432</sup>, que deverá, de maneira individualizada (não se limitando a invocar motivos que se prestariam genericamente a justificar outras decisões), bem como explicar a relação de atos normativos citados com a causa ou questão decidida, explicar o motivo concreto da incidência de conceitos jurídicos indeterminados no caso em análise, enfrentar todos os fundamentos deduzidos que se revelem

430 “Uma decisão sem a devida fundamentação contém vício sério, porque, além de afrontar o texto constitucional expresso, impede o acesso da parte sucumbente aos tribunais, impede a atuação desse órgão na revisão da decisão e, pior, do que tudo isso, permite que se façam ilações a respeito da imparcialidade e lisura do julgador, o que é altamente prejudicial para a imagem do Poder Judiciário. Essa nulidade absoluta deve atingir inclusive as pseudomotivações, encontradas cada vez com maior frequência na praxe forense, como “defiro por presentes os requisitos” ou ainda “concedo, nos termos da lei”. NEVES, Daniel Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016, p.29.

431 “Quanto à motivação das decisões judiciais, basicamente dois problemas surgem para consideração: (i) a extensão do dever de motivação; (ii) a motivação das decisões diante de princípios, regras e postulados, de um lado, e dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais, de outro. A adequada solução das questões daí oriundas é essencial para o fiel cumprimento do dever de motivação das decisões judiciais e, portanto, para que o discurso do Estado Constitucional para o caso concreto seja juridicamente responsável.” [...] A motivação da decisão no Estado Constitucional, para que seja considerada completa e constitucionalmente adequada, requer em sua articulação mínima, em síntese: (i) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para, (i.i) individualização das normas aplicáveis; (i.ii) acertamento das alegações de fato; (i.iii) qualificação jurídica do suporte fático; (i.iv) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; (ii) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados e (iii) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz sido racionalmente correta. Em “i” devem constar, necessariamente, os fundamentos arguidos pelas partes, de modo que se possa aferir a consideração séria do órgão jurisdicional a respeito das razões levantadas pelas partes em suas manifestações processuais. “. MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, vol.206/2012, p.61-78, abr./2012.

432 “Trata-se, com efeito, de verdadeiro roteiro para elaboração daquilo que a doutrina considera como pronunciamentos judiciais. O dispositivo traz uma série de hipóteses em que não se considera fundamentada a decisão do magistrado e que, por consequência lógica, impõe um dever quanto ao método de elaboração da decisão e, por conseguinte, da fundamentação nela contida. Uma interpretação a contrario sensu permite identificar com clareza quais as premissas para que a justificação seja adequada. Cada uma dessas premissas, tendo em vista o referencial teórico anteriormente tratado, merece especial reflexão e permite identificar os pontos que, necessariamente, devem estar presentes na fundamentação”. SCALABRIN, Felipe. SANTANNA, Gustavo. A legitimação pela fundamentação: anotações ao art.489, § 1º e 2º, do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 255/2016, p.17-40, mai./2016.

aptos a infirmar a conclusão adotada e aplicar corretamente os precedentes e enunciados sumulares, identificando seus fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) e pertinência, impertinência (distinção) ou superação.

Já o seu §2º encerra uma metanorma destinada à interpretação e aplicação do ordenamento jurídico que transporta para o Código o postulado da ponderação como solução possível para o conflito entre enunciados normativos que apresentem soluções diversas, em um “conflito de normas<sup>433</sup>”, asseverando que no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Nesta linha, malgrado as falhas identificadas pela doutrina em sua redação, quanto à atecnia da expressão conflito de normas e equívoco na ordenação dos atos a serem adotados no procedimento de ponderação<sup>434</sup>, o dispositivo abarca uma importante tecnologia para a aplicação da referida técnica.

Por fim, o § 3º, corroborando com a norma fundamental do art. 5º, estabelece parâmetro para a interpretação da decisão judicial, levando-se em conta todos seus elementos e o postulado da boa-fé.

---

433 “O art. 489, 2º, exemplifica como a fundamentação deve se dar em semelhantes hipóteses valendo-se do postulado da ponderação – uma norma sobre como aplicar outras normas (norma de segundo grau ou metanormas). O legislador poderia ter exemplificado essa necessidade de justificação racional das escolhas interpretativas aludindo a outros postulados direcionados à aplicação de outras normas, como os postulados da proporcionalidade, da razoabilidade (mencionados no art.8º), da concordância prática ou da proibição do excesso. Poderia ter exemplificado inclusive com textos que dão lugar a normas de primeiro grau, que também dependem de escolhas racionais para adequada adscrição de sentido normativo. Optou por fazê-lo em relação à ponderação”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*, 3 ed., v.02, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 457.

434 “Ao que tudo indica, tal expressão (“colisão entre normas”) foi utilizada equivocadamente. Ao que parece, o legislador está a tratar da colisão de princípios de matriz alexyana. Essa é, pelo menos, uma forma de tornar o dispositivo legal compreensível. [...] Além do aparente equívoco na expressão “colisão entre normas”, o § 2º do art. 489 do novo CPC menciona, também, que o juiz deve enunciar “as razões que autorizam a interferência na norma afastada”. Novamente o uso do termo “norma” ao invés de “princípio” dificulta a compreensão do texto legal. Além disso, o emprego da palavra “afastada” exclui (indevidamente) a possibilidade – sempre desejada, tendo em vista a unidade da Constituição – da mera afetação (ou não satisfação) do princípio que esteja em colisão com outro que, sob determinadas circunstâncias, goza de preferência, observadas as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Acrescenta, ainda, o novo dispositivo legal que o julgador deve enunciar igualmente “as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. Tal orientação – associada ao mal uso (ou, segundo os críticos das teorias de base argumentativa e defensores da existência de uma “resposta correta”, até mesmo o “bom” uso) da ponderação nos casos de “colisão entre normas” (conforme a redação do § 2º do art. 489 do novo CPC) – pode levar a decisionismos, como a equivocada conclusão de que o juiz estaria autorizado a decidir de forma subjetiva, de acordo com as suas preferências, e não conforme o Direito, ou que poderia primeiro decidir para só então procurar fundamentar sua decisão”. DUARTE, Leonardo de Farias. *Ponderações sobre a ponderação – o §2º do art.489 do Novo Código de Processo Civil*. In: FILHO, Antônio Carvalho. JÚNIOR, Herval Sampaio (coord.). *Os Juizes e o Novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2017, p.281-303.

De outro lado a imposição de fundamentação analítica das decisões judiciais trazida pelo art. 489 do CPC, culmina com a extensão do rigor argumentativo para as manifestações das partes, o que fomenta a necessidade do diálogo e a qualidade da participação dos sujeitos parciais.<sup>435</sup>

Percebe-se, portanto, que a exigência de fundamentação adequada das decisões judiciais (que não se confunde com prolixidade)<sup>436</sup> contribui para o aprimoramento do diálogo e da participação dos sujeitos do processo, e, decisivamente, para a tutela do autorregramento, mormente como parâmetro condicionante de atos e convenções que atentem contra tal dinâmica.

Este trilha da fundamentação adequada das decisões judiciais e da técnica de ponderação se revela assaz importante para a compreensão dos limites para as convenções probatórias e sua valoração, conforme enfrentado em momento oportuno.

Por fim, não se descarta que em prosseguimento a uma tendência evolutiva de valorização da jurisprudência, o CPC vigente abarcou uma sistemática de precedentes vinculantes com maior força e extensão.<sup>437</sup>

---

435 “Assim, o legislador, ao tempo em que impõe ao juiz que se abstenha, na fundamentação de seus julgados, de se limitar a reproduzir (ou parafrasear) os textos legislativos, se explicar sua relação com a causa ou a questão decidida (art. 489, § 1º, I), de empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (art.489, § 1º, II) e de invocar motivos que serviriam para justificar qualquer outra decisão (art.489, §1º, III), culmina por lhe autorizar, implicitamente, que julgue improcedente o pedido formulado quando o autor não atender esses pressupostos; ou então que acolha a pretensão quando o postulante os atender e o réu não lograr esclarecer, com o mesmo rigor argumentativo, as razões que fundamentam a sua resistência ao pleito autoral. De igual modo, a determinação do Código de 2015 a que o julgador que enfrente as razões deduzidas pelas partes no processo (art.489, § 1º, IV), pode induzir, nos casos concretos, o reconhecimento de que o réu, porque não dialogou, em sua peça de defesa, com o que foi afirmado pelo autor em sua petição inicial (por exemplo porque se limitou a apresentar contestação padronizada), não exerceu o ônus da impugnação especificada (extraído pela doutrina, na vigência do código de 1973, dos seus artigos 300 e 302, que tiveram suas disposições reproduzidas pelos artigos 336 e 341 do Código de 2015), que tem efeitos semelhantes aos da revelia. Nesse caso, poder-se-ia verificar, na casuística, a decretação da procedência do pedido, fundada na presunção de veracidade das razões apresentadas pelo autor, pautada na circunstância de que o réu não haver observado em suas manifestações processuais, a metódica de fundamentação concedida pelo Código de 2015”. MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.184-188.

436 “Adverta-se que o que o Código de Processo Civil de 2015 almeja com a comentada regulamentação não são decisões longas e prolixas, mas sim decisões devidamente fundamentadas. Isto é, não se quer que os magistrados gastem 15 laudas para decidirem processo simples, mas que não gastem apenas uma linha fingindo que estão fundamentando aquele caso, por exemplo, dizendo “defiro o pedido, com base no art.X da Lei Y”. Até porque, decisão fundamentada não se confunde com decisão longa, sendo possível ter-se uma sem a outra”. SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. *Princípios processuais constitucionais*. 2ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p.170.

437 MELLO, Patrícia Perrone Campos. BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, ano 16, n.3, jul./set.2016.



A referida opção, dotada de potencial de incremento do Sistema de Justiça, por meio de desideratos como o aperfeiçoamento da unidade e do desenvolvimento do direito, a clareza, generalidade, previsibilidade e igualdade no tratamento dispensado ao jurisdicionado e o incremento de racionalidade econômica e da legitimação institucional do Judiciário<sup>438</sup>, reclama uma nova conformação do agir dos sujeitos processuais.

Como corolário, uma plêiade de técnicas conduz ao abreviamento da cognição e aplicabilidade dos precedentes, tal como verificado na tutela da evidência (art. 311, II), na improcedência liminar do pedido (art. 332) e na decisão monocrática de conflitos de competência (art. 955) e de recursos (art. 932, IV).<sup>439</sup>

Nesta senda, conforme asseverado por obra paradigma de Hermes Zaneti Jr.<sup>440</sup>, o sistema estruturado implica no prestígio ao contraditório, sobretudo na vedação a decisões surpresas (art. 10), exige a adequada fundamentação das decisões judiciais (art.489), cuida de enunciar rol de precedentes vinculantes (art. 926 e 927) e reforça as técnicas processuais para sua consolidação e controle, como no incidente de resolução de demandas repetitivas, no incidente de assunção de competência e na reclamação, preocupando-se sobremaneira na adequada identificação dos fatos relevantes para a solução de direito estabelecida pelo caso-precedente (*ratio decidendi ou holding*), cuja implicação quanto à convencionalidade probatória será examinada em momento oportuno.

#### 3.1.3.14. Convenções processuais probatórias, fundamentação das decisões judiciais e precedentes

Percebe-se que a fundamentação adequada das decisões judiciais figura como garantia de primeira ordem no modelo de processo vigente e que esta se liga sobremaneira à prova produzida no processo, bem como deve o Judiciário dispensar tratamento igual a casos idênticos, de modo que as convenções processuais probatórias não podem implicar em violação ao substrato cognitivo para tal desidetato.

---

438 MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.103-116.

439 REGGIANI, Gustavo Mattedi. *Improcedência liminar do pedido no novo CPC: causas típicas e atípicas*. Curitiba: Juruá, 2018, p.68

440 ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p.370-381.

### 3.1.3.15. Do procedimento flexível

A existência e o encadeamento dos atos processuais são usualmente determinados por opção legislativa, que pode se manifestar tanto por meio de um procedimento comum, de aplicação genérica a todos os conflitos, quanto por procedimentos especiais, destinados à adequação de tais regras, quando se revelam inconvenientes ou insuficientes à prestação jurisdicional eficiente em face do peculiar direito material<sup>441</sup>, sendo possível, nos moldes do §2º do art. 327 do Código o livre trânsito de técnicas entres os procedimentos.<sup>442</sup>

Todavia, os sujeitos do processo também se encontram investidos no poder de flexibilizá-lo, o que pode ocorrer por meio da aplicação das técnicas da conversão, fungibilidade e adaptação.<sup>443</sup>

A possibilidade de flexibilização do procedimento é um traço evolutivo do direito processual civil, visto que as referidas técnicas contribuem para o atendimento das particularidades da relação jurídica processual. Pode ser classificada como legal, judicial ou convencional.<sup>444</sup>

Inicialmente a flexibilização do procedimento tipificado pela norma pode decorrer de imposição do próprio ordenamento jurídico, que pode prever diferentes itinerários

---

441 SICA, Heitor Vicente Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 208/2012, p.61-89, jun.2012.

442 “Dele pode se extrair a conclusão de que o procedimento comum é adaptável, maleável, flexível, bem diferente do modelo tradicional; de que ele é receptivo à incorporação, ainda que episódica, de técnicas diferenciadas pensadas para procedimentos especiais. O procedimento comum passa a ser território propício para inserção de técnicas procedimentais desenvolvidas para a tutela de determinados direitos. Essa cláusula geral pode ser a fonte normativa da reafirmação e do desenvolvimento do princípio da adequação do procedimento. De todo modo ao menos há uma certeza: o procedimento comum, no processo civil brasileiro, não é rígido. Um exemplo: a técnica da cognição limitada no procedimento possessório (irrelevância da alegação de domínio) pode ser aplicada no procedimento comum, caso se cumulem pedidos possessório e de resolução de contrato. Se isso ocorrer, o procedimento seria o comum, mas a cognição, em relação ao pedido possessório, seria limitada. Esse dispositivo, cujo alcance ainda precisa ser dimensionado, é muito rico. “. DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: JusPodivm, 2018, p.70-71.

443 “Na primeira hipótese, é possível que se faça a troca ou substituição de mecanismos processuais, sem que haja qualquer consequência processual significativa decorrente dessa escolha. Na segunda hipótese, dá-se à parte liberdade de escolher entre duas ou mais vias processuais, apontando a que lhe pareça mais adequada e eficaz. Na terceira hipótese tem-se o aproveitamento de um meio equivocadamente utilizado como se fosse o mais correto. Não obstante a diferenciação apontada pela doutrina, é comum que se trate a fungibilidade como troca, no sentido de conversão formal ou como aproveitamento processual de ato em princípio inadequado.” FARIAS, Bianca Oliveira. FERREIRA, Daniel Brantes. Os poderes do juiz: análise comparativa entre CPC e o CPP. In: PORTO, José Roberto Sotero de Mello. RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. (coord.). *Direito processual contemporâneo: estudos em homenagem a Humberto Dalla Bernardina de Pinho*. Rio de Janeiro: LMJ: 2018, p.70.

444 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaituba: Foco, 2021, p.41-48.

procedimentais a depender das circunstâncias do caso submetido à apreciação, com rotas curtas, médias e longas.

É o que se verifica na improcedência liminar do pedido (caminho curto), julgamento antecipado de mérito (caminho médio), e procedimento com dilação probatória (caminho longo), assim como no julgamento dos recursos, que, a depender do resultado, pode engendrar a técnica de julgamento ampliado (art. 942).<sup>445</sup>

No mais, pode decorrer da gestão do processo pelo magistrado, à luz das alternativas trazidas pelo sistema ou do desempenho de seus poderes, dentro da atribuição do *case management*, que implica na busca da compatibilidade responsável do desenho procedimental com as particularidades do caso concreto, sendo manifestado por meio da gestão administrativa da unidade, na busca de alocação eficiente dos recursos do Poder Judiciário, da gestão do litígio com vistas a seu direcionamento para o método adequado para sua solução no caso concreto e da gestão do procedimento, mediante adaptações e aplicações de técnicas aptas a aprimorar o rendimento, eficiência e racionalidade na prestação jurisdicional.<sup>446</sup>

São identificados exemplos de flexibilização judicial na determinação de medidas necessárias para o cumprimento da ordem, ainda que sem requerimento das partes (art. 139, IV; 297; 497; 498 e 536); dilatação dos prazos processuais e alteração na ordem de produção de meios de prova (art. 139, VI).<sup>447</sup>

Destaca-se quanto a tal atuação, que o magistrado não possui propriamente discricionariedade para ajustar o procedimento, mas uma liberdade técnica de valoração e interpretação do sistema normativo e identificação sobre a medida mais adequada (procedimento tipificado ou flexibilizado e em que medida) para o alcance dos escopos do processo, que deverá ser objeto de explícita e racional fundamentação.

Por fim, a customização pode derivar da manifestação do autorregramento, haja vista a possibilidade de flexibilização procedimental decorrente da conduta das partes, quer em conjunto com o magistrado, tal como no calendário processual (art. 191), quer, com especial relevo, na prática de atos de disposição e celebração de convenções processuais.

---

445 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2018, p.199-200.

446 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Case management no Brasil*. *Revista ANNEP de Direito Processual*, vol.01, n.02, p.13-27, jun./dez./2020.

447 Exemplo trazido por TESSARI, Cláudio. Os poderes do juiz de adaptação de procedimentos processuais no âmbito do CPC/15 como uma forma de preservar os direitos fundamentais das partes. *Revista de Processo*, vol. 278/2018, p. 55-70, abr./2018.

A partir do princípio da consensualidade, certo é que a flexibilização consensual deve ser fomentada pelo Poder Judiciário como forma de empoderamento dos sujeitos parciais, cabendo constante diálogo, inclusive no contexto do controle de sua validade, como prestígio ao autorregramento.

De outro lado, inexistente hierarquia entre os critérios de flexibilização procedimental, que podem coexistir, sendo possível, ante o dinamismo da relação processual e o constante diálogo que neste deve se desenvolver, que a convenção que estabeleça a flexibilização consensual do procedimento, dentro da esfera de disponibilidade das partes, adira o magistrado, mediante ato de flexibilização judicial de seus poderes e prerrogativas ou reconhecimento de inexistência de prejuízo, como forma de otimização do instrumento de resolução de conflitos.

#### 3.1.3.16. Convenções processuais probatórias e flexibilização procedimental

O modelo de processo atual se revela permeável à flexibilização, sendo inserido dentro deste contexto as convenções processuais probatórias, que devem ser observadas como legítima modalidade.

### 3.2. DA LIMITAÇÃO OBJETIVA PARA AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS

A criatividade humana e a autorização para realizar ajustes atípicos quanto à atividade probatória não implicam em um autorregramento ilimitado, que não se revela compatível com um processo ordenado, disciplinado e interpretado à luz da Constituição, de sorte que se deve preconizar pelo equilíbrio e interdependência da atuação dos sujeitos parciais e imparciais, sem a retomada dos extremismos dos momentos pretéritos da ciência processual.

Entretanto, não se pode olvidar que o modelo de processo vigente é caracterizado pela incidência de valores como os princípios do dispositivo, da consensualidade, do contraditório, da cooperação e boa-fé e que a seara probatória concerne a tema de extrema importância para o alcance da solução adequada do litígio, coexistindo um direito fundamental e autônomo à prova com os poderes instrutórios subjacentes ao interesse público na sua correta aplicação, a ser equilibrados com a desejável manifestação da disposição quanto ao processo pelas partes.

Assim, enquanto é inquestionável que o autorregramento das partes na seara probatória não é ilimitado, sua concretização pressupõe que sejam adequadamente identificados os limites ao referido poder jurídico, bem como compreendidos quanto a sua justificação, de modo a proporcionar uma atividade de controle adequado pelo Poder Judiciário e a legítima tutela das expectativas dos sujeitos processuais, contribuindo para a cultura das convenções processuais.

### **3.2.1. Do parágrafo único do art. 190 do CPC e seus limites intrínsecos para as convenções probatórias**

Ao tempo em que as convenções probatórias se submetem aos planos de existência, validade e eficácia assim como todo negócio jurídico do qual são espécies, cuida o parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil de enunciar hipóteses específicas de invalidade, que figuram como limites explícitos à autonomia privada em matéria probatória.<sup>448</sup>

Com acerto observa Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior<sup>449</sup> que os aludidos requisitos de validade se referem em última análise à vulnerabilidade dos sujeitos convenientes e se relacionam com a perfeição da manifestação da vontade, associando-se aos vícios de consentimento clássico.<sup>450</sup>

Perceptível que os aludidos limites são objeto de escolha normativa e guardam referência ao plano da validade, especificamente quanto ao caráter livre da manifestação da vontade, devendo ser examinados sob este prisma.

#### **3.2.1.1. Da inserção abusiva da convenção probatória em contrato de adesão**

Atento à possibilidade de celebração de convenções pré-processuais, inseridas em cláusulas diferendo de contratos, o CPC enunciou como nulidade potencial sua inserção em contratos de adesão com abusividade, o que configura um filtro de conformidade residual, aplicável somente na hipótese de ineficiência das regras de direito material.

---

448 NEIZKE, Hélintha Coeto. *Limites e possibilidades para a propositura das convenções processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.129.

449 ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia - campo invariável e campo-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.) *Negócios processuais. Coleção grandes temas do novo CPC*. v.1. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p.305-306.

450 Em sentido distinto, com o entendimento de que se trata de incapacidade processual negocial como categoria específica, confira-se: DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v.1., 22ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.488-489.

O contrato de adesão é marcado pela redação unilateral das cláusulas por um ofertante, que, com preponderância, decorrente, não raro, de situação de monopólio ou de seu poderio econômico, conduz à simplificação do consentimento da parte adversa, à qual compete somente aderir às condições prefixadas, não raro, de maneira tácita.<sup>451</sup>

O Código Civil já se ocupa da proteção do aderente por meio de diretrizes complementares às do regramento genérico do direito contratual, que estabelecem a interpretação mais favorável de cláusulas ambíguas e contraditórias em favor deste (art. 423) e da nulidade de cláusulas que estipulem renúncia antecipada a direito resultante da natureza do negócio (art. 424), que têm por finalidade impedir que o contrato de adesão veicule um indevido “filtro de direitos” processuais de maneira inadvertida ao aderente.<sup>452</sup>

Já nas relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor enuncia a necessidade de os contratos neste contexto serem redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, inclusive com fontes e tamanho mínimo<sup>453</sup>, bem como a manutenção de tal *status* quando, apesar da possibilidade de inserção de cláusulas no formulário, existirem disposições elaboradas unilateralmente (art. 54).

---

451 A respeito, com apanhado de doutrina clássica sobre o tema, confira-se: NIESS, Lucy Toledo das Dores. Contrato tipo e contrato de adesão. *Doutrinas Essenciais de Obrigações e Contratos*, v.03, p.259-279, jun./2011.

452 “O disposto no art. 424 do CC é um acréscimo de limites para os contratos por adesão, de sorte que eles também deverão observar as balizas estabelecidas para os contratos em geral. Em outra dicção, os contratos por adesão não ficam isentos de observar os ditames da boa-fé objetiva e da função social. Ainda, os contratos por adesão, assim como qualquer outro regido pelo direito privado, estão submetidos ao controle de conteúdo promovido pela eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. A relação entre o arts. 424 do CC e o 190, parágrafo único, do CPC/2015 é óbvia. Este dispositivo menciona a impossibilidade de pactos de procedimento para hipóteses tidas pela lei como nulas. Ademais, o dispositivo do Código Civil em análise estatui inegável controle de conteúdo para os contratos, o que inclui os negócios jurídicos processuais. Dessa conjugação surge a norma segundo a qual o negócio jurídico processual não poderá acarretar, direta ou indiretamente, mitigação parcial ou total (neste último caso equiparável à renúncia), de direito inerente à natureza do contrato. O critério de referência não é o objeto do negócio jurídico processual (procedimento, ônus, poderes, faculdades e deveres processuais). Quer o ordenamento impedir que o negócio jurídico processual atue como um “filtro de direitos”, quando se tratar de contrato por adesão”. DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual – Parte III. *Revista de Processo*, vol.249/2015, p.141-172, nov./2015.

453 Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. (Redação dada pela nº 11.785, de 2008)

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Desta forma, conforme indicado por Behlua Maffessoni<sup>454</sup>, a lógica adotada pelo Código de Processo Civil concerne à manutenção do equilíbrio entre as partes da relação contratual e o prestígio ao consentimento informado do aderente, evitando que este se sujeite a convenção processual para litígio futuro, em relação à qual não teve conhecimento e/ou possibilidade de manifestação quando de conduta abusiva do proponente.

Todavia, a abusividade reclama valoração concreta, de sorte que não se revela aprioristicamente inválida toda convenção processual inserida em contrato de adesão, representando, por certo, um indicativo indiciário a ser ou não corroborado em concreto.<sup>455</sup>

Em aplicação efetiva do aludido parâmetro de controle, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reconheceu em sede de agravo de instrumento a abusividade de convenção processual inserida em contrato de adesão de transação extrajudicial na composição do litígio em ação de busca e apreensão de veículo em alienação fiduciária em garantia que possibilitava o cumprimento da liminar de retomada do bem independente de nova constituição do devedor em mora, na hipótese de inadimplência de qualquer das parcelas do débito renegociado.<sup>456</sup>

### 3.2.1.2. Da manifesta situação de vulnerabilidade de uma das partes

Em outra passagem do parágrafo único do art. 190 do CPC, encerra-se como hipótese específica de nulidade a situação de manifesta vulnerabilidade de uma das partes.

Cuida-se, conforme observado por Leonardo Carneiro da Cunha<sup>457</sup> de expediente destinado à tutela concreta da igualdade substancial entre os sujeitos processuais, enunciada pelo Código na norma fundamental do art. 7º e no rol dos deveres do juiz no art. 139, I.

Entende-se por *vulnerável* o indivíduo que experimenta uma fragilidade em circunstâncias especiais, que podem ser transitórias ou permanentes e conduzem à

454 MAFFESSONI, Behlua. *Convenções processuais probatórias e os poderes instrutórios do juiz*. Salvador: JusPodivm, 2021, p.96-97.

455 “Pensamos que o simples fato de constar de contrato de adesão não conduz à conclusão de que se deva ser rejeitada a aplicação do negócio jurídico processual: é necessário que se afira seu real poder de causar prejuízo à posição processual de uma das partes, gerando-lhe iniquidade ou inferioridade de posição processual. Para que seja declarada nula, a cláusula continente de negócio jurídico processual constante de contrato de adesão tem que ser abusiva. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao novo código de processo civil artigo por artigo*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.402.

456 TJRJ; AI 0027500-75.2019.8.19.0000; Campos dos Goytacazes; Décima Sétima Câmara Cível; Relª Desª Marcia Ferreira Alvarenga; DORJ 02/08/2019; Pág. 686.

457 CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art.190. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. (coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.322.

impossibilidade de negociação em igualdade e desequilíbrio contratual. O referido conceito tangencia ao de *incapaz*, contudo não se exaure neste.

Certamente que a vulnerabilidade no plano do direito material implica em relevante indício de vulnerabilidade também no plano do processo, o que, contudo, deve ser verificado casuisticamente, de sorte que se afigura possível a celebração de convenções probatórias válidas por partes que experimentam tal contexto, o que depende de uma valoração concreta.<sup>458</sup>

Atente-se, todavia, para que o sistema normativo não encerra aprioristicamente todas as hipóteses de vulnerabilidade aptas a ensejar a invalidade das convenções probatórias.

Embora exista proteção legal por meio de microssistemas a diversos grupos vulneráveis, como idoso, criança e adolescente, mulher vítima de violência de gênero, consumidor, índio e portador de deficiência<sup>459</sup> e, no mais, de opções ideológicas do sistema, como para o trabalhador, percebe-se que o art. 190 do CPC possui uma abertura mais ampla, agasalhando qualquer tipo de vulnerabilidade, advinda dos mais diversos fatores.<sup>460</sup>

458 “Assim, percebe-se que a vulnerabilidade material, embora possa gerar um indício de vulnerabilidade no processo, não o gera na celebração negócios jurídicos processuais. Isso porque, em que pese a vulnerabilidade material repercuta no processo, como ocorre com a inversão do ônus da prova, prevista pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), ela não impede a realização do negócio. Se a vulnerabilidade material não impede a realização da convenção processual, ela jamais poderá ser considerada como uma presunção de vulnerabilidade negocial, uma vez que não e configura como impedimento de celebração do negócio jurídico processual, nem gera a sua consequente negativa da aplicação. Dessa forma, os consumidores, os trabalhadores, as pessoas com deficiência, o idoso, o índio, a criança ou o adolescente, as mulheres que sofrem agressões, os alimentandos, as pessoas submetidas a tratamentos biomédicos, dentre outros, embora sejam vulneráveis materiais e tenham maior proteção legislativa, estão autorizados a negociar processualmente”. SOARES, Lara Rafaelle Pinho. A vulnerabilidade na negociação processual atípica. In: MARCATO, Ana. GALINDO, Beatriz. GÓES, Gisele Fernandes. BRAGA, Paula Sarno. APRIGLIANO, Ricardo. NOLASCO, Rita Dias. *Negócios processuais*. Coletânea mulheres no processo civil brasileiro. v.1. Salvador: JusPodivm, 2017, p.287-288.

459 Neste sentido as Leis 6.001/73 (Estatuto do Índio); 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 10.741/03 (Estatuto do Idoso); 11.340/06 (Lei Maria da Penha); 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). A respeito confira-se: GUSELLA, Gabriela Azeredo. *O controle judicial das convenções processuais pela manifesta vulnerabilidade da parte*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, 2020.

460 “O Código de Processo Civil de 2015, ao prever no seu art. 190, parágrafo único, in fine, a proteção da parte em manifesta situação de vulnerabilidade, estabeleceu uma inédita abertura para tutela de qualquer espécie de debilidade estrutural que possa emergir da realidade. A previsão, contudo, fica restrita apenas ao negócio jurídico processual. Apesar dessa delimitação, é possível que a doutrina reivindique uma interpretação de tutela para os vulneráveis em geral, haja vista a incoerente postura de proteger todos os vulneráveis apenas no que toca ao negócio jurídico processual. Tampouco parece correto que a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) autorize uma posição passiva diante do novo contexto. [...] O art. 190, parágrafo único, do CPC/2015 não se satisfaz com qualquer disparidade. Ao contrário, o dispositivo refere-se à “manifesta situação de vulnerabilidade”. Neste ponto pode apresentar grande utilidade hermenêutica o conceito de gross disparity identificável no art. 3.10 dos Princípios Unidroit. Para fins de aplicação do art. 190, parágrafo único, do CPC/2015 devem ser consideradas todas as vertentes da vulnerabilidade construídas pela doutrina e encampadas pela jurisprudência, a abranger a vulnerabilidade fática, a vulnerabilidade econômica, a vulnerabilidade informacional, a vulnerabilidade técnica, a vulnerabilidade científica, a vulnerabilidade jurídica, a vulnerabilidade do paciente, a vulnerabilidade de



Todavia, não é qualquer vulnerabilidade que implica na eiva da convenção processual, exigindo-se a qualificação como *manifesta*, representando uma patente disparidade com potencial implicação no resultado do processo, razão pela qual, segundo Antonio do Passo Cabral<sup>461</sup>, devem ser consideradas as circunstâncias concretas como elementos de controle das convenções processuais.

Conforme entendimento da jurisprudência, convenções que implicam em renúncia à possibilidade de exame de impenhorabilidade de valores constritos<sup>462</sup> ou que estabeleçam a possibilidade de imediata reintegração de posse de bem imóvel na hipótese de inadimplência sem prévia interpelação<sup>463</sup> configuram exemplos de situações em que o convenente se encontra em situação de vulnerabilidade, a justificar a intervenção no ato de autonomia privada.

### 3.2.1.3. Colisão de vulnerabilidades

Como decorrência do avanço do estágio civilizatório da sociedade, em que tem se dado o reconhecimento, afirmação e tutela jurídica em abstrato de diversos grupos vulneráveis, é inevitável como passo seguinte a existência de conflitos em que contendem indivíduos com distintos graus de hipossuficiência.<sup>464</sup>

Assim, ao passo em que alguns critérios normativos estabelecem prioridades dentro do mesmo grupo, tal como ocorrido no sistema do Estatuto do Idoso, em que os maiores de 80 (oitenta) anos contam com prioridade especial em detrimento aos maiores de 60 (sessenta) anos na forma do art. 3º, §2º da Lei 10.741/03.

Nesta toada, conforme já identificado, o CPC prevê uma plêiade de grupos vulneráveis, não se afigurando como ideal o estabelecimento de qualquer critério de preponderância, sendo essencial a valoração casuística, com vistas à tutela dos direitos

---

gênero, a vulnerabilidade da gestante, a vulnerabilidade do dependente químico. Isso sem contar, obviamente, com as manifestações da hipervulnerabilidade, o que já se analisou anteriormente”. DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual – Parte III. *Revista de Processo*, vol.249/2015, p.141-172, nov./2015

461 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.398.

462 TJSP; AI 2265563-25.2020.8.26.0000; Ac. 14273616; Campinas; Vigésima Segunda Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Alberto Gosson; Julg. 12/01/2021; DJESP 27/01/2021; Pág. 2721.

463 TJSP; AI 2194980-20.2017.8.26.0000; Ac. 12711210; Ourinhos; Nona Câmara de Direito Privado; Relª Desª Angela Lopes; Julg. 29/07/2019; DJESP 06/08/2019; Pág. 1870.

464 ROSENVALD, Nelson. Colisão de vulnerabilidades. In: ROSENVALD, Nelson. *O direito civil em movimento: desafios contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2017, p.98-100.

fundamentais processuais, nestes inseridos o direito à prova, no que se socorre de conceito específico de vulnerabilidade extraído do diploma processual.

#### 3.2.1.4. Da vulnerabilidade probatória (art. 373, § 3º do CPC)

Certamente uma das modalidades a justificar o rechaço à convenção se refere à *vulnerabilidade probatória*, extraída a partir do § 3º do art. 373 do Código de Processo Civil.<sup>465</sup>

Com efeito, o dispositivo em epígrafe engloba diversos aspectos do ônus da prova, como regra de atribuição estática (*caput* e incisos I e II); possibilidade de redistribuição *ope judicis* e critérios limitativos de tal atuação (§1º e § 2º), bem como convenção probatória típica que franqueia aos sujeitos a distribuição convencional na hipótese de cuidar-se de direitos disponíveis e desde que tal ato não torne “excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.

Tal manifestação pode-se dar tanto por meio da atribuição do ônus de produção de “prova diabólica”<sup>466</sup>, como quando, ainda que possível, implique em ônus financeiro e temporal hiperbólico para a colheita de meios de prova cuja demonstração se encontra ao encargo da parte.

Cuida-se, então, de valorosa baliza intrínseca para o controle das convenções processuais, de modo a se verificar se a manifestação de vontade do sujeito processual (presumivelmente válida) se encontra sob a eiva de vulnerabilidade que não se refere propriamente às qualidades pessoais do sujeito, mas à possibilidade de produção dos meios de

465 § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:  
I - recair sobre direito indisponível da parte;  
II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

466 “Assim, sempre que as peculiaridades do caso discutido impossibilitem que aquele que alegue violação a direito tenha acesso aos meios de prova, o que acontece quando se exige do autor a produção de uma prova extremamente difícil ou até mesmo impossível fere-se tanto a igualdade substancial das partes, como comentado acima, quanto o direito fundamental à prova. O nome dado pela doutrina em geral a esta prova impossível de ser produzida é *probatio diabolica*. A problemática envolvendo a prova diabólica não é exclusiva dos tempos atuais. Existem indícios da utilização da expressão ainda no período formular romano. A diferença básica da evolução do tema diz respeito ao fato de que atualmente se reconhece como prova diabólica não somente a circunstâncias de se provar fatos negativos, mas também toda a dificuldade de provar que surja da hipossuficiência técnica, das peculiaridades da controvérsia ou pela distância da parte ao material probatório. Exemplos de provas diabólicas são muitos: exigir daquele que alega a impenhorabilidade do bem de família a prova de que efetivamente trata-se do único imóvel do casal, como se fosse possível obter certidões negativas de todos os registros de imóveis do país; ou, ainda, em demanda que discuta a responsabilidade civil por erro médico, exigir do paciente a apresentação dos prontuários, bem como a comprovação de quais técnicas foram aplicadas em seu tratamento e em que medidas estas técnicas foram utilizadas de maneira equivocada etc”. CITOLIN, Eduardo Tonin. O ônus probatório nas lides ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, vol.69/2013, p.227-247, jan./mar./2013.

prova que socorrem às suas alegações, justificando, acaso verificada, o afastamento da norma convencional mediante fundamentação adequada.<sup>467</sup>

### 3.2.2. Da insuficiência dos limites intrínsecos estabelecidos pelo art. 190 do CPC. Rol exemplificativo de invalidades e existência de limites extrínsecos

Ao tratar do regramento das convenções processuais, o art. 190 do CPC estabeleceu limites e condicionantes *intrínsecos* (inserção abusiva em contrato de adesão e manifesta vulnerabilidade de um dos convenientes), que não se revelam isoladamente aptos a funcionarem como critérios de ajuste da compatibilidade com o modelo constitucional de processo.

Desta forma, do exame da redação do parágrafo único do dispositivo que alude ao controle “nos casos de nulidade *ou* de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontra em manifesta situação de vulnerabilidade”, entende-se que o legislador adota uma cláusula aberta, que implica em um rol exemplificativo de nulidades, do que dimana a constatação de que aos limites intrínsecos em epígrafe, somam limites *extrínsecos* decorrentes do sistema e das particularidades do direito probatório, que configuram igualmente hipóteses de nulidade.

Os aludidos limites se referem especificamente ao objeto das convenções probatórias e implicam em sua indeterminabilidade ou impossibilidade, afigurando-se sempre marcados pelo dinamismo na interação entre si e com os demais vetores do sistema processual.<sup>468</sup>

Portanto, tais limites figuram como balizas para o controle de sua conformidade como indicativos de prejuízo causado pela convenção, sendo tal interação dinâmica, à luz dos

467 MAFFESSIONI, Behlua. *Convenções processuais probatórias e poderes instrutórios do juiz*. Salvador: JusPodivm, 2021, p.99.

468 Quando do estudo de limites para a validade dos atos processuais, Samuel Meira Brasil Jr. indica a insuficiência de limites estáticos e indica que os de ordem dinâmica trazem uma racionalidade para o aludido controle, desde que com lastro em fundamentação adequada: “Conforme discutimos nas seções precedentes, a racionalidade de uma decisão judicial pode ser controlada por intermédio da análise dos argumentos (teoria da argumentação), identificando aqueles que mais pesaram na tomada da decisão (teoria dos princípios), para reconstruir e possibilitar a previsibilidade da própria decisão (teoria da ponderação). Identificando esses elementos, controla-se a racionalidade da decisão, justificando-se a atribuição de efeitos (eficácia) ao ato inválido. A invalidade do ato decorre de sua prática em desacordo com o modelo estabelecido pela lei. Porém, o modo de se realizar o ato também está sujeito a um controle de legalidade ou de constitucionalidade, confrontando-se a exigência com outras normas, sejam regras ou princípios. Se houver um princípio jurídico (situação jurídica ideal, modalizada deonticamente, que deve ser atingida em alto grau) que recomenda o afastamento da regra legal formalmente válida para se reconhecer a eficácia a outra regra legal formalmente válida ou a um outro princípio”. BRASIL JR., Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007, p.118-120.

elementos concretos e socorro à ponderação entre a norma-princípio do respeito ao autorregramento com as enunciações pelos limites.

Como decorrência do modelo vigente, configuram tais cláusulas gerais, cuja aplicação reclama atividade concretizadora, sendo fruto de contínuo debate entre os sujeitos processuais.

A desconformidade em concreto com tais elementos configura, para fins de controle, os casos de nulidade aludidos pela primeira parte do parágrafo único do art. 190 do CPC.

### **3.2.3. Dos limites extrínsecos para as convenções probatórias**

A partir da constatação de que os dois limites em epígrafe têm referência a aspectos específicos e não esgotam os parâmetros para a compatibilidade das convenções probatórias com o modelo constitucional de processo, indaga-se sobre quais outros limites são inferíveis do sistema.

#### **3.2.3.1. Panorama dos limites propostos pela doutrina**

Em complemento aos requisitos intrínsecos, que condicionam a validade dentro do seu regime jurídico, como toda e qualquer convenção processual, percebe-se que as convenções probatórias, como manifestação do poder de autorregramento das partes, se sujeitam também a limites exteriores, que funcionam como filtros adicionais de validade do ato dispositivo e devem ser controlados pelo Estado-Juiz, de modo a propiciar sua compatibilidade com o sistema normativo.

Porém, conforme observado por Trícia Navarro Xavier Cabral, a definição precisa dos limites para os atos de disposição processual, dentro dos quais se inserem as convenções probatórias apresenta dificuldades que decorrem da diversidade de tratamento conferido à matéria pela doutrina, que, não raro, trata simultaneamente de requisitos e limites sem distinções e emprega conceitos vagos, sendo imperiosa a adoção do referencial de caráter extrínseco como critério de caracterização dos limites.<sup>469</sup>

---

469 “Assim, o que se pretende demonstrar é que existem dois planos de análise: um relativo aos elementos que compõem os atos de disposição, concernentes à sua própria constituição e, portanto, intrínsecos, e outros relativos aos limites propriamente ditos, que seriam situações extrínsecas ao ato. [...] Conforme mencionado, a primeira constatação que se faz quando da análise dos limites dos atos de disposição relacionados pela doutrina é a de que há constante confusão em estabelecer o que são requisitos e o que configura os limites. A diferenciação é importante porque afeta o controle judicial e suas consequências jurídicas. Isso porque, embora o ato, em si, possa aparentar estar perfeito, contendo todos os elementos de existência, validade e eficácia, pode esbarrar em outras circunstâncias externas que também comprometem a sua regularidade, ensejando, assim, o controle judicial”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da*

É possível se identificar em diversos estudos sobre o tema uma variedade de possíveis condicionantes que influem na conformidade das convenções processuais, com rara distinção entre seu caráter intrínseco e extrínseco.

Em texto seminal sobre o objeto do presente estudo, José Carlos Barbosa Moreira<sup>470</sup> trata de requisitos de validade e hipóteses de nulidade e anulabilidade das convenções processuais e reconhece, com lastro na doutrina alemã, nas normas de caráter cogente os limites para convenções atípicas, alertando, todavia, que tal critério não se revelava satisfatório, dada a imprecisa linha divisória entre normas dispositivas e cogentes.

Remo Caponi<sup>471</sup> reconhece a possibilidade de abertura do processo para uma regulamentação negocial atípica em consonância com limites concernentes às normas imperativas de ordem pública e bons costumes, que ensejam uma “alocação proporcional dos recursos estatais, de modo a assegurar à coletividade um serviço eficiente de Justiça civil”.

Antonio do Passo Cabral<sup>472</sup> vislumbra na reserva de lei; boa-fé e cooperação; igualdade e equilíbrio de poder entre os sujeitos a natureza de limites gerais, e na implementação da cláusula geral de convencionalidade e colisão entre direitos fundamentais, limites específicos, propondo método de sopesamento para a concretização da aludida cláusula geral.<sup>473</sup>

Trícia Navarro Xavier Cabral<sup>474</sup> propõe serem os limites elementos externos com aptidão de limitar os atos de disposição dos sujeitos processuais os direitos fundamentais, garantias de caráter processual, matérias reservadas à disciplina por lei, prerrogativas e poderes do juiz, proteção a terceiro e administração judiciária.

---

*liberdade processual*. 2ed Indaiatuba: Foco, 2021, p.142.

470 “Em nossos dias predomina a tese da admissibilidade de convenções não autorizadas expressis verbis na lei, conquanto se esforcem os escritores em estabelecer limites, sem que se haja até agora logrado unanimidade na fixação dos critérios restritivos. O mais difundido desses critérios é o que se baseia na distinção entre normas processuais cogentes e normas processuais dispositivas. 12 Admitir-se-ia no âmbito destas e repelir-se-ia no daquelas a liberdade de convenção entre as partes. Não é certo, porém, que esse caminho leve a solução satisfatória em qualquer hipótese, antes de mais nada pela dificuldade que as vezes se encontra em tragar linha divisória nítida entre as duas espécies de normas”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *Revista de Processo*, vol.33/1984, p.182-191, jan.-mar./1984.

471 CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v.XII, p.740.

472 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.398-419.

473 Nesta linha: COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenção de terceiros*. Salvador: JusPodivm, 2018, p.120-132.

474 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p.142-151.

Por seu turno, Pedro Henrique Nogueira<sup>475</sup> vislumbra no formalismo processual limite para o espaço de autorregramento da vontade, demarcado pelas normas processuais de caráter cogente, aos quais se associam os requisitos intrínsecos. Para o autor, a síntese dos limites do autorregramento da vontade no formalismo tem por vantagem a fácil inferência a partir deste, de normas que integram o estatuto básico processual e a ordem da atividade processual, como dispositivo, direito de defesa, juiz natural, publicidade, legalidade, dentre outros.

Para Leonardo Carneiro da Cunha<sup>476</sup>, residem nas garantias fundamentais do processo, normas cogentes e objeto de reserva legal os limites para as convenções processuais, sendo tal posicionamento semelhante ao de Marcelo Pacheco Machado<sup>477</sup>, para quem deve ser mantido o núcleo essencial do devido processo legal, manifestado por princípios como publicidade, imparcialidade, contraditório, motivação e vedação de meios de prova ilícitos, dentro de uma ordem pública e bons costumes.

A obra de Diogo Assumpção Rezende de Almeida<sup>478</sup> se caracteriza por vincular os limites ao caráter intrínseco do objeto das convenções processuais, elegendo, a partir da ordem pública, diversos valores como previsibilidade do procedimento, igualdade entre os contratantes, contraditório e ampla defesa, busca da verdade, fundamentação das decisões judiciais, juiz natural, imparcial e independente, coisa julgada e celeridade como limites para os contratos processuais.

Já Lorena Miranda Santos Barreiros<sup>479</sup> defende a adoção de diretrizes para o aferimento da licitude das convenções processuais por meio de ponderação entre os direitos fundamentais conflitantes por meio de construção a partir da doutrina e dos precedentes.

Ao estudar a disponibilidade processual, Rodrigo Ramina de Lucca<sup>480</sup> vislumbra além dos condicionantes elencados pelo art. 190 do CPC e de validade de negócios jurídicos

---

475 NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.183-187.

476 CUNHA, Leonardo Carneiro. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. IN: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). *Negócios processuais. Coleção grandes temas do novo CPC*. Tomo 01, 3ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p.71-72.

477 MACHADO, Marcelo Pacheco. *A privatização da técnica processual no projeto de novo código de processo civil*. In: FREIRE, Alexandre. DANTAS, Bruno. NUNES, Dierle. DIDIER JR, Fredie. MEDINA, José Miguel Garcia. FUX, Luiz. Camarco, Luiz Henrique Volpe. OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (coord.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*, vol. III, Salvador: JusPodivm, 2014, p.349-350.

478 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTR, 2014, p.128-181.

479 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p.253-263.

480 LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.348-365.

em geral, a licitude do objeto e as questões de ordem pública como limites para a vinculação do Estado-juiz às convenções.

A doutrina de Flávio Yarshell<sup>481</sup> reconhece na observância ao devido processo legal e às normas processuais cogentes, associados aos aspectos quanto à licitude do objeto, elementos intrínsecos de validade das convenções processuais.

Ao examinar a matéria, Arruda Alvim<sup>482</sup> prospecta de plano a atividade judicial e o devido processo legal como limites ao poder de convencionar sobre o processo.

Já Leonardo Greco<sup>483</sup> vislumbra como limites para os atos de disposição processual a disponibilidade do direito material posto em juízo, o respeito ao equilíbrio e paridade de armas entre as partes e a preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito.

Bruno Garcia Redondo<sup>484</sup> aponta para uma gradação na liberdade de regramento das partes conforme o grau de interesse público tutelado no processo, inferível tanto do direito debatido neste ou na possibilidade de inferência de interesse público de processos em que se discute direitos privados, como, v.g, na utilização como paradigma para a formação de precedentes e julgamento de casos repetitivos e na extração de prova emprestada, gradação no âmbito de liberdade e indica como diretrizes preferenciais em seu controle a preservação do núcleo estritamente essencial de garantias processuais, a observância de situações consolidadas (prospectividade) e a eficiência processual.

Em obra destinada especificamente ao exame dos limites das convenções processuais, Helder Moroni Câmara<sup>485</sup> identifica como limite objetivo as normas de caráter cogente, bem como o caráter indisponível do direito, no qual se situaria convenção tendente a relativizar garantia constitucional em aspecto objetivo, sem embargo de disposição específica quanto a situações concretamente titularizadas, aos quais se associariam os elementos de validade.

---

481 YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? IN: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). *Negócios processuais. Coleção grandes temas do novo CPC*. Tomo 01, 3ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p.75-92.

482 ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.140-142.

483 GRECO, Leonardo. Atos de disposição processual. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. 1.ed. Out./dez./2007, p.04-06.

484 REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos*. Salvador: JusPodivm, 2020, p.178-219.

485 CÂMARA, Helder Moroni. *Negócios jurídicos processuais: condições, elementos e limites*. São Paulo: Almedina 2018, p.125-142.

Este entendimento se assemelha ao de Guilherme Puchalski Teixeira<sup>486</sup>, que nomeia como limites os requisitos de natureza formal, associados à ordem pública processual.

Nesta temática também se destaca a pesquisa de Hélintha Coeto Neitzke<sup>487</sup> que reconhece na boa-fé e na ordem pública processual limites gerais, e nas hipóteses de nulidades enunciadas pelo parágrafo único do art. 190 do CPC, consistentes em violação à reserva legal, vícios de consentimento e ofensa a direitos fundamentais, associados à inserção abusiva em contrato de adesão e manifesta vulnerabilidade, limites de caráter específico.

Para Alexandre Alberto de Azevedo Magalhães Júnior<sup>488</sup> as situações processuais de terceiros e do Estado-juiz, assim como as matérias submetidas a reserva legal, a preservação dos núcleos fundamentais e os liames das convenções típicas consistem em limites para as convenções processuais.

A seu turno, Júlio Guilherme Müller<sup>489</sup> aponta para a necessidade de conformação das convenções processuais com o núcleo essencial do modelo constitucional de processo, ao qual se associam os condicionantes de validade, nos quais insere os requisitos do negócio jurídico, associados à ordem pública e reserva legal.

Posição semelhante à dotada por Igor Raatz<sup>490</sup>, que reconhece na ordem pública, direitos fundamentais processuais e reserva legal, limites que se associam aos requisitos dos negócios jurídicos em geral e exigências do art. 190 do Código de Processo Civil.

Já Tiago Retes<sup>491</sup> indica que os limites de caráter exterior às convenções processuais consistem no núcleo duro dos direitos processuais, integrados por contraditório, cooperação, duração razoável, boa-fé, fundamentação racional, sistema de precedentes e publicidade dos atos, funcionando como um segundo filtro para o exame da compatibilidade das convenções processuais, que deve se dar à luz do postulado do *in dubio pro libertate*, máximo aproveitamento dos atos processuais, autonomia em relação às cláusulas de direito material e contraditório.

---

486 TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. *Negócios jurídicos processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p.207-217.

487 NEITZKE, Hélintha Coeto. *Limites e possibilidades para a propositura das convenções processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.124-138.

488 MAGALHÃES JÚNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. *Convenção processual na tutela coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2020, p.105-111.

489 MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.144-166.

490 RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p.234-247.

491 RETES, Tiago. *Convenções processuais sobre recursos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.57-147.



Adriano C. Cordeiro<sup>492</sup> reconhece na igualdade como ferramenta de auxílio para delimitação do espaço de normatividade convencional, ao qual são somados, além dos limites do parágrafo único do art. 190 do CPC, as normas cogentes e a ordem pública processual em posição que guarda similitude com a de Pedro Gil Zanetti.<sup>493</sup>

Para Lucas Mello Rodrigues<sup>494</sup> figuram como limites os poderes e deveres do magistrado, as matérias concernentes à ordem pública e as garantias constitucionais dos litigantes.

Já Paulo Mendes de Oliveira<sup>495</sup> quando trata das convenções como forma de flexibilização procedimental, identifica limites de ordem objetiva, ligados ao objeto das convenções processuais, que não podem implicar em redução das garantias processuais conferidas pelo legislador quanto aos direitos indisponíveis, bem como atingir direitos fundamentais inafastáveis e atribuir ônus excessivo ao Poder Judiciário e terceiros.

Adentrando nos estudos específicos sobre as convenções probatórias, Giovani Ravagnani<sup>496</sup> propõe, em adição aos requisitos que se vislumbra como intrínsecos ao ato, a existência de um limite temporal para as convenções sobre prova (até a prolação da sentença), assim como a possibilidade de contribuição dos limites quanto à arbitragem para a disciplina.

Para Luiz Guilherme Marinoni<sup>497</sup> as convenções probatórias não podem restringir a formação da convicção judicial, dado seu impacto no direito fundamental à decisão justa e dever do Estado de prestá-la e pela inviabilização da formação de coisa julgada sobre questão e precedentes.

Behlua Maffessoni<sup>498</sup> refuta a ideia de indisponibilidade do direito material e dos poderes instrutórios do juiz como limites para as convenções probatórias, defende a validade apriorística de renúncias genéricas à prova, desde que com esteio em consentimento livre e informado, indicando como limites a renúncia ao direito material, com prefixação do

---

492 CORDEIRO, Adriano C. *Negócios jurídicos processuais no novo CPC: das conseqüências do seu descumprimento*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 154-166.

493 ZANETTI, Pedro Gil. *Revisão contratual e negócios processuais*. São Paulo: Almedina 2019, p. 23-42.

494 RODRIGUES, Lucas Mello. *Projeção da autonomia privada no direito processual civil e sua contribuição para a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva*. São Paulo: Dialética, 2021, p.89-91.

495 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.256-262.

496 RAVAGNANI, Giovani. *Provas negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.177-197.

497 MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre a prova diante dos fins do processo civil. *Revista de Processo*, vol.288/2019, p.127-153. fev./2019.

498 MAFFESSONI, Behlua. *Convenções processuais probatórias e poderes instrutórios do juiz*. Salvador: JusPodivm, 2021, p.105-123.

resultado da demanda e em parâmetros extraídos das convenções típicas, como o § 3º do art. 373 do CPC.

Pedro Quintaes Peres<sup>499</sup> discerne na essencialidade da prova, por meio da valoração realizada pelo magistrado no exercício de seus poderes instrutórios como limite, vinculado à licitude do objeto da convenção probatória à luz da busca por uma decisão justa.

Em adendo, William Soares Pugliese e Thiago Simões Pessoa<sup>500</sup> defendem que as convenções probatórias não podem versar sobre os poderes e prerrogativas do juiz, nem restringir meios de prova em demandas em que se verifica a vulnerabilidade das partes se discute direitos indisponíveis ou violar direitos e garantias fundamentais, tal como se verifica na proscrição de meios de prova ilícitos e o direito fundamental à prova.

Por fim, em trabalho específico sobre os limites para as convenções atípicas, Renata Rodrigues Silva e Lima vislumbra limite de caráter infraconstitucional na reserva legal e de ordem constitucional em garantias processuais, refutando, todavia, a possibilidade de aplicação da proporcionalidade como critério de aferimento da validade das convenções em detrimento a direitos fundamentais, sob pena de violação à autonomia privada.<sup>501</sup>

Registradas as diversas posições doutrinárias, cumpre verificar quais elementos extrínsecos efetivamente correspondem aos limites para as convenções processuais em matéria probatória, o que reclama, todavia, considerações sobre a validade das normas jurídicas convencionais em consonância com o marco teórico ora adotado.

### **3.2.4. Dos direitos e garantias fundamentais**

#### **3.2.4.1. Justificação**

Em um Estado de Direito a liberdade goza de especial tutela, sendo sua projeção no ambiente do processo uma consequência natural.

Contudo, certo é que uma convenção processual probatória fundada no exercício irrestrito desta autonomia tem o potencial de atentar contra outros direitos e garantias

---

499 PERES, Pedro Quintaes. *A justa decisão como limite de validade dos negócios jurídicos processuais probatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p.184-186.

500 PUGLIESE, William Soares. PESSOA, Thiago Simões. Os negócios processuais probatórios e suas limitações. *Revista de Processo*, vol.314/2021, p.117-137, abr./2021.

501 LIMA, Renata Rodrigues Silva e. *Limites dos negócios jurídicos processuais: um estudo sobre o objeto das convenções atípicas*. Curitiba: Dialética, 2021, p.243-247.

revestidos de igual fundamentalidade, ensejando conflitos, que são mediados pela dignidade da pessoa humana.<sup>502</sup>

Deveras, a partir da dignidade humana, conciliam-se a imposição de respeito à autonomia em sua dimensão privada com fatores protetivos, como o reconhecimento do valor do indivíduo, da sua igualdade perante os demais sujeitos e da necessidade de se preocupar com a salvaguarda do mínimo existencial.<sup>503</sup>

Portanto, a aludida cláusula engendra a tutela da pessoa humana por meio de uma *eficácia negativa*, que resguarda o indivíduo em sua humanidade intrínseca, alheia a que a parte seja tratada como mero objeto da atividade processual ou destinatário passivo de uma decisão surpresa, assegurando-lhe o direito de participar da construção dos provimentos jurisdicionais, dentro do contraditório, do qual decorre o direito à prova.

Ademais, sua *eficácia positiva* exige uma atuação do ordenamento jurídico na promoção da autonomia patrimonial e existencial do indivíduo como protagonista de sua trajetória, o que se materializa nas convenções processuais.<sup>504</sup>

Desta forma, no conflito entre as próprias facetas da dignidade humana e direitos fundamentais não existe solução apriorística, de sorte que em um modelo constitucional de processo o regramento a prova por convenção das partes deve guardar coexistência harmônica com os demais direitos e garantias de igual *status*, que se afiguram como limites em potencial.

Assim, tanto direitos de ordem material, quanto os processuais representam filtros externos à conformidade das convenções probatórias, o que decorre da sua eficácia direta (horizontal) nas relações entre particulares e da sua projeção no campo do processo.<sup>505</sup>

---

502 “Assim, a autonomia privada, como elemento essencial da dignidade humana, oferece um relevante parâmetro para a definição do conteúdo e do alcance dos direitos e liberdades, mas não dispensa o raciocínio jurídico da necessidade de sopesar fatos complexos e de levar em consideração normas aparentemente contraditórias, com a finalidade de atingir um equilíbrio adequado diante das circunstâncias”. BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*.3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.83.

503 Elementos propostos por SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p.91-94.

504 ROSENVALD, Nelson. A dignidade da pessoa humana no CPC/2015. In: ROSENVALD, Nelson. *Direito civil em movimento: desafios contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2017, p.59-60.

505 DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual – Parte III. *Revista de Processo*, vol.249/2015, p.141-172, nov.2015.

### 3.2.4.2. Exemplos de direitos fundamentais materiais e processuais que limitam as convenções probatórias

Quanto aos direitos de caráter *material* que constam explícita ou implicitamente do texto constitucional e figuram como limites para o poder de autorregramento, pode-se enumerar os direitos à vida, segurança, dignidade, liberdade de locomoção, igualdade e propriedade, sendo divergentes convenções que atentem contra estes, conforme valoração casuística<sup>506</sup>, sobretudo pela possibilidade de subversão da sua tutela jurisdicional adequada no processo por meio de restrições indevidas no campo probatório.

Portanto, visto que o processo figura como instrumento para tutela de direitos fundamentais e que a adequada verificação dos fatos alegados como sustentação das pretensões é necessária para prestação jurisdicional, a autorregulamentação que torne em termos práticos impossível tal atividade implica em lesão direta ao sistema, sendo proscrita pelo sistema jurídico constitucional.

De igual sorte, existem direitos e garantias de manifestação *processual*, que representam um mínimo essencial impassível de supressão.<sup>507</sup>

Infere-se da cláusula do devido processo legal um manancial de direitos e garantias fundamentais de cunho processual que atuam como critérios de valoração da regularidade das

---

506 “Assim, os direitos fundamentais materiais devem ser protegidos e concretizados, embora não sejam absolutos e possam comportar algum tipo de restrição. Porém, qualquer tentativa de restrição ou ainda no caso de colisão entre os direitos fundamentais, a sua legalidade deve vir acompanhada de um sopesamento de valores que a justifique, especialmente sob o viés da proporcionalidade. Assim, as partes não poderiam dispor sobre direitos fundamentais em atos processuais, como impor uma sanção vexatória em razão de descumprimento de um acordo ou convenção processual (dignidade da pessoa humana), conduzir a uma negociação de forma discriminatória (igualdade), tolher uma pessoa de ir e vir, impedindo, por exemplo, um sujeito processual de se dirigir ao fórum (liberdade), convencionar cláusulas financeira e excessivamente onerosas (patrimônio), entre outras possíveis situações”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites para a liberdade processual*. Indaiatuba: Foco, 2019, p.140-141.

507 “Além dos limites impostos pelo texto do art.191 do Projeto, que restringe a transação processual às causas que tratam de direitos disponíveis, há outras limitações relativas aos tipos de normas processuais que podem vir a ser objeto de transação. Certamente, não podemos admitir poder absoluto para que as partes, de acordo com sua vontade, estabeleçam o modelo de processo que bem entenderem, sem limitações éticas, morais ou constitucionais. Não está no Projeto, e não seria sequer necessário o seguinte preceito: a transação quanto à técnica processual e a privatização do processo têm como limites objetivos no ”núcleo essencial” previsto pelo devido processo legal. É dizer, na necessidade dos princípios do processo serem preservadas no seu mínimo essencial. Não é possível acordar pela criação de novas regras e procedimentos, ou mesmo pela supressão destes, caso a vontade das partes entre em colisão com as garantias constitucionais do processo, neutralizando-as”. MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto de novo código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre. DANTAS, Bruno. NUNES, Dierle. DIDIER JR., Fredie. MEDINA, José Miguel Garcia. FUX, Luiz. VOLPE CAMARGO, Luiz Henrique. OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (coord.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o novo código de processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2014, p.348-450.

convenções probatórias atípicas quanto ao seu objeto<sup>508</sup>, sendo tal raciocínio estendido às convenções probatórias típicas, quando verificado no caso concreto que malgrado inserido dentro do objeto pré valorado pelo legislador, há uma desvirtuação de seu propósito na prática e que estas implicam em efetiva violação de tais direitos e garantias.

Esses parâmetros vinculam também a jurisdição arbitral, que se encontra submetida, mercê o §2º do art. 21 da Lei 9.307/96, aos princípios do contraditório, igualdade, imparcialidade e livre convencimento do árbitro, o que denota o acerto da aproximação trazida por Giovanni Ravagnani.<sup>509</sup>

Cuidam-se de direitos e garantias que guardam nítida vinculação com a concepção democrática e constitucional do processo, apresentando, em sua maioria, caráter contrajurisdicional, tal como se observa no acesso à justiça, contraditório e direito de defesa (e o direito fundamental à prova como correlato), fundamentação das decisões judiciais, juiz natural e sua imparcialidade e publicidade dos atos processuais.<sup>510</sup>

Tal constatação se socorre do índice do tipo estabelecido pelo inciso II do § 3º do art. 373 do Código de Processo Civil de 2015, que enuncia como limite para a distribuição convencional do ônus da prova a hipótese em que se tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito à prova.

Desta forma, dado o caráter fundamental do direito à prova e sua essencialidade para a tutela dos direitos submetidos ao crivo do Judiciário, tem-se que convenções probatórias que impliquem em violação direta ou tangente, tornando excessivamente difícil à parte o exercício do aludido direito, se afiguram como desconformes.

Identifica-se quanto ao campo probatório na fundamentação racional das decisões judiciais, no direito fundamental à prova e na proscrição dos meios de prova ilícitos limites específicos para as convenções processuais.

Portanto, a fixação convencional de critérios que subtraíam do magistrado a possibilidade de conferir à decisão uma fundamentação adequada, como na adoção de prova

---

508 Neste sentido registra-se o Enunciado 37 do Seminário O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira – ENFAM, com seguinte redação: 37) 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; b) limitem a publicidade do processo para além das hipóteses expressamente previstas em lei; c) modifiquem o regime de competência absoluta; e d) dispensem o dever de motivação

509 RAVAGNANI, Giovanni. *Provas negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.185-186.

510 RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p.243-244.

tarifada, hierarquia entre meios de prova ou livre valoração nas hipóteses em que exista prova legal, implica em tendente violação a garantia constitucional.<sup>511</sup>

De igual sorte, conforme destacado por Paulo Osternack Amaral<sup>512</sup> a adoção de carta psicografada como meio de prova implicaria em violação ao laicismo estatal, ao contraditório e à fundamentação das decisões judiciais, uma vez que sua valoração decorreria inevitavelmente de um ato de fé e de conhecimento privado do juiz, do que se denota a verificação concreta de limite.

Por fim, a proscrição à admissão de meios de prova ilícitos no processo (art. 5º, LVI da Constituição Federal) implica em matéria defesa ao estabelecimento por convenção das partes, de sorte que, sem embargo de entendimentos doutrinários que ressalvam sua admissão casuística<sup>513</sup>, figura em linha de princípio tal vedação como objeto de convenção processual válida.<sup>514</sup>

---

511 RAVAGNANI, Giovani. *Provas negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.156-159.

512 AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.87-88.

513 Neste sentido destaca-se texto de José Carlos Barbosa Moreira em que o autor assevera o caráter instrumental e relativo dos princípios, dentre os quais, inserido o da vedação à admissibilidade da prova ilícita, contraposto ao direito fundamental à prova e a irrazoabilidade de sobreposição abstrata e defendeu a necessidade de deixar ao aplicador da norma uma margem de flexibilidade, de modo a propiciar uma atenta ponderação comparativa dos interesses em jogo no caso concreto. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista dos Tribunais*, vol. 84/1996, p.144-155, out./dez./1996. Nesta linha destacam-se os posicionamentos de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 p.297.); Nívia Aparecida de Souza Azenha (AZENHA, Nívia Aparecida de Souza. *Prova ilícita no processo civil*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 135.) que defendem a ponderação como critério de análise e eventual cabimento da admissão dos meios ilícitos de prova no processo civil. Vide: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de. A admissibilidade dos meios de prova ilícitos no processo civil: uma análise a partir da conformação contemporânea dos poderes instrutórios do juiz e da técnica de ponderação do art.489, § 1º do CPC/2015. *Revista de Direito Brasileira*, v.25, n.10, p.366-384, jan./abr./2020.

514 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites para a liberdade processual*. Indaiatuba: Foco, 2019, p.142. RAVAGNANI, Giovani. *Provas negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.158-159.

### 3.2.4.3. Da ponderação no conflito entre os direitos fundamentais

O conflito entre a liberdade de convencionar das partes e as garantias constitucionais não guarda solução apriorística, visto que reclama uma valoração casuística.<sup>515</sup>

Conforme pondera Marco Paulo Denucci Di Spirito<sup>516</sup>, a atuação corretiva que os direitos fundamentais impelem às convenções processuais deve ser aplicada com parcimônia, de modo a que não seja tolhido o exercício legítimo e constitucional do autorregramento da vontade, vedando-se pactos de procedimento que impliquem em violação direta ou indireta à concretização de direitos fundamentais.

Este foi o posicionamento da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial nº 1.810.444/SP, julgado sob a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão<sup>517</sup>, em cujo voto restou consignado que a liberdade negocial, como corolário da liberdade, é uma garantia constitucional cujo exercício está condicionado ao respeito da dignidade humana e das limitações impostas pelo Estado Democrático de Direito, identificando vetores como a isonomia e um núcleo de direitos processuais constitucionais imprescindíveis.

Na casuística jurisprudencial tem se identificado a invalidade de convenções processuais que atentam à garantia de acesso à justiça por estabelecerem modificação no prazo de supervisão do plano de recuperação judicial (art. 61 da Lei 11.101/05)<sup>518</sup>, violam o direito fundamental à herança ao indicarem a vedação de habilitação de sucessores em cumprimento coletivo de sentença<sup>519</sup> e ao direito à defesa, ao dispensarem a instauração de cumprimento de sentença para a implementação de medidas expropriatórias de bens.<sup>520</sup>

Portanto, como consectário do modelo de processo, certamente a tutela dos direitos e garantias fundamentais figura como calibre para a validade das convenções probatórias.

515 “Muito embora a aferição do respeito às garantias constitucionais do processo deva ser feita caso a caso, resta claro que quando os negócios processuais tiverem por objeto a clara derrogação de uma garantia processual constitucional, eles deverão ser considerados inválidos”. ZANETTI, Pedro Ivo Gil. *Revisão contratual e negócios jurídicos processuais*. São Paulo: Almedina, 2019, p.33.

516 DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual – Parte III. *Revista de Processo*, vol.249/2015, p.141-172, nov.2015.

517 Recurso Especial 1.810.444/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23/02/2021, DJe 28/04/2021.

518 TJSP; AI 2205760-82.2018.8.26.0000; Ac. 12189692; São Paulo; Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial; Rel. Des. Sérgio Shimura; Julg. 04/02/2019; DJESP 14/02/2019; Pág. 2412.

519 TJRJ; AI 0056916-25.2018.8.19.0000; Rio de Janeiro; Décima Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Mauro Pereira Martins; DORJ 01/02/2019; Pág. 600.

520 TJSP; AC 0002135-72.2019.8.26.0566; Ac. 13473330; São Carlos; Trigésima Segunda Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Luis Fernando Nishi; Julg. 13/04/2020; rep. DJESP 16/04/2020; Pág. 2739.

### 3.2.5. Da boa-fé e cooperação processual

A lealdade entre os sujeitos participantes é uma marca do processo contemporâneo, de sorte que a incidência dos princípios da boa-fé e cooperação (art. 5º e 6º do CPC) e a correlata exigência de informação adequada, proteção da confiança e segurança de expectativas legitimamente criadas, figuram como limites às convenções processuais probatórias.<sup>521</sup>

Os deveres cooperativos estabelecidos pelo sistema processual para os sujeitos processuais e o parâmetro de conduta, manifestado nas figuras parcelares do postulado negocial da boa-fé objetiva<sup>522</sup> integram uma realidade que não pode ser desconsiderada pelos convenientes.<sup>523</sup>

Em uma avença bilateral como as convenções probatórias, em que cada parte busca a salvaguarda de seus interesses específicos, o princípio da boa-fé atua como mandamento de consideração, que funciona como fronteira, criando encargos derivados que se ordenam em distintos graus de intensidade, tendo sua calibragem a partir da *causa* do negócio jurídico.<sup>524</sup>

Deveras, embora o juízo de conveniência das partes quanto à celebração de convenções processuais diga respeito primordialmente à busca de seus interesses, sendo ingênuo se esperar qualquer grau de altruísmo, o sistema do processo civil tem uma *expectativa de comportamento qualificado* pelos sujeitos processuais, pois somente assim poderia resguardar as legítimas expectativas dos atores processuais.<sup>525</sup>

521 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.391-392.

522 Conforme destacado por Pedro Eroles, a boa-fé objetiva apresenta sete figuras parcelares: o *venire contra factum proprium*, o *tu quoque*, a *exceptio doli*, a inalegabilidade das nulidades formais, o desequilíbrio no exercício jurídico, a *suppressio* e a *surrectio* e o duty to mitigate the loss. EROLES, Pedro. *Boa-fé objetiva nos contratos: especificação normativa, cogência e dispositividade*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p.62-75.

523 Neste sentido o Enunciado 6 do FPPC: O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação.

524 SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto. *A obrigação como processo*. reimp. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p.33-41.

525 “Em outras palavras e, principalmente no que diz respeito ao exercício de posições jurídicas processuais pelas partes, não se espera que elas espontaneamente adotem comportamentos convergentes com a boa-fé. Mas os pressupostos fixados como escopos do processo, a compreensão de ser ele um instrumento público, bem como a identificação de mecanismos legislativos existentes com a finalidade de reprimir condutas contrárias à boa-fé e à cooperação, permitem-nos identificar uma expectativa do sistema processual com relação a seus sujeitos, de que entre eles se firmará e se desenvolverá uma relação de colaboração. E, ainda, que haja motivos para desconfiança, deve-se confiar nos mecanismos do sistema para repressão de condutas que firam tais expectativas”. TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015, p.156.



Socorre a tal propósito a faculdade das partes de consignarem as circunstâncias negociais que levaram ao teor da convenção probatória pactuada por meio de “considerandos”, que podem indicar a compensação entre vantagens processuais e materiais e que possibilitam ao magistrado, que não participou da avença ou presenciou sua entabulação, verificar se há efetivo desequilíbrio ou violação do parâmetro de conduta ou somente manifestação adequada da autonomia dos convenientes.<sup>526</sup>

Desta forma, por uma opção legislativa, existe atualmente no processo civil um parâmetro de conduta proba, leal e cooperativa, que deve ser adotado por todos os sujeitos do processo, inclusive no contexto das convenções processuais.<sup>527 528</sup>

A partir da Lei de Declaração de Direitos de Liberdade Econômica o sistema legal reiterou a presunção de boa-fé ao enunciá-la como direito de todas as pessoas naturais ou jurídicas no exercício de atividade econômica e que as dúvidas interpretativas deverão ser resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, ressalvada disposição legal em contrário (art. 3º, V da Lei 13.874/19), o que reforça o ônus argumentativo a cargo do magistrado quando do exame de tal limite.

No contexto da aplicação do aludido limite a 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo invalidou convenção processual inserta em contrato de locação que se cingia a prever benefícios para o locador, sem qualquer

---

526 “Os negócios jurídicos processuais serão levados ao exame dos Tribunais sempre que um litígio se concretizar. Ainda que deles se espere uma atuação limitada à confirmação da validade desses negócios, preservando a autonomia privada, vale uma recomendação geral, aplicável a quaisquer negócios jurídicos processuais inseridos em um contrato e, portanto, anteriores à existência de um processo: a exposição, no contrato, das circunstâncias negociais que levaram as partes a firmar os negócios jurídicos processuais ali presentes. Em uma análise conduzida por um terceiro, que não participou da negociação do contrato e que, conseqüentemente, desconhece suas circunstâncias, os negócios processuais podem parecer favoráveis a apenas uma das partes. Dessa constatação, o terceiro pode, equivocadamente, entender que os negócios processuais geram desequilíbrio contratual, quando, na verdade, eles contribuem para o seu equilíbrio, contrapondo à vantagem processual uma vantagem de ordem material. A exposição das circunstâncias que levaram as partes a incluir determinados negócios processuais em um contrato colabora com a atividade do Juiz de verificação de sua validade, aumentando significativamente as chances de preservação daqueles negócios”. ZANETTI, Pedro Ivo Gil. *Revisão contratual e negócios processuais*. São Paulo: Almedina, 2019, p.67-68.

527 Neste sentido se identificam os enunciados 06, 405 e 407 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: 6. (arts. 5º, 6º e 190) O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio) 405. (art. 190; art. 113, Código Civil) Os negócios jurídicos processuais devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. (Grupo: Negócios processuais) 407. (art. 190; art. 5º; art. 422, Código Civil) Nos negócios processuais, as partes e o juiz são obrigados a guardar nas tratativas, na conclusão e na execução do negócio o princípio da boa-fé. (Grupo: Negócios processuais)

528 Em conclusão semelhante quanto às convenções processuais que estabelecem estímulos convencionais (nudges) vide: ABREU, Rafael Sirangelo de. *Incentivos processuais: economia comportamental e nudges no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.141-143.

contraprestação ao inquilino, por entender que representava violação à boa-fé objetiva<sup>529</sup>, sendo o mesmo raciocínio aplicável a convenção probatória que estabeleça com exclusividade o ônus de comprovação dos fatos a um dos litigantes.

Desta forma, os parâmetros de conduta extraídos das normas do direito civil e processual civil figuram como relevantes critérios de balizamento para as convenções probatórias e tendem a obstar que a finalidade do processo seja subvertida pela deslealdade de algum dos sujeitos participantes.

### 3.2.6. Ordem pública

Como decorrência da projeção das garantias constitucionais para o ambiente infraconstitucional, são reconhecidas normas processuais marcadas por um caráter obrigatório, fruto da vinculação com a segurança jurídica e função pública da jurisdição<sup>530</sup> que integram a ordem pública.

Sem embargo das fundadas críticas a sua adoção, com lastro, sobretudo, na vagueza dos parâmetros de definição e dependência de questões políticas e ideológicas, que prejudicam sua normatividade e dificultam a identificação de seu conteúdo mínimo<sup>531</sup>, identifica-se um delineamento mínimo de ordem pública que figura como limite para o poder de autorregramento probatório, como elemento indiciário de que, por vulnerar regra dotada de elevado grau de cogência, a norma convencionada implica em prejuízo à regularidade processual.

Entrementes, o poder estatal se legitima pelo alcance da ordem pública em sua faceta *estática*, marcada pela inspiração, subordinação e controle do meio social como forma de lhe propiciar estabilidade, regularidade e previsibilidade, cujo alcance, sob o viés *dinâmico* implica em extensão ao devido processo, que deve ter por norte a segurança jurídica e a eficiência, a partir de um rol de garantias mínimas.<sup>532</sup>

A ordem pública se manifesta em 03 aspectos distintos e complementares nos planos do direito internacional, material e processual.

---

529 TJSP; AI 2233478-88.2017.8.26.0000; Ac. 11305894; São Paulo; Trigésima Câmara de Direito Privado; Rel. Des<sup>a</sup> Maria Lúcia Pizzotti; Julg. 21/03/2018; DJESP 28/03/2018; Pág. 2385).

530 NEITZKE, Hélintha Coeto. *Limites e possibilidades para a propositura de convenções processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.128.

531 A respeito confira-se: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.381-388.

532 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p.51-116.

Inicialmente quanto ao plano internacional, verifica-se que em conformidade com o art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, a ordem pública figura como obstáculo para leis, atos, sentenças e declarações de vontade de origem forânea que atentem contra o núcleo moral inegociável do ordenamento, por meio de um filtro a sua eficácia a cargo do Judiciário, que deverá negar homologação de sentenças, concessão de *exequatur* a cartas precatórias e aplicação de convenções probatórias quando violadoras de tais preceitos.<sup>533</sup>

De outro lado, no âmbito do direito material com o advento do Código Civil de 2002, na forma do parágrafo único do seu art. 2.045<sup>534</sup>, a ordem pública figura como condicionante para a validade dos atos convencionais, o que representa um norte valorativo adequado a constitucionalização do direito privado.<sup>535</sup>

Malgrado sua topografia, visto que foi inserido em capítulo de normas transitórias, referindo-se seu *caput* especificamente a negócios jurídicos entabulados em momento anterior, entende-se que ante a enunciação “nenhuma convenção”, o regramento em testilha aplica-se também àqueles posteriores.<sup>536</sup>

533 VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Ordem pública: o direito internacional privado e a Constituição. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n.18, 2010. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/issue/view/146> >. acesso 01.nov.2021.

534 Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. [...] Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. Neste sentido: MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.154.

535 “Porém, quanto à eficácia do negócio jurídico, aos contratos de execução sucessiva no tempo, cujos efeitos não foram previstos pelas partes (partes posteriores dos fatos pendentes), aplicaremos o Código Civil de 2002 mesmo para os contratos efetivados antes de sua vigência. [...] Nada obstante, a ressalva da parte final do *caput* “salvo se houver sido previstas pelas partes determinada forma de execução”, significa que, quanto aos efeitos futuros previstos pelas partes no passado (partes pretéritas dos fatos pendentes), não poderá a nova norma se imiscuir, prevalecendo a lei antiga, ao impedir-se a chamada retroatividade média. Assim, se as partes subscrevem contrato de prestação de serviços com expressa referência a um percentual de correção, mesmo que posteriormente venha um plano econômico impondo novo índice, as partes poderão preservar o pactuado, sem possibilidade de interferência da nova norma àquela relação jurídica. Em conexão direta com a aludida ressalva, encontra-se o parágrafo único do art.2035. Ele seria uma espécie de “exceção da exceção” à medida que impede que uma convenção elaborada entre particulares na vigência do Código Civil de 1916 possa produzir efeitos já na vigência do Código Civil de 2002 se violarem preceitos de ordem pública, como os garantidores da função social da propriedade e dos contratos. O parágrafo único representa fielmente o que se deseja de um direito civil-constitucional, cuja filtragem é conferida por direitos fundamentais que potencializam o primado da pessoa sobre as atividades econômicas”. ROSENVALD, Nelson. Comentários ao art.2.035. In: PELUSO, Cezar. (coord.). *Código civil comentado*. Barueri: Manole, 2007, p.1969-1970.

536 Neste sentido: GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Contratos, teoria geral*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.356 e SANTIAGO, R. DA S. Parâmetros para a incidência da ordem pública nas relações contratuais privadas *Civilistica.com*, v. 9, n. 1, p. 1-30, 9 maio

A ordem pública se manifesta exemplificativamente em diversos dispositivos do Código Civil, figurando como hipótese que autoriza a divulgação de informações, mesmo quando atentatória a direitos da personalidade (art. 20), parâmetro de validade para as condições, termos e encargos (art. 122), critério obstativo para a indenização paga ao administrador de negócios (art. 606, parágrafo único) e hipótese de cassação de autorização concedida a pessoa jurídica (art. 1.125).

Desta maneira, mesmo fora do campo do processo, existem valores fundamentais que devem ser preservados e figuram como limites à autonomia privada, dentre os quais sua função social, com reforço à limitação genérica do art. 421 do Código Civil no que concerne à validade das convenções, quando em conformidade com o aludido preceito.<sup>537</sup>

Por fim, a ordem pública se manifesta no plano do direito processual, em que se relaciona com a regularidade dos atos e do procedimento, considerando-se as garantias mínimas do devido processo legal, com o zelo pela regularidade do procedimento de maneira integral.<sup>538</sup>

Todavia, conforme já examinado, nem todas as normas processuais integram a ordem pública, visto que existem disposições que malgrado inseridas no contexto do processo estatal, situam-se dentro do alvedrio dos sujeitos parciais.

Ademais, existem disposições que ainda que inseridas no campo da ordem pública, guardam ligação mais específica com o interesse das partes que com o interesse público que transcende tais titularidades e que apresentam “um propósito mais privatista do que publicista”, o que não afasta o resquício de ser matéria que ultrapassa os interesses das partes.<sup>539</sup>

Portanto, as normas que se apresentam como objeto do presente estudo devem cumular os dois requisitos em epígrafe.

---

2020.

537 “Portanto, é possível reconhecer como elemento cerne do art.421, tendo em vista que condiciona o exercício da liberdade aos ditames da função social dos contratos, uma limitação genérica à autonomia privada, pois seu suporte fático seria reconhecido pela ideia de limitação à autonomia privada. No mais, considerando o conteúdo da disposição do art.2035, parágrafo único, ao primeiro olhar até se poderia admitir que há, como realmente está presente, uma limitação à autonomia privada, mas seu conteúdo é mais específico, uma vez que afirma que ‘nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública’ (BRASIL, 2002, online). Deste modo, o suporte fático da norma, muito embora preveja a vontade, impõe de modo equivalente a conformidade ao direito, fazendo com que a norma possua um suporte fático mais especificado, no sentido de limitar os acordos de vontade que contrariem os ditames de ordem pública – onde está inserida a função social dos contratos”. FRIJO, Nikolai Bezerra. *Função social das convenções processuais: uma análise no plano da validade*. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 84-97.

538 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p.114-115.

539 LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.358-359.

Embora os próprios delineamentos da ordem pública sejam incertos, como decorrência da tênue linha distintiva entre normas dispositivas e cogentes, bem como da dinâmica do conceito de interesse público, é possível se identificar normas que concernem a relevante interesse que sobrepuja ao das partes e que se situam em potencial limite ao autorregramento.<sup>540</sup>

Posto isto, identificam-se regras cogentes, revestidas de maior rigidez<sup>541</sup> que ultrapassam os interesses intrínsecos das partes e funcionam como limites ao poder de autorregramento em diversos dispositivos do Código, como as que tratam da intervenção do Ministério Público nas hipóteses elencadas pelo art. 178, da Defensoria Pública na curadoria especial e em demandas possessórias coletivas com requeridos hipossuficientes (art. 554, § 1º), das questões referentes à competência absoluta dos órgãos jurisdicionais, hipóteses de cabimento recursal ou de reexame necessário e adoção da língua portuguesa nos atos processuais (art. 192).<sup>542</sup>

540 “Nesse contexto, não seria admissível convencionar sobre normas processuais cogentes, chamadas de questões de ordem pública, embora nem sempre essa distinção entre normas cogentes e normas dispositivas seja nítida. Isso porque o interesse público que rege as normas processuais pode oferecer graduações diversas e o liame entre a disponibilidade e a imperatividade da regra pode apresentar controvérsias. Ademais, o interesse público nem sempre é estático, podendo admitir alterações valorativas em razão de política legislativa ou judiciária como, por exemplo, foi a hipótese do divórcio consensual que só podia ocorrer de forma judicial e depois passou a ser admitida diretamente em cartório. De qualquer forma, as convenções processuais não podem versar sobre norma processual de relevante interesse público, mas apenas as normas processuais cujo interesse sirva para proteger ou beneficiar as próprias partes, ainda que se trate de um pressuposto processual, como é o caso da convenção da arbitragem (art.355, X, do CPC/15).” CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p.100-102.

541 Cuida-se na espécie de normas processuais rígidas conforme classificação proposta por Mário Oliveira Rocha: “As normas processuais rígidas são compreendidas como normas que podem gerar, caso incidam, fatos jurídicos que implicam situações jurídicas com grau elevado de tensão e desequilíbrio à higidez (= normalidade) posta pelo ordenamento jurídico, com uma menor possibilidade de flexibilização para sanção, renúncia, negócio jurídico, preclusão ou convalidação. A expressão “grau elevado de tensão e desequilíbrio à higidez (= normalidade) posta pelo ordenamento jurídico” deve ser compreendida com o olhar nas consequências práticas das situações jurídicas provocadas pela não observância das normas processuais rígidas. Por exemplo, a situação jurídica provocada pela arguição da incompetência absoluta em sede recurso ou ação rescisória poderá provocar um grau de tensão e desequilíbrio ao desenvolvimento hígido (= normal) do processo, no sentido de provocar o retorno da discussão com a possível desconstituição de atos decisórios, desnaturando a própria essência etimológica do termo processo, é dizer, caminhando para trás ao invés de marchar para frente, na busca de uma decisão de mérito, em tempo razoável, justa e efetiva. Essas consequências não impõem, por si sós, a condição de norma intocável, imutável ou de ordem pública, mas revigoram a garantia da segurança jurídica e da confiança legítima. Vale dizer, malgrado possuam a rigidez como característica, as normas processuais rígidas, em determinados casos, são afetadas à renúncia e à sanção, com a correção dos atos, aos negócios jurídicos, bem como são passíveis de regularização, com a convalidação e extinção dos defeitos dos atos através da coisa julgada. Entre elas, destacam-se: a incompetência absoluta, o impedimento do juiz, a ilegitimidade e a ausência de interesse processual”. ROCHA, Márcio Oliveira. Da norma processual cogente – de ordem pública – à norma processual rígida: uma proposta normativa na teoria dos fatos jurídicos. *Civil Procedure Review*, v.11, n.1, p.59-94, jan./abr./2020.

542 “A preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo é o que me ocorre denominar de ordem pública processual. Já me referi a essa noção quando tratei das nulidades absolutas, no

Nesta linha de raciocínio, socorre-se do Código Civil de Portugal, que em dispositivo específico sobre convenções sobre as provas, que existem determinações legais sobre prova que encontram razão na ordem pública e que atos convencionais que atentem contra estas são nulas em quaisquer circunstâncias.<sup>543</sup>

Portanto, em linha de princípio, as convenções sobre matéria probatória que estabelecessem sigilo indevido na produção da prova ou dispensassem o uso do vernáculo em sua documentação implicariam em lesão à ordem pública processual.

Tal limite foi adotado pela 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo como fundamento para o reconhecimento de eiva em convenção que dispunha sobre o estabelecimento de segredo de justiça no processo, ante o reconhecimento de que a publicidade dos atos processuais concerne a interesse público.<sup>544</sup>

Desta forma, sem embargo da ampliação da liberdade dos sujeitos parciais, remanescem matérias que estão além dos seus interesses e disponibilidade e que figuram como ordem pública, representando limites para as convenções probatórias.

---

meu livro sobre Execução, como o conjunto de requisitos dos atos processuais, impostos de modo imperativo para assegurar a proteção de interesse público precisamente determinado, o respeito a direitos fundamentais e a observância de princípios do devido processo legal, quando indisponíveis pelas partes. Entre esses princípios indisponíveis, porque impostos de modo absoluto, apontei então: a independência, a imparcialidade e a competência absoluta do juiz; a capacidade das partes; a liberdade de acesso à tutela jurisdicional em igualdade de condições por todos os cidadãos (igualdade de oportunidades e de meios de defesa); um procedimento previsível, equitativo, contraditório e público; a concorrência das condições da ação; a delimitação do objeto litigioso; o respeito ao princípio da iniciativa das partes e ao princípio da congruência; a conservação do conteúdo dos atos processuais; a possibilidade de ampla e oportuna utilização de todos os meios de defesa, inclusive a defesa técnica e a autodefesa; a intervenção do Ministério Público nas causas que versam sobre direitos indisponíveis, as de curador especial ou de curador à lide; o controle da legalidade e causalidade das decisões judiciais através da fundamentação. A esses acrescento agora a celeridade do processo, pois a litigiosidade é uma situação de crise na eficácia dos direitos dos cidadãos que o juiz tem o dever de remediar com a maior rapidez possível (CPC, art. 125), especialmente após a introdução do novo inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Acrescentaria também a garantia de uma cognição adequada pelo juiz, pois, esse é um dos objetivos essenciais de toda a atividade processual". GRECO, Leonardo. Atos de disposição processual. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. 1.ed. Out./dez./2007, p.04-08.

543 Artigo 345º (Convenções sobre as provas)

[...]

2. É nula, nas mesmas condições, a convenção que excluir algum meio legal de prova ou admitir um meio de prova diverso dos legais; mas, se as determinações legais quanto à prova tiverem por fundamento razões de ordem pública, a convenção é nula em quaisquer circunstâncias.

544 TJSP; AI 2274654-76.2019.8.26.0000; Ac. 13313364; Nazaré Paulista; Quarta Câmara de Direito Público; Rel. Des. Paulo Barcellos Gatti; Julg. 03/02/2020; DJESP 18/02/2020; Pág. 3193.

### 3.2.7. Reserva legal

Não raro, como decorrência do interesse público que lhes subjaz, existem matérias submetidas a estrito delineamento por reserva de lei, o que as torna infensas ao âmbito de autorregramento convencional.

Com razão, observa Igor Raatz<sup>545</sup> que as convenções processuais, que têm por desiderato específico o aprimoramento procedimental, não podem culminar em subversão de matéria reservada a lei, hipótese em que ocorreria regresso ao modelo liberal clássico de processo, identificando-se assim, sem embargo do amplo prestígio ao poder de regramento, matérias cuja regulamentação se encontra adstrita à lei, a partir de uma opção presumivelmente dotada de consciência e coerência.

Dentro de tal lógica, dado que o art. 190 do CPC autoriza a modificação do procedimento legislado e que é da natureza do modelo constitucional de processo a permeabilidade deste para flexibilização por diversas formas, dentre as quais, a iniciativa das partes, bem como a abertura do procedimento comum para a incorporação de técnicas diferenciadas a partir do art. 327, §2º do CPC, certamente não é qualquer modificação que implicaria em violação à reserva legal, devendo-se perquirir a partir da justificativa dos procedimentos especiais com prisma na efetividade<sup>546</sup> a ocorrência de prejuízo.

É perceptível a existência de muitos pontos de contato entre a violação à reserva legal e a ordem pública processual, o que decorre não propriamente da sua formalização por meio de lei, mas especialmente do seu objeto legislado.

Nesta toada, aspectos como a criação de órgãos do Poder Judiciário, a disciplina sobre sua competência absoluta, as espécies recursais, as hipóteses de cabimento de reexame necessário, a utilização da língua portuguesa nos atos processuais e o *quórum* dos julgamentos em órgãos colegiados se situam fora dos limites de convencionalidade<sup>547</sup>, o que se infere sem grandes controvérsias.

---

545 “Os negócios processuais devem ser criados para uma melhor adequação procedimental, e não para tornar para o contrário. Afinal, o processo é coisa para as partes, e não coisa das partes”. RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental*. 2ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p.246.

546 “Os procedimentos especiais, neste contexto, assumem importante função dentro de um ideal de busca por uma tutela jurisdicional efetiva. Os procedimentos especiais seriam estruturas conformadas para suprir a necessidade de se atenderem às características específicas de cada caso em julgamento (situação material objeto da tutela), em que seria (eventualmente) disfuncional e lesiva a adoção do procedimento comum em sua inteireza”. CERQUEIRA, Társis Silva de. *O procedimento comum e sua relação com os procedimentos especiais: a análise do conteúdo normativo do art.327, § 2º, do Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2020, p.133.

547 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p.146-147.

A título de exemplo, dimana do § 3º do art. 381 do CPC regra que tange a competência funcional, visto que assevera que a produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para ação que venha a ser proposta, sendo tendencialmente contrária à reserva legal convenção que estabelecesse tal prevenção<sup>548</sup>, em detrimento a explícita opção legislativa.

Lado outro, conquanto ligados intrinsecamente à adequada fundamentação das decisões judiciais, os critérios de valoração da prova trazidos pelo art. 371 que indicam a aquisição processual dos meios de prova e o convencimento motivado, também integram a reserva legal.

Ademais, em hipóteses em que há uma opção legislativa clara e coerente quanto à limitação do procedimento especial quanto à atividade probatória, vislumbra-se em princípio violação ao aludido limite na referida subversão. A título de exemplo: se o procedimento do mandado de segurança, fundado em predicados de celeridade e de evidência do direito líquido e certo, não admite meios de prova além dos documentados com a impetração e requisitados pelo Juízo (art. 6º, §1º da Lei 12.016/09), convenção probatória que estabelecesse a realização de prova oral atentaria contra a reserva legal, visto que transporia os limites de flexibilização.

Na jurisprudência, tem se identificado o controle de convenções ante a aplicação da reserva legal em exemplos como a invalidação de convenções que fixaram honorários advocatícios para execução de título extrajudicial em patamar superior ao do art. 827 do CPC<sup>549</sup>, a instauração de inventário conjunto fora das hipóteses do art. 672 do CPC<sup>550</sup>, a inventariança compartilhada ao arrepio do art. 617 do CPC<sup>551</sup> e a disciplina distinta da legislada quanto à citação do réu.<sup>552</sup>

Especificamente quanto aos procedimentos de recuperação judicial, têm entendido as Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não se situam dentro da esfera de autorregramento das partes as disposições quanto ao

---

548 ARSUFFI, Arthur Ferrari. *A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. Salvador: JusPodivm, 2019, p.178.

549 TJSP; AI 2095455-94.2019.8.26.0000; Ac. 12518258; São Paulo; Décima Nona Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Hamid Bdine; Julg. 22/05/2019; DJESP 03/06/2019; Pág. 2166.

550 TJSP; AI 2128291-57.2018.8.26.0000; Ac. 12640099; São Paulo; Segunda Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Rosangela Telles; Julg. 28/05/2012; DJESP 16/07/2019; Pág. 1844.

551 TJRJ; AI 0007165-35.2019.8.19.0000; Rio de Janeiro; Vigésima Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Odete Knaack de Souza; DORJ 24/04/2019; Pág. 545.

552 TJSP; AI 2281669-96.2019.8.26.0000; Ac. 14323186; São Paulo; Vigésima Quinta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Almeida Sampaio; Julg. 28/01/2021; DJESP 08/02/2021; Pág. 2233.



prazo de fiscalização judicial do plano de recuperação, que configura atividade probatória dentro do procedimento estrutural específico.<sup>553</sup>

À vista disso, conclui-se que embora o sistema de direito probatório mostre uma abertura para a atipicidade de meios e técnicas, o que contribui para um expressivo potencial de autorregramento, certamente os ditames fixados pelo ordenamento jurídico funcionam como potencial de limite, de modo a se coibir a elisão convencional da norma positivada.

### 3.2.8. Poderes-deveres e prerrogativas do magistrado na condução do processo

Frutos do caráter público da sua atividade jurisdicional e da imperiosidade de que tal se dê de forma ordenada, eficiente e efetiva, a outorga de poderes instrumentais ao magistrado é inevitável, cabendo-lhe poderes de gestão procedimental, instrutórios, de acautelamento e de implementação dos comandos decisórios, os quais, sem embargo do desejável equilíbrio de atuação buscado por meio da cooperação processual<sup>554</sup> se afiguram como limites para as convenções probatórias.

Quanto ao objeto do presente estudo, certamente a problemática se apresenta com maior profundidade no que tange aos poderes instrutórios do magistrado, com o retorno ao velho conflito entre publicismo e privatismo<sup>555</sup>, o que é desnecessário, pois se trata de um delineamento já superado na conformação contemporânea do direito processual, que se caracteriza por uma posição de equilíbrio.

Assim, a chave de leitura adequada indica que sob o prisma da cooperação processual a participação do magistrado na fase probatória deve contribuir para uma instrução ampla e democrática, que possibilite às partes a efetiva influência no pronunciamento

553 TJSP; AI 2205760-82.2018.8.26.0000; Ac. 12189692; São Paulo; Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial; Rel. Des. Sérgio Shimura; Julg. 04/02/2019; DJESP 14/02/2019; Pág. 2412; TJSP; AI 2172453-40.2018.8.26.0000; Ac. 12235526; São Paulo; Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial; Rel. Des. Claudio Godoy; Julg. 18/02/2019; DJESP 26/02/2019; Pág. 2008; TJSP; AI 2195708-27.2018.8.26.0000; Ac. 12231716; São Paulo; Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial; Rel. Des. Sérgio Shimura; Julg. 18/02/2019; DJESP 26/02/2019; Pág. 2010 e TJSP; AI 2203562-72.2018.8.26.0000; Ac. 12242274; São Paulo; Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial; Rel. Des. Cesar Ciampolini; Julg. 20/02/2019; DJESP 01/03/2019; Pág. 1889.

554 RAMOS, Newton. *Poderes do juiz no processo civil e sua conformação constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2019, p.,48-66.

555 Neste sentido: “Permitir que as partes controlem integralmente a relação jurídica processual é regressar ao tempo do privatismo processual; é renunciar às centenas de anos de desenvolvimento da ciência processual como ramo do direito público; é inaugurar uma fase de pamprocessualismo, de anarquia ou de libertinagem”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários ao art.190. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. DELLORE, Luiz. ROQUE, André Vasconcelos. OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015. vol.01*, São Paulo: Forense, 2015, p.627.

jurisdicional, travando para tal constante diálogo com os sujeitos parciais em busca de eficiência.<sup>556</sup>

Tal agir não deve descuidar da constatação apriorística de que as partes e seus patronos, por terem conhecimento mais próximo dos fatos alegados em juízo e agirem em presumida boa-fé, propuseram os meios de prova que entendiam ser idôneos, necessários e proporcionais, sem intuito procrastinatório, bem como do fato que a ampliação do acervo probatório implica em dispêndio de tempo e recursos<sup>557</sup>, contudo, não há como se tolher o juiz do exercício do dever-poder de abreviar ou estender os atos investigatórios quando vislumbrar necessidade, pois tal se liga à imperatividade da jurisdição estatal que, conquanto seja inevitável, não é obrigatória.

Portanto, embora seja lícito às partes uma plêiade de opções: ingressar ou não com o processo no Poder Judiciário, indicar nas manifestações (petição inicial, contestação/reconvenção e réplica/resposta à reconvenção) apenas os fatos que escolherem, estabelecendo assim os limites objetivos da lide, reconhecer a procedência do pedido, renunciar ou transacionar quanto aos direitos disponíveis, certo é que na hipótese em que as partes optam livremente pela busca de um pronunciamento jurisdicional, caberá ao juízo o desempenho de seus poderes instrutórios para o alcance da finalidade da instrução com eficiência e esclarecimento dos fatos relevantes, sendo tal atuação potencialmente inafastável em virtude da imposição ao Poder Judiciário que jogue a controvérsia de maneira correta e eficiente.

---

556 “Desta forma, certo é que a iniciativa probatória do magistrado corresponde a um ato de concreta cooperação com o alcance da decisão de mérito justa e efetiva em tempo razoável, posto como, com o exercício destes, tendencialmente a instrução processual se revestirá de eficiência, possibilitando a maior apuração dos fatos da forma menos onerosa e no menor tempo possível. Trata-se, assim, de um poder-dever, eis que estritamente instrumental ao alcance da jurisdição, por meio de pronunciamento justo, conquanto identificado com a correta verificação dos fatos relevantes, e apto, eis que manifestação de uma democracia deliberativa-discursiva, ao alcance dos escopos social (pacificando e educando com uma decisão revestida de legitimidade e, portanto, aceita pelas partes); jurídico (reafirmando a vigência do direito objetivo, ante a identificação precisa dos fatos em que incide) e político (afirmando a legitimidade da atuação estatal), fruto de uma comunidade de trabalho com as partes que lhe empresta legitimidade democrática”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de. A admissibilidade dos meios de prova ilícitos no processo civil: uma análise a partir da conformação contemporânea dos poderes instrutórios do juiz e da técnica de ponderação do art. 489, §1º do CPC/2015. *Revista de Direito Brasileira*, v.25, n.10, p.366-384, jan./abr./2020.

557 Com proposta de que o custeio dos meios de prova determinados pelo juízo caiba ao erário na forma do § 3º do art.95 do CPC, confira-se: BORGIO, Maria Celia Nogueira Pinto e. *Convenções processuais em matéria de prova: interações do autorregramento da vontade das partes e dos poderes instrutórios do juiz no contexto do processo civil democrático*. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019.

Discute-se, de outro giro, se tal atuação está sujeita a um escalonamento de acordo com a disponibilidade do direito material, sendo exercida de maneira menos intensa nos direitos disponíveis, que nos passíveis de autocomposição<sup>558</sup>, todavia tal distinção não encontra agasalho na enunciação trazida pelo art. 370 do CPC, que não distingue quanto ao caráter da jurisdição (voluntária ou contenciosa) ou de disponibilidade do direito subjacente (autocomponível ou disponível), impondo ao Estado-juiz o dever de prestar a tutela com igual eficiência.

Outrossim, conforme anteriormente estudado, sequer no âmbito da arbitragem em que a esfera de liberdade se revela substancialmente superior, admite-se a supressão dos poderes instrutórios do árbitro, mercê o art. 22 da Lei 9.307/96<sup>559</sup>, do que se intui que o limite de disponibilidade dos participantes reside na necessidade de adequada verificação dos fatos pelo julgador.

No mais, os demais poderes-deveres decorrentes da jurisdição estatal também não podem ser suprimidos por convenção probatória, o que se estende à atividade de valoração e qualificação jurídica dos fatos aportados.

Não distante foi o entendimento adotado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu que dentro dos limites para a modificação do procedimento convencionada pelas partes, haveria o requisito negativo, quanto à ingerência na situação

---

558 “De todo modo, é preciso, ainda, procurar um ponto de equilíbrio no tema e, assim, admitir a existência de graus de disposição do direito material subjacente. No âmbito da jurisdição estatal, é possível dispor integralmente de direitos patrimoniais de direito privado pela transação (CC, art.841), pela renúncia ao direito material ou mesmo pelo reconhecimento do pedido. [...] É nessa linha de inteligência que entendemos que deve ser respeitada a opção dos convenientes quanto aos meios de prova, particularmente no cenário de direitos disponíveis (e não apenas autocomponíveis) de partes plenamente capazes. Compreendemos que análise da natureza do direito, bem como da capacidade da parte (o que permite excluir até mesmo relações jurídicas marcadamente desiguais, em proveito de aderentes, consumidores, empregados, etc.), pode fortalecer a segurança jurídica daqueles que litigam em condições paritárias e que, justamente por isso, têm maiores condições de defender os próprios interesses, por meio de convenções processuais (CC, art.421-A)”. LIMA, Renata Rodrigues Silva e. *Limites dos negócios jurídicos processuais: um estudo sobre o objeto das convenções atípicas*. Belo Horizonte: Dialética, 2020, p.189-191

559 Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§ 1º O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros.

§ 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

§ 3º A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

§ 5º Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

jurídica do magistrado, que titulariza funções inerentes ao exercício da jurisdição e devido processo legal.<sup>560</sup>

Por conseguinte, em princípio, não poderiam as partes convencionar sobre os poderes-deveres instrutórios, de cautela e de efetivação das ordens judiciais que concernem ao juiz, nem sobre a qualificação jurídica a ser atribuída aos fatos.

Nesta linha de pensamento, a 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a invalidade de convenção processual que ingeria nos poderes e deveres do julgador ao estabelecer convencionalmente o diferimento do contraditório, alterando o momento de formação do processo e impondo a aplicação de tutela provisória de urgência.<sup>561</sup>

Questão interessante se refere às consequências da violação do referido limite. É de se indagar: uma convenção probatória que ingere sobre os poderes do juiz encontra eiva de nulidade por ilicitude, impossibilidade do objeto ou ineficácia perante o magistrado enquanto terceiro?

Destaca-se que o entendimento de que se trata de problema de validade, pela ilicitude do objeto ou impossibilidade jurídica<sup>562</sup>, tem como consequência o esvaziamento da cláusula de negociação, visto que conduz à nulidade das convenções probatórias, independente da demonstração de que, em concreto, a disposição seria possível, pois não haveria pelo magistrado a utilização dos poderes instrutórios em extensão distinta da fixada pelo ato convencional.

---

560 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.810444/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23/02/2021, DJe 28/04/2021.

561 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL. Existência de limites prescritos explícita e implicitamente pelo próprio modelo de atuação estatal jurisdicional. Necessidade de observância da disciplina constitucional de distribuição de competência legislativa, da força normativa dos princípios e dos requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral. Impossibilidade de convenção relacionada a normas de ordem pública e de aplicação cogente, a exemplo de pressupostos de existência e validade do processo. Autorização para convenção sobre os ônus, os poderes, as faculdades e os deveres processuais das partes. Vedada extensão a atos, poderes e deveres do julgador. Admissível controle judicial das convenções. Invalidade da estipulação que difere o contraditório e altera o momento de formação do processo com a citação da parte contrária, bem como faz aplicar tutela provisória de urgência de natureza cautelar. Decisão mantida. Agravo não provido. (TJSP; AI 2143515-35.2018.8.26.0000; Ac. 11707000; São Paulo; Trigésima Terceira Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Sá Moreira de Oliveira; Julg. 13/08/2018; DJESP 17/08/2018; Pág. 2501)

562 “A mais importante causa de nulidade é a ilicitude do objeto do negócio jurídico. Quando o direito proíbe determinada conduta ou a torna ilícita, não pode o negócio tê-la como objeto. O objeto do negócio jurídico há de ser lícito, este é, permitido em direito e conforme a moral. Se o objeto não for lícito ou implicar imoralidade, nulo será o ato ou negócio jurídico: o negócio pode existir juridicamente, mas será considerado nulo. [...] Também são nulos os negócios jurídicos que tenham objeto impossível de ser alcançado. Interessa para a nulidade a impossibilidade ao tempo da realização do negócio jurídico, e não a impossibilidade superveniente. A impossibilidade superveniente escapa ao plano da validade, situando-se no plano da eficácia”. LÔBO, Paulo. *Direito civil. v.1* 9ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p.344-345.

Registra-se, por oportuno, conforme já examinado, a possibilidade de prática de ato de disposição pelo magistrado dentro de sua margem de liberdade, a qual, repisa-se, é destituída de ânimo negocial, sendo adstrita à busca dos atos e medidas mais adequados para a solução do conflito, aí contemplada a medida de utilização dos poderes instrutórios, visto que não serão em todas as hipóteses em que o magistrado determinará a produção de meios de prova de ofício, somente porque pode fazê-lo.

Todavia, quanto às convenções das partes que limitam meios de prova, vislumbra-se que ante a imediata irradiação de efeitos (art. 200 do CPC) e o caráter residual dos poderes instrutórios do juiz, tal desconformidade se verifica *a posteriori*, à luz da existência de prejuízo, concernente à necessidade concreta do meio de prova para o adequado esclarecimento dos fatos, sem que tal implique em esvaziamento da cláusula geral de negociação atípica.<sup>563</sup>

Por fim, destaca-se que assim como na sua utilização usual, em que cabe ao magistrado pronunciar-se fundamentalmente sobre a relevância, necessidade e pertinência dos meios de prova para o julgamento do mérito (art. 370 do CPC), com a necessária oportunidade de debate aos sujeitos parciais, como decorrência do contraditório participativo,

---

563 “Ou seja, em não havendo no CPC/BR estipulação igual a prevista pelo legislador português no n.º 2 do art. 345.º do CC/PT, qual seja: “é nula a convenção se as determinações legais quanto à prova tiverem por fundamento razões de ordem pública”; na qual a doutrina insere os poderes do juiz na matéria de ordem pública, a findar com dúvidas relativas à validade do NJP perante aos poderes instrutórios do juiz, é talvez no plano do *giusto* que devamos resolver as incertezas que subsistem sob o *negozio giuridico processuale*. Estar-se-íamos, então, propondo um esvaziamento da cláusula geral de negociação atípica? Não tão rápido. Compartilhamos também da eficácia apriorística do NJP probatório, i.e., não defendendo sua invalidade tão somente porque a exclusão de uma determinada prova atinge indiretamente a esfera jurídica do magistrado, entretanto, propomos a possibilidade de o juiz em concreto apreciar a validade da convenção sob o aspecto da essencialidade daquela prova para uma justa decisão e não sobre a conveniência da convenção entabulada entre as partes. Portanto, o magistrado só invalidará o NJP probatório – quando, no caso em concreto, a prova convencionalmente excluída tenha se tornado essencial ao esclarecimento dos fatos, pelo que a preservação da garantia fundamental do processo justo passa a ser um limite objetivo de licitude do objeto da convenção probatória, sob pena de, por via transversa, dar as partes, na roupagem autonomia da vontade, o poder de modularem o conteúdo da decisão judicial e, por fim, modularem à Justiça”. PERES, Pedro Quintaes. *A justa decisão como limite de validade dos negócios jurídicos processuais probatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p.183-185. Neste sentido também: “As partes não podem criar ou extinguir deveres para o magistrado, sob pena deste não exercer uma correta administração da justiça. Por isso, apesar de o princípio geral de oferecimento de provas atribuir as partes o ônus e o direito de apresentar os elementos de provas relevantes, o juiz tem o poder de buscar, mesmo que de ofício, sempre que necessário, e mesmo quando houver convenção processual entre as partes, elementos de prova adicionais para que possa proferir uma decisão justa. O processo que busca alcançar a justiça da decisão não pode permitir que o acordo processual interfira sobre os poderes do magistrado, principalmente àqueles relativos à busca da veracidade das alegações de fato, essenciais a resolução do conflito”. MOREIRA, Victória Hoffmann. PEIXOTO, Juliene de Souza. *Negócios jurídicos processuais e os poderes instrutórios do juiz*. In: MARCATO, Ana. GALINDO, Beatriz. GÓES, Gisele Fernandes. BRAGA, Paula Sarno. APRIGLIANO, Ricardo. NOLASCO, Rita Dias. *Negócios processuais*. Coletânea mulheres no processo civil brasileiro. v.1. Salvador: JusPodivm, 2017, p.623.

cabará enfrentar o ônus de ponderação do conflito entre a liberdade processual dos indivíduos, manifestada pela norma convencionada e a necessidade do meio de prova, sopesando, no mais, o ônus financeiro e temporal, demonstradas a pertinência e razoabilidade, sendo tal decisão passível de impugnação pelas vias recursais e sucedâneos pertinentes.

Desta forma, é indubitável que os poderes do magistrado devem ser exercitados em diálogo e cooperação com as partes, mas representam legítimo limite às convenções probatórias, que em caso de violação, padecem de invalidade de objeto, a ser pronunciada na hipótese de concreto prejuízo, avaliado à luz da utilização dos seus poderes instrutórios pelo juiz.

### **3.2.9. Administração Judiciária e sua eficiência e a vedação a externalidades indevidas a terceiros**

De igual sorte, o regular funcionamento do Poder Judiciário e os interesses legítimos de terceiros figuram como limite às convenções processuais probatórias.<sup>564</sup>

Não obstante a franca possibilidade de contribuição das convenções probatórias para a eficiência e racionalidade da atuação do Poder Judiciário, por certo, ante a multiplicidade de processos em trâmite nas unidades judiciárias e a isonomia entre seus utentes, há uma necessidade de ponderação sobre se o exercício do autorregramento é benéfico ou lesivo ao Sistema de Justiça estatal.<sup>565</sup>

Por certo a realidade das unidades do Judiciário indica a ocorrência do que Erik Navarro Wolkart<sup>566</sup> chama de tragédia dos comuns, manifestada na expressiva sobrecarga de

564 Observa-se que tais limites também se aplicam ao magistrado quando da fixação de sanções premiais atípicas. A respeito confira-se: MAZZOLA, Marcelo. *Sanções premiais no processo civil: previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial*. Salvador: JusPodivm, 2022, p.274-294.

565 “Importa registrar que a previsão legal da possibilidade de se celebrar negócios processuais pode, de um lado, garantir uma prestação jurisdicional mais adequada para as partes, mas, de outro, não pode prejudicar o andamento da máquina jurisdicional nem violar normas cogentes. Dessa maneira, a prática da celebração dos negócios jurídicos processuais demanda ponderação entre o significado da atividade jurisdicional para o Estado e o significado da autonomia privada para o indivíduo, ambas, porém se encontram no que lhes há de comum interesse: a entrega de uma tutela jurisdicional célere e adequada que alcance a paz”. MORAIS, Fabiola Vianna. Privatização do direito processual civil? In: MORAES, Fabiola Vianna. GOMES, Fabio Luiz. (org.). *Diálogos do novo direito processual civil*. São Paulo: Almedina, 2019, p.216-217.

566 “A chamada tragédia dos comuns é uma parábola famosa em microeconomia que ilustra como os recursos comuns (bens comuns) tendem a ser explorados em níveis acima do desejável do ponto de vista social, gerando uma tendência de esgotamento (o que seria a tragédia). A parábola consiste na singela história de uma pequena cidade medieval na qual a criação de ovelhas era uma das principais atividades comerciais. As ovelhas pertencentes às diversas famílias da cidade pastavam em um grande campo que a rodeava, chamado Town Common. Esse pasto era público e grande o suficiente para que todas as ovelhas pudessem alimentar-se, ao mesmo tempo em que áreas não utilizadas iam renovando-se, funcionando, portanto, muito bem. Ocorre que, conforme a cidade crescia, mais e mais ovelhas eram colocadas na terra pelas famílias. Logo a

trabalho, ante o déficit de servidores e magistrados, o que implica na adoção de medidas de gestão fundadas, sobretudo, na busca da eficiência e isonomia entre os jurisdicionados, conforme expressado nas metas estabelecidas anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça.<sup>567</sup>

Destarte, não são internalizados nos critérios de cálculo das custas judiciárias as despesas extraordinárias trazidas pelas convenções atípicas, tampouco previstos os necessários custos adaptativos, sendo sua precificação assaz dificultosa e ineficiente pelo Estado.<sup>568</sup>

Assim, enquanto, conforme lição de Stephen Holmes e Cass R. Sustein<sup>569</sup>, “garantir direitos é distribuir recursos”, o direito das partes de regrem a atividade instrutória do seu processo não pode implicar em ônus exacerbado para o Estado e terceiros.

Longe de representar uma submissão da validade das convenções processuais ao filtro do Direito Administrativo, deve-se atentar para a constatação de que o processo tramita em órgão público, que deve dispensar a todos os jurisdicionados tratamento equânime.

---

gleba tornou-se um bem escasso, levando a uma concorrência de consumo. Como não havia incentivos para diminuir o uso da pastagem, esgotou-se e Town Common acabou tornando-se um terreno barroso e inútil. [...] Os números sobre as despesas e receitas provenientes do pagamento de custas da Justiça brasileira desenham as condições perfeitas para a efetiva tragédia da Justiça. Como vimo, o indivíduo que ajuíza uma ação no Brasil, contribui em média com apenas 10% do custo do novo processo gerado. Há, assim, um evidente incentivo para que muitas ações sejam ajuizadas, levando ao esgotamento da atividade jurisdicional como bem comum, expressada de modo cristalino nas taxas de congestionamento da Justiça descritas nos relatórios do CNJ”. WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.86-88.

567 Vide: <https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metasp/> . Acesso em 27/ago./2021.

568 “Há, já na existência de negócios jurídicos processuais em concreto, um custo operacional que precisa ser traduzido monetariamente. Falamos, aqui, de um custo que envolve, primeiramente, identificar os feitos que se apartam da “linha de produção prêt-a-porter” daqueles que hão de ser conduzidos *su misura*; depois, de lhes dar a tramitação especial neles prevista e, para tal, adaptar os sistemas eletrônicos de tramitação (o que nem sempre é possível), contagem de prazo, publicações etc., tudo voltado às peculiaridades daqueles feitos, que insistem em ir na contramão da padronização (até mesmo taxonômica) ditada pelo Colendo Conselho Nacional de Justiça, fazendo envergar as rotinas cartorárias às exigências neles contidas. Tudo isso, frise-se, no contexto de um Poder Judiciário “pouco atribulado” como o nosso (talvez na “superpopulosa” Islândia a ideia encontre meio ambiente menos árido e hostil). Logo se vê que os custos operacionais de identificação e de adaptação são imensos, quiçá incalculáveis em abstrato. Pior: o Estado é um mau precificador, mesmo quando atua como agente de mercado. Quando não o faz (e esse é o caso do serviço jurisdicional), precifica com menos destreza ainda”. OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Notas acerca dos negócios jurídicos processuais atípicos – Parte I: custos operacionais. *Revista de Processo*, vol.283/2018, p.39-54, set.2018.

569 “É óbvio que a ideia de que os direitos têm a função de proteger contra a comunidade é simples demais, pois os direitos são interesses aos quais nós, enquanto comunidade, atribuímos uma proteção especial, geralmente porque tangenciam o “interesse público” - ou seja, porque envolvem tanto os interesses da comunidade como um todo quanto um tratamento justo para certos membros da comunidade. Reconhecendo, protegendo e financiando os direitos, a coletividade promove aqueles que muitos consideram ser os interesses mais profundos de seus membros”. HOMLES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p.92-94.

Portanto, o regular funcionamento do Poder Judiciário se refere a interesse que ultrapassa os litigantes e os impactos das convenções para tal desiderato configuram potencial limite a ser sopesado à luz do postulado da razoabilidade (art. 8º do CPC), com o controle de atos volitivos que impliquem em prejuízo aos outros jurisdicionados ou em atraso injustificado na solução do processo dos convenientes.<sup>570</sup>

Para proporcionar tal controle, certo é que a existência e o teor das convenções processuais probatórias deve ser objeto de publicidade mediante anotação na contracapa dos autos físicos ou identificação pertinente no sistema de processo eletrônico.<sup>571</sup>

De igual modo, em conformidade com os limites subjetivos das convenções processuais em relação a terceiros, ressalvada a adesão destes, não podem ser geradas externalidades indevidas que os onerem.<sup>572</sup>

Em aplicação prática dos aludidos limites, já se reconheceu a invalidade de convenção das partes que dispôs sobre honorários devidos ao perito (criando externalidades para este) e fixou prazo para protocolo de contestação durante o recesso forense, criando externalidades para o Poder Judiciário.<sup>573</sup>

Desta forma, as convenções probatórias não podem implicar em atribuição de ônus indevido aos terceiros e ao Poder Judiciário, figurando a avaliação quanto à sua existência e proporcionalidade em limites ao poder de regramento sob o prisma de que ao dispor sobre o procedimento as partes devem fazê-lo de maneira eficiente, sob pena de reconhecimento de prejuízo e nulidade.<sup>574</sup>

---

570 “Imagine-se, ainda, se as partes convencionarem sobre o cumprimento de uma diligência com a presença de cinco ou mais oficiais de justiça. Trata-se, sem dúvida, de ajuste entre as partes que interfere e impacta diretamente na atividade judiciária, cabendo ao magistrado exercer seu controle, limitando o acordo. Portanto, qualquer ato de disposição processual que eleve os custos do processo, onerando o Judiciário, é passível de controle e invalidação pelo juiz”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p.150.

571 Neste sentido: TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. *Negócios jurídicos processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p.158-159.

572 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p.151.

573 PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. REVELIA DECRETADA PELA ORIGEM. Calendário processual firmado pelas partes pelo qual a contestação deveria ser entregue em 20/12/2016. Protocolo da peça apenas em 23/01/2017, após o recesso forense. Posição da maioria desta Eg. Câmara no sentido de reconhecer sua tempestividade. Negócio jurídico processual que deve ser limitado pelas chamadas externalidades que impõem custos a terceiros. Magistério da doutrina e enunciado nº 36 da ENFAM sobre o novo código de processo civil. Suspensão dos prazos entre o dia 20 de dezembro e 20 de janeiro, na forma do artigo 220 da Lei adjetiva, que, por integrar o próprio funcionamento dos tribunais, não pode ser afastado por convenção dos litigantes. Revelia afastada. Necessidade de instruir o feito e analisar as objeções e exceções formuladas pelo réu. Ressalva do voto do relator quanto à revelia. Anulação da sentença por unanimidade. Afastamento da revelia por maioria. (TJRJ; APL 0011211-63.2016.8.19.0003; Angra dos Reis; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Custódio de Barros Tostes; Julg. 17/10/2017; DORJ 20/10/2017; Pág. 244).

574 “O magistrado não é o único sujeito que conduz a marcha processual. O modelo processual adotado é o



Tal violação à função social da convenção configura hipótese de excepcional controle da convenção probatória quanto a sua adequação, razoabilidade e proporcionalidade, devendo ser submetida a pesado ônus argumentativo a cargo do magistrado<sup>575</sup>, sem, todavia, qualquer juízo discricionário.

### 3.2.10. Do adequado funcionamento do sistema de precedentes

A incorporação definitiva de um sistema de precedentes formalmente vinculantes no processo civil brasileiro pelo CPC representa fator de limitação do autorregramento das partes quanto à seara probatória, visto que seu funcionamento adequado reclama a cognição dos fatos substancialmente relevantes, dotados de larga importância tanto para a formação da norma jurídica do precedentes, quanto para sua aplicabilidade.<sup>576</sup>

Não há, portanto, exagero na constatação de Luiz Guilherme Marinoni, que nestas situações específicas em que a sociedade espera orientação do Judiciário para ter previsibilidade em relação às decisões futuras, ainda que de maneira indireta, esta figura como destinatária da prova.<sup>577</sup>

Embora, conforme assentado no Enunciado 412 do FPPC, a aplicação do negócio jurídico processual ao processo não obsta necessariamente que sua decisão venha a servir como paradigma para formação de precedente, sendo possível em potencial a universalização da *ratio decidendi* mesmo com cognição limitada, restrições probatórias ou procedimento simplificado por opção das partes<sup>578</sup>, não se olvida que a atividade instrutória regular é pressuposta à referida formação.

---

cooperativo, que permite inclusive a gestão processual pelas partes, mediante a celebração dos negócios jurídicos processuais. Seria altamente contraditório atribuir poderes de condução do procedimento às partes, mas delas não se exigir contribuição para uma gestão eficiente. Isso corresponderia ao entendimento de que o processo se desenvolve no único interesse das partes, o que contraria o modelo processual adotado”. CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.110.

575 “Todavia, quando a convenção modificar o procedimento ou remodelar situações processuais a ponto de comprometer a própria prestação jurisdicional ou o desenvolvimento de outros processos, pondo em risco inequívoco os interesses da coletividade, há de se admitir, muito excepcionalmente e mediante robusto ônus argumentativo, alguma ingerência judicial. A razão para isso não reside apenas no risco ao funcionamento da jurisdição (e na ultrapassagem dos limites legais que, na realidade, devem tutelar e afetar primordialmente as partes envolvidas), mas na própria função social do negócio processual”. MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.181-182.

576 MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol.245/2015, p.333-349, jul.2015.

577 MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre a prova diante dos fins do processo civil. *Revista de Processo*, vol.288/2019, p.127-153. fev./2019.

578 NOGUEIRA, Pedro Henrique. Comentários ao Enunciado 412. In: PEIXOTO, Ravi (coord.) *Enunciados FPPC comentados*. 2ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p.245.

Tal dinâmica é inferível da redução do âmbito de disponibilidade processual nos processos integrantes do microsistema de formação de precedentes, como os recursos excepcionais afetados e os incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, nos quais o interesse público subjacente conduz à manutenção do julgamento quanto à questão objeto de repercussão geral, sem embargo da desistência do recorrente (art. 998, parágrafo único) e na aplicação da mesma lógica (art. 976, §1º), não obstante a possibilidade de assunção pelo Ministério Público<sup>579</sup> no âmbito dos incidentes.

Destarte, com lastro no interesse público que subjaz à formação de precedentes de qualidade e da relevância da atividade probatória para tal desiderato, identifica-se potencial de prejuízo em convenção probatória que implique em redução de sua amplitude, ainda que com lastro no poder de autorregramento das partes. Conforme assevera Erik Navarro Wolkart:<sup>580</sup>

Mas mesmo no âmbito do direito processual, o conceito de prejuízo deve ser repensado em razão da introdução definitiva, pelo NCPD, de um sistema de precedentes obrigatórios. Isso porque determinada convenção processual pode ser absolutamente hígida para as partes, do ponto de vista processual clássico, mas extremamente nociva quando se recontextualiza o processo pelo paradigma da formação e aplicação de precedentes obrigatórios. Exemplificamos. Em processos importantes, aptos a formar precedente, qualquer convenção que limite a atividade cognitiva - seja pelo aspecto fático, com limitações probatórias, seja pelo aspecto jurídico, excluindo determinadas questões de direito da análise jurisdicional, o que, via de regra, parece ser possível em razão do disposto no art. 357, § 2.º - deve ser rechaçada, sob pena de comprometer a qualidade do precedente. O prejuízo a ser verificado aqui não toca às partes, mas a toda comunidade jurídica. Note-se: o objeto do processo pode referir-se a direito disponível, mas o interesse no seu bom julgamento é público e, portanto, indisponível.

Igualmente, mesmo após a edição do precedente, a atividade interpretativa quanto a sua aplicação aos casos futuros reclama o exame dos fatos substancialmente relevantes, como forma de conferir pleno cumprimento ao dever de fundamentação das decisões judiciais, visto que inadmissível a invocação genérica a este sem a identificação dos seus fundamentos determinantes e de sua pertinência com o caso em julgamento (art. 489, §1º, V), de modo que dado que não sendo possível às partes convencionar quanto ao afastamento do precedente, igualmente descabido seria o negócio processual que obstasse sua identificação.

---

579 LEMOS, Vinícius Silva. A desistência no microsistema de formação de precedentes. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, v.13, n.9, p.602-624, set./out./2015.

580 WOLKART, Erik Navarro. Novo Código de Processo Civil x sistema processual civil de nulidades. *Xequemate? Revista de Processo*, vol.250/2015, p.35-60, dez./2015.

### 3.2.11. Indisponibilidade do direito material subjacente na tutela coletiva e estrutural

#### 3.2.11.1. Definições e características

As convenções probatórias encontram espaço na tutela coletiva e estrutural e revelam potencial para a contribuir com a solução adequada dos conflitos complexos que as permeiam.

Define-se *tutela coletiva* como a proteção concreta, veiculada quer pela via judicial ou por métodos extrajudiciais, de interesses decorrentes de conflitos coletivos, concernentes a direitos que ultrapassam a órbita dos indivíduos. Esta é objeto de conceito legal pelo parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor a partir da previsão de agasalho a interesses *difusos*, caracterizados pela indivisibilidade e indeterminação dos titulares, ligados por circunstâncias de fato e *coletivos*, também qualificados pela indivisibilidade, mas passíveis de identificação de titularidade a partir de grupos, categorias ou classes de pessoas com ligação intrínseca a partir de relação jurídica base.<sup>581</sup>

Lado outro, em festejado conceito, Edilson Vitorelli defende que a nota caracterizadora dos conflitos de tal natureza reside na lesão à sociedade sem atuação direcionada a qualquer indivíduo em particular, a partir de uma cadeia de eventos comum, e que à luz das diferentes configurações, guardam distinções a partir da extensão e uniformidade da lesão.<sup>582</sup>

Desta forma, de acordo com o conceito que se adota em complemento ao tradicional, visto que apto a proporcionar maior acurácia, o *processo coletivo* é a “técnica processual colocada à disposição da sociedade, pelo ordenamento, para permitir a tutela jurisdicional dos direitos afetados pelos litígios coletivos”<sup>583</sup> e encerra um procedimento tangente a relações jurídicas de natureza coletiva, em que se verifica controvérsia concernente a direitos *transindividuais* (vinculados a uma coletividade) ou *individuais*, passíveis de identificação e fracionamento, mas que se intenta ver tutelados de maneira uniforme por questões de opção

581 MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. *Convenção processual na tutela coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2020, p.141-142.

582 Propõe o autor que estes sejam distinguidos em *globais*, quando atingem a sociedade como estrutura, lesando de modo geral e com reduzida intensidade o meio social; *locais*, quando infringem a sociedade como solidariedade, a partir de uma lesão com maior intensidade para determinados grupos ou comunidades; e *irradiados*, quando vulneram a sociedade como criação, atingindo indivíduos sem qualquer perspectiva social comum, ensejando danos de natureza fluida, mutável e heterogênea, com distintas concepções de solução. Vide: VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, vol.284/2018, p.333-369, out/2018.

583 VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, vol.284/2018, p.333-369, out/2018.

legislativa (interesses individuais homogêneos), tendo por nota específica de qualificação do objeto litigioso.

O processo coletivo é estruturado a partir de um microsistema fruto de um esforço de coletivização da tutela jurisdicional, integrado pelas Leis de Ação Civil Pública (7.347/85), Ação Popular (4.717/65), Mandado de Segurança (12.016/09) e Mandado de Injunção (13.300/16), bem como por capítulos específicos em diversos estatutos como o Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/90), Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90), do Idoso (10.741/03), da Igualdade Racial (12.288/10), do Índio (6.001/73) e da Pessoa com Deficiência (13.146/15), aos quais se conjuga a Lei de Improbidade Administrativa (8.429/92).<sup>584</sup>

A legitimidade ativa para a propositura das ações coletivas é outorgada *ope legis* a instituições essenciais à função jurisdicional como o Ministério Público e a Defensoria Pública, bem como à Administração Pública direta, indireta, autárquica e fundacional dos entes da federação, sendo estendida à sociedade civil por meio de associações que cumpram com requisitos de regularidade e representatividade adequada.

Como instrumento de salvaguarda para a falha na atividade probatória, o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública<sup>585</sup> ressalva a eficácia *erga omnes* da coisa na hipótese de improcedência do pedido por falta de provas, hipótese em que é autorizada a propositura de novo processo com lastro em elementos supervenientes.

Lado outro, a *tutela estrutural* é caracterizada pelo chamamento do Sistema de Justiça à resolução de um problema caracterizado por um estado de desconformidade consolidado no plano fático, a reclamar a transição para um quadro de plena conformidade

---

584 Sem embargo do entendimento doutrinário quanto à integração ao conceito de processo coletivo a sistemática de julgamento de casos repetitivos (Neste sentido: DIDIER JR., Fredie. ZANETTI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies do processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, vol.256/2016, p.209-218, jun.2016. Acompanhando tal posicionamento: CARDOSO, Juliana Provedel. *O modelo brasileiro de processo coletivo: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Salvador: JusPodivm, 2018, p.73-104), entende-se neste trabalho que a distinção entre a tutela jurisdicional concreta que advém das ações coletivas e a tese abstrata originada dos incidentes de casos repetitivos, que reclama posterior concretização individual em cada processo implica no afastamento de tais instrumentos do conceito adequado de tutela coletiva. (assim também: MAGALHÃES AZEVEDO JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. *Convenção processual na tutela coletiva* Salvador: JusPodivm, 2020, p.142 e TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p.95.).

585 Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova

por meio da adoção de medidas estruturantes em um procedimento bifásico marcado por expressiva cognição e diálogo em todas suas etapas.<sup>586</sup>

Malgrado a casuística prevalente de problemas estruturais concernentes à esfera do direito público, como demandas referentes à implementação de políticas públicas e tangentes a direitos fundamentais<sup>587</sup>, certo é que pela própria superação do antagonismo entre público e privado no direito contemporâneo, identificam-se estados de desestruturação também em instituições de caráter privado e que reclamam, igualmente, tutela estruturante com vistas ao atendimento de interesses subjacentes.<sup>588</sup>

---

586 “O problema estrutural se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação). Estado de desconformidade, como dito, não é sinônimo necessariamente de estado de ilicitude ou de estado de coisas ilícito. Estado de desconformidade é situação de desorganização estrutural, de rompimento com a normalidade ou com o estado ideal de coisas, que exige uma intervenção (re)estruturante. Essa desorganização pode, ou não, ser consequência de um conjunto de atos ou condutas ilícitas. Pode ser que o problema estrutural venha a gerar situações ilícitas e cada situação isolada mereça um tratamento pelo ordenamento jurídico; pode ser inclusive que se vislumbrem graus mais ou menos graves de ilicitude ligados ao problema estrutural (ilicitude estrutural). O que queremos frisar é que o problema estrutural não necessariamente se assenta na noção de ilicitude e, quando eventualmente nela se assenta, não se confunde, ele mesmo, com as situações ilícitas que dela advêm. O seu tratamento não é a partir da noção de ilicitude, muito embora ela possa ocorrer e quase sempre ocorra”. DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 303/2020, p.45-81, mai./2020.

587 Destacam-se como exemplo paradigmático de processo estrutural no plano internacional a decisão adotada pela Suprema Corte Norte-Americana no caso *Brown v. Board of Education II* de 1955. No plano brasileiro, conforme panorama traçado por Leonardo Medeiros Júnior, verificam-se traços estruturantes nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Popular 3.388/ RR, referente à demarcação da Reserva Raposa Serra do Sol e no Mandado de Injunção 708/DF, quando da fixação de condicionantes para o direito de greve dos servidores públicos. No plano dos juízos monocráticos e tribunais, identifica-se na Ação Civil Pública do Carvão com trâmite na Justiça Federal de Criciúma/SC caso clássico de implementação de medidas estruturantes. MEDEIROS JÚNIOR, Leonardo. *Processo estrutural consequencialista: a intervenção judicial em políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.102-112. Com a indicação de que o habeas corpus coletivo configura modalidade de processo estruturante, confira-se: GIANINI, Leandro. La reafirmación del rol del habeas corpus colectivo como litigio estructural: lograr el equilibrio sin destruir la balanza. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol.3.2016, jan./jun.2016.

588 “Como visto anteriormente, possui forte inspiração na doutrina norte-americana a ideia de que as medidas estruturantes são ligadas a aspectos da burocracia estatal que envolvam implementação de direitos fundamentais (public law litigation). Sem dúvidas essa é uma das hipóteses de utilização do instituto. Contudo, já há algum tempo as medidas estruturantes não ficam limitadas a esse tipo de problema, especialmente no Brasil. Em primeiro lugar, porque não se pode mais falar na separação entre “direito público” e “direito privado”, tampouco em “interesse público x interesse privado”, sem que se adentre em zona de incertezas. Nos dias de hoje já se sabe que ambas as esferas pública e privada estão fortemente conectadas e essa dissociação não pode mais ser feita como se pretendida antigamente. Com efeito, diante de Constituição analítica e protetiva de direitos individuais (inclusive na esfera privada), a discussão sobre “interesse público” e “interesse privado” ou “interesse particular” perdeu bastante seu sentido. Além disso, não só instituições ou relações de “direito público” necessitam de reformas (pontuais ou estruturais), mas também aquelas comumente vistas como “de direito privado” até mesmo em razão de violações irradiadas de direitos essencialmente particulares. Os exemplos já estão surgindo na prática, como a utilização das medidas estruturantes em relações societárias (falência, recuperação judicial, por exemplo), contratuais e

Nesta ordem de ideias, merece especial relevo que se qualificam como estruturais as ações concursais de recuperação judicial e falência, visto que nestas, a partir da constatação de estado de desconformidade estruturada da empresa em crise e tendo como estado ideal de coisas o atendimento da função social e interesse público na manutenção da unidade produtiva para fins de arrecadação de tributos, livre concorrência, fomento ao empreendedorismo e manutenção de empregos, são adotadas medidas estruturantes que conduzam ao soerguimento da empresa viável ou à exclusão da empresa inviável do mercado, proporcionando a alocação racional dos recursos produtivos por meio de medidas de proteção da empresa, alienação de ativos, pagamento aos credores e condução à composição adequada do conflito notadamente complexo e plúrimo.<sup>589</sup>

A tutela estruturante adequada pressupõe um prévio mapeamento do conflito com a identificação acurada do estado de desconformidade em toda a sua extensão, seguido pela fixação do que se entende por estado de conformidade desejável, a ser alcançado, bem como as regras destinadas à transição, visando a salvaguarda da segurança jurídica<sup>590</sup> sendo seguida pela implementação de medidas destinadas à reestruturação, por meio de decisões escalonadas “em cascata”, com a constante revisão e aprimoramento.<sup>591</sup>

Como corolário, a *cooperação* entre os sujeitos do processo, e destes com terceiros interessados, sociedade organizada e poder público, mormente pelas agências e órgãos técnicos e regulamentadores, é medida curial para o alcance da cognição quanto aos elementos em epígrafe, tendo por matriz fundamental o princípio estatuído pelo art. 6º do CPC com a fixação de parâmetros de conduta e deveres recíprocos.<sup>592</sup>

---

trabalhistas”. MARÇAL, Felipe Barreto. *Processos estruturantes*. Salvador: JusPodivm, 2021, p.60-69.

589 COSTA, Daniel Carnio. MELO, Alexandre Nasser de. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. Curitiba: Juruá, 2021, p.26-43.

590 Dentre as espécies de regra de transição pode-se indicar a compensação financeira; o auxílio de adaptação e a tutela específica para a preservação dos efeitos do ato estável em caso de anulação ou desfazimento. Com recente estudo sobre a matéria confira-se: CABRAL, Antonio do Passo. *Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo*: introdução ao art.23 da LINDB. 2ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p.229-256.

591 BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Dos litígios aos processos coletivos estruturais: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira*. São Paulo: D’Plácido, 2020, p.90-94.

592 “A aplicação do princípio da cooperação no curso da execução das decisões estruturais é instrumento colocado à disposição dos sujeitos do processo estrutural para permitir que a tutela executiva se revele adequada, efetiva e útil ao resultado almejado pelo processo, na medida em que essa tutela será construída de forma consensual e dialogada. Nesse sentido, os sujeitos do processo, contando inclusive com a participação de terceiros interessados e/ou sujeitos com conhecimento específico nas áreas que envolvem o litígio, poderão adotar medidas atípicas visando conferir eficácia à tutela executiva”. ALBUQUERK, Luana Assunção de Araújo. TEIXEIRA, Vitor Amm. BUFULIN, Augusto Passamani. *Processos estruturais e a relevância da cooperação processual como instrumento para dar efetividade à execução das decisões estruturais*. In: CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de. BRAZ, Myriã Bregonci da Cunha. SANT’ANNA, Vinicius de Souza. (coord.). *Temas contemporâneos de direito processual*. Belo Horizonte:

De igual sorte o *contraditório* em sua feição de direito de influência se revela indissociável da tutela estruturante, não obstante os desafios para sua concretização. Com razão vislumbra Sérgio Cruz Arenhart que ao passo em que usualmente são identificados diversos polos no processo, sendo alguns compostos por indivíduos ou grupos com participação direta na busca por seus interesses e outros por representantes adequados, a complexidade decorrente deve ser equacionada por meio de ferramentas de gestão processual que possibilitem aos afetados a chance de influir na resposta dada pelo Poder Judiciário.<sup>593</sup>

Ademais, ante a mutabilidade do problema estrutural, o procedimento deve ser flexível quanto à sua estabilização objetiva, abarcando meios de prova e de indução e sub-rogação para o cumprimento das ordens judiciais com natureza atípica.<sup>594</sup>

Todavia, é uma realidade empírica que nem sempre os conflitos referentes a problemas coletivos e estruturais são solucionados pelo Poder Judiciário com a utilização das técnicas pertinentes, o que pode ser atribuído à opção pela busca da tutela individual ou a barreiras indevidas à tutela transindividual, que ensejam, não raro, uma judicialização excessiva a “varejo”, com consequências de não enfrentamento das graves questões subjacentes, desestruturação do restante da política pública que ainda funciona e/ou descumprimento de ordens judiciais ante a invocação da cláusula da reserva do possível.<sup>595</sup>

### 3.2.11.2. Do problema do consentimento

Conforme observado por Owen Fiss qualquer espécie de autocomposição em conflitos transindividuais enseja questionamentos quanto à legitimidade do consentimento externado, dado que, não raro, afigura-se difícil a identificação dos efetivos integrantes e

---

Dialética, 2021, p.108-109.

593 “O processo estrutural deve assemelhar-se a uma ampla arena de debate, em que as várias posições e os vários interesses possam fazer-se ouvir e possam interferir na formação da solução jurisdicional. Se o Judiciário deve chamar para si a difícil tarefa de interferir em políticas públicas ou em questões complexas no plano econômico, social ou cultural, então é certo que o processo empregado para tanto deve servir como um ambiente democrático de participação. Simulando o verdadeiro papel de um parlamento, constrói-se uma ferramenta adequada ao debate esperado, que legitima a atividade jurisdicional”. ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix. (org.). *Processos estruturais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p.1.071-1.096.

594 ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. *Revista de Processo Comparado*, vol.2/2015, p.211-229, jul./dez/2015.

595 Com relevante estudo empírico sobre o fenômeno da tutela individual e coletiva quanto à judicialização do direito a vagas e creches e pré-escolas no Estado de São Paulo, confira-se: COSTA, Susana Henriques. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no Município de São Paulo. In: PUOLI, José Carlos Baptista. BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. LEONEL, Ricardo Barros. (coord.). *Direito processual constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p.257-285

representantes dos grupos atingidos<sup>596</sup>., sendo esta questão também se afigura como relevante quanto às convenções processuais sobre a prova.<sup>597</sup>

Verifica-se que nos processos de recuperação judicial, extrajudicial e falência, malgrado a multipolaridade que os qualifica como estruturais, alguns integrantes de grupos específicos, como o de credores, são passíveis de identificação, o que implica na possibilidade de colheita do consentimento por meio de votação, mercê o §2º do art. 189 da Lei 11.101/05 com a redação conferida pela lei 14.112/20.<sup>598</sup>

Nestas hipóteses, pela natureza do conflito a convenção probatória deixa os estritos limites de contrato e passa a ser qualificada como deliberação, a exigir não a formação de unanimidade, mas somente de maioria.<sup>599</sup>

---

596 “The argument for settlement presupposes that the contestants are individuals. These individuals speak for themselves and should be bound by the rules they generate. In many situations, however, individuals are ensnared in contractual relationships that impair their autonomy: Lawyers or insurance companies might, for example, agree to settlements that are in their interests but are not in the best interests of their clients, and to which their clients would not agree if the choice were still theirs. But a deeper and more intractable problem arises from the fact that many parties are not individuals but rather organizations or groups. We do not know who is entitled to speak for these entities and to give the consent upon which so much of the appeal of settlement depends”. FISS, Owen. Against settlement. *Yale Law Journal*, v. 93, p.1.073-1090, 1983/1984.

597 A respeito de dificuldades para a implementação de convenções processuais no âmbito de incidentes de resolução de conflitos repetitivos, confira-se: CABRAL, Antonio do Passo. Autocomposição e litigância de massa: negócios jurídicos processuais nos incidentes de resolução de casos repetitivos. *Revista de Processo*, vol. 325/2022, p.479-498, mar./2022.

598 Art. 189. Aplica-se, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei, o disposto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), desde que não seja incompatível com os princípios desta Lei.

§ 2º Para os fins do disposto no art. 190 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), a manifestação de vontade do devedor será expressa e a dos credores será obtida por maioria, na forma prevista no art. 42 desta Lei.

599 “No caso da recuperação, embora obviamente não se possa qualificar o conjunto de credores como uma sociedade, é possível considerá-los como uma unidade; quando menos pela circunstância de que a lei os remete para a assembleia geral, em que se discutirão e se decidirão os rumos da recuperação. Portanto, se a própria lei se encarregou de organizar a recuperação em torno da vontade expressa em assembleia, é realmente disso que se trata e, nessa medida, as ponderações acima se aplicam: a vontade dos credores se expressa em típico negócio jurídico unilateral, donde não haver que se falar na exigência de consenso. Não há vontades que se entrecruzam, mas vontades paralelas, de tal sorte que as diferentes declarações se unem. E isso não é incompatível com a disposição do art. 190 do CPC/2015, que apenas fala na possibilidade de as partes estipularem mudanças no processo. Ora, se nos processos regulados pelo Código isso só pode resultar do consenso é porque ali não há um colegiado a deliberar; aliás, nem o conceito de maioria poderia ali ser aplicado. Portanto, naquele ambiente só mesmo a vontade convergente das partes é capaz de gerar negócio jurídico processual. Já na recuperação, a pluralidade e a complexidade subjetiva – que nem mesmo pode ser equiparada à condição de litisconsórcio - impõem que a vontade seja captada e expressa de forma diversa, isto é, sob a forma de deliberação”. YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual no processo de recuperação judicial. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, vol.01/2016, jul./set./2016.



Todavia, quanto aos demais interessados, revela-se em princípio inviável qualquer colheita de consentimento, o que conduz ao reconhecimento da capacidade negocial do legitimado, como decorrência de sua aptidão para agir em juízo.

Destaca-se o estrito controle da atuação do Ministério Público no âmbito das convenções processuais como diretriz da Resolução 118/2014 do CNMP, que estabelece como diretrizes para a flexibilização convencional do procedimento a adequada e efetiva tutela jurisdicional dos interesses materiais subjacentes e a salvaguarda dos direitos fundamentais processuais (art. 15) e orienta que sua celebração se dê de maneira dialogal e colaborativa (art. 17).

A tal se soma o regramento da celebração de Termos de Ajuste de Conduta por meio da Resolução 179/2017 do CNMP, que prevê a realização de reuniões ou audiências públicas (art. 1º, § 4º), fomenta a atuação conjunta com os demais órgãos do *Parquet* ou legitimados como associações civis e grupos representativos (art. 3º, § 6º), bem como determina a publicidade quanto ao extrato do compromisso, divulgado em diário oficial e sítio da internet (art. 7º) e do seu inteiro teor, publicado em plataforma própria do CNMP (art. 8º) e prestigia as peculiaridades do objeto complexo da tutela, através da abertura semântica quanto à possibilidade de fixação de medidas provisórias ou definitivas, totais ou parciais (art. 2º), da periódica prestação de informações sobre a execução do acordo (art. 9º) e pela possibilidade de repactuação (art. 11).

Destá forma, tais diretrizes fundamentais destinadas *a priori* ao Ministério Público, se estendem, no que for compatível com os desenhos institucionais, aos demais legitimados e funcionam como norte para as convenções probatórias na tutela coletiva e estrutural.

### 3.2.11.3. Da indisponibilidade do direito subjacente como limite e da coisa julgada *secundum eventum probationis* como ponto de equilíbrio

De outro lado, conforme pondera Alexandre Alberto de Azevedo Magalhães Junior a indisponibilidade do direito subjacente ao processo implica na vedação a convenções que o afetem negativamente, ainda que de maneira reflexa ou indireta, o que denota a existência de um núcleo intangível que figura como limite último de validade, tal como se observa quanto ao sistema de legitimação de agir e a coisa julgada nas ações coletivas, devendo-se adotar como fio condutor o do benefício para a tutela coletiva ou estrutural.<sup>600</sup>

---

600 “Percebe-se que o fio condutor destas disposições processuais especiais é conferir maior proteção à coletividade no desenvolvimento do processo coletivo, como se observa na regra de inversão do ônus da

Nesse diapasão, há aparente ampliação do âmbito de controle do magistrado quanto às convenções probatórias nos processos concernentes à tutela coletiva e estrutural, visto que caberá, dado que vedada disposição indireta do seu objeto, verificar, à luz dos limites dos direitos e garantias fundamentais dos interessados e da boa-fé e cooperação dos celebrantes, se a convenção probatória efetivamente implica em benefício potencial para a adequada verificação dos fatos.

Destaca-se que como derradeira forma de salvaguarda dos interesses transindividuais na hipótese de equívocos na celebração e controle de validade das convenções probatórias coletivas, a natureza *secundum eventum probationis* da coisa julgada, afastada na hipótese em que o pedido for julgado improcedente por falta de provas em decorrência da má gestão pelo representante legitimado (artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública) que funcionam como elementos de equilíbrio para eventuais abusos ou desídia por qualquer destes.

Conforme observa Marcelo Abelha Rodrigues<sup>601</sup>, distingue-se a insuficiência de prova dentro do caráter material, referente a não ter tido o legitimado acesso a todas as provas que poderiam ser utilizadas para a formação do convencimento do magistrado, da que decorre do caráter formal, decorrente da falha do legitimado na argumentação ou manejo das provas produzidas ou na apresentação de contraprova suficiente pelo demandado, sendo a regra elisiva da coisa julgada adstrita à hipótese de insuficiência material.

Todavia, a referida possibilidade não pode figurar como critério de tolerância para convenções aprioristicamente indevidas, uma vez que as externalidades decorrentes do tempo e dos custos de tramitação de um novo processo têm o condão de prejudicar efetivamente os grupos atingidos, devendo, portanto, ser sopesadas pelo magistrado quando do controle das convenções probatórias nesta esfera.

Portanto, observadas as peculiaridades do conflito, as convenções probatórias têm potencial de contribuição para o adequado mapeamento dos conflitos coletivos e estruturais e das medidas necessárias para sua tutela preventiva, repressiva ou estruturante.

---

prova ou na isenção de adiantamento de honorários periciais pelo autor, não sendo autorizado às partes afastarem aquilo que o legislador reputou merecer especial regulamentação e proteção. Eventual negócio processual afastando tais peculiaridades significaria desconfigurar o processo coletivo e afastar-se de procedimento especial obrigatório. [...] A vedação à alteração das regras especiais previstas no processo coletivo, contudo, não é absoluta, podendo ceder se a regra consensual se mostrar favorável à tutela coletiva, reforçando, assim, o direito processual fundamental que embasou a disposição normativa diferenciada". MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. Convenção processual na tutela coletiva. Salvador: JusPodivm, 2020, p.163-182.

601 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. 4ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.258-261.

### 3.2.12. Limites temporais para convenções probatórias

Assevera Giovani Ravagnani que existiria um limite temporal lógico para as convenções probatórias consistente no momento anterior à prolação da sentença, a partir da qual seriam descabidas, pois implicariam no efeito prático de revogação do pronunciamento de mérito.<sup>602</sup>

Embora justificada a preocupação quanto aos resultados do exemplo citado, tal posicionamento descarta a constatação de que existe atividade probatória em grau recursal, fundado no contraste dialético com a decisão recorrida e interesse público na reapreciação correta e justa da matéria submetida à tutela judicial.<sup>603</sup>

Esta é uma decorrência do efeito devolutivo dos recursos, compreendido como a obtenção de outro pronunciamento do Poder Judiciário por intermédio de um órgão competente, usualmente distinto do prolator da decisão recorrida e decorre de uma fragmentação da competência funcional para reapreciar o teor do julgado, conforme fixado pelo recorrente, a partir do princípio dispositivo, de modo que “somente será devolvida à apreciação do tribunal, e, portanto, objeto de novo exame e julgamento, aquela matéria expressamente impugnada no recurso<sup>604</sup> e, ao interpor o recurso, fixando os limites horizontais objetivos da cognição recursal, são outorgados ao órgão revisor amplos poderes investigatórios quanto aos fatos em sua profundidade, na medida que se revela curial para uma prestação jurisdicional completa.

Nesta toada, em conformidade com o art. 932 do CPC, o relator, conquanto gerente primário das fases que antecedem o julgamento colegiado é investido de poderes aptos a racionalizar a prestação jurisdicional, que tanto podem conduzir à decisão monocrática do recurso em hipóteses restritas, como à sua preparação para o julgamento, incluídos nestes, a produção de meios de prova que se repute necessários à deliberação do órgão *ad quem*,

602 “Suponha-se que venha a ser celebrada convenção probatória invertendo-se o ônus da prova, após ser proferida a sentença, apresentada pelas partes, em conjunto, de modo a embasar o recurso de embargos de declaração. Nessa hipótese, o juiz praticamente deveria revogar a sentença já dada para poder aplicar a convenção probatória, o que não se pode admitir”. RAVAGNANI, Giovani. *Provas negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.185

603 “A partir do ajuizamento da ação, além do interesse subjetivo das partes na solução da demanda, subsiste o interesse estatal no justo resultado do processo. Considerando tal premissa, verifica-se que a atuação do julgador na condução e no julgamento da demanda, em primeira instância ou no Tribunal, no curso da fase recursal, será fator preponderante para que a tutela jurisdicional seja prestada de forma adequada, a fim de com a aptidão de estabelecer ou reestabelecer a justiça nas causas levadas a juízo”. DIAS, Luciano Souto. *O poder instrutório do julgador na fase recursal do processo civil: em busca da verdade provável*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, 2017, p.151.

604 JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.345-346.

visto que contemplada especificamente, no inciso I, poderes-deveres<sup>605</sup> de dirigir e ordenar o processo “inclusive em relação à produção de prova”.

Quanto ao seu procedimento, adota-se a migração da técnica do § 3º do art. 938 do CPC, cuja previsão de que “reconhecida a necessidade de produção de prova o julgamento será convertido em diligência a ser realizada no próprio tribunal ou em 1º grau, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução”, conquanto seja referente ao saneamento de questões preliminares ao mérito da pretensão recursal, pode ser adotado também quanto à instrução de caráter meritório<sup>606</sup>, sendo estendida à participação dos demais integrantes do colegiado, bem como os julgadores convocados para a integração de julgamento não unânime (art. 942 do CPC), que também se investem de ampla cognição.<sup>607</sup>

Além dos fatos pretéritos, trazidos dentro do efeito devolutivo, o tribunal possui ampla cognição quanto aos fatos supervenientes à decisão recorrida (art. 933 do CPC), sendo possível a atividade probatória também no que concerne a sua verificação, com o necessário contraditório.

Nesta senda, uma vez que a seara recursal também é passível de autorregramento pelas partes<sup>608</sup> e que mesmo após a prolação da sentença é possível a realização de atividade probatória nas instâncias recursais ordinárias e excepcionais<sup>609</sup>, certo é que se encontra aberto

605 Neste sentido o Enunciado 646 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: *Enunciado 646* – (arts.932, I e 938, § 3º) Constatada a necessidade de produção de prova em grau de recurso, o relator tem o dever de conversão do julgamento em diligência. (Grupo: Ordem do processo nos tribunais e regimentos internos).

606 “Na vigência do CPC/1973, sugeríamos que a produção de prova no tribunal deveria ser feita com utilização analógica dos arts. 492 e 560, parágrafo único, daquele diploma, permitindo ao tribunal converter o julgamento em diligência e determinando-se novamente a oitiva de testemunhas, a realização ou complementação de prova pericial, ou, ainda, fazendo-se inspeção judicial. O CPC/2015, apesar de num contexto um pouco diverso do ora apresentado, prescreveu no art. 938, § 3º, que “reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução. Assim, havendo necessidade de produção de provas no tribunal poderá ser utilizado, guardadas as devidas proporções, esse procedimento”. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.385-386.

607 “Os limites da cognição a ser desenvolvida pelos novos julgadores que participarão do julgamento para integrá-lo são amplos, não ficando restritos àquela parcela ou capítulo cujo resultado não foi unânime. Assim, se em relação a algum capítulo da decisão ou em relação a parcela do julgamento os julgadores iniciais encontraram unanimidade, tendo a divergência ocorrido em relação a outro(s) capítulo(s) ou parcela(s) do julgamento, os novos julgadores podem tomar assento no julgamento tanto em relação a um quanto a outro. Veja que o julgamento não foi concluído. Quando os novos julgadores tomam assento para dar continuidade ao julgamento, fá-lo-ão dentro dos limites da devolução do recurso que está sendo julgado, ou nos limites objetivos e subjetivos da demanda em apreciação”. GONÇALVES, Tiago Figueiredo. MAZZEI, Rodrigo Reis. *A ordem dos processos no tribunal*. In: GARCIA JÚNIOR, Vanderlei (coord.). *Recursos e processos nos Tribunais*. Coleção inovações no processo civil brasileiro. Curitiba. Juruá, 2017. p.277.

608 RETES, Tiago. *Convenções processuais sobre recursos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.149-167.

609 Espécies de recursos excepcionais, o recurso especial e o recurso extraordinário possibilitam o acesso às cortes de vértice nas hipóteses elencadas pelo texto constitucional, mais especificamente, em seu art.102, III

o campo para a convencionalidade da referida atividade, que deve observar as gradativas preclusões dos pronunciamentos pretéritos na medida em que não são impugnados.

Ante a imutabilidade da sentença, salvo para a correção de inexatidões materiais e erro de cálculo ou para saneamento por meio dos embargos de declaração<sup>610</sup>, pode-se afirmar que convenção probatória posterior à sentença não teria eficácia retroativa, mas somente quanto aos eventuais atos instrutórios nas instâncias recursais.

Lado outro, conforme observado por Heitor Vitor Mendonça Sica<sup>611</sup>, mesmo no âmbito do módulo executivo existe ampla cognição judicial quanto a aspectos como a individualização da obrigação em sede executiva, fatos extintivos, impeditivos e modificativos supervenientes à formação do título, alterações subjetivas no plano do direito material e verificação sobre o cumprimento da obrigação, em relação aos quais existe, ainda que com amplitude restrita, atividade probatória passível de ajuste.

Ademais, não raro a cognição após a sentença é ampliada para o grau de processo de conhecimento por meio de incidentes e processos incidentais, como nos embargos de terceiro (art. 674 do CPC) e no incidente de desconsideração de personalidade jurídica (art. 133 do CPC), o que implica em se afirmar que o pronunciamento de mérito não figura como limite temporal adequado para a disposição sobre a prova, visto que enquanto for sua atividade possível, assim poderá ser objeto de convenção.

---

(recurso extraordinário de competência do Supremo Tribunal Federal) e 105, III (recurso especial de competência do Superior Tribunal de Justiça). A partir de sua concepção, emerge entendimento de que as figuras recursais em testilha não se destinam ao reexame de prova, sendo este objeto das Súmulas 07 do STJ e 279 do STF, que deve ser entendida como o filtro de admissibilidade, não prestando-se tais recursos a configurar uma terceira e quarta instâncias para a discussão do quadro fático. Em estudo específico sobre o tema, entende Simone Trento que a aplicação dos verbetes sumulares em epígrafe reclama uma reinterpretção a partir das teorias da prova e da decisão judicial, atentando-se para a função primordial de formação de precedentes pelas cortes de vértice, conquanto forma de conferir unidade ao direito, entendendo que seria possível o controle do acerto das decisões recorridas – com análise do acervo probatório – ‘apenas na medida em que esteja diante de questão de substancial relevância e transcendência que faça que o tribunal supremo tenha de exigir a observância de sua autoridade nos casos concretos’. Desta forma, instaurada a jurisdição das cortes de vértice, após os restritos filtros, ampla é a cognição sobre a matéria devolvida por meio do recurso especial ou extraordinário, podendo valer-se de seus poderes instrutórios. TRENTO, SIMONE. *As Cortes Supremas diante da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p.110-113 e 230. Com entendimento mais restrito, apenas quanto à possibilidade de atividade probatória quanto a fatos supervenientes: ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. *Produção de provas em sede recursal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.182.

610 MAZZEI, Rodrigo. *Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Londrina: Thoth, 2021 p.267-273.

611 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.135-217.

Todavia, a fundada preocupação com a possibilidade de revogação de atos anteriores por meio de convenção é justificada, visto que implicaria na subversão da ordem do processo, sendo, todavia, sanada a partir do critério de ordem pública, a partir do art. 507 do CPC.<sup>612</sup>

### 3.3. DA ATUAÇÃO JUDICIAL NOS MOLDES DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 190 DO CPC

Firmadas as premissas quanto aos limites ao poder de convencionar sobre a prova, cumpre investigar de que forma se dará seu controle, com vistas a conferir maior previsibilidade à atuação judicial e, como corolário, incrementar a operabilidade ao instituto.

#### 3.3.1. Aspectos procedimentais

Conforme estabelecido pela primeira parte do parágrafo único do art. 190 do CPC “de ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo”, do que se denota a possibilidade de cognição incidental no processo, quanto à validade tanto de convenções probatórias prévias quanto de incidentais, ensejo no qual a matéria é submetida por meio de petição ao juízo durante a tramitação do processo em que as partes noticiam a existência da avença e/ou também se insurgem contra sua validade.

Questão controversa se refere à possibilidade de ajuizamento de ação autônoma e prévia com o propósito específico de discutir a validade da convenção probatória em momento antecedente à judicialização da questão principal sobre a qual os fatos encontram regramento.

Registra-se em sentido contrário o posicionamento de Flávio Luiz Yarshell<sup>613</sup> para quem não haveria interesse processual para a referida pretensão, visto que competiria à parte autora ou ré alegar a nulidade de forma incidental, submetendo ao juiz da causa com exclusão de qualquer outro a questão concernente à validade do ato convencional

Entende-se, todavia, de maneira distinta, pois existe um interesse jurídico tutelável em dirimir a validade da convenção probatória.

---

612 Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.

613 YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.) *Negócios processuais*. Coleção grandes temas do novo CPC. v.1, 3ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p.89.

Deveras, conforme já estudado, a prova guarda autonomia em relação ao processo, de sorte que é crível que a conduta dos sujeitos, ainda que no âmbito prévio à propositura da ação, seja influenciada por limitações probatórias estabelecidas pela convenção inválida.

Portanto, ante a garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional, tem-se que é descabida a valoração apriorística e abstrata que refuta o interesse de agir, que deve ser cotejado no caso concreto.

De outro lado, em se admitindo a propositura de demanda de tal natureza, percebe-se que ensejará a competência por prevenção do juízo, decorrente do regramento da técnica, caso utilizada a tutela antecedente (art. 303 do CPC) ou pela aplicação do §3º do art. 55 fora de tais hipóteses, haja vista o risco de decisões conflitantes quanto à prova.

### **3.3.2. Regras preclusivas**

Decorrente da natureza do regime de invalidades das convenções probatórias anteriormente estudada, a alegação de nulidade da convenção probatória deverá ser suscitada na primeira oportunidade que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão (art. 278 do CPC).

Todavia, na hipótese de ser a convenção extrajudicial e de não ser judicializada a controvérsia concernente aos fatos subjacentes, entende-se que malgrado a imprescritibilidade da pretensão declaratória, aquela concernente à obtenção dos efeitos decorrentes da declaração de invalidade encontra-se sujeita a prazo prescricional de 10 (dez) anos.<sup>614</sup>

### **3.3.3. Das contribuições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/42) sempre teve relevância para a Teoria Geral do Direito e para o Direito Privado e Internacional, visto que tratava de critérios quanto às suas fontes e disciplinava a aplicação regulação das leis no tempo e no espaço.

Todavia, a partir do advento da reforma implantada pela Lei 13.655/2018, em consonância com o âmbito de relações jurídicas que envolvem o direito público, engendrou-se

---

614 Neste sentido: “Admite-se, portanto, manter o princípio de que a nulidade é imprescritível. Mas, se a parte ou terceiro tem pretensão (naturalmente sujeita à prescrição) a exercer contra a situação fático-jurídica criada pelo negócio nulo, e se essa pretensão já foi atingida pela prescrição, faltar-lhe-á interesse para manejar a ação de nulidade, sem embargo da imprescritibilidade. É neste sentido que se pode afirmar e concluir que os negócios nulos não são totalmente imunes à eficácia da prescrição. “. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil*. v.3, t.1. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.430-431.

a tentativa de estabelecer a uniformização dos preceitos gerais que regem sua aplicação dentro da seara da Administração Pública e entre esta e o cidadão, com o propósito de conferir-lhe segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade.<sup>615</sup>

Nesta toada, os postulados trazidos pela LINDB aplicam-se a qualquer decisão estatal nas esferas administrativa, de controle e judicial, do que deflui sua aplicação nas relações entre Poder Judiciário e jurisdicionado, independente da natureza da relação submetida à tutela. Conforme destaca Antonio do Passo Cabral:<sup>616</sup>

A importância da previsão normativa na LINDB é gigantesca. De fato, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n.4.654/42) destina-se a todos os intérpretes e aplicadores do sistema jurídico nacional, em qualquer dos entes federativos, e disciplina normas de sobre direito aplicáveis a qualquer tipo de processo, independente de qual seja o tipo de relação jurídica discutida. Incidem, portanto, não só nas relações de direito público, mas também nas de direito privado, como as civis/empresariais. De outro lado, a lei diz expressamente que essas regras aplicam-se a decisões proferidas em processos nas esferas administrativa, controladora e judicial. Por isso, penso que seja um tema comum a qualquer tipo de decisão estatal.

Portanto, as diretrizes da LINDB auxiliam o julgador no itinerário de solução de conflito concernente a eventual invalidade de convenção probatória na medida em que densificam os parâmetros de fundamentação adequada.

### 3.3.4. Proposta de itinerário para o exame da validade das convenções probatórias

Conforme é inferível dos contornos do modelo de processo em que se encontra inserida, a atuação do Estado-Juiz no controle das convenções processuais deve prestigiar o autorregramento das partes, cuja máxima do *in dubio pro libertate* que traz ínsito um dever negativo de interferência indevida na solução autocompositiva.<sup>617</sup>

Isso implica em um severo ônus argumentativo, visto que como ponto de partida, deve-se conjecturar que as partes agiram dentro de boa-fé (art. 3º, inciso V da Lei de Liberdade Econômica) e celebraram convenção paritária e simétrica (art. 421-A do Código Civil), adequada ao alcance da sua causa, qual seja, de incrementar a qualidade dos aspectos

615 SUNFELD, Carlos Ari. JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. In: LEAL, Fernando. MENDONÇA, José Vicente Santos de. (org.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: UERJ/FGV Rio, 2017, p.21-23.

616 CABRAL, Antonio do Passo. *Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo*: introdução ao art.23 da LINDB. 2ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p.20-22.

617 “Além disso, o dever geral de promover a autocomposição também engloba um dever negativo, uma imposição de abstenção. O juiz não pode interferir nas soluções autocompositivas arranjadas pelas partes”. NOGUEIRA, Pedro Henrique. Gestão da execução por meio de negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol.286/2018, p.325-342, dez./2018.



da prova, no desempenho de um comportamento que deve ser fomentado pelo Judiciário (já que é o exercício de um poder jurídico outorgado pelo CPC), de modo que não se pode olvidar da consequência intrajurídica do afastamento de uma norma convencional.<sup>618</sup>

Exige-se um pronunciamento que não apenas desconstitua todas as premissas em epígrafe, mas reconheça vício insanável na convenção, de modo que figura esta como *ultima ratio* e, portanto, sujeito a um esforço de justificação mais acentuado.<sup>619</sup>

Desta forma, em atenção à natureza híbrida do regime de validade das convenções probatórias, ultrapassados os requisitos estruturais conformados pelo art. 104 do Código Civil e ante a constatação de indícios de invalidade por transposição aos limites objetivos em epígrafe, caberá ao juízo a adoção de procedimento em quatro passos.

#### 3.3.4.1. Fomento à solução autocompositiva

Como decorrência do princípio da consensualidade<sup>620</sup>, na hipótese de cognição quanto à invalidade de convenção probatória, a diretriz inicial deve ser a do direcionamento das partes para a autocomposição, visto que o dever de incentivo à adoção de métodos de solução consensual de conflitos pelos agentes do Sistema de Justiça (art.3º, §3º do CPC) não

618 “As teorias contemporâneas da argumentação jurídica têm buscado analisar o argumento consequencialista e submetê-lo a critérios racionais de validade no discurso de justificação das decisões judiciais. Pode-se dizer, com certo consenso, que o argumento consequencialista é aquele que “leva em conta as consequências positivas ou negativas que uma determinada decisão judicial poderia gerar como razão para apoiar ou rejeitar tal decisão”. A sua utilização, na maioria das vezes, surge nos chamados casos difíceis (hard cases), isto é, quando insuficiente o emprego da argumentação meramente lógico-dedutiva para resolução do caso concreto. Assim, junto com outras espécies de argumentos, realiza-se um juízo prospectivo acerca das possíveis consequências da decisão como forma de justificar que a solução adotada é mais adequada à resolução do caso. Uma das questões mais relevantes na utilização do argumento consequencialista é a identificação de consequências intrajurídicas e extrajurídicas. De um lado, serão intrajurídicas as consequências cujos argumentos são reconduzidos ao próprio ordenamento jurídico, isto é, quando o discurso trata dos efeitos da decisão no contexto do próprio sistema jurídico. Quando se aplica um precedente judicial vinculante para evitar a insegurança jurídica e a desigualdade entre os jurisdicionados, quando uma decisão é tomada para evitar lesão a terceiros de boa-fé ou quando uma decisão tem a possibilidade de acarretar dificuldades ao acesso à justiça, as consequências estão delimitadas pelo contexto normativo, pois a preocupação central é a repercussão que a decisão terá dentro do próprio sistema”. BASTOS, Carlos Frederico. Fundamentação das decisões judiciais, consequências práticas e o art. 20 da LINDB. *Revista dos Tribunais*, vol.1.009/2019, p.99-120, nov./2019.

619 “O sistema não só é permeável às convenções processuais em razão da formulação da cláusula geral do art.190 do CPC/2015, mas também pressupõe a validade desses acordos, afirmando que o juiz “somente” recusará aplicação às convenções processuais em casos de abuso de direito, inserção abusiva em contrato de adesão ou manifesta vulnerabilidade. [...] Mas as preferências normativas fixadas são apenas apriorísticas ou *prima facie*, vale dizer, não são absolutas ou definitivas, podendo ser invertidas no caso concreto pelo juiz. O efeito prático é fazer pesar sobre o juiz o ônus argumentativo para considerar os acordos processuais inválidos. Se o magistrado desejar infirmar a prioridade *prima facie*, terá sobre ele um peso que o obriga a um esforço de justificação mais acentuado. O juiz deve ter razões mais fortes para inverter, no caso concreto, a direção apontada pela norma”. *a processuais*. 2 ed. Salvador: JusPodivm. 2018. p. 163.

620 Vide 3.3.3.

está adstrito à solução das controvérsias envolvendo o direito material, mas igualmente às que tangem ao processo como instrumento de resolução.

Assim sendo, atento aos critérios técnicos de gestão do conflito como corolário do *case management*<sup>621</sup> caberá ao magistrado direcionar as partes para a conciliação, mediação, arbitragem, negociação livre ou sob as regras da *collaborative law*, com vistas ao saneamento da invalidade, a qual poderá ser estendida também à renegociação da avença na hipótese de onerosidade superveniente.<sup>622</sup>

Já na tutela coletiva e estrutural, a autocomposição pode ser realizada igualmente mediante termo de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º da Lei de Ação Civil Pública) ou mediante termo de compromisso pela Administração Pública (art. 26 da LINDB).

Na hipótese de sucesso, dado que a controvérsia já se submeteu à apreciação judicial e que a convenção tem o potencial de impactar na sua atuação, a avença será objeto de homologação pelo juízo, o que não se confunde com a dispensa de tal ato como regra para as convenções não impugnadas.

#### 3.3.4.2. Interpretação da convenção probatória

Na hipótese de insucesso em compor pelo consenso a controvérsia, caberá em seguida ao juízo proceder à interpretação da convenção, intentando averiguar a possibilidade de atribuir-lhe denotação compatível com o paradigma do modelo constitucional de processo.

Deveras, enquanto produtos da inteligência humana com manifestação pela linguagem, certamente as convenções probatórias não são dotadas de significados inequívocos, reclamam atos de interpretação pelos sujeitos processuais, de modo que a correta compreensão e aplicação das convenções processuais probatórias exige que se identifiquem os critérios destinados à sua necessária exegese, tanto pelos celebrantes, quanto pelo Poder Judiciário, sem o qual não se vislumbra sua efetividade e segurança.<sup>623</sup>

---

621 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Case management no Brasil. *Revista ANNEP de Direito Processual*, vol.1., n.2, p.13-27, jul./dez./2020.

622 Acerca do dever de renegociação nas convenções processuais confira-se: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.431-432.

623 “Os negócios jurídicos, como produtos que são da inteligência humana, também precisam ser interpretados. Não só as leis reclamam interpretação. É comum que as pessoas vejam, nos contratos e nas leis somente aquilo que lhes interessa, sendo menos argutos em relação àquilo que lhes contraria os interesses. Aliás, interpretar, a rigor é atribuir sentido. Não temos, no direito, a possibilidade de não interpretar. Interpretamos textos (legais e negociais), interpretamos intenções e, também, interpretamos fatos”. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p.408-409.

Inicialmente, conforme destaca Bruno Garcia Redondo<sup>624</sup>, norteiam tal atividade as normas concernentes ao seu gênero (negócio jurídico) no plano do direito material, com especial relevo para dispositivos do Código Civil que sofreram recente reforma a partir da Lei de Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (13.879/19) e que encontram respaldo na doutrina processualística.

Emerge do art. 112 do Código Civil a diretriz quanto a prestigiar mais a intenção consubstanciada nas declarações de vontade que a sua literalidade, o que encontra adesão no Enunciado 404 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.<sup>625</sup>

Já do art. 113 do CC, infere-se que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e usos do local de sua celebração<sup>626</sup>, levando em consideração, com igual relevância, o comportamento das partes em momento posterior, as práticas correspondentes aos usos e costumes do mercado e o tipo de negócio, inferíveis das disposições do ajuste e da racionalidade econômica das partes, considerando-se as informações disponíveis e a interpretação favorável ao aderente.<sup>627</sup>

De outro giro, infere-se do art. 114 do diploma material a interpretação restritiva de convenções que impliquem em renúncia a direitos processuais, em consonância com o Enunciado 406 do FPPC.

Ademais, em seu o art. 421, quando da disciplina dos contratos, o Código Civil reconhece que ao tempo em que o exercício da liberdade contratual deve observar os limites de sua função social, a intervenção nas relações contratuais é mínima e excepcional.<sup>628</sup>

---

624 REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos*. Salvador: JusPodivm, 2020, p.238-242.

625 Enunciado 404 do FPPC. (art. 190; art. 112, Código Civil) Nos negócios processuais, atender-se-á mais à intenção consubstanciada na manifestação de vontade do que ao sentido literal da linguagem. (Grupo: Negócios processuais)

626 Vide Enunciado 405 do FPPC.

627 Neste sentido: Enunciado 408 do FPPC: (art. 190; art. 423, Código Civil). Quando houver no contrato de adesão negócio jurídico-processual com previsões ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. (Grupo: Negócios processuais).

628 “Além da alteração do *caput*, o art.421 do Código Civil passou a contar com parágrafo único que estabelece o “princípio da intervenção mínima” e consigna a excepcionalidade da revisão contratual. A inclusão de tal disposição no artigo do Código Civil que trata da função social do contrato – e que, a rigor, sequer precisava dele constar, haja vista a inclusão do art.421-A em sentido idêntico – apenas reforça a já anunciada pretensão da Lei nº 13.874/2019 de estabelecer o contrato como ‘espaço livre’, no qual as partes têm prerrogativas para estabelecer o que lhes convier, sendo a possibilidade de valoração de seus termos episódica, rigorosa e, principalmente, excepcional”. TEPEDINO, Gustavo. CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela lei 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. IN: SALOMÃO, Luis Felipe. CUEVA, Ricardo Villas Boas. FRAZÃO, Ana. (coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.504-508.

Por fim, vislumbra-se a partir do art. 421-A do Código Civil o estabelecimento de presunção de paridade e simetria nos contratos, até ulterior identificação de elementos em sentido contrário, bem como da possibilidade de convenção quanto a critérios objetivos de interpretação, com a imposição de respeito aos riscos alocados e caráter excepcional da revisão contratual, do que implica em uma diretriz de preservação das convenções processuais em complemento ao CPC.<sup>629</sup>

Conclui-se, assim, que em consonância com o Código Civil, na interpretação das convenções processuais probatórias deve-se buscar sempre que possível a preservação do ato volitivo das partes, observando-se a autonomia quanto a vícios de eventual negócio jurídico extraprocessual no qual inserido<sup>630</sup> cingindo-se a invalidação a aspectos eivados, quando de maneira parcial.<sup>631</sup>

Já a LINDB contribui com a referida tarefa no seu art. 22, que ao tratar da interpretação de normas sobre gestão pública, enuncia o dever de considerar os obstáculos e dificuldades reais do gestor, bem como as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente, sendo certo que tais diretrizes contribuem para densificar a verificação quanto ao atendimento dos parâmetros de conduta impostos pela cooperação e boa-fé.

Portanto, deve ser enfrentada a possibilidade de atendimento aos limites em epígrafe, por meio de técnicas como a interpretação benéfica ao aderente<sup>632</sup>, buscando-se sempre que possível o máximo de manutenção do ato convencional quando dada sua equivocidade, seja possível conferir interpretação conforme o modelo constitucional de processo.

---

629 “É inegável que existe, no Código de 2015, uma clara preferência normativa em favor da liberdade de conformação do processo à vontade das partes, tornando evidente a aplicação do viés interpretativo do in dubio pro libertate para o controle, pelo juiz, dos negócios jurídicos processuais. Trata-se de conclusão que vai ao encontro do princípio da conservação dos negócios jurídicos, princípio esse também aplicável às convenções processuais”. REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos*. Salvador: JusPodivm, 2020, p.240-241.

630 Enunciado 409 do FPPC: (art. 190; art. 8º, caput, Lei 9.307/1996) A convenção processual é autônoma em relação ao negócio em que estiver inserta, de tal sorte que a invalidade deste não implica necessariamente a invalidade da convenção processual. (Grupo: Negócios processuais).

631 Enunciado 134 do FPPC: Negócio jurídico-processual pode ser invalidado parcialmente. (Grupo: Negócios Processuais).

632 Enunciado 408 do FPPC: Quando houver no contrato de adesão negócio jurídico-processual com previsões ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. (Grupo: Negócios processuais).

### 3.3.4.3. Conversão substancial do negócio jurídico processual nulo

Na hipótese de insucesso na autocomposição do conflito, tem-se em princípio um negócio processual nulo, razão pela qual, na busca da preservação do ato de autonomia privada, que figura como diretriz da ordem jurídica, tem o juiz o dever-poder de avaliar a possibilidade de conversão substancial.<sup>633</sup>

Assim, deve ser verificada a possibilidade de dupla qualificação para o ato, de modo que além da indicação de invalidade, exista uma de plena conformidade, à qual devem se somar os requisitos da suficiência do suporte fático negocial a partir da concorrência dos requisitos substanciais e formais do novo negócio naquele avaliado como inválido, inexistência de prescrição, identidade de objeto entre os dois negócios quanto à prestação, manifestação de vontade e ausência de conhecimento da nulidade<sup>634</sup>, hipótese em que será possível a atribuição de nova qualificação à convenção probatória.

A título de exemplo, convenção que implica em ingerência sobre a atividade do juízo poderia ser convertida em calendário processual (art. 191 do CPC).

### 3.3.4.4. Decisão sobre a invalidade

Por fim, caso se revele descabida a conversão substancial da convenção probatória, deve o juízo, após prévia instauração de contraditório quanto à matéria, com a colheita dos aportes argumentativos dos sujeitos<sup>635</sup>, se pronunciar quanto à efetiva existência de invalidade, que depende do reconhecimento de prejuízo.

Inicialmente, deve-se atentar para as regras preclusivas trazidas pelo sistema de nulidades do CPC, que vedam à parte que deu causa à invalidade valer-se de sua torpeza ao suscitá-la (art. 276) e fixam o limite temporal indicado no item 3.5.2.

Assevera-se que em consonância ao art. 168 do Código Civil, as regras em epígrafe não obstam a alegação de nulidade pelo Ministério Público, bem como a cognição de ofício

---

633 “Entende-se, no contexto do que foi analisado supra, que o juiz está obrigado a determinar – ou confirmar – a conversibilidade do negócio jurídico sempre que tal medida não se afaste do intento prático perseguido pelas partes, que se verifica quando da celebração do negócio avaliado como nulo. Então, se o artifício da conversão permite a realização dos fins perseguidos, sua aplicação não deve ser afastada, porque é justamente esse o objetivo da ordem jurídica”. SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *Conversão do negócio jurídico nulo: aspectos materiais e processuais*. Curitiba: Brazil Publishing, 2019, p.90.

634 SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *Conversão do negócio jurídico nulo: aspectos materiais e processuais*. Curitiba: Brazil Publishing, 2019, p.148-150.

635 Neste sentido o Enunciado 259 do FPPC em conformidade com o art.10 do CPC.

pelo magistrado, mas funcionam como relevante critério de saneamento quanto a invalidades de menor gravidade.

Em seguida, caberá ao magistrado identificar em que medida os limites para o poder de autorregramento probatório foram transcendidos, sendo que tal tarefa reclama, não raro, a atividade de concretização de conceitos jurídicos fluidos.

Com efeito, o caráter *abusivo* da inserção da convenção em contrato de adesão, a *vulnerabilidade manifesta* de uma das partes, a violação a *boa-fé*, *cooperação* ou à *ordem pública* encerram a aplicação de valores jurídicos abstratos a serem preenchidos pelo ato decisório, mediante fundamentação que explicita sua aplicação no caso concreto (art. 489, § 1º, II do CPC), devendo, ademais, ser adotado o consequencialismo no âmbito normativo (art. 20 da LINDB).<sup>636</sup>

Dentro de tal dinâmica, o caminho trilhado pelo raciocínio do julgador deve ser explicitado, cabendo-lhe esclarecer quais os sentidos passíveis de serem extraídos do texto normativo e quais as consequências práticas que cada um destes pode ensejar, bem como justificar a opção realizada, como forma de emprestar-lhe racionalidade.<sup>637</sup>

Em seguida, cumpre verificar a ocorrência de efetivo prejuízo, sem o qual a nulidade não será pronunciada (art. 277 e 280 do CPC).

Quanto à inserção da convenção em contrato de adesão, deverá ser demonstrada sua abusividade, com a efetiva eliminação do poder de escolha do outro conveniente.

---

636 “O art. 20 da LINDB, por se referir às “consequências práticas da decisão” não diz respeito à repercussão das decisões judiciais no mundo jurídico (consequências jurídicas), mas claramente a referência é ao mundo fenomênico (consequências extrajurídicas). A inevitável conclusão é de que o art. 20 da LINDB alça o consequencialismo a um nível normativo, não mais relegando-o ao plano meramente teórico. Como se sabe, é distinto o modo de vinculação de um enunciado normativo em comparação a um enunciado doutrinário. O primeiro vincula de maneira imperativa, não havendo opção por parte do órgão julgador em aplicá-lo ou não; o segundo, por sua vez, tem papel complementar na atividade de aplicação do direito, reclamando um ônus argumentativo muito maior do órgão jurisdicional em demonstrar a conveniência de sua aplicação. Trata-se de uma diferença muito importante, porque, antes, a utilização do consequencialismo como teoria era possível de maneira muito limitada, somente nos espaços permitidos pela eventual ausência de normas aplicáveis ao caso e desde que ficasse demonstrada a possibilidade e conveniência de empregá-lo. Agora, juízes e Tribunais são obrigados a observar as consequências práticas de suas decisões (é o consequencialismo como norma), impondo-se um ônus argumentativo muito diferente”. O autor propõe interpretação conforme à Constituição no sentido de compreender a aludida exigência como postulado que auxilia o intérprete na hipótese de colisão de princípios, alertando para a inconstitucionalidade de adotar tal imposição quando de conflito de normas-regras, uma vez que o antecedente normativo destas é definido pelo legislador e deve ser aplicado. PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais, consequências práticas e o art.20 da LINDB. *Revista dos Tribunais*, vol.1.009/2019, p.99-120, nov./2019. Neste mesmo sentido,

637 DIDIER JR., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art.20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n.73, p.115-132, jul./set./2019

Já em referência à manifesta vulnerabilidade de uma das partes, deve esta ser identificada, bem como explicitada em que medida se revela por meio de indicativos concretos, sendo, ademais, sopesada a existência de colisão com vulnerabilidade dos demais sujeitos processuais, de forma a se verificar o efetivo potencial de lesão, sobretudo a partir do conceito legal de vulnerabilidade probatória (art. 373, § 1º, II do CPC).

No contexto da violação de direitos e garantias fundamentais, observa-se nítida hipótese de colisão, que reclama, conforme asseverado por Cabral, que sejam identificadas as garantias afetadas pela convenção e realizado o diálogo com as balizas de controle estabelecidas pelas convenções típicas e a fixação de parâmetros mínimos para a salvaguarda das garantias processuais.<sup>638</sup>

Lado outro, o controle por violação à boa-fé e a cooperação processual reclamam o indicativo da medida em que a convenção probatória se afastou da *causa* do negócio jurídico e subverteu os parâmetros de conduta esperada dos sujeitos processuais, com prejuízo ao alcance do resultado justo do processo<sup>639</sup>, eleito normativamente como a decisão de mérito justa e efetiva em tempo razoável (art. 6º do CPC).

Para este propósito específico, a conduta dos pactuantes deve ser valorada quanto aos obstáculos e dificuldades enfrentadas e circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado sua ação (art. 22 da LINDB).

No que concerne à ordem pública e a reserva legal, deve ser identificado o dispositivo violado, bem como examinado em que medida a flexibilização realizada implica em violação a valor de interesse social ou à opção legislativa predeterminada e coerente, com transposição indevida da matéria legislada.

Para tal preceito, figura-se como parâmetro de analogia as hipóteses em que a flexibilização legal do procedimento seria descabida por subversão do sistema legislado.

Quanto à violação aos poderes do magistrado, especificamente aos instrutórios (art. 370 do CPC), caberá a demonstração em concreto da medida em que a referida atuação foi tolhida pela norma convencional e o potencial de incremento na qualidade do acervo probatório e acurácia da decisão que advém de sua invalidação, tal como por exemplo naquela que limitou os meios de prova.

---

638 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.409-420.

639 BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007, p.148-151.

É dizer: o ônus argumentativo não é cumprido por meras considerações teóricas sobre a possibilidade de utilização dos poderes instrutórios, exigindo que reste comprovada sua imperiosidade em concreto, com a indicação dos fatos que carecem de adequada corroboração, da efetiva contribuição de meios de prova possíveis e praticáveis para seu esclarecimento e da racionalidade de sua determinação, sob o prisma da eficiência e razoável duração do processo.

No tangente a prejuízos ao Poder Judiciário ou a terceiros, devem ser identificadas de que maneira as convenções impactam quanto a estes e se tal se reveste de anormalidade ou irrazoabilidade.

Já o prejuízo ao regular funcionamento do sistema de precedentes é identificado quando a convenção probatória implica em óbice para a identificação dos fatos relevantes para a fixação da tese jurídica, sendo o prejuízo relativizado quando existentes outras demandas igualmente afetadas com idêntica matéria fática.

Por fim, quanto à indisponibilidade do direito subjacente à tutela coletiva e estrutural, deve ser verificado em que medida a convenção probatória prejudica a correta identificação dos aspectos da lesão ou ameaça ao direito transindividual e sua pronta reparação ou reestruturação, bem como se a regra de coisa julgada *secundum eventum probationis* se revela idônea para tal salvaguarda ou se o ônus temporal da nova propositura da ação implica em proliferação dos danos.

Identificadas a invalidade e o prejuízo em qualquer das hipóteses em epígrafe, deve-se verificar se a invalidade não tem caráter parcial, contexto em que o negócio processual poderá ser invalidado somente parcialmente (Enunciado 134 do FPPC).

Em seguida, nos moldes do art. 280 do CPC, deverá ser decretada a nulidade da convenção e dos atos subsequentes, observando-se um nexo de dependência, ensejo no qual devem ser indicadas as condições para a regularização do processo, de modo proporcional e equânime (art. 21 da LINDB).

Nas hipóteses em que a invalidação da convenção estabeleça nova interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo determinado, com a imposição de novo dever ou condicionamento de direito, deverá ser previsto regime de transição (art. 23 da LINDB), sendo aplicados sobretudo nas convenções provocadas pelo juízo, quando o entendimento quanto à validade do regime proposto tenha sofrido modificação.



## CAPÍTULO 4. DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS TÍPICAS E ATÍPICAS

### 4.1. INTRODUÇÃO

Após o exame dos aspectos terminológicos e peculiaridades do regramento de seu objeto sob o prisma da validade, cumpre investigar as espécies tipificadas no sistema normativo de convenções probatórias, bem como a propositura, a partir do marco estabelecido, de convenções atípicas a partir da cláusula prevista no art. 190 do CPC.

A correlação entre convenções probatórias típicas e atípicas, bem como entre as previstas no âmbito do CPC e disposições esparsas é fruto da superação da unicidade procedimental pelo referido diploma.<sup>640</sup>

Deveras, conforme observado por Fredie Didier Jr., Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha, transpondo-se uma fratura e segregação funcional outrora verificadas, o procedimento comum no CPC/15 é caracterizado por um caráter flexível e adaptável e se comunica com os procedimentos especiais, visto que passível de incorporação de técnicas processuais diferenciadas tipificadas nos procedimentos especiais.<sup>641</sup>

Ressalta-se que, conforme asseverado por Rodrigo Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves, tal permeabilidade do Código de Processo Civil abrange não somente a importação e exportação de técnicas entre os procedimentos positivados neste (comum e especiais, bem como de sistemas extravagantes), mas de igual forma nos previstos em normas especiais, o que contribui para uma interação rica e dinâmica entre diplomas legislados, que se projeta quanto às convenções probatórias.<sup>642</sup>

640 COSTA, Susana Henriques da. Comentários ao art.327. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. (coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.514-515.

641 “Já se viu que sempre foi uma premissa velada a separação quase absoluta entre procedimento comum e os procedimentos especiais. O procedimento padrão era o preferido; os especiais, descritos como excepcionais e de incidência específica, vedada a analogia. Esse afastamento gerou uma fratura funcional na relação entre procedimento comum e os procedimentos especiais, que seguiu tardiamente uma tendência de segregação funcional que já se via na divisão estanque das atividades desenvolvidas em processos de conhecimento, execução e cautelar. Porém, já de algum tempo, perceberam os processualistas que não se podem segregar funcionalmente os esquemas processuais, o que aproximou as atividades cognitiva, executiva e cautelar exercidas às vezes em um mesmo procedimento. A reboque dessa percepção, parece estranho que se continuasse com um distanciamento entre procedimento comum e especiais. A lógica do sistema passa a ser a mais ampla integração possível para que, da equação resultante de sua aplicação conjugada, possa-se ofertar ao jurisdicionado não só um leque variado de técnicas especiais, mas também um repertório de instrumentos que possam ser combinados, a fim de emprestar ao procedimento maior efetividade”. DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: JusPodivm, 2018, p.88-89.

642 MAZZEI, Rodrigo. FIGUEIREDO, Tiago Gonçalves. Ensaio sobre o processo de execução e o

Nesta toada, conquanto as partes são investidas do poder jurídico de empregar no processo meios atípicos para a demonstração dos fatos pertinentes (art. 369 do CPC) mediante condutas unilaterais, certamente que sua adoção por meio do consenso apresenta um incremento na admissibilidade, validade e legitimidade da modificação.<sup>643</sup>

Ademais, observa-se que dentro de novas leis materiais, processuais e de regramentos quanto à incorporação de avanços tecnológicos ao ambiente processual, há uma tendência à encampação de espaço para o consenso das partes, identificando-se convenções probatórias na Lei de Liberdade Econômica, Lei de Mediação e Resolução 345/2020 do Conselho Nacional de Justiça.

Por fim, conforme já apurado, as técnicas de gestão do procedimento arbitral funcionam como fonte relevante para as convenções probatórias atípicas.

#### 4.2. DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS TÍPICAS

O Código de Processo Civil estabelece em diversos dispositivos espaços em que a confluência de vontades entre as partes se afigura como apta a afetar a atividade probatória em seu sentido amplo.

Nesta toada, dentro das premissas adotadas neste trabalho, o conceito de convenção processual encontra-se adstrito aos atos plurilaterais que, caracterizados pela natureza causativa, possuem aptidão para a imediata produção de efeitos até ulterior invalidação pelo juízo, dispensando prévia homologação judicial, o que exclui de tal qualificação os atos conjuntos, que reclamam prévia chancela, bem como os atos unilaterais, nos quais inexistem pluralidade de vontades.

Tal premissa conduz à necessidade de investigação sobre a qualificação das convenções tipificadas com potencial de influir sobre a prova em suas diversas nuances.

---

cumprimento da sentença como bases de importação e exportação no transporte de técnicas processuais. In: ASSIS, Araken de. BRUSCHI, Gilberto Gomes. (coord.). *Processo de execução e cumprimento da sentença: temas atuais e controvertidos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.19-22.

643 “As partes têm o ônus de provar e o poder de empregar todos os meios de prova capazes de demonstrar a verdade, desde que moralmente legítimos e não proibidos ou ilícitos. A cláusula geral dos meios probatórios pode ser utilizada unilateralmente pela parte, independente da vontade da outra. Não obstante, o emprego de meio probatório atípico a partir da vontade conjunta das partes eleva a prova a outro patamar de admissibilidade, validade e legitimidade. Dada a dialeticidade processual e o próprio caráter ontológico do processo como procedimento em contraditório, as provas admitidas e produzidas nessa condição encontram uma conformidade com o modelo constitucional de processo. E esta qualidade é ainda maior quando as provas são produzidas em cooperação entre as partes”. MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.215.

#### 4.2.1. Do saneamento consensual (art. 357, § 2º do CPC) como negócio processual típico indutivo

Percebe-se que em aprimoramento ao diploma anterior, o CPC cuidou em seu art. 357 de diversos aspectos da decisão de saneamento e organização, tendo ampliado e especificado seu objeto, de sorte a possibilitar a precisa identificação das questões fáticas e jurídicas a serem descortinadas, bem como o ônus da prova que cabe aos litigantes (incisos I a V), tendo incrementado o aspecto dialógico do contraditório ao estabelecer que a ordenação do processo para a fase instrutória pode ser realizada por ocasião de audiência (§3º) e que, mesmo nas hipóteses em que o seja por decisão em gabinete, têm as partes a possibilidade de solicitar ajustes ou esclarecimentos ao magistrado (§1º).

Ademais, o §2º do dispositivo supracitado tratou da possibilidade das partes de apresentarem ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

Conquanto se cuide indiscutivelmente de negócio jurídico processual<sup>644</sup> apto a derogar o procedimento legislado da prova como meios e atividade, verifica-se que por opção legislativa este não foi investido de natureza causativa, visto que depende de prévia homologação judicial, que passa vincular o juízo por um dever de congruência.<sup>645</sup>

Merece relevo que pela redação do dispositivo, descabe ao magistrado qualquer ingerência quanto à eleição das questões fáticas e jurídicas que reclamam debate e cognição, sendo seu papel restrito ao de homologação, o que qualifica o negócio processual como ato indutivo.

---

644 Neste sentido: “O § 2º do art. 364 do novo CPC brasileiro prevê um negócio processual típico bilateral. É um acordo de saneamento. Assim dispõe o referido dispositivo: “As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV; se homologada, a delimitação vincula as partes e o juiz”. As partes apresentam um acordo para delimitar e estabelecer os pontos controvertidos que merecem ser examinados pelo juiz, podendo, até mesmo, delimitar consensualmente as questões jurídicas que merecem análise para solução do mérito”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. Relatório apresentado no I Congresso Peru-Brasil de Direito Processual. Mimeografado. Neste sentido: RAVAGNANI, Giovani. *Provas negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.103.

645 LUCON, Paulo Henrique Santos. Comentários ao art.357. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. DOTTI, Rogéria Fagundes. MARTINS, Sandro Gilbert. (coord.). *Código de processo civil anotado*. 3ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p.544-545.

#### 4.2.2. Do calendário processual (art. 191 do CPC) como ato conjunto

Conforme destacado por Trícia Navarro Xavier Cabral quando do estudo de atos de disposição processual<sup>646</sup>, o CPC estabelece em dois dispositivos distintos a fixação de calendário, sendo marcados por formatações distintas.

Inicialmente, no art. 357, § 8º, quando da decisão de saneamento e organização, sendo deferida ou determinada a produção de meio de prova pericial, na qual caberá ao magistrado, se possível desde logo, estabelecer calendário para sua realização, em deliberação isolada, para a qual as partes podem contribuir por meio de suas manifestações.

Já no contexto do art. 191, o calendário figura como ato de concordância entre o magistrado, partes e demais auxiliares do Sistema de Justiça em que podem fixar *de comum acordo* calendário para a prática dos atos processuais, ensejo no qual o consenso firmado vincula todos os participantes, sendo inclusive dispensadas intimações para atos posteriores, cuja data foi pactuada.

O espaço de ajustamento figura como relevante técnica de governança judicial e tem o potencial de otimizar a atuação do Poder Judiciário, com redução de custos e incremento de celeridade, bem como democratizar a resolução do conflito, ao concitar os sujeitos processuais, que devem cooperar para a obtenção em tempo razoável de decisão de mérito justa e efetiva (CPC, art. 6º), exercendo seus deveres cooperativos em concreto, com o estabelecimento de cronogramas, prazos e datas para os atos posteriores.<sup>647</sup>

Este ato de disposição é caracterizado pela autonomia em relação aos acordos de procedimento, visto que é cabível não somente quando as partes se valem do seu poder para derogar o rito legislado, mas também para a fixação de cronogramas de desenvolvimento do

---

646 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p.115-120.

647 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais. Coleção grandes temas do novo CPC*, vol. 01, tomo 01, 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p.353

processo pelo procedimento comum<sup>648</sup>, sendo aplicável independente do direito subjacente ao processo ser disponível ou passível de autocomposição.

Como decorrência da enunciação, o calendário processual do art. 191 do CPC reclama a construção de consenso entre os participantes, por meio de interação conjunta, o que afasta sua natureza causativa, sendo adequado ao conceito de ato de disposição conjunto do magistrado e dos demais sujeitos processuais.<sup>649</sup>

#### **4.2.3. Da exclusão do documento no incidente de falsidade (art. 432, parágrafo único do CPC) como negócio jurídico-processual unilateral**

A inautenticidade de documento juntado aos autos do processo pode ser objeto de cognição em sede de incidente próprio, destinado à proscrição do referido meio de prova, de modo a afastar sua utilização no pronunciamento jurisdicional.

Nesta linha, a matéria deve ser suscitada em sede de contestação, réplica ou no prazo de 15 (quinze) dias após a juntada do documento aos autos (art. 430 do CPC), ensejo no qual, não se tratando de hipótese de rejeição liminar, deverá o magistrado determinar a intimação da parte adversa para manifestação no prazo de 15 (quinze) dias, após o qual serão realizadas diligências visando a averiguação da falsidade, sendo, entretanto, encerrado o incidente sem dilação probatória “se a parte que produziu o documento concordar em retirá-lo” (art. 432, parágrafo único do CPC).

Esta possibilidade decorre da constatação de que a finalidade específica do incidente, que é incompatível com a averiguação da falsidade e apuração de responsabilidade, adstritas à esfera criminal.<sup>650</sup>

648 “Já o acordo de calendarização tem autonomia ontológica. Muitas vezes, ele pode funcionar como pacto adjeto a um acordo de procedimento. Com outras palavras: após as partes inventarem um procedimento, podem elas submetê-lo a um cronograma e vincular a realização de cada ato a uma data-limite preestabelecida. Aqui, a natureza acessória do acordo de calendarização é indisfarçável, pois ele reflexamente se desconstituirá caso se desconstitua o acordo de procedimento. Não por outra razão, o novo CPC traz o acordo de procedimento no artigo 190 e a calendarização no artigo 191. Ainda assim, é possível que as partes decidam não criar procedimento, mas aproveitar o procedimento padrão previsto em lei e vincular cada um dos seus atos a datas precisas. Por conseguinte, pode haver (a) calendarização com flexibilização procedimental e (b) calendarização sem flexibilização procedimental. Decididamente, o timing of procedural steps não constitui uma técnica de flexibilização procedimental. Não se trata de manifestação ou expressão do princípio da tutela jurisdicional diferenciada”. COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). *Negócios processuais. Coleção grandes temas do novo CPC*, vol. 01, tomo 01, 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p.518-519.

649 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p.115-120.

650 “Realmente, o tema de falsidade é de importância indiscutível para o direito. O plano de debate, porém, dessa relevância não é o processo civil, mas o campo do direito penal. Ali, sim, será possível censurar a conduta daquele que faz uso de documento falso, mas, para o processo civil, a ótica do problema é muito

Assim, visto que a partir do requerimento da parte que coligiu a prova documental, esta seria excluída do processo e pereceria o objeto do incidente, cuida-se, destarte, de nítido negócio jurídico de conformação probatória.

Todavia, do cotejo entre o dispositivo do Código vigente, percebe-se que em contraposição ao regramento trazido pelo CPC/73 (art. 392, parágrafo único) que condicionava o desentranhamento do documento impugnado à inexistência de oposição pela parte adversa, no CPC, tal exclusão decorre de ato unilateral da parte, sendo, assim, negócio jurídico-processual unilateral, avesso ao conceito de convenção adotado no presente trabalho.<sup>651</sup>

Registra-se, por oportuno, que ante a natureza do incidente de falsidade, não se vislumbra óbice à celebração de convenção atípica que autorize o desentranhamento do documento impugnado após o transcurso do prazo assinalado pelo art. 432 do CPC, cuja validade deverá ser examinada pelo magistrado à luz da relevância do meio de prova e não obstará a determinação de apuração da responsabilidade pertinente mediante encaminhamento de cópia dos autos ao Ministério Público na forma do art. 40 do Código de Processo Penal.<sup>652</sup>

---

mais prática, voltada apenas à formação do convencimento do magistrado. Destarte, a “declaração de falsidade” de um documento, que deve “cercar-se de todas as cautelas legais”, como queira Mattiolo, é apenas aquela obtida no processo penal, que tem por objetivo a punição de alguém; quanto ao processo civil, para este interessa apenas o uso do documento para a convicção judicial, sendo todo o restante da discussão impertinente”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.798.

651 “A arguição de falsidade, como dito nos comentários ao art.430, tem como finalidade retirar a eficácia probatória do documento, com a consequência prática de sua retirada dos autos. Possibilita-se à parte que controverta em principal a questão da falsidade, a fim de que, uma vez decidida, seja a decisão submetida ao regime comum da coisa julgada material. Todavia, a finalidade primeira, mesmo no caso de demanda declaratória incidental, é atingir a força probatória do documento. Nesse contexto, o parágrafo único do art.432 confere à parte o poder de, mediante exteriorização de vontade, retirar do órgão jurisdicional o poder de conhecer e resolver determinada questão. Confere-se à parte o poder de retirar do objeto do processo determinada questão antes nela inserida. [...] O parágrafo único do art.392 do CPC de 1973 previa a necessidade de a parte suscitante concordar com o desentranhamento, previsão que não encontra correspondência no parágrafo único do art.432 do CPC de 2015. a vontade da parte suscitante no CPC/ de 1973 era relevante para a formação do negócio processual, compondo o núcleo de seu suporte fático; a vontade da parte suscitante no CPC de 2015 não compõe o suporte fático do negócio. No CPC de 1983, o negócio era bilateral; no CPC de 2015, unilateral”. BOMFIM, Daniela Santos. Comentários ao art.432. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR., Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (coord.) *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.1.236.

652 Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

#### 4.2.4. Da convenção quanto ao adiamento de audiência (art. 362, I do CPC)

O inciso I do art. 362 do CPC estabelece dentro rol de hipóteses em que resta autorizado o adiamento da audiência “por convenção das partes”, razão pela qual cumpre sindicá-lo quanto a sua natureza de convenção processual probatória.

A resposta é afirmativa, visto que a convenção em epígrafe tem a aptidão para influir na atividade probatória quanto ao cronograma fixado pelo juízo por ocasião da designação da audiência.

Com efeito, do teor do enunciado é perceptível que sem embargo da ausência justificada de algum dos participantes (inciso II) que condiciona a postergação a marco temporal (até a abertura do ato, mercê §1º do dispositivo), o adiamento por ato consensual prescinde de homologação, situando-se dentro do conceito de convenção processual, sujeito aos parâmetros de controle do art. 190 do CPC.

Neste sentido entendeu a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no exame do Recurso Especial 1.524.130/PR.<sup>653</sup>

Lado outro, considerando que na sistemática atual, em contraposição à do CPC/73, inexistem limites para a quantidade de adiamentos, certo é que conquanto passível de

---

653 RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ADIAMENTO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO POR ACORDO DAS PARTES. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL. PRESCINDIBILIDADE DA HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL. CONTROLE DE EXISTÊNCIA E DE VALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. NECESSIDADE. PECULIARIDADES DO CASO QUE AFASTAM A NULIDADE. PARTE QUE NÃO COMPARECE AO ATO JUDICIAL. DISPENSA DA PRODUÇÃO DE PROVAS. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. A audiência pode ser adiada por convenção das partes, o que configura um autêntico negócio jurídico processual e consagra um direito subjetivo dos litigantes, sendo prescindível a homologação judicial para sua eficácia. 2. Contudo, é dever do Magistrado controlar a validade do negócio jurídico processual, de ofício ou a requerimento da parte ou de interessado, analisando os pressupostos estatuídos pelo direito material. 3. A jurisprudência do STJ é no sentido de que o adiamento da audiência de julgamento é uma faculdade atribuída ao Magistrado, cujo indeferimento não configura cerceamento de defesa. 4. As particularidades do caso vertente afastam a alegada nulidade. O Juízo a quo exerceu o controle da validade do negócio jurídico processual e, ao assim proceder, constatou a inexistência de um dos pressupostos de validade, qual seja, a manifestação de vontade não viciada das partes. 4.1. A despeito de ter a recorrente formulado, em 3/10/2011, pedido de adiamento da audiência de instrução e julgamento em petição assinada pelos patronos de ambas as partes, a recorrida protocolou petição no dia seguinte, em 4/10/2011, opondo-se ao pedido e revogando a procuração do seu antigo advogado. Ademais, no dia subsequente, isto é, em 5/10/2011, o Magistrado de primeiro grau indeferiu o pleito de adiamento e manteve o ato processual para o dia anteriormente designado, ou seja, para 6/10/2011. 4.2. Caberia à parte requerente diligenciar perante a Secretaria da Vara e acompanhar a análise do seu pedido, notadamente porque a audiência estava na iminência de ser realizada, e tanto a parte contrária como o Magistrado se manifestaram tempestivamente nos autos acerca do não adiamento. 5. Constatada a ausência injustificada da parte na audiência de instrução e julgamento, é possível a dispensa da produção de provas requeridas pela faltante, nos termos do art. 453, § 2º, do CPC/1973 (art. 362, § 2º, do CPC/2015). 6. Recurso Especial desprovido. (STJ; *REsp 1.524.130*; Proc. 2015/0072597-4; PR; Terceira Turma; Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; Julg. 03/12/2019; DJE 06/12/2019)

infringência à garantia constitucional da razoável duração do processo e ao regular funcionamento do Poder Judiciário, prejudicados pela utilização indevida da referida convenção, que também implica em potencial comportamento antiooperativo, revela-se possível o controle judicial dentro do exercício dos seus poderes de gestão, almejando coibir abusos que culminem com a protelação indevida da fase instrutória do processo, com externalidades à Administração Judiciária.<sup>654</sup>

#### 4.2.5. Da convenção quanto ao ônus da prova (art. 373, § 3º e 4º do CPC)

Ao disciplinar o ônus da prova, o art. 373 do CPC reproduziu em conformidade com diplomas anteriores os standards vinculados à *Normentheorie* em seus incisos I e II e firmou a possibilidade de distribuição diversa por decisão judicial (§ 1º) ou por convenção das partes (§ 3º).

A possibilidade de convenção sobre o ônus da prova já era admitida pela interpretação do parágrafo único do art. 333 do CPC/73, que asseverava as hipóteses de nulidade de tal convenção<sup>655</sup>, entretanto a redação do CPC em vigor cuidou de enunciar explicitamente tal espaço de convencionalidade: “a distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes” antes de ressaltar as vedações ripristinadas, no que, longe de configurar tautologia, indica, indene de dúvidas que o poder de autonomia privada se verifica quanto à matéria.

O § 4º do dispositivo indica a possibilidade de celebração não apenas durante o trâmite do processo, mas também em ambiente de pré-processualidade, reclamando, para tal relação de antecedência lógica com a possibilidade de formação de processo futuro.<sup>656</sup>

654 Com entendimento de espectro de controle mais amplo: “De acordo com o art.453 do CPC/73, as partes poderiam consensualmente adiar a audiência por uma única vez. O NCPC também prevê a possibilidade do adiamento consensual, mas não traz essa limitação. Caberá ao juiz, entretanto, exercer seu controle, para evitar abusos, indeferindo requerimentos injustificados que protelem indevidamente o curso do processo”. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao novo código de processo civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.700.

655 MACÊDO, Lucas Buril. PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: JusPodivm, 2014, p.123.

656 “Compreendida a dimensão processual, é possível passar-se à análise da pré-processualidade. Uma primeira consideração que se deve fazer, com esse objetivo, é a de que tal noção se obtém por exclusão dos fatos processuais. Em outra direção, na esfera pré-processual não se tem por objeto a necessidade de prestar a tutela jurisdicional. Todavia, nem tudo o que está excluído do universo processual é atraído ao âmbito da pré-processualidade. Para ser pré-processual é necessária uma relação qualificada com o âmbito processual. Entre este e aquele há uma relação de antecedência lógica: o que é pré-processual consiste em pressuposto para a formação do processual. A pré-processualidade, desse modo, parece nítida se se considerar que se cuida de direitos que são preparatórios da formação da relação processual. Portanto, a noção de pré-processualidade só pode ser mensurada a partir de tal perspectiva: algo estranho ao objeto do processo



Quanto aos limites específicos, veda o dispositivo a convenção sobre o ônus da prova nas hipóteses em que esta recair sobre direito indisponível da parte ou que venha a tornar excessivamente difícil o exercício do direito.

No concernente à primeira vedação, percebe-se que o espectro de disponibilidade da convenção em testilha é mais restrito que na cláusula geral do art. 190 do CPC, uma vez que, tal dispositivo alude a “direitos que admitam autocomposição”, enquanto este se cinge, *a contrario sensu*, a direitos disponíveis.

Conforme observação trazida por William Santos Ferreira<sup>657</sup> intenta-se evitar a disposição do direito pela via oblíqua, pois enquanto o sistema normativo tutela de maneira diferenciada os direitos indisponíveis no campo probatório, excluindo a presunção de veracidade decorrente da revelia (art. 345, II) e afastando a validade de confissão (art. 392), tal convenção teria o potencial de frustrar a indisponibilidade, sendo justificada sua refutação.

Entretanto, atendo-se à redação do dispositivo, é possível se concluir que o óbice se cinge a hipóteses em que é estabelecida em detrimento do titular do direito indisponível, não sendo interdita sua celebração quanto aos capítulos referentes a direitos disponíveis.<sup>658</sup>

Percebe-se, assim, a possibilidade de aplicação da convenção em estudo a processos com objeto plúrimo, desde que concernentes aos direitos disponíveis, tal como se verifica em ações coletivas quanto a direitos individuais homogêneos.

De outro giro, o impedimento de convenção sobre o ônus da prova que conduza a excessiva dificuldade para o exercício do direito também encontra previsão no art. 345 do Código Civil de Portugal (Decreto-Lei nº 47344)<sup>659</sup> e no art. 2.698 do Codice Civile Italiano<sup>660</sup>

---

judicial e necessário à formação da relação jurídica processual. Havendo no plano material situação jurídica processualizável (ações, em regra), há, no plano pré-processual, situações jurídicas a ela correlatas”. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Sobre o negócio jurídico de espraiamento sentencial. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 25, n. 100, p. 253-290, out./dez. 2017.

657 FERREIRA, William Santos. Comentários ao art.373. In: WAMBIER, Tessa Arruda Alvim. DIDIER JR. Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.1.129.

658 “No que diz respeito à implicação do direito indisponível da parte, a restrição visa impedir que o acordo venha a mascarar a descabida disposição d direitos indisponíveis, a exemplo do que ocorre com a confissão (art.392, CPC). Se esta é a finalidade da regra, é evidente que a convenção sobre ônus da prova será válida caso venha a beneficiar o titular do direito indisponível no âmbito da demonstração dos enunciados fáticos que fundam a tutela do referido direito”. CARPES, Arthur Thompsen. *Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.155.

659 Artigo 345º (Convenções sobre provas):

1. É nula a convenção que inverta o ônus da prova, quando se trate de direito indisponível ou a inversão torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito.

660 Art. 2698. Patti relativi all'onere della prova: Sono nulli i patti con i quali è invertito ovvero è modificato l'onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto. A

e figura como antecipação reativa contra a violação do direito fundamental à prova e da própria efetividade do processo, face a disposições consensuais que incrementem sobremaneira a dificuldade em seu exercício.<sup>661</sup>

Visto que a proscrição de ato convencional sobre o ônus da prova incide a partir do momento em que o exercício do direito pela parte se torne excessivamente difícil (e não impossível), por certo não é qualquer disposição que conduza ao agravamento do estatuto da produção dos meios de prova que se encontra inserida na proibição.

Para tal valoração, que é casuística, revela-se como critério de balizamento adequado o da prova diabólica devendo-se perquirir se esta implica, em termos práticos, na imposição de ônus de prova de fato negativo indeterminado ou em meios de prova desarrazoadamente custosos ou demorados.<sup>662</sup>,

Note-se, portanto, que não se exige a impossibilidade para a instrução, que implicaria no absoluto cerceio do direito à prova, sendo suficiente a indicação de dificuldade excessiva<sup>663</sup>, que deve ser objeto de deliberação e debate, sob o prisma da proporcionalidade e da razoabilidade (art. 8º do CPC).

---

respeito da referida convenção, confira-se: PENOSA, Luca. Gli accordi processuali in Italia. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). Negócios processuais. Coleção grandes temas do novo CPC. vol.1, tomo 1, 3ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p.271-272.

- 661 “Representando, a prova, garantia processual essencial enquanto condição da possibilidade de real acesso à jurisdição, o processo só cumprirá a sua missão, enquanto instrumento de realização dos direitos realizando, se aquela dimensão garantística se encontrar devidamente salvaguardada (sob o ponto de vista activo – normativo e físico - e de antecipação reactiva contra causas de privação de utilidade prática destas dimensões protectoras dessa garantia). A efectividade instrumental do processo constitui a garantia cuja integridade se pretende salvaguardar com a condição de validade das convenções de prova enunciada em segundo lugar. Se o regime processual se encontra conformado em termos normativamente tuteladores do exercício do direito à prova (designadamente prevendo e densificando o regime de diversos meios de prova) e se o sistema jurídico proporciona estruturas físicas de exercício desse direito, a inclusão de controlo do grau de dificuldade de exercício de direito à prova gerado pelo regime constante do pacto probatório, entre as condições de validade dessa convenção, representa via de antecipada criação de mecanismos de reacção no sentido de assegurar que a autoregulação adjectiva em sede de prova não implica comprometimento intolerável da tutela proporcionada pelas duas anteriores dimensões e, em consequência, causa de inefectividade (ou de intolerável minoração do grau de efectividade) do instrumento de realização de direitos em que o processo se consubstancia”. SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da. *Convenções de prova em processo civil*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: 2015, p.159-160.
- 662 “Também aqui, veda a legislação brasileira que a prova se torne excessivamente difícil para a parte onerada, isto porque admitir tal hipótese seria o mesmo que admitir no processo brasileiro aquilo que a doutrina chama de prova diabólica, ou seja, que pelo seu alto grau de dificuldade atormenta a parte de modo que pode levar esta, inclusive, à perda do processo”. ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. As teorias sobre o ônus da e o CPC/2015. In: JOBIM, Marco Félix. FERREIRA, William Santos. (coord.). *Direito Probatório*. Coleção grandes temas do novo CPC, v.05, 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.471.
- 663 “Ademais, o CPC veda qualquer negócio jurídico sobre o risco da não prova que acarrete extrema dificuldade (não somente a impossibilidade) para instrução. Prestigia-se com isso, a busca da verdade e o direito de acesso efetivo à justiça por uma decisão correlata ao direito material”. MACÊCO, Lucas Buriel. PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: JusPodivm, 2014, p.125.

Dentro de tal critério, ressalvada a hipótese em epígrafe, ante a opção do sistema pela consensualidade, a convenção sobre o ônus da prova goza de prioridade em relação à inversão *ope iudicis e ope legis*.

Por derradeiro, não se pode olvidar que a convenção sobre o ônus da prova tem por referência, em última análise, à consequência do insucesso na plena averiguação sobre as alegações fáticas relevantes, sendo possível a superação da inércia das partes pelos poderes instrutórios do juízo.<sup>664</sup>

Portanto, sem embargo da possibilidade de determinação de meios de prova complementares como consectário dos poderes instrutórios do juízo (art. 370 do CPC), dado que sua adoção não é possível em todos os processos, a prospecção quanto à excessiva dificuldade deve ser realizada apenas no que tange às titularidades das partes.

#### **4.2.6. Da convenção processual de prova pericial simplificada (art. 464, § 2º do CPC)**

De ordinário, a prova pericial consiste em exames, vistorias ou avaliações realizadas por profissionais nomeados pelo magistrado, sendo possibilitado às partes e assistentes técnicos o acompanhamento dos trabalhos e a apresentação de quesitos durante a realização dos trabalhos, cujo início e local deverão ser informados com antecedência mínima de 05 (cinco) dias (art. 466, §2º), sendo então apresentando ao final laudo contendo a exposição do seu objeto, a análise técnica e científica, a indicação do método utilizado e as respostas aos quesitos das partes, juízo e Ministério Público (art. 465), o qual deverá ser depositado com antecedência mínima de 20 (vinte) dias da audiência de instrução e julgamento (art. 477), na qual poderá o perito poderá ser chamado a prestar esclarecimentos complementares (art. 361, I).

Em contraposição a tal procedimento, o §2º do art.464 do CPC enuncia a possibilidade de substituição da prova pericial nos moldes acima alinhavados pela oitiva de especialista em audiência sobre o ponto controvertido, enquanto seja tal de menor

---

664 “Tal convenção, como é evidente, não torna incontroverso um fato, pois não recai sobre fato algum, mas apenas sobre o ônus da prova. A parte que adquire mediante a convenção o ônus da prova assume o risco da dúvida, ou melhor, o risco de não ser capaz de convencer o juiz sobre a existência de um fato que, antes da convenção, deveria ser provado pela outra parte. Entretanto, assumir o risco da dúvida não significa eliminar a possibilidade de o juiz determinar a prova de ofício, uma vez que, conforme já visto, o juiz não tem seu convencimento limitado à atividade da parte que possui o ônus probatório. De modo que a parte que assume o ônus da prova somente sofre o efeito derivado do risco da dúvida quando o juiz não se convence. Ora, o fato de ter o juiz o poder de determinar prova de ofício não quer dizer que sempre lhe será possível determiná-la, ou mesmo que quando possível, essa prova sempre será capaz de convencê-lo da existência do fato”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.243.

complexidade e maior facilidade e dinamismo, conforme ilustrado por Miguel Ferreira Palacios.<sup>665</sup>

Note-se a facilidade. O perito é intimado, por meio eletrônico, a comparecer em audiência de instrução e julgamento para, naquele ato, produzir a prova técnica simplificada, utilizando-se de todo o aparato tecnológico necessário para a concretização do seu trabalho. Não obstante, e de forma concomitante, responde as indagações do juiz da causa que, observando o princípio do contraditório e do devido processo legal, pode permitir que as partes formulem perguntas a serem respondidas naquele instante. Em seguida, com a finalização e colheita das demais provas em audiência de instrução e julgamento, o juiz já possui condições de prolatar sentença, de cujo teor as partes já saem intimadas, iniciando-se o prazo recursal em caso de insatisfação. Então, se possível a utilização deste novo remédio processual, por que não usá-lo?

A matéria não é, em si, inédita, constando da redação do CPC/73 (art. 421, §2º), bem como da Lei dos Juizados Especiais Cíveis (art. 38 da Lei 9.099/95) e tem cabimento, conforme alerta de Paula Sarno Braga<sup>666</sup>, quando a constatação do fato for simples, independentemente de sua complexidade intrínseca.

Infere-se da redação do dispositivo em epígrafe que tal diligência pode ser determinada de ofício pelo juiz ou mediante requerimento das partes, do que exsurge o questionamento quanto a se tratar de convenção processual ou não.

Entende-se que a interpretação adequada do dispositivo, sob o influxo do modelo constitucional de processo, sobretudo pelos postulados da consensualidade e do respeito ao autorregramento das partes, associada à redação que dispensa o ato de homologação judicial, se trata de legítima convenção sobre matéria probatória.

Desta forma, ao passo em que as partes necessitam alcançar o consenso para a opção convencional pela perícia simplificada, uma vez concordes, tal ato tem efeitos imediatos,

---

665 PALACIOS, Miguel Ferreira. *Prova técnica simplificada e justiça*: abordagem à luz do princípio da eficiência no Código de Processo Civil. Curitiba: Dialética, 2021, p.82-83,

666 “Cabe, na verdade, a perícia simplificada quando a constatação do fato for simples (ou de menor complexidade) e, não quando o fato assim se revela. Isso ocorre, basicamente em duas hipóteses: i) o especialista presenciou fato, cuja percepção técnica e demonstração são simples; ii) o especialista não presenciou o fato, foi dele informado, mas seu depoimento é o bastante para explicá-lo e interpretá-lo em termos técnicos (Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart. Comentários ao Código de Processo Civil. 2.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, v.t, t.2, p.579). Nestes casos, o juiz, de ofício ou a requerimento, poderá substituir a perícia formal por esta perícia informal e simplificada”. BRAGA, Paula Sarno. Comentários ao art.464. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. DIDIER JR. Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.1.309.

dispensando-se homologação judicial, mas somente tal especificação no momento de indicação dos meios de prova.

Lado outro, certamente que a convenção estudada não ilide os poderes instrutórios do magistrado, sobretudo quanto à determinação de prova pericial de ofício (art. 370 do CPC), dada a natureza subsidiária quanto ao momento da prova, sendo logicamente possível que, encerrada a audiência e a oitiva do profissional, reste dúvida passível de suprimento por meio da prova.

Assim, a opção conjunta das partes pela realização de prova pericial simplificada é uma convenção dotada de eficácia imediata, cabendo ao magistrado, sem óbice ao seu controle nos estritos moldes do art. 190 do CPC, a designação de audiência destinada à oitiva do perito, finda a qual, entendendo pela necessidade de realização de prova pericial, nos moldes do controle exercido quanto do desempenho de seus poderes instrutórios, determinar, após prévio debate com as partes e em decisão fundamentada, a realização da prova pericial no trilha tradicional.

#### **4.2.7. Da convenção processual quanto à escolha do perito (art. 471 do CPC)**

O procedimento para a escolha do perito ilustra com perfeição como a liberdade processual evoluiu dentro da divisão de papéis entre magistrado e partes no sistema brasileiro.

De acordo com registro de Paula Bezerra de Menezes<sup>667</sup>, a redação original do Código de Processo Civil de 1939 previa em seu art. 129 a escolha de louvado único, nomeado pelo juízo, tendo sido objeto de modificação em 1942, que investiu as partes do poder de escolha quanto a tal perito único e estabeleceu que, inexistindo consenso, cada litigante poderia indicar seus respectivos profissionais, que elaborariam, cada qual um laudo, e que o juiz poderia nomear terceiro para o desempate, o que passou a ser uma constante, com prejuízo à razoável duração do processo.

No Código de Processo Civil de 1973 a escolha do perito foi transferida para o juiz (art. 421) e submetida apenas a exigência de escolaridade (nível universitário) e registro no órgão de classe competente, dispensadas nas hipóteses de inexistência de profissionais habilitados na localidade (art. 145).

Dentro do aludido modelo, coadunado com o publicismo então vigente, em busca da otimização dos atos instrutórios, o magistrado assume o protagonismo na escolha do perito

---

667 MENEZES, Paula Bezerra de. *Novos rumos da prova pericial*. Rio de Janeiro: 7Letras, 2014, p.151-153.

que, de ordinário, passa a ser investido de confiança que implica em tendente poder persuasivo do seu trabalho.<sup>668</sup>

Já o Código de Processo Civil de 2015, ao tempo em que manteve a nomeação judicial, estabelecendo critérios para a escolha, que já eram, em grande parte, adotados pelos magistrados, sinalizou a possibilidade de convenção processual específica sobre a matéria.

Inicialmente, previu o diploma a criação de cadastro público de peritos pelos tribunais, por meio de chamamento público, com divulgação na internet e consulta às universidades, órgãos de classe, instituições do Sistema de Justiça, com critérios de controle concernentes à periódica avaliação e reavaliação (art. 156) e distribuição equitativa das nomeações, observando-se a capacidade técnica e a área de conhecimento (art. 157).

Esta medida, tendente a assegurar maior transparência e previsibilidade às nomeações<sup>669</sup>, não é, de todo, inédita, sendo o cadastramento de peritos adotado desde a vigência do CPC anterior na maioria dos juízos, e malgrado regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça por meio da Resolução 233/2016, ainda não foi implementada na totalidade dos tribunais brasileiros.

De outro lado, em prestígio à consensualidade, o art. 471 do CPC estabeleceu a possibilidade de escolha do perito pelas partes, mediante indicação conjunta, cumulada com a nomeação de assistentes técnicos e prévio ajuste quanto à data e local da realização dos trabalhos, hipótese na qual caberá ao juiz apenas fixar prazo para a apresentação do laudo, bem como indicar eventuais quesitos.

Embora o dispositivo seja específico na previsão de requisitos (partes plenamente capazes e causa passível de resolução por autocomposição), verifica-se que a referida convenção tem as mesmas exigências trazidas pela cláusula geral do art. 190.

Destaca o §3º do dispositivo que “a perícia consensual substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz”, o que indica não propriamente uma substituição da perícia que ainda não existe, mas sua absoluta desnecessidade, uma vez

---

668 KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.69-70.

669 “As varas e secretarias deverão cadastrar número suficiente de peritos para atender às necessidades de cada tipo de perícia, ou, na ausência de nome disponível ou adequado, convocar as partes a indicarem conjuntamente. A finalidade da regra é positiva na medida em que, além da transparência, trará maior previsibilidade às nomeações, podendo, inclusive, estimular as partes a chegarem a um acordo sobre a indicação conjunta do perito, caso os nomes disponíveis na vara não sejam adequados segundo a avaliação das partes”. MARTINS, André Chateaubriand. *A prova pericial no NCPC*. In: MACÊDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. (org.). *Provas*. Coleção novo CPC Doutrina Seleccionada, v.3, 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.771.

que o trabalho técnico realizado pelo perito indicado pelas partes goza, presumivelmente, do mesmo valor do efetuado por profissional nomeado pelo magistrado, propiciando uma instrução mais democrática, legitimada e tendencialmente mais célere.<sup>670</sup>

Considerando os fundamentos em epígrafe, questiona-se: a convenção em estudo implica na impossibilidade de arguição de impedimento ou suspeição do perito?

Sendo pressuposta a prévia avaliação quanto à ocorrência de fatos ensejadores de impedimento ou suspeição, que seriam do conhecimento das partes que empreendessem o mínimo de diligência para uma escolha consciente, configura *venire contra factum proprium* a alegação posterior de tais matérias, de sorte que, ressalvada a ocorrência de fato superveniente à escolha conforme o Enunciado 637 do Fórum Permanente de Processualistas Civis<sup>671</sup>, configuraria abuso de direito processual a posterior rejeição ao perito indicado.

De outro lado, conquanto seja a celebração de convenções processuais pela Fazenda Pública uma realidade<sup>672</sup>, visto que a escolha do perito é ato que deve ser realizado com adequação aos princípios que regem a Administração Pública, como a seleção da proposta mais vantajosa, isonomia e impessoalidade, seria possível tal convenção?

Entende-se que sim, visto que a referida convenção é aplicável mesmo nos processos em que a Fazenda Pública figura como parte, tal como nas execuções fiscais, reclamando para tal a adoção do ajuste proposto por Juliana Melazzi Andrade quanto à exigência de cadastramento prévio do perito eleito em listagem própria ou do Poder Judiciário como forma de salvaguarda do princípio da impessoalidade, que deve nortear a atuação do poder público.<sup>673</sup>

670 “Quanto ao §3º, deve ser lido com atenção. A perícia consensual não substitui a que seria realizada pelo juiz, mas, em verdade, trata do objeto que esta trataria. É questão lógica: só se substitui o que já existe e, no caso, a perícia que seria realizada pelo perito nomeado pelo juiz ainda não existe. Assim a perícia consensual, em verdade, torna desnecessária a perícia que seria realizada pelo perito nomeado através do procedimento geral. Há aí um elemento essencial ao controle da perícia: sendo o perito escolhido pelas partes, ainda com a possibilidade de nomeação de assistentes técnicos, inegável que a atuação do especialista tem sua legitimidade reforçada. A chancela inicial das partes, que no seu poder de disposição a respeito do procedimento escolheram um sujeito de confiança comum reforça o caráter democrático e cooperativo da prestação jurisdicional.” AVELINO, Murilo Teixeira. Notas sobre a prova pericial no NCP. In: MACÊDO, Lucas Buri de. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. (org.). *Provas*. Coleção novo CPC Doutrina Seleccionada, v.3, 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.771.

671 Enunciado 637. (art. 471) A escolha consensual do perito não impede as partes de alegarem o seu impedimento ou suspeição em razão de fato superveniente à escolha. (Grupo: Direito probatório)

672 Neste sentido o Enunciado 256 do FPPC: A fazenda pública pode celebrar negócio jurídico processual.

673 “Também pode ser admitida convenção para a escolha do perito responsável pela elaboração dos cálculos relativos à dívida tributária (art.471, CPC), escolha esta que, em atendimento ao princípio da impessoalidade, precisaria ser limitada para que se restringisse aos peritos constantes em uma lista elaborada pela Administração Pública a partir de um cadastramento prévio ou aos peritos elencados na lista oficial de peritos cadastrados no respectivo Tribunal de Justiça, em que for parte o ente público”. ANDRADE, Juliana Melazzi. Negócios jurídicos processuais na execução fiscal. In: CABRAL, Antonio do

#### 4.2.8. Convenção processual quanto à autoria, integridade e armazenamento de documentos eletrônicos (Lei 13.874/19) e da utilização da tecnologia *blockchain*

É uma realidade a virtualização dos métodos auto e heterocompositivos de solução de litígios, com a conseqüente migração da jurisdição estatal para o ambiente do processo judicial eletrônico e a utilização não apenas de documentos físicos digitalizados, mas, com especial relevo, de documentos eletrônicos, assim conceituados como aqueles cuja formação e suporte físico são integralmente digitais, sendo legalmente qualificados como originais (art. 11 da Lei 11.419/06).<sup>674</sup>

Entrementes, revela-se essencial a tutela da segurança dos documentos eletrônicos quanto a sua autenticidade, integridade e preservação de cadeia de custódia, sem as quais o meio de prova digital é comprometido.<sup>675</sup>

Em consonância com tais valores, de ordinário a formação e armazenamento adequados dos documentos eletrônicos reclamam a utilização de mecanismos de autenticação compatíveis com a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP, nos moldes da Medida Provisória 2.200-2/2001.

---

Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). *Negócios processuais. Coleção grandes temas do novo CPC*, v.1. tomo. 2. Salvador: JusPodivm, 2020, p.579.

674 “O documento eletrônico pode então ser definido como um documento cujo conteúdo expressa um pensamento humano ou um fato, que é formado por programas de informática, mediante a criação e armazenamento de informações na memória de um computador e que só podem ser lidas com o auxílio de uma máquina, o que as tornará inteligíveis ao homem. Portanto, os documentos eletrônicos enquadram-se no conceito de documentos. Não podem ser reconduzidos à categoria de reproduções mecânicas, na medida em que o documento eletrônico é um documento original; não caracteriza a reprodução de outra coisa”. AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.188-189.

675 “A utilidade da prova digital passa necessariamente pela observância de três fatores principais: (i) autenticidade; (ii) integridade; e (iii) preservação de cadeia de custódia. E, ao se falar em utilidade, quer se dizer que é o respeito a esses três fatores ou qualidades da atividade probatória digital que vai permitir que ela seja utilizada sem questionamentos válidos ou minimamente hábeis a desconstruir seu valor agregado. [...] A um, por autenticidade deve ser entendida a qualidade de prova digital que permite a certeza com relação ao autor ou autores o fato digital. Ou seja, é a qualidade que assegura que o autor aparente do fato é, com efeito, seu autor real. É a qualidade que elimina toda e qualquer hipótese válida e estruturada de suspeição sobre quem fez ou participou da constituição do fato no meio digital. [...] A dois, por integridade deve ser entendida a qualidade da prova digital que permite a certeza com relação à sua completude e não adulteração. A prova digital íntegra é aquela isenta de qualquer modificação em seu estado ou adulteração desde o momento da realização do fato até a apresentação do resultado prova. Prova digital íntegra, portanto, é aquela não modificada ou adulterada, apta, portanto, a demonstrar a reprodução do fato em sua completude e integridade. [...] A três, é importante preservar a cadeia de custódia da prova digital, ou seja, é preciso preservar a autenticidade e a integridade em todo processo de produção da prova digital, desde sua identificação, coleta, extração de resultados, até a apresentação no processo ou procedimento de destino. A ideia é construir um verdadeiro registro histórico da evidência, de toda a vida da prova.” THAMAY, Rennan. TAMER, Maurício. *Provas no direito digital: conceito de prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.39-47.



Todavia, conforme ensinam Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira<sup>676</sup>, dentro do propósito de desburocratização da atividade econômica, o art. 18 da Lei 13.874/19, enunciou possibilidade de flexibilização de tal exigência por meio de consenso das partes, asseverando que “para documentos particulares, qualquer meio de comprovação da autoria, integridade e, se necessário, confidencialidade de documentos em forma eletrônica é válido, desde que escolhido de comum acordo pelas partes ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento”, o que abre a possibilidade de convenção típica quanto à utilização da tecnologia *blockchain* para tal desiderato.

Cuida-se, portanto, de relevante convenção de natureza probatória que prestigia o autorregramento com a idônea tutela da integridade dos documentos digitalizados por meio de base de dados distribuída que guarda um registro permanente e indene a violações.

#### **4.2.9. Da convenção processual de opção pelo “Juízo 100% Digital” (Resolução nº 345/2020 do Conselho Nacional de Justiça)**

A partir de suas finalidades institucionais de órgão central de coordenação e planejamento do sistema judiciário, o Conselho Nacional de Justiça tem exercido seu poder regulamentar por meio de resoluções que detalham previsões legais processuais e instituem regramentos que inovam em matéria processual, recebendo *status* de regulamentos autônomos.<sup>677</sup>

Em uma das iniciativas revolucionárias da aludida disciplina, a Resolução nº 345/2020 do Conselho Nacional de Justiça incorporou a possibilidade de integral virtualização da prática de atos processuais por meio do “Juízo 100% Digital”, com expressivo papel não apenas para a automação, mas para a transformação do funcionamento do Sistema de Justiça.<sup>678</sup>

676 “Conjugando-se, pois, o art. 18, I, da Lei n. 13.874/2019 com o art. 10, §2º, da MP n. 2.200-2/2001, temos que o sistema normativo contém hipótese típica de negócio jurídico sobre prova, consistente no acordo quanto ao método de certificação da autoria, integridade e confidencialidade do documento eletrônico, seja ele público ou particular. Nesse cenário, nada impede que se convençione, por exemplo, o uso da blockchain como método de certificação da autoria, integridade e confidencialidade do documento eletrônico”. DIDIER JR., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. O uso da tecnologia blockchain para arquivamento de documentos eletrônicos e negócios probatórios segundo a lei de liberdade econômica. In: NUNES, Dierle. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. WOLKART, Erik Navarro. (coord.). *Inteligência artificial e direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2020, p.368.

677 DIDIER JR., Fredie. FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa*. Salvador: JusPodivm, 2022, p.57-64.

678 “One hand, systems can be used to improve, refine, streamline, optimize, and turbo-charge our traditional ways of working. This is what most judges and lawyers (and most professional, for that matter) have in mind when they give some thought to technology. They reflect on routine, repetitive, and often antiquated

Cuida-se de convenção que antes de regulamentar a competência das unidades judiciárias, disciplina um regime jurídico específico para a prática dos atos processuais.<sup>679</sup>

Tal como enunciado, as partes podem optar pela tramitação do processo sob o aludido regime, hipótese em que todos os atos serão praticados de maneira exclusivamente *digital e remota*, aí incluídas as audiências e sessões de julgamento, o que certamente implica em reflexos na atividade probatória, malgrado não seja aprioristicamente incompatível com quaisquer dos meios de prova tipificados no Código.

Merece relevo que a aludida opção se aperfeiçoa mediante convenção processual dispositiva<sup>680</sup>, firmada ante a concorrência de atos das partes, sendo quanto ao demandante, a indicação explícita no momento da distribuição da ação (art. 3º), à qual deverá ser somada a vontade da parte demandada, que poderá a tal se opor até o momento da contestação, possibilitada a retratação por uma única vez até a prolação da sentença, o que não obsta que as partes optem por sua adesão em processos em trâmite por meio de convenção atípica.<sup>681</sup>

Cuida-se, mais uma vez, de convenção com natureza probatória típica que prestigia o consenso dos sujeitos processuais para a implementação de dinamismo à trilha processual e ao fazê-lo modifica a dinâmica da atividade probatória, que deve ser realizada de maneira integralmente digital e remota.

---

tasks and activities in their courts and imagine (correctly) that some set of systems could be introduced to bring new efficiencies and make life easier. [...] I call it ‘automation’. It involves grafting new technology onto old working practices. On the other hand, technology can play a very different role. It can displace and revolutionize conventional working habits and bring radical change-doing new things rather than old things in new ways. [...] This is about using technology to allow us to perform tasks and deliver services that would not have been possible, or even conceivable in the past”. SUSSKIND, Richard. *Online courts and the future of Justice*. United Kingdom: Oxford University Press, 2019, p.34.

679 DIDIER JR., Fredie. FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa*. Salvador: JusPodivm, 2022, p.120.

680 CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de. CARVALHO, Tatiana Freitas de Almeida Ivens de. Virtualização dos métodos auto e heterocompositivos para solução dos conflitos. IN: BUFULIN, Augusto Passamani. (coord.) *Questões atuais de Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p.28-31.

681 “O projeto é pensado para facilitar o acesso das partes ao processo. Por conta disso, há uma concreta preocupação em assegurar-lhe o caráter opcional, discricionário. Ninguém será submetido, a contragosto, à tramitação integralmente remota. O autor poderá fazer a escolha no momento do ajuizamento, expressamente, ao distribuir a demanda, informando endereço eletrônico e número de telefone celular de sua preferência para que, por meio deles, seja comunicado acerca do andamento processual. Por sua vez, o réu fará sua opção até a contestação, de sorte que, no procedimento comum, poderá participar da audiência de conciliação ou de mediação sem que signifique comprometimento indelével com a via digital. A sistemática buscou ser prudente na máxima medida e autoriza que, mesmo após a apresentação da peça de defesa, desde que antes da prolação da sentença, pode haver retratação (autêntico arrependimento) da escolha, remetendo-se o processo ao juízo físico da mesma localidade, com correlata competência”. FUX, Luiz. Juízo 100% digital e a vocação da moderna atividade jurisdicional. In: FUX, Luiz. ÁVILA, Henrique. CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Tecnologia e Justiça multiportas*. Indaiatuba, Foco: 2021, p.08-09

#### **4.2.10. Da convenção processual quanto à dispensa de confidencialidade dos meios de prova colhidos no procedimento de mediação (art. 30 da Lei 13.140/15) e sua extensão para os demais métodos adequados de solução de conflitos**

Conforme estudado anteriormente o Código de Processo Civil de 2015 se insere em um microsistema de métodos adequados para a solução de conflitos, que abarca uma diversidade de portas de saída do Sistema de Justiça como a conciliação, mediação, resolução colaborativa por negociação e arbitragem, sendo uma realidade o transporte entre princípios, técnicas e institutos entre as disciplinas entre estes, como decorrência de sua interoperabilidade.

Nesta linha, percebe-se ser nota marcante nos métodos autocompositivos o estabelecimento de confidencialidade quanto às informações obtidas no curso do procedimento, o que figura como princípio da conciliação e mediação na Resolução 125/2010 (art. 1º, I), sendo incorporada ao texto do CPC/15 (art. 166, § 1º) e da Lei de Mediação (art. 30), tendo sua aplicação não somente aos conciliadores e mediadores, mas a todos aqueles que tiveram participação direta ou indireta no procedimento como partes, prepostos, advogados, assessores técnicos e demais indivíduos.

Portanto, como decorrência do referido princípio, ao mesmo tempo em que se reconhece que o esclarecimento de fatos específicos é essencial para o êxito na autocomposição do conflito, o que possibilita, ainda que em medida mais restrita, a existência de uma atividade probatória específica, seu resultado usualmente está adstrito à utilização dentro do procedimento.

Veda-se, então, sob pena de eiva de ilicitude, a utilização em processo judicial ou arbitral das declarações, opiniões, sugestões, promessas ou propostas formuladas pelas partes; o reconhecimento de fatos; a manifestação de aceitação de proposta formulada pelo conciliador e os documentos preparados unicamente para os fins do procedimento autocompositivo, o que se justifica na busca da construção de confiança basilar para o sucesso do método.<sup>682</sup>

---

682 “O ‘caput’ do artigo 30 explicita que qualquer informação relativa ao procedimento de mediação não pode ser revelada, nem mesmo em processo arbitral ou judicial “salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida pela lei ou necessária para o cumprimento de acordo obtido pela mediação”. Assim, a confidencialidade é princípio fundamental para o êxito da mediação, pois permite que os mediandos se sintam à vontade para o diálogo, revelando com plena liberdade seus sentimentos, preocupações, incertezas, interesses e necessidades, sem o receio de que tais informações possam ser usadas contra si num eventual julgamento. Isto permite a construção de uma relação de confiança entre os mediandos e o mediador, que é essencial, pois a influência que o mediador tem sobre o

O dispositivo da Lei de Mediação aprofunda a disciplina do dever de confidencialidade, com vistas à coibição de violações da boa-fé negocial<sup>683</sup>, expandindo regramento, que nos moldes do CPC encontra-se adstrito aos conciliadores e mediadores, sendo transportada para o método da conciliação, dada a harmonia sistêmica e para a resolução colaborativa dos litígios, ante sua compatibilidade teleológica.<sup>684</sup>

Entretanto, conforme registro de Trícia Navarro Xavier Cabral<sup>685</sup> o art. 30 da Lei de Mediação encerra um rol exemplificativo de hipóteses em que o dever de confidencialidade é dispensado, como quando houver violação à ordem pública ou às leis vigentes e quando as partes dispensarem expressamente o sigilo e autorizarem a revelação dos dados das sessões.

Cuida-se, destarte, de convenção processual probatória com celebração prévia, investida de natureza obrigacional, visto que implica na extinção de dever de abstenção imposto às partes e demais participantes do procedimento de mediação quanto à revelação dos meios de prova produzidos para este ou surgidos incidentalmente quando de sua realização, sendo extensível aos demais métodos autocompositivos.<sup>686</sup>

---

processo de resolução do conflito é diretamente proporcional à confiança que as partes depositam nele.” GRINOVER, Ada Pellegrini. LAGRATA, Valeria Ferioli. Comentários ao art.30. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. CURY, Cesar Felipe. *Lei de mediação comentada artigo por artigo*. 2ed. Indaiatuba: Foco, 2020, p.159-161.

- 683 “Imagina-se, por exemplo, que uma das partes, de má-fé, faz a outra crer que há possibilidade de acordo. Com isso, essa outra revela uma informação que estava sendo preservada para a fase instrutória de uma eventual e futura ação judicial. De posse da informação desejada, a outra abandona a mediação e reorganiza sua estratégia para o processo judicial, agora em situação de manifesta vantagem, e, como se isso não bastasse, produz em juízo aquele elemento de prova, salientando, ainda, que o mesmo foi revelado espontaneamente pela parte adversa. Tal situação, por óbvio, não poderia prosperar”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. SOUZA, Mariana Freitas de. Primeiras impressões sobre a confidencialidade e suas exceções na lei de mediação brasileira. In: ZANETI JR., Hermes. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (coord.). *Justiça multiportas*. Coleção grandes temas do novo CPC. 2ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.581.
- 684 Conforme se infere das diretrizes constantes das seguintes obras: CAMERON, Nancy J. *Práticas colaborativas: aprofundando o diálogo*. trad. Alexandre Martins. São Paulo: Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas, 2019, p.346-347; TESSLER, Pauline H. THOMPSON, Peggy. *Divórcio colaborativo: a maneira revolucionária de reestruturar sua família, resolver problemas legais e seguir adiante*. trad. Claudia Abraham Chueke. São Paulo: Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas, 2019, p.93-34; e WEBB, Stuart G. OUSKY, Ronald D. *O caminho colaborativo para o divórcio: o método revolucionário que, sem recorrer ao Tribunal, resulta em menos estresse, custos menores e crianças mais felizes*. trad. Alexandre Martins. São Paulo: Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas, 2018, p.33 e 210.
- 685 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções processuais sobre a mediação e o mediador. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). *Negócios processuais. Coleção grandes temas do novo CPC*, v.1. tomo. 2. Salvador: JusPodivm, 2020, p.320
- 686 “A confidencialidade na conciliação/mediação tem a função de proteger e dar segurança aos sujeitos nela envolvidos, para que possam negociar com absoluta transparência e abertura, sem receio de que as informações prestadas e produzidas sejam eventualmente usadas contra si. Desse modo, em atenção à autonomia da vontade das partes, nada mais lógico do que lhes possibilitar o afastamento desta proteção e segurança, caso vislumbrem alguma vantagem pessoal (que não precisa ser justificada). Diante disso, é evidentemente lícita às partes a celebração de negócio jurídico para restringir ou afastar a confidencialidade, de modo que, poderão se assim entenderem, autorizar a divulgação de todas as informações produzidas no curso do procedimento de mediação/conciliação, inclusive nos autos do processo ou de parte delas (apenas dos documentos apresentados, por exemplo), por algum, alguns ou todos os sujeitos que participem da

Lado outro, considerando que, de acordo com José Emílio Nunes Pinto também se identifica tendência à extensão do princípio da confidencialidade à jurisdição arbitral, conforme regulamentos das principais instituições no silêncio da legislação, a convenção em estudo teria aplicação também quanto às informações obtidas no procedimento arbitral.<sup>687</sup>

#### 4.2.11. Negócios de certificação/acertamento

É comum que crise de adimplência ou certeza que enseja a busca pela tutela jurisdicional recaia sobre a dinâmica das relações jurídicas contratuais, que serão então objeto de cognição e valoração no âmbito do processo.

Todavia, dentro do espaço de consensualidade verificado no nosso sistema, não se revela de todo inusitado que o poder de autorregramento dos sujeitos parciais também se estenda a tal seara, sendo possível a celebração de negócios de certificação ou acertamento, por meio dos quais são emitidas declarações de vontade que eliminam incertezas quanto a aspectos da relação jurídica passível de controvérsia no âmbito do processo, vinculando seus sujeitos quanto ao futuro.<sup>688</sup>

Antonio do Passo Cabral<sup>689</sup> assevera que a previsibilidade das consequências jurídicas do comportamentos dos indivíduos é um valor caro na sociedade contemporânea, pois os indivíduos são movidos por uma expectativa de incidência normativa, de modo que em consonância com as outras sedes em que a autocomposição se revela possível como corolário do respeito à prerrogativa das partes de resolverem suas lides, deve ser também

---

mediação/conciliação”. LIPIANI, Júlia. SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre mediação e conciliação. In: ZANETI JR., Hermes. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (coord.). *Justiça multipartas*. Coleção grandes temas do novo CPC, 2ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.155.

687 PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol.06/2005, p.25-36, jul./set./2005.

688 “En realidad, el problema para las partes que deciden estipular un negocio de constatación consiste en definir y establecer la situación jurídicamente relevante que existe entre ellas, por efecto de un negocio ya celebrado, o incluso en ausencia de éste; por esta vía, ellas estarán prohibidas –en el futuro– de entender la estructura de intereses, y de ejecutar la relación jurídica que es consecuencia de ella, distintamente de como se la ha constatado: así, las partes obtienen la ventaja de la certeza. El negocio de constatación entra en la categoría de los negocios de segundo grado, que están destinados a determinar una de las fases de desenvolvimiento de la relación jurídica a la cual ha dado vida un negocio precedente o un hecho de otra naturaleza que media entre ellos. Estos negocios, que son aclaratorios de vicisitudes de relaciones preexistentes, se someten a apreciaciones de conveniencia de los interesados mismos; apreciaciones que no están sometidas al rigor de cánones hermenéuticos, y que dejan intacto el negocio originario, aun cuando puedan hacer que éste aparezca, *ex post facto*, bajo una luz distinta de la que tenía en un primer momento”. BETTI, Emilio. Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico. In: BETTI, Emilio. GALGANO, Francesco. COGNAMIGLIO, Renato. FERRI, Giovanni Battista. *Teoría general del negocio jurídico: 4 estudios fundamentales*. trad. Leysser L. León. Lima: ARA Editores, 2015, p.43.

689 CABRAL, Antonio do Passo. Negócio de certificação: introdução, objeto e limites. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol.29, ano 8., p.89-145, out./dez./2021.

outorgada a possibilidade de “gerenciar negocialmente as incertezas que eventualmente apareçam nas suas relações jurídicas”.

Os referidos negócios se diferenciam da transação, pois não pressupõem a existência de conflito, mas somente o estado de incerteza jurídica e têm por consequência não a solução da disputa, mas a retirada do objeto certificado da causa de pedir próxima desta e encontram lastro no saneamento consensual (art. 347, § 2º do CPC), no compromisso (art. 26 da LINDB) e na possibilidade de pactuação de regras de interpretação, preenchimento de lacunas e integração (art. 113, § 2º do CC) e de parâmetros objetivos de interpretação de cláusulas contratuais e pressupostos para sua revisão e resolução (art. 421-A, I do CC).<sup>690</sup>

Conforme acertado escólio de Hildemburgo Chateaubriand Filho<sup>691</sup> a *causa* nos negócios de acerto é a eliminação do estado de incerteza concernente à situação jurídica primitiva, de modo que este não se dirige a modificá-la, convalidá-la ou substituí-la, mas a fixar seu conteúdo.

O objeto dos negócios de certificação é indicado a partir do paralelo com a tutela jurisdicional declaratória (art. 19 do CPC), que engloba a existência, inexistência ou modo de ser de relações jurídicas, sendo tal raciocínio extensível às situações jurídicas. Todavia, ressalvadas as hipóteses de autenticidade ou inautenticidade documental (inciso II do dispositivo), paira controvérsia sobre a possibilidade de determinação convencional do sentido de um determinado fato.

Conforme defende Chateaubriand Filho, conquanto investidos de caráter dispositivo, os referidos negócios não se prestam à certificação de fatos, visto que traduzem um juízo meramente histórico, referente a um mero ato de conhecimento, mas sim estabilizar a situação jurídica por meio da eliminação de um estado de incerteza, objeto de uma declaração das partes, que inclusive vincula o órgão julgador.<sup>692</sup>

690 CABRAL, Antonio do Passo. Negócio de certificação: introdução, objeto e limites. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol.29, ano 8., p.89-145, out./dez./2021.

691 CHATEUBRIAND FILHO, Hildeburgo. *Negócio de acerto*: uma abordagem histórico-dogmática. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.121-129.

692 “O que se pretende com o negócio de acerto é conferir estabilidade a uma situação jurídica, através da eliminação de um estado de incerteza, resultado que se alcança por meio de uma nova declaração, cujo conteúdo é destinado a prevalecer em caso de divergência com a antiga declaração. Nesse sentido, a certeza que se obtém sobre a situação jurídica deve impor um limite ao próprio acerto judicial, na medida em que a configuração que dele resulta não pode ser recusada, senão em virtude de algum vício intrínseco ao negócio. Por isso se diz que o acerto convencional produz efeitos materiais. Se o acerto incide apenas sobre um fato, não se pode afirmar que a certeza que se procura por meio do vínculo material possa ser alcançada, sempre que outros fatos possam desconstituir o direito que se afirma ter, além da circunstância de que as consequências jurídicas desse fato continuarão sujeitas a apreciação do juiz. Não haveria, em outras palavras, como extrair o efeito material desejado – a obtenção da certeza. Seria sempre um efeito processual, incompatível com a ideia de negócio de acerto. CHATEUBRIAND FILHO,

Em posição distinta, Cabral<sup>693</sup> observa a diferença estrutural e funcional entre os reconhecimentos sobre fatos, que são atos declaratórios de ciência, que enunciam somente a cognição que as partes exerceram, sendo valorada pelo juiz, das declarações de vontade na seara negocial estabelecem os efeitos jurídicos pretendidos, que seriam impostos ao julgador e observa que, malgrado a grande utilidade prática da declaração negocial sobre fatos, seu caráter amplo ensejaria imprevisibilidade, ensejo no qual defende a possibilidade de certificação convencional de situações jurídicas, como a interpretação de disposições convencionais e o reconhecimento de fatos para propósitos específicos, conforme admitido pela jurisprudência para a tutela declaratória.

Entende-se que quando marcados pelo atributo da referibilidade, destinado, assim a eliminar incerteza objetiva<sup>694</sup>, os negócios de acertamento/certificação podem ser qualificados como convenções processuais probatórias de natureza mista, pois têm por efeito prático de tornar os elementos objeto de esclarecimento admitidos como incontroversos quanto ao seu teor (art. 374, III do CPC), o que os exclui do rol de meios de prova, visto que remanesce somente sua valoração ao magistrado fora da atividade probatória.

---

Hildeburgo. *Negócio de acertamento*: uma abordagem histórico-dogmática. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.42-43.

693 “Pense-se em contrato em que existam cláusulas que determinem que comportamentos de má-fé poderão levar à resolução contratual; ou consequências sancionatórias (cláusula penal) para inadimplemento e mora; e ainda outras disposições contratuais que prevejam modificação e adaptação da avença em casos de onerosidade excessiva ou eventos imprevisíveis. As partes podem, p.ex., estipular que a não apresentação de certos documentos, quando solicitados pela contraparte, configurará conduta contrária à boa-fé; que a variação cambial de 30% ou a queda de mais de 50% no preço de uma commodity no mercado internacional deflagrará procedimento revisional do contrato; ou que a cláusula penal incidirá quando certos fatos ou tipos de fatos se verificarem na prática. Podem fazê-lo contemporaneamente à celebração do contrato, e podem operar essa definição mirando no passado, declarando em um negócio jurídico posterior, que uma dessas circunstâncias, já observada, atrai (ou não) a incidência de certa disposição contratual”. CABRAL, Antonio do Passo. Negócio de certificação: introdução, objeto e limites. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol.29, ano 8., p.89-145, out./dez./2021.

694 CHATEUBRIAND FILHO, Hildeburgo. *Negócio de acertamento*: uma abordagem histórico-dogmática. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.127.

### 4.3. POSSIBILIDADES DE CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS ATÍPICAS

Como corolário da associação da norma de atribuição de competência do art. 190 do Código de Processo Civil com o princípio da atipicidade dos meios probatórios (art. 369 do CPC), identifica-se um vasto campo de possibilidades para a criação de convenções pelas partes quanto à disciplina da matéria probatória, sendo qualquer tentativa de exaustão fatalmente malsucedida, motivo pelo qual busca-se por meio do presente trabalho prospectar, em rol exemplificativo, algumas possibilidades, sem qualquer pretensão de exaurimento.

De ordinário, o momento da instrução no processo civil ocorre exclusivamente no ambiente endoprocessual e após a implementação das fases de postulação, tentativa de composição e saneamento e organização do processo, sendo integrada pelos momentos de propositura dos meios de prova, deliberação sobre sua admissibilidade, produção e ultimada com sua valoração.

As convenções probatórias atípicas implicam em ajustes aptos a modificarem tal dinâmica.<sup>695</sup>

Nesta linha, adotando-se como paradigma metodológico tal cronologia, vislumbra-se a possibilidade de convenções que podem antecipar a colheita da prova para o momento pré-processual; antecipar, quando já instaurado o processo, a fase instrutória; disciplinar a admissibilidade ou inadmissibilidade de meios de prova; tratar da produção das provas e, por fim, dispor sobre a sua valoração.

#### 4.3.1. Convenções processuais sobre meios de prova

A prova como meio é passível de flexibilização convencional em diversos aspectos.

##### 4.3.1.1. Convenções sobre a admissão de meios de prova ilícitos

A questão concernente à possibilidade de admissão de meio de prova ilícito no processo civil por meio de convenções processuais reclama um exame à luz da ponderação de

---

695 “A prova observa um rito ou procedimento que se inicia com a proposição, passa pela admissão e se termina com a produção ou apresentação de seu resultado no processo. Ordinariamente, tais atividades desenvolvem-se judicialmente, como também visto em tópico anterior. Quando as partes resolvem alterar este procedimento probatório ou regular seu poder de propor e produzir provas através de negócio processual, o modus operandi legal é substituído pelo modelo convencional. Os atos processuais são realizados segundo a autonomia da vontade das partes, quando válido e eficaz o negócio celebrado”. MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.219-220.



interesses em conflito e dos limites do paralelo entre o que pode ser determinado pelo magistrado e ajustado pelas partes.

Entretantes, o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal trouxe, disposição que enuncia serem “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, o que implica na constatação de que eventuais convenções neste teor padeceriam de invalidade em seu objeto por violação a limite extrínseco de conformidade com os direitos e garantias constitucionais.

Todavia, a possibilidade de aporte de meios de prova ilícitos ao processo civil vem sendo debatida há tempos pela doutrina<sup>696</sup>, tendo sido estruturada a partir da constatação de que este se destina à corroboração de fatos alegados em suporte a direitos absolutamente heterogêneos e que, não raro, se revela necessária uma ponderação entre o direito fundamental que se busca tutelar por meio do processo e aquele violado pela obtenção do meio de prova<sup>697</sup>, ou por meio da exclusão da ilicitude através do preenchimento de requisitos para o reconhecimento de estado de necessidade.<sup>698</sup>

Nesta ordem de ideias, a convivência harmônica entre os direitos fundamentais indica a possibilidade de admissão casuística de meios de prova ilícitos no processo civil, mediante ponderação do magistrado<sup>699</sup>, do que decorre que a partir dos princípios da

---

696 Neste sentido, confira-se: MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista dos Tribunais*, vol. 84/1996, p.144-155, out./dez./1996.

697 AZENHA, Nívia Aparecida de Souza. *Prova ilícita no processo civil*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 135

698 “A proposta do presente estudo é dar um passo além das soluções casuísticas, utilizando para isso a figura do estado de necessidade processual. O que se sustenta aqui é que, preenchidos os requisitos para a configuração do ‘estado de necessidade processual que nada mais é do que uma excludente de ilicitude com específicas consequências processuais, a prova produzida de forma (aparentemente) ilícita deve ser admitida no processo, porque não se aplica a ela a vedação contida no texto constitucional, já que não se trataria, a rigor, de uma ilicitude. [...] Assim, para a configuração do estado de necessidade processual, que permitirá a admissão, em caráter excepcional, das provas ilícitas no processo civil, mesmo sem a previsão de dispositivo explícito no novo CPC, será necessário que estejam preenchidos os seguintes requisitos mínimos e indispensáveis: a) possibilidade real e efetiva de formação de convencimento judicial contrário aos interesses da parte interessada na admissão da prova; b) existência de prova obtida mediante violação a normas jurídicas cujo conteúdo seja decisivo para o resultado do processo; c) sopesamento de bens jurídicos envolvidos no processo, cujo resultado seja favorável à admissão da prova questionada; d) inexistência de conduta voluntária da parte que tenha impossibilitado a produção de outras provas lícitas em seu favor”. ROQUE, Andre Vasconcelos. As provas ilícitas no novo código de processo civil e o estado de necessidade processual. In: MACEDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. (coord.). *Provas*. Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. v.3, 2ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.415-435.

699 Nesta linha destacam-se os posicionamentos de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 p.297.); Nívia Aparecida de Souza Azenha (AZENHA, Nívia Aparecida de Souza. *Prova ilícita no processo civil*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 135.); César Dario Mariano da Silva (SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas*. 7ed. Curitiba: Juruá, 2016, p.28-32.); Fernanda Letícia Soares Pinheiro (PINHEIRO, Fernanda Letícia Soares. *Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil*. Curitiba: Juruá, 2010) e Nilton Luiz de Freitas Bazioli (BAZIOLI, Nilton Luiz de Freitas. Prova ilícita e o princípio da proporcionalidade. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. (coord.). *Provas: aspectos atuais*

consensualidade e respeito ao autorregramento das partes, igualmente seria possível o ajuste sobre a referida matéria.

Destaca-se que inexistente dever de ponderação entres os convenientes, que poderão, entretanto, aduzir em seus considerandos os motivos pelos quais relevam a inadmissibilidade do meio de prova ilícito, sendo controlada a validade das convenções postas, com socorro a balizas como a gravidade do direito fundamental violado, sua titularidade e o objeto do direito submetido à tutela jurisdicional.

Portanto, sem embargo do entendimento doutrinário contrário<sup>700</sup>, entende-se que a validade das convenções em estudo reclama uma valoração casuística, não sendo de antemão excluída.

#### 4.3.1.2. Convenções sobre a utilização de carta psicografada no processo civil

A carta psicografada consiste em meio de prova documental que tem por fonte a psicografia de declaração ou testemunho, em comunicação entre o nível espiritual e o mundo material<sup>701</sup>, sendo um produto de fenômeno religioso, conquanto testemunho espiritual.<sup>702</sup>

Sua admissibilidade tem sido refutada pela doutrina, que identifica a ilicitude do referido meio de prova, haja vista a violação da liberdade religiosa e laicidade do Estado, ao contraditório e inobservância do dever de motivação, uma vez que sua valoração decorreria inevitavelmente de um ato de fé e de conhecimento privado do juiz<sup>703</sup>, o que indica a frustração ao referido dever, conforme verificado no presente estudo, a garantias de ordem constitucional e à ordem pública processual.

Nesta diretriz, embora a ilicitude intrínseca do meio de prova possa ser casuisticamente superada em um exercício de ponderação, conforme verificado no item anterior, percebe-se que ainda assim não se revelaria possível a admissão convencional do

---

do direito probatório. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.286-287, que defendem a ponderação como critério de análise e eventual cabimento da admissão dos meios ilícitos de prova no processo civil. A respeito, confira-se: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de. A admissibilidade dos meios de prova ilícitos no processo civil: uma análise a partir da conformação contemporânea dos poderes instrutórios do juiz e da técnica de ponderação do art.489, § 1º do CPC/2015. *Revista de Direito Brasileira*, v.25, n.10, p.366-384, jan./abr./2020.

700 Neste sentido: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites para a liberdade processual*. Indaiatuba: Foco, 2019, p.142. RAVAGNANI, Giovani. *Provas negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.158-159.

701 GARCIA, Ismar Estulano. *Psicografia como prova jurídica*. Goiana: AB Editora, 2010.

702 DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. *Revista de Processo*, vol.234/2014, p.33-61, ago./2014.

703 AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.87-88.

referido meio de prova, visto que não se vislumbra possibilidade de valoração deste sem eiva ao contraditório e adoção de ato de fé pelo magistrado.

#### 4.3.1.3. Convenções sobre a admissão ou inadmissão de meios específicos de prova

Situa-se dentro do autorregramento atípico das partes a celebração de ajustes que estabeleçam a admissão ou inadmissão apriorística de meios de prova.

É dizer: ao passo em que, de ordinário, a deliberação sobre a admissibilidade dos meios de prova incumbe ao juízo, à luz das propostas formuladas pelas partes, que deve avaliar sua necessidade e pertinência no exercício dos seus poderes instrutórios, que lhe possibilitam ademais a determinação de meios de prova não propostos pelas partes, por meio de convenções estas podem eleger ou excluir aprioristicamente os meios, que deixam de ser propostos, para sê-lo, em princípio, admitidos convencionalmente.<sup>704</sup>

Enquanto seja aceitável em princípio, constata-se potencial de existência de conflito entre as convenções em estudo e os poderes instrutórios, o que pode ocorrer tanto quando o juízo entender que os meios de prova admitido pelas partes são impertinentes, quando na hipótese em que vislumbrar a efetiva necessidade de meio consensualmente inadmitido por estas.

A solução para o confronto e notadamente seus limites, deverá ser objeto de valoração no caso concreto, ante a exigência de demonstração de prejuízo e tutela do direito à prova, devendo-se, todavia, caminhar para o prestígio à amplitude da atividade probatória dentro da razoabilidade de tempo e racionalidade na dispersão de recursos econômicos.

---

704 “Além da convenção típica sobre o ônus da prova, podem as partes firmar acordo processual atípico, com base no art. 190, caput, da legislação processual civil para delimitar os meios de prova que serão produzidos no processo. Esse acordo, ensina Loïc Cadet, pode ter dois objetivos diferentes: restringir ou, ao contrário, estender os poderes do juiz. Partindo dessa premissa, as partes têm o poder de convencionar que no litígio instaurado entre elas não será produzido nenhum meio de prova, à exceção da prova documental acostada aos autos na petição inicial e na contestação. Ou, então, que serão produzidos, especificamente, quatro meios de prova distintos. Mais do que isso, podem as partes convencionar que não produzirão nenhuma prova, porque assim desejam, pura e simplesmente, ou porque entendem que a controvérsia prescinde de dilação probatória, versando sobre matéria de direito”. VAUGHN, Gustavo Fávero. BRAZIL, Renato Caldeira Grava. RAVAGNANI, Giovani dos Santos. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do juiz. *Revista de Processo*, vol.989/2018, p.377-404, mar.2018.

### 4.3.2. Convenções processuais sobre a atividade probatória

Certamente o campo mais amplo de atuação das convenções probatórias atípicas concerne à prova como atividade, visto que o desenho estrutural realizado pelo Código de Processo Civil para a instrução processual situa-se dentro do espectro de flexibilização convencional.

#### 4.3.2.1. Convenções processuais quanto à produção antecipada judicial ou extrajudicial da prova

Conforme já destacado, certo é o caráter autônomo do direito à prova e a sua relevância para o alcance da solução adequada dos conflitos e para a otimização do processo, sendo possível a propositura de demanda visando a sua colheita em juízo.

Deste modo, situa-se dentro do poder de autorregramento das partes a celebração de convenções pré-processuais que condicionem a propositura de demanda concernente ao mérito da controvérsia à prévia colheita de elementos probatórios, sendo, não raro, medidas importantes para o alcance de autocomposição em procedimentos de mediação ou conciliação antecedentes à judicialização do mérito da controvérsia.<sup>705</sup>

Tal atividade probatória antecedente pode ser judicializada através do rito do art. 381 do CPC ou ter sua realização no campo extrajudicial.

Conforme ilustra Fernanda Medina Pantoja<sup>706</sup>, podem ser estabelecidas as obrigações de exibição de documentos, tais como prontuários médicos, relatórios de obras, boletins de medição, atas de reuniões, inclusive com a extensão das consequências estabelecidas pelo sistema do CPC para a recalcitrância na exibição de documentos exigíveis, como a presunção relativa de veracidade e a aplicação de penalidades indutivas.

705 “Entre as hipóteses em que é possível a produção antecipada de provas, está justamente a situação em que ‘a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito’; é o que estabelece o artigo 381, II, CPC/2015. Com isso, torna-se plenamente possível e, em muitos casos, aconselhável que as partes acordem a necessidade de produção de prova antes de dar início à mediação/conciliação ou que, determinem a sua suspensão, após a primeira reunião, para que se faça uso deste instrumento processual. Veja-se que o preenchimento do requisito do inciso II acima transcrito será facilitado (e muito) se já estiver em curso o procedimento de mediação”. LIPIANI, Júlia. SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre mediação e conciliação. IN: ZANETI JR, Hermes. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (coord.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. Coleção grandes temas do novo CPC. v.09, 2ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.153-154.

706 PANTOJA, Fernanda Medina. Convenções pré-processuais para a concepção de procedimentos preliminares extrajudiciais. In: MARCATO, Ana. GALINDO, Beatriz. GÓES, Gisele Fernandes. BRAGA, Paula Sarno. APRIGLIANO, Ricardo. NOLASCO, Rita Dias. *Negócios Processuais*. Coletânea mulheres no processo civil brasileiro, v.1. Salvador: JusPodivm, 2017, p.153-155.

Entende-se, todavia, que a aplicação da presunção de veracidade reclama o *locus* da jurisdição e a deliberação pertinente do juízo natural, ao qual caberia a revisão de eventuais preceitos quanto a sua legalidade e proporcionalidade.

Outrossim, tal como verificado tipicamente no art. 517 do Código de Processo Civil de Portugal<sup>707</sup> mediante acordo entre as partes, a oitiva de testemunhas pode-se dar em ambiente extrajudicial, inclusive no escritório de algum dos seus patronos, mediante formalização em ata firmada pelos presentes.

Essa possibilidade se adequa à dinâmica do Código Brasileiro, visto que, conforme destacado por Müller<sup>708</sup>, este flexibilizou o caráter de preponderância inquisitiva do CPC/73, possibilitando a delimitação consensual das questões de fato (art. 357, § 3º), do qual é consequência a possibilidade de especificação também dos meios de prova, a inquirição de testemunhas de maneira mais próxima ao sistema adversarial, mediante a formulação direta de perguntas (art. 459) e a possibilidade de documentação e aporte aos autos de depoimentos por meio de ata notarial (art. 384).

Registra-se que medida semelhante foi incentivada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no art. 20 do Decreto Judiciário Nº400/2020 - DM, que, no contexto do ápice das medidas de isolamento decorrentes da Pandemia de COVID-19, estabeleceu – inclusive para os processos em curso – a possibilidade de produção de prova oral por meio de convenções processuais, condicionadas, nestas hipóteses, a autorização do juízo.<sup>709</sup>

707 Art.517.º. Inquirição por acordo das partes.

1 - Havendo acordo das partes, a testemunha pode ser inquirida pelos mandatários judiciais no domicílio profissional de um deles, devendo tal inquirição constar de uma ata, datada e assinada pelo depoente e pelos mandatários das partes, da qual conste a relação discriminada dos factos a que a testemunha assistiu ou que verificou pessoalmente e das razões de ciência invocadas, aplicando-se-lhe ainda o disposto nos n.os 1, 2 e 4 do artigo 519.º.

2 - A ata de inquirição de testemunha efetuada ao abrigo do disposto no número anterior pode ser apresentada até ao encerramento da discussão em 1.ª instância.

708 MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.211-227.

709 Art. 20. Nos processos que tratem de direitos disponíveis, qualquer das partes poderá, com a concordância das demais e o deferimento do magistrado, encarregar-se da tomada dos depoimentos das testemunhas ou informantes que arrolar, em gravação de vídeo e áudio, garantida a participação da parte contrária, no dia, local e horário indicados nos autos do processo, devendo a prova colhida em tais condições ser valorada em conjunto com as demais.

§ 1.º A concordância com a tomada de depoimentos e declarações nos moldes previstos no caput pode ser condicionada à escolha de ambiente adequado e seguro, pela parte coletora da prova, para que, querendo, o ato seja presenciado in loco pelos advogados das demais partes ou por prepostos por eles designados.

§ 2.º Durante a coleta da prova somente se admite a realização de perguntas e intervenções pelos advogados das partes.

§ 3.º O registro particular em áudio e vídeo do ato processual realizado nos termos do caput deve ser permitido, desde que o material somente seja utilizado nos autos do processo ao qual se vincula a prova, sob pena de, sendo descumprida essa obrigação, ocorrer a responsabilização civil e criminal por divulgação indevida.

Ademais, os convenientes podem estabelecer o dever recíproco de prestar informações por escrito, bem como a possibilidade de colheita de prova testemunhal por meio de ata notarial (art. 384 do CPC).<sup>710</sup> e a realização de prova pericial, sendo, na hipótese de ajuizamento da ação, coligidos para o processo, com potencial de abreviar sua fase instrutória, na hipótese em que restem esclarecidas a contento as narrativas concernente às hipóteses sustentadas quanto aos fatos relevantes, sendo dispensada a atividade probatória na seara judicial, em conformidade com o art. 464, § 1º, II do CPC.<sup>711</sup>

De outro lado, o confronto entre a garantia da inafastabilidade de lesão ou ameaça de direito e o poder de autorregramento das partes não pode conduzir a soluções apriorísticas quanto à incondicional extinção do processo por carência de ação na hipótese de ajuizamento em desrespeito às convenções, sendo recomendável, tal como indica Giovani Ravagnani<sup>712</sup>, a suspensão do processo até o encerramento da instrução e o sancionamento da parte por litigância de má-fé e ato atentatório à dignidade da jurisdição na hipótese de propositura de demanda em desacordo com o convencionado e sem justo e urgente motivo.

Todavia, ao passo em que a vinculação dos sujeitos processuais à convenção decorre da sua adesão, a produção da prova na seara extrajudicial apresenta desafios quanto a terceiros.

Com efeito, conforme anteriormente examinado<sup>713</sup>, nos moldes da redação do art. 378 do CPC, o dever de colaboração com a descoberta da verdade que é imposto a terceiros se cinge à colaboração para com o Poder Judiciário, e assim também o ocorre com o dever de exibição de coisas e documentos (art. 380), de modo que ressalvada a adesão dos terceiros à convenção, esta não poderia estabelecer um dever de colaboração ou cooperação para os terceiros ou testemunhas, a lhes impor o comparecimento à oitiva, a colaboração com

---

710 Neste sentido: “O Código de Processo Civil de 2015 não apresenta dispositivo permitindo expressamente essa atividade, e também não a veda. As cláusulas gerais de negócio processual e de atipicidade dos meios probatórios legitima e válida convenção para a produção atípica e desjudicializada da prova oral. Aliás, se o próprio NCPD permite à parte produzir prova unilateralmente e apresentar atas notariais que podem, dentre outras coisas, registrar declarações de testemunhas (NCPD, art.384), não faria sentido proibir que ambas as partes façam aquela atividade cooperativamente”. MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.222.

711 PANTOJA, Fernanda Medina. Convenções pré-processuais para a concepção de procedimentos preliminares extrajudiciais. In: MARCATO, Ana. GALINDO, Beatriz. GÓES, Gisele Fernandes. BRAGA, Paula Sarno. APRIGLIANO, Ricardo. NOLASCO, Rita Dias. *Negócios Processuais*. Coletânea mulheres no processo civil brasileiro, v.1. Salvador: JusPodivm, 2017, p.154.

712 RAVAGNANI, Giovani. *Provas negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.151.

713 Vide 2.3.4.6.

inspeção extrajudicial e a prática de atos concernentes à exibição de documentos ou objetos, sobre os quais também recairá reserva de jurisdição.<sup>714</sup>

#### 4.3.2.2. Convenções processuais quanto à antecipação da produção da prova durante o processo

Resultado da conformação do princípio dispositivo, uma vez instaurado o processo, este segue impulso oficial, no qual a fase instrutória é usualmente antecedida por outras, como a tentativa de autocomposição, as postulações e o saneamento e organização do feito, sendo tal flexibilização medida excepcional.

Todavia, revela-se possível na hipótese em que se prospecta receio de perecimento dos meios de prova ou quando estes se revelem suscetíveis de viabilizar a autocomposição, que sua colheita nos autos seja antecipada, ensejo no qual, ante seu caráter incidental, deverá ser observada a disciplina do seu regramento próprio.<sup>715</sup>

Desta forma, em qualquer fase do procedimento, até mesmo antes da audiência de conciliação do art.334 do CPC, não há em linha de princípio óbice ao estabelecimento convencional de antecipação incidental da colheita de específicos meios de prova.

Deve-se atentar para a compatibilização da antecipação dos meios de prova com a vedação a prejuízos à Administração Judiciária e externalidades para terceiros, de modo a ser conferido aos jurisdicionados tratamento igualitário, sendo quanto a tais convenções sobremaneira acentuado o prisma do filtro do regramento de direito público outrora estudado.

Todavia, em sendo observadas tais balizas, é lícita e desejável a antecipação da instrução como forma de aquisição de elementos aptos a proporcionar a solução adjudicada ou autocompositiva do conflito.

---

714 MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.234-236.

715 Enunciado 634 do FPPC: (art. 381) Se, na pendência do processo, ocorrer a hipótese do art. 381, I ou II, poderá ser antecipado o momento procedimental de produção da prova, seguindo-se o regramento próprio do meio de prova requerido e não o procedimento dos arts. 381 a 383.

#### 4.3.2.3. Convenções processuais quanto à alteração da ordem de produção dos meios de prova no processo

O Código de Processo Civil estabelece de maneira apriorística uma ordem na colheita dos meios de prova.

Com efeito, dimana do § 8º do art. 357, que na hipótese de admissão, a prova pericial deve anteceder a prova oral, sendo objeto de calendarização na decisão de saneamento e organização, e do art. 361 que será colhida em audiência, em ordem preferencial que contempla inicialmente a colheita de esclarecimentos pelo perito e assistentes técnicos, seguida pelos depoimentos pessoais de autor e réu e, por fim, pelas testemunhas arroladas por autor e réu, dentro desta ordem.

Entretanto, ao tratar dos poderes-deveres do juiz, o Código de Processo Civil estabelece a possibilidade de alteração na ordem de colheita dos meios de prova como instrumento para adequação da instrução às necessidades do conflito.

Desta forma, tal flexibilização também se situa dentro da esfera de autorregramento das partes, que podem alterar por seu consenso a ordem (e conseqüentemente o momento) da colheita dos meios de prova, buscando em cooperação a otimização do processo.<sup>716</sup>

Assim, seria lícito às partes convencionarem, por exemplo, que em momento antecedente à produção de onerosa prova pericial, seja realizada a colheita de prova testemunhal, destinada ao esclarecimento da dinâmica dos fatos.<sup>717</sup>

#### 4.3.2.4. Convenções processuais sobre a prova pericial

Destinada à verificação de fatos relevantes que reclama especial conhecimento técnico por meio de exame, vistoria ou avaliação, nos moldes da norma legislada a produção da prova pericial é marcada por um extenso escalonamento de fases, que se justifica pelo propósito de que o referido meio seja colhido dentro de critérios técnicos e científicos, com ampla participação dos sujeitos envolvidos, como forma de se conferir justificação racional ao esclarecimento de fatos desconhecidos pelos operadores do direito.<sup>718</sup>

---

716 RAVAGNANI, Giovani. *Provas negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.120.

717 Exemplo trazido quanto ao exercício dos poderes instrutórios do juiz por: CÂMARA, Alexandre. Novo CPC ampliou sobremaneira os poderes do juiz. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-23/alexandre-freitas-camara-cpc-ampliou-poderes-juiz>>. acesso em 20/fev./2022.

718 A respeito, confira-se: VÁZQUEZ, Carmen. *Prova pericial: da prova científica à prova pericial*. trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: JusPodivm, 2021, p.488-495.



Seu rito se inicia com a nomeação do perito, ensejo no qual o magistrado procederá à fixação de prazo para a entrega do laudo (art. 465), passível de prorrogação somente por uma vez, em prazo preestabelecido (metade do assinalado originalmente), mediante motivo justificado (art. 476), sendo sucedido pela apresentação de proposta de honorários, currículo e contatos profissionais pelo perito (art. 465, § 2º) e por ser oportunizado às partes do direito subjetivo de apresentar impugnações, quesitos e indicação de assistentes técnicos (art. 465, § 1º).

Ressalvada a hipótese de gratuidade judiciária, o custeio dos honorários periciais incumbe à parte que houver requerido o meio de prova, procedendo-se ao rateio se por ambas requeridos, cabendo a cada um a despesa inerente ao seu assistente técnico (art. 95).

Durante a realização dos trabalhos periciais, resta assegurado o direito de participação dos litigantes, com a apresentação de quesitos complementares (art. 469), culminando a prova com a elaboração de laudo pericial, que deverá expor o objeto da perícia, a análise técnica ou científica realizada e o método utilizado, sendo facultada a inquirição do perito em audiência.

Nota-se a partir das convenções típicas que concernem ao regramento da prova pericial, a tendência legislativa à sua flexibilização no sistema normativo brasileiro<sup>719</sup>, o que pode ser validamente ampliado pelo poder de autorregramento das partes.

Inicialmente afigura-se a possibilidade de ser estabelecido em sede de convenções processuais a dispensa recíproca das partes quanto à indicação de assistentes técnicos.

As aludidas convenções, indicadas no rol exemplificativo do Enunciado 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPCC<sup>720</sup> se fundam no caráter facultativo da indicação do referido profissional, cuja coobrigação recíproca pode ser estabelecida de

719 Neste sentido: RAVAGNANI, Giovani. *Provas negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.121. BODOART, Bruno. Ensaio sobre a prova pericial no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, vol. 244, p.33-57, jun./2015 e LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Prova pericial no CPCP2015. *Revista de Processo*, vol.267/2017, p.211-223, mai./2017.

720 Enunciado 19 - (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; 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; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal. 15-16-17 (*Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPCC- RIO, no V FPCC-Vitória e no VI FPCC-Curitiba*)

maneira negocial, enquanto pertinente a renúncia a faculdade processual, e já eram mencionadas em seminal trabalho de José Carlos Barbosa Moreira<sup>721</sup> sobre as convenções das partes sobre matéria processual no ano de 1984.

Destarte, sendo validamente pactuadas as convenções nestes termos, é ilidida das partes a faculdade quanto à indicação de assistente técnico no prazo assinalado pelo § 1º do art. 465 do CPC, o que não a subtrai, entretanto, as demais faculdades quanto à prova pericial.

Lado outro, conforme validado pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo em agravo de instrumento relatado pelo Desembargador Substituto Raimundo Siqueira Ribeiro, situa-se dentro do rol de flexibilização atípica a celebração de convenção por meio da qual a parte renunciou à faculdade processual de impugnar o laudo pericial.<sup>722</sup>

Cuida-se de nítida hipótese de convenção processual e não de simples ato de disposição, visto que além da renúncia a uma faculdade processual da parte, enseja efeitos imediatos quanto aos demais sujeitos processuais, que têm o direito (parte adversa) e o dever (juiz) de desconsiderar eventual impugnação.

721 “Um setor da doutrina alemã preocupa-se com a conveniência de evitar que as partes se vejam convencionalmente privadas, por antecipação, de direitos e faculdades que a lei lhes confere, num momento em que ainda não lhes é possível saber de maneira exata a extensão, in concreto, das consequências desfavoráveis do ato - como aconteceria, por exemplo, na renúncia ao direito de recorrer consumada, mediante convenção, antes do pronunciamento judicial. Em casos tais, deveria preservar-se a "liberdade de decisão (Entschlussfreiheit)" da parte, até o instante em que os efeitos da disposição sejam claramente previsíveis. E isso em atenção não apenas ao interesse do próprio litigante, mas ao do Estado, cujo aparelho judicial tem por missão proporcionar tutela justa. Restrições desse tipo não eliminam, como é óbvio, a possibilidade, limitada embora, de convenções processuais fora das hipóteses previstas expressis verbis em lei. Nada impede, v.g., em nossa opinião, que o autor e réu se comprometam validamente a não indicar assistentes técnicos, deixando ao exclusivo encargo do perito a realização da diligência”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *Revista de Processo*, vol. 33/1984, p.182-191, jan./mar./1984.

722 PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO. Impugnação ao laudo pericial. Renúncia da parte recorrente a tal direito, de forma expressa. Preclusão. Decisão atacada mantida. Recurso conhecido e desprovido. 1.nos termos do documento de fls. 176, o qual se refere ao acordo entabulado entre as partes na ação de extinção de condomínio, extrai-se do item 4 do referido pacto, que tanto agravante quanto agravado se comprometeram a permanecerem vinculados ao resultado da perícia, renunciando, naquele ato, às eventuais impugnações ao laudo pericial. 2.por força da renúncia *supra*, a qual foi efetuada em sede de negócio jurídico-processual (acordo), verifica-se que o autor deste instrumento deixou de ser titular do direito de impugnar o ato processual em questão, razão pela qual preclusa sua manifestação, nesse sentido, nos autos de origem. Isso porque a renúncia ao direito de impugnar a perícia constitui fato impeditivo/extintivo de realizar tal ato, em razão da preclusão lógica. 3. No caso, portanto, as partes se vincularam ao resultado da perícia de forma cogente. Assim, não verificando qualquer argumento técnico apto a demonstrar qualquer irregularidade no procedimento pericial, tem-se que as alegações da parte agravante apenas demonstram seu descontentamento com o resultado obtido pelo perito, uma vez que, talvez, seja-lhe desfavorável. Dessa forma, não há nenhum fundamento para declarar nulo o estudo pericial trazido pelo *expert*, motivo pelo qual este último deve, de fato, como foi, ser homologado. 4. Decisão mantida. 5. Recurso conhecido e desprovido. (TJES; AI 0008933-09.2019.8.08.0030; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Subst. Raimundo Siqueira Ribeiro; Julg. 10/03/2020; DJES 17/03/2020)

Deveras, se manifestar sobre o laudo pericial e impugná-lo é legitimamente um ônus processual das partes e tanto pode não ser exercido independente de qualquer manifestação prévia, como renunciado em sede de convenções, o que não afasta o dever-poder do magistrado de avaliar o meio aportado de maneira crítica e fundamentada.

De outro giro, as normas de *soft law* e dos procedimentos instrutórios da arbitragem podem contribuir para o estabelecimento de convenções quanto aos trabalhos periciais, o que pode ocorrer por exemplo com a opção pelo procedimento de *hot tubbing* pericial, em que, no prestígio à oralidade, o perito e os assistentes técnicos são ouvidos simultaneamente, em uma acareação ou duelo, visando a colheita de esclarecimentos e reflexões críticas sobre as opiniões técnicas, com ganho de eficiência processual.<sup>723</sup>

723 “O hot-tubbing não tem sido aplicado em Portugal. A ausência de aplicação deste método deve-se, em nossa opinião, apenas à falta de experiência e não a qualquer impedimento legal. Os árbitros com experiência internacional percebem facilmente que este método tem mais vantagens do que desvantagens e é de fácil aplicação. Como forma de resolver esta situação, os tribunais, de forma inventiva, criaram o hot-tub, que parece ter sido utilizado por primeira vez em 1985, num caso de seguros num tribunal judicial australiano, sendo que posteriormente foi alargado à arbitragem, processos penais e administrativos. No Reino Unido, o Hot-Tubbing foi introduzido legalmente em Abril de 2013 pelo Practice Direction 35 – Experts and Assessors, resultado das reformas de Lord Justice Jackson, influenciado pela prática Australiana. O seu §11 estabelece: “11.1 At any stage in the proceedings the court may direct that some or all of the experts from like disciplines shall give their evidence concurrently. The following procedure shall then apply. 11.2 The court may direct that the parties agree an agenda for the taking of concurrent evidence, based upon the areas of disagreement identified in the experts’ joint statements made pursuant to rule 35.12. 11.3 At the appropriate time the relevant experts will each take the oath or affirm. Unless the court orders otherwise, the experts will then address the items on the agenda in the manner set out in paragraph 11.4. 11.4 In relation to each issue on the agenda, and subject to the judge’s discretion to modify the procedure – (1) the judge may initiate the discussion by asking the experts, in turn, for their views. Once an expert has expressed a view the judge may ask questions about it. At one or more appropriate stages when questioning a particular expert, the judge may invite the other expert to comment or to ask that expert’s own questions of the first expert; (2) after the process set out in (1) has been completed for all the experts, the parties’ representatives may ask questions of them. While such questioning may be designed to test the correctness of an expert’s view, or seek clarification of it, it should not cover ground which has been fully explored already. In general a full cross-examination or re-examination is neither necessary nor appropriate; and (3) after the process set out in (2) has been completed, the judge may summarise the experts’ different positions on the issue and ask them to confirm or correct that summary” [...] No que diz respeito à sua aplicação nos Tribunais Judiciais, a questão torna-se mais sensível, se não houver acordo das partes. Se considerarmos que o método de hot-tubbing pode ser entendido que funciona como uma espécie de acareação ou contradita, dependendo da modalidade, a sua aplicação prender-se-ia somente com as testemunhas, tendo em conta que só está prevista nos artigos 521.º a 524.º do novo Código de Processo Civil. Mas, o facto de não se prever a acareação e a contradita nas regras referentes à prova pericial em nada impede que o Juiz recorra às referidas regras através do dever de gestão das regras, a satisfação do dever de gestão processual destina-se a garantir uma mais eficiente tramitação da causa, a satisfação do fim do processo ou a satisfação do fim do ato processual”. Facilmente podemos por isso ver que o Juiz tem liberdade (ou até um dever vinculado) de utilizar o método de hot-tubbing se ele considerar, como nós consideramos, que este método é a melhor forma de dar eficácia às perícias sem necessidade, por exemplo, de se fazer uma segunda perícia que em regra é apenas uma manobra dilatória como qualquer outra”. JÚDICE, José Miguel. SOUSA, IÑAKI PAIVA. *As regras processuais do hot-tubbing*. Disponível em < [https://www.plmj.com/xms/files/v1\\_antigos\\_anteriores/abr2019/Artigos\\_Opiniao/2015/As\\_regras\\_processuais\\_do\\_Hot\\_Tubbing\\_parte\\_2.pdf](https://www.plmj.com/xms/files/v1_antigos_anteriores/abr2019/Artigos_Opiniao/2015/As_regras_processuais_do_Hot_Tubbing_parte_2.pdf). > acesso 14/mar/2022. Neste sentido: RAVAGNANI, Giovanni. *Provas negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.122-123.

A flexibilização consensual da prova pericial pode se dar ademais pela utilização da *consulenza tecnica*, prevista no sistema normativo italiano, com a indicação consensual de perito para atuação em atos processuais específicos<sup>724</sup>, do protocolo *sachs*, que estabelece que a prova técnica será realizada por dois peritos, indicados pelas partes em listas apartadas; e pelo *Daubert Criteria*, pelo qual são estabelecidos parâmetros quanto à metodologia da perícia, que deve assim contemplar testes empírico, ter sido objeto de publicação científica, ser conhecida sua margem de erro, eleger tecnologia padronizada e controlável e encontrar aceitação na comunidade acadêmica.<sup>725</sup>

Por fim, vislumbra-se a possibilidade de acordo quanto à utilização de prova estatística na perícia.

Entrementes, conforme assevera Sérgio Cruz Arenhart<sup>726</sup>, reputada em sua admissibilidade potencial sob o prisma da atipicidade, a deliberação quanto à prova estatística reclama de ordinário que o magistrado pondere quanto a eventuais deficiências na metodologia aplicada, universo de recorte, dados obtidos e margem de erro, mesmo sem se descurar, conforme rememora Edilson Vitorelli<sup>727</sup>, das probabilidades ocultas em todos os

724 “Na Itália, o juiz pode requerer o auxílio de um ou mais consultores técnicos que detenham competência técnica para atos isolados ou para todo o processo. Admite-se também que as partes requeiram a atuação de um consultor. Trata-se da figura da *consulenza tecnica*, por meio da qual um profissional (consulente) auxiliará o juízo fornecendo conhecimentos técnicos ou científicos particulares que frequentemente o juiz não possui. A figura do consultor técnico está prevista no CPC italiano (art.61-64). Contudo, como sua disciplina está localizada em parte anterior à reservada aos meios de prova, a doutrina italiana não considera a *consulenza tecnica* um verdadeiro meio de prova típico, mas apenas um meio de instrução probatória em sentido amplo”. AMARAL, Paulo Osterneck. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.129-130.

725 RAVAGNANI, Giovani. *Provas negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.126-127.

726 ARENHART, Sérgio Cruz. A prova estatística e sua utilidade em litígios complexos. *Revista de Processo*, vol.1.000/2019, p.451-464, fev./2019.

727 “Em resumo, todo raciocínio probatório inclui análises probabilísticas implícitas de credibilidade que, se fossem explicitadas, teriam potencial para reduzir a credibilidade das provas aquém dos índices que se obtém em algumas situações em que análises estatísticas puras estão em jogo. Além disso, muitas vezes o raciocínio probatório inclui generalizações implícitas quanto a um conjunto de situações que envolvem aquela prova, não relacionados ao caso em exame. Da mesma forma que estatísticas dependem da população analisada, não do caso singular, a credibilidade das provas e, com isso, a decisão, também depende de generalizações a respeito da população de circunstâncias que cercam aquele caso, ou aquele tipo de caso, não apenas do caso em si e das provas que dizem respeito diretamente a ele. Logo, excluir a possibilidade de que alguém seja condenado apenas com base em estatísticas significa, primeiramente, tariffar negativamente a prova estatística, eis que se aceita, sem maiores dificuldades, que alguém seja condenado apenas com base em um documento (independentemente da possibilidade de ele ser falso, ainda que pareça verdadeiro), ou apenas em uma testemunha (independentemente da possibilidade de que ela possa estar mentindo, ainda que pareça dizer a verdade) ou com base em uma análise pericial (independentemente da possibilidade de falha do método científico). A única diferença é que a estatística traz em si, explicitamente, o seu grau de confiabilidade enquanto, nos demais tipos de prova, essa possibilidade de erro permanece implícita, oculta, ao aguardo de que surjam outras evidências que a revelem”. VITORELLI, Edilson. Raciocínios probabilísticos implícitos e o papel das estatísticas na análise probatória. *Revista de Processo*, vol. 297/2019, p.369-396, nov.2019.

meios de prova, que pode conduzir ao indeferimento do meio nos moldes do art. 370 do CPC a partir do entendimento de que este se revela inidôneo.

Todavia, situa-se dentro do poder de autorregramento das partes a opção convencional por sua realização, dada a utilidade prospectada pelas partes ou o intuito de proteção de totalidade de dados sensíveis, necessidade não raro identificada em conflitos envolvendo empresas tecnológicas. Como ilustra Giovanni Ravagnani:<sup>728</sup>

Referida prova pode ser escolhida em detrimento da disputa material do caso. Imagine-se um conflito societário no contexto de um shopping center, ocorrido entre o sócio controlador e o sócio minoritário, em que o minoritário alega má administração por parte da empresa que faz a gestão do shopping, pertencente ao grupo econômico controlador. Para sustentar a sua tese, o minoritário alega que os usuários do shopping teriam uma percepção de serviço ruim, que teria sido causada pelas atitudes recém-impressas pela administradora. Nesse contexto, as partes podem encomendar um levantamento estatístico – qualitativo e quantitativo – para apurar qual é a percepção e qual é o posicionamento de mercado do shopping, especialmente no que tange aos atos que demonstrariam a má administração. No exemplo mencionado anteriormente, em que Uber e 99 litigam sobre a possibilidade de realização de uma campanha publicitária comparativa de preços no mercado de transportes por aplicativos, os atores parciais desse processo poderiam ter acordado a realização de levantamento estatístico para apurar se as informações constantes das peças publicitárias da 99 seriam verdadeiras – ou seja, para apurar se, de fato, a 99 teria exercido o menor preço tarifário aos usuários durante o período compreendido pela campanha de publicidade.

Tem-se, desta forma, diversas possibilidades de flexibilização convencional da prova pericial.

4.3.2.5. Convenções processuais sobre a substituição da prova pericial por pareceres ou documentos elucidativos (art. 510 c/c art. 472 do CPC)

Ao disciplinar o procedimento de liquidação de sentença por arbitramento, que funciona como módulo de cognição plena no intervalo entre a fase de conhecimento que ensejou o título executivo e a fase destinada a seu cumprimento<sup>729</sup>, o art. 510 do CPC

---

728 RAVAGNANI, Giovanni. *Provas negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.126.

729 “Existe a ação de liquidação justamente porque também existe, no sistema, a possibilidade, ainda que em caráter excepcional, de que ao sentenciar o juiz o faça por meio de sentença ilíquida, ou genérica. Esta modalidade de sentença é aquela decorrente da situação, excepcional, repita-se, consistente no fato de a instrução probatória, ainda que exaustiva, não ter conseguido apurar o valor ou a extensão da condenação. [...] A liquidação objetiva, portanto, fazer com que a condenação, até então ilíquida, tenha valor

estabelece como providência antecedente à nomeação de perito, que sejam intimadas as partes, às quais é franqueada a apresentação de pareceres ou documentos elucidativos aptos a formar a cognição quanto ao valor determinado do preceito fixado na sentença quanto ao seu valor ou extensão.

Na realidade, havendo elementos probatórios aptos, a hipótese é de julgamento antecipado do procedimento, visto que a prova pericial seria desnecessária, socorrendo a tal propósito não somente o dispositivo em epígrafe, mas, igualmente o art. 472 do CPC que enuncia o dever-poder do juiz de dispensar a prova pericial quando as partes em suas postulações apresentarem sobre as questões de fatos pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considere suficientes.

Dentro deste espaço, parece ser indubitoso que as partes poderiam firmar convenções probatórias atípicas mistas por meio das quais apresentariam, conjunta ou separadamente, documentos elucidativos que entendem serem aptos à demonstração dos fatos, renunciando explicitamente ao direito à produção de prova pericial.

Sobre a vinculatividade das referidas convenções ao juízo, tem-se que dentro da regra que exige a demonstração de prejuízo, tal como nas demais convenções em epígrafe, caberia ao magistrado o ônus argumentativo de demonstrar a inidoneidade dos documentos e o prejuízo, exercitando seus poderes instrutórios com a determinação da produção do meio de prova.

#### 4.3.2.6. Convenções processuais sobre a prova oral e da audiência de instrução e julgamento

A prova oral concerne à oitiva de perito e assistentes técnicos quanto a quesitos formulados pelas partes, colheita dos depoimentos pessoais destas e na inquirição de testemunhas, seguido eventualmente pela oitiva de testemunhas referidas e acareações e tem sua produção concentrada no ato solene da audiência de instrução e julgamento, objeto de específico regramento no Código de Processo Civil.

Estabelece o diploma uma ordem preferencial de colheita da prova (art. 361, *caput*), hipóteses de adiamento, dentre as quais, por convenção das partes (art. 362), a disciplina

---

determinado, de modo a que se possa executá-la (mediante o mecanismo do cumprimento de sentença). Sua natureza é de ação de conhecimento, que independe tanto da ação que originou a sentença de mérito ilícida quanto da ação de execução, que será processada pela forma de cumprimento de sentença, objetivando a obtenção do pagamento, ainda que pela via da constrição de bens do devedor". WAMBIER, Luiz Rodrigues. Comentários ao art.509. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.786.

quanto à apresentação oral ou escrita de razões finais (art. 364) e aspectos quanto à unidade e continuidade do ato (art. 365), seu registro formal (art. 367) e publicidade (art. 368).

Por meio dos depoimentos pessoais os litigantes podem requerer a oitiva dos adversários em audiência, com o intuito de inquiri-los em busca de confissão judicial<sup>730</sup>, ensejo no qual deverão ser intimados pessoalmente, com a advertência quanto à pena de confesso (art. 385, § 1º), devendo responder sem evasivas sobre o que lhes for indagado, salvo nas hipóteses legais (art. 388), sob pena de presunção relativa de veracidade a ser valorada na sentença (art. 387).

Quanto à prova testemunhal, o Código estabelece hipóteses de incapacidade, impedimento e suspeição (art. 447), de escusa quanto ao depoimento sob compromisso (art. 448), quanto ao prazo de depósito do rol e possibilidade de substituição das testemunhas arroladas (art. 450 e 451), casos especiais quanto à oitiva em domicílio (art. 454), ao dever de intimação das testemunhas pelo advogado (art. 455), à ordem de inquirição, com antecedência das arroladas pela parte autora (art. 456) e ao procedimento de inquirição, iniciado com a qualificação do depoente, ensejo no qual será facultada a apresentação de contradita; tomada de compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado; formulação de perguntas pelas partes e pelo juízo (art. 456-460), bem como a possibilidade de provas complementares, concernentes à oitiva de testemunhas referidas ou acareações entre testemunhas e partes (art. 461).

Cumpra-se em quais aspectos pode ser flexibilizada sem eiva ao estatuto de garantias processuais.

Identifica-se diversos espaços em que as partes se encontram investidas do poder de dispor quanto ao regramento da audiência de instrução e julgamento e quanto aos meios de prova oral.

Inicialmente pode-se pensar em convenções mais extremas que impliquem na desjudicialização da prova oral, por meio da colheita dos depoimentos pessoais ou inquirição de testemunhas pelos patronos das partes, com registro em ata notarial (art. 384 do CPC) ou por meios audiovisuais, conforme já examinado.<sup>731</sup>

Nesta toada, a ideia de possibilitar tal âmbito de atuação às partes certamente se justifica no plano da análise econômica do direito, uma vez que, conforme pondera Eduardo

---

730 CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014, p.380.

731 Confira-se 4.3.2.1.

Chemale Selistre Peña<sup>732</sup> o tempo consumido pelo magistrado com as atividades instrutórias certamente poderia ter utilização mais racional em outras atividades como na prolação de decisões e não encontra vedação apriorística no sistema normativo.

Com efeito, quanto aos depoimentos pessoais, considerando-se que sua finalidade intrínseca reside na colheita da confissão, que também pode ter caráter extrajudicial (art. 389 do CPC), sendo até mesmo espontânea, não se vislumbra em princípio óbice a ajuste firmado entre as partes quanto a tomada dos depoimentos pessoais em ambiente extrajudicial, com os registros pertinentes, cabendo ao magistrado a valoração de eventual admissão de fato contrário ao interesse dos litigantes, notadamente quanto à disposição dos direitos pelo titular e a indivisibilidade do ato sob a égide do contraditório, sem prejuízo da busca pela parte prejudicada da sua anulação nas hipóteses do art. 214 do Código Civil.<sup>733</sup>

Quanto à oitiva de testemunhas, tampouco se identifica óbice, podendo ser objeto de convenções das partes que, conforme recomenda Júlio Guilherme Müller<sup>734</sup>, desejavelmente contemplarão o método de produção da prova, que poderá ser realizada, por exemplo, mediante depoimentos escritos face a questionário prévio apresentado pelas partes ou em sessão ou reunião extrajudicial, abarcarão a forma de registro dos atos, aí inclusas a qualificação dos depoentes, a forma de inquirição, a extensão dos fatos objeto da prova com a fixação de limites objetivos, e até medidas de desestímulo para comportamentos inadequados, podendo, ademais, convencionar pela eleição de mediador ou árbitro para o auxílio no procedimento.

---

732 “Pretende-se, sim, demonstrar que a condução do processo não necessita ficar integralmente condicionada a atos do juiz e que ele não precisa ter amplos poderes instrutórios para que profira uma decisão justa em um prazo razoável. Ao revés, mais fácil lograr-se isso reduzindo as atribuições do juiz no curso do processo e permitindo que concentre seu tempo e energia especialmente na sentença. [...] Fato é que “precisamos ter cuidado com a premissa da incapacidade popular”, com a ideia de que as pessoas não têm competência para tomar decisões por si mesmas e que precisam que as “autoridades”, “mais bem preparadas”, “mais inteligentes”, decidam por elas. Depois, conquanto não se negue que ainda há – e sempre haverá – pessoas mais frágeis, seja em razão de fatores socioeconômicos, seja em razão de aspectos da personalidade, certo é que não cabe ao juiz providenciar o equilíbrio entre elas no processo, pois a ele compete julgar, e quem julga não deve se posicionar ao lado de qualquer das partes. [...] Recomenda-se, sim, retirar do juiz atividades que não necessariamente precisem ser cumpridas pessoalmente por ele, mas que possam ficar a cargo de seus assistentes ou mesmo das próprias partes e de seus advogados. E, malgrado, não se sustente, como já afirmado a “privatização” do processo, nada impede que do ambiente privado busquem-se exemplos. Decerto, nas grandes empresas, tão bem-sucedidas, não se espera que o presidente ou mesmo os diretores se envolvam em todas as questões, pois é inviável. Confia-se a eles a fixação de diretrizes e as decisões importantes. Por exemplo, nos dias atuais, nada mais justifica, verdadeiramente, que a audiência para a oitiva de depoimentos pessoais e coleta da prova testemunhal obrigatoriamente tenham que ser presididas pelo juiz, conforme determina o art.446 do CPC”. PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Poderes e atribuições do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.114-123.

733 Art. 214. A confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação.

734 MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: uma análise jurídica e econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.262-267.



Destaca-se, de outro giro, que a prova em testilha não ilide em princípio o dever do magistrado de determinar, na hipótese de reputar necessário, que seja a parte ou testemunha reinquirida em juízo nos moldes do art. 370 do CPC ou inquiri-la livremente (art. 139, VIII do CPC).

Em outra linha, mesmo na manutenção da colheita de prova oral em audiência, identifica-se possibilidades quanto a negociação das partes no que se refere a tal ato e à prova oral.

Inicialmente, em tempos de pandemia e com a possibilidade de realização de atos por videoconferência, situa-se em princípio dentro do espaço de autorregramento a disposição convencional sobre a opção pelo sobrestamento da fase instrutória e realização presencial, conforme entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.<sup>735</sup>

De outro lado, verifica-se a possibilidade de dispensa mediante ajuste da intimação das partes, bem como quanto à dispensa da sua presença no ato, conforme entendimento da jurisprudência trabalhista<sup>736</sup> e aplicável às demais searas da Justiça Civil.

Já quanto à inquirição do perito e assistentes técnicos, percebe-se que enquanto desdobramento da prova pericial e fundada em indagações específicas a quesitos indicados no prazo do art. 477 do CPC, situa-se dentro do espaço de autorregramento a disciplina quanto à oitiva, que pode culminar desde a dispensa, com renúncia assim à faculdade estabelecida pelo §3º do art. 477 do CPC à dinâmica da inquirição, que poderia inclusive contemplar a adoção do *hot tubbing*, com inquirição concomitante de outros profissionais, desde que não impliquem em prejuízo à ordem dos trabalhos e ao funcionamento do Poder Judiciário.

No que concerne ao depoimento pessoal, destaca Giovanni Ravagnani<sup>737</sup> a possibilidade de ser ajustada a vedação conjunta de requerimento do meio de prova, bem como a dispensa da imposição de que a parte que ainda não depôs assista o interrogatório da adversa (§ 2º do art. 385 do CPC).

---

735 TJMG; AI 0661641-68.2021.8.13.0000; Décima Sexta Câmara Cível; Rel. Des. José Marcos Vieira; Julg. 20/10/2021; DJEMG 21/10/2021)

736 TRT 23ª R.; ROT 0000152-94.2019.5.23.0041; Rel. Des. Nicanor Fávero; DEJTMT 06/02/2020; Pág. 985.

737 “Imagine-se uma briga para a definição da guarda de uma criança. Seus progenitores podem, consensualmente, optar por dispensar – e até vedar que a oitiva venha a ser decretada de ofício – a oitiva do menor objeto da disputa para evitar desgastes emocionais ao jovem. Outra situação semelhante é aquela em que há um conflito societário em uma sociedade familiar e as partes, considerando que a disputa afeta a saúde mental, física e até emocional da mãe, decidem por vedar sua participação no processo. Trata-se de uma convenção processual humanizada que também cumpre com os escopos sociais do processo. Daí sua validade”. RAVAGNANI, Giovanni. *Provas negociadas*: convenções processuais probatórias no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.130-131

Entende-se que tal dispensa se situa dentro do âmbito de autorregramento, quando o meio de prova não foi determinado pelo magistrado, mas requerido pelas partes, visto que a rigor a referida imposição concerne a interesse prioritário da parte, fundado na obtenção da confissão, sendo desmensurada a intervenção judicial, salvo quando demonstrado evidente prejuízo.

Lado outro, enquanto o depoimento pessoal das pessoas jurídicas é prestado por preposto com designação regular, cuja escolha, em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, pertence à parte, independente de ostentar a qualidade de seu dirigente<sup>738</sup>, situa-se dentro do poder de disposição das partes indicar preposto específico para prestar depoimento na audiência.

Quanto à prova testemunhal, prospecta-se a possibilidade de convenções processuais sobre a acareação de testemunhas, modificação do limite legal de testemunhas, oitiva de testemunhas anônimas, e, com empréstimo da diretriz do processo arbitral, o estabelecimento de regras para a interação prévia com os advogados (preparação ou pré-inquirição).<sup>739</sup>

---

738 PROCESSO CIVIL. DEPOIMENTO PESSOAL. PESSOA JURÍDICA. PREPOSTO. A pessoa jurídica pode ser representada em Juízo por preposto, ainda que este não seja seu diretor; basta a designação regular. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 191.078/MA, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2000, DJ 09/10/2000, p. 142). Neste sentido: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM. COBRANÇA. COMPRA E VENDA. DEPOIMENTO PESSOAL. PENA. CONFISSÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. ENTREGA DOS PRODUTOS. NÃO PAGAMENTO. A pessoa jurídica pode ser representada em Juízo por preposto, ainda que este não seja seu diretor, basta a designação regular. A apelação conterà a exposição do fato e do direito com motivação suficiente para contrariar os fundamentos da sentença. Tendo sido comprovada a compra e venda de produtos, e a entrega dos mesmos ao comprador, e não havendo pagamento dentro do prazo estipulado, o devedor deve ser condenado ao pagamento do montante devido, acrescido de juros e correção monetária até a data do efetivo pagamento. A alegação do devedor/comprador de que desconhece a pessoa que recebeu o produto não deve prosperar quando a prova dos autos revela que a mercadoria foi efetivamente entregue, sobretudo pela tentativa de negociação da dívida por sócio da empresa. (TJMG; APCV 0019654-50.2017.8.13.0515; Piumhi; Décima Segunda Câmara Cível; Rel. Des. José Flávio de Almeida; Julg. 22/04/2020; DJEMG 06/05/2020)

739 “Do mesmo jeito que as partes podem regular a sua recíproca interação e a relação para com o magistrado, as partes podem desenhar – por meio de um negócio probatório – de qual maneira pretendem interagir com as testemunhas. É importante que as regras que regulam a fase probatória sejam previamente decididas de comum acordo entre as partes, antes do início da fase instrutória. Conhecendo previamente as partes do jogo, as partes diminuem os conflitos, dúvidas e rugas durante o processo. Pois bem. No processo civil convencional não é muito comum que as partes possam, abertamente, interagir com as testemunhas, sob pena de ofender sua imparcialidade. Na arbitragem, por conta da complexidade da disputa, é comum que os advogados das partes conversem, interroguem, entrevistem, à exaustão, as pessoas que valoração no processo como declarante. Muito pelo contrário, espera-se justamente isso de um bom advogado, e não o treinamento da testemunha para a mentira, circunstância que se configura um crime. Ao convencionar sobre as regras e limites nas conversas com as testemunhas as partes privilegiam a boa-fé processual e o atingimento dos escopos da jurisdição. Com as cartas na mesa, nenhuma das partes desconfiará da lisura da testemunha alheia e do grau da possível influência nefasta dos advogados da parte adversa”. RAVAGNANI, Giovani. *Provas negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.134-138.

Contudo, existem aspectos referentes ao âmago da formalidade do ato e que, conquanto objeto de reserva legal e tangentes à ordem pública e ao regular funcionamento do Poder Judiciário, não se encontram dentro do âmbito de autorregramento válido.

Primordialmente, entende-se que o formalismo quanto à qualificação da testemunha, mormente de forma a possibilitar o controle judicial de sua aptidão para depor (art. 457), bem como da imposição de compromisso (art. 458) transcendem o aspecto moral, visto que integram o formalismo do ato de inquirição em consonância com dever legal imposto a todos (CPC, art. 378)<sup>740</sup>, situando-se fora do âmbito de disposição das partes.

Ademais, convenções que disciplinem a documentação dos depoimentos (art. 460) de forma distinta da adotada no juízo (por exemplo, estabelecendo a utilização de meio de gravação inexistente na unidade, ou que ampliem de maneira excessiva o tempo de uso da palavra para as manifestações orais das partes (art. 364 do CPC), ensejariam prejuízo ao funcionamento do Poder Judiciário e danos a terceiros.

#### 4.3.2.7. Convenções processuais sobre a prova documental

O estudo da prova documental engloba nuances que concernem ao valor probante dos documentos e ao seu aporte ao processo, sendo ambos disciplinados em pormenores pelo CPC.

Com efeito, o diploma processual trata de diversos aspectos, como o valor probante dos documentos públicos quanto à sua formação e fatos ocorridos na presença do agente (art. 405); presunção de veracidade das declarações contidas em documento particular por seu subscritor (art. 408), *standards* para a fixação de data (art. 409), autoria (art. 410) e autenticidade (art. 411), atribuição de valor específico para cartas e registros domésticos (art. 415) e escritos firmados pelo credor em documento representativo da obrigação (art. 416) e disciplina quanto aos livros empresariais (art. 416), incluindo sua exibição total (art. 420) e parcial (art. 421), bem como da escrituração contábil (art. 419).

---

<sup>740</sup> Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade. Com críticas interessantes que pontuam que tais aspectos não garantem a verdade, mas somente a sinceridade da testemunha, confira-se: RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.126-129.

No que tange aos documentos eletrônicos o Código estabelece a necessidade de conversão à forma escrita e de verificação de autenticidade na forma da lei (art. 439), sem embargo de sua livre valoração quando não convertido (art. 440).

Já em relação ao procedimento para sua produção, enuncia o CPC que os documentos aptos a comprovar as alegações nestas contidas deverão instruir a petição inicial e a contestação (art. 434), sendo oportunizado à parte contrária a manifestação quanto a estes em sede de contestação ou réplica (art. 437 e possível, ademais, a juntada ulterior de documentos supervenientes e de documentos novos, quando comprovado obstáculo para sua apresentação oportuna, adotando-se sempre como norte a boa-fé processual<sup>741</sup> (art. 435), sendo sempre assegurado o contraditório quanto à admissibilidade, autenticidade e conteúdo do documento (art. 436).

Enquanto é perceptível a necessidade de aprimoramento do sistema, mormente de forma a se possibilitar com maior extensão aos sujeitos processuais a informação sobre o contexto da produção dos documentos e elementos subjacentes que podem influir em seu valor e devem ser objeto de contraditório e de valoração pelo juízo<sup>742</sup>, a adequada

---

741 A respeito distingue José Rogério Cruz e Tucci: “Não há que se confundir documento novo – que é aquele preexistente, mas que não foi ou não pode ser exibido nos autos no momento da fase postulatória – com documento superveniente – aquele que se formou posteriormente. [...] Como a produção da prova documental se faz possível durante todo o procedimento, em princípio, até o encerramento da fase instrutória, é admitida a juntada de “documento novo”, ou seja, daquele cuja exibição se torna necessária para comprovar fatos ocorridos em momento posterior à fase postulatória (*rectius*: documento superveniente), ou ainda para fazer prova contrária aos documentos apresentados pelo outro litigante (documento novo propriamente dito). Não se verifica, pois, preclusão quanto à apresentação posterior de documentos supervenientes (“formados após a petição inicial ou a contestação”) ou de documentos novos (“que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos”). No tocante a estes – documentos novos – impõe-se à parte que os produziu o ônus de não apenas justificar como também comprovar o obstáculo que a impediu de exibi-los no momento processual oportuno, sob pena de desentranhamento. É claro que o juiz, como sucede em outras circunstâncias processuais, examinará a justificativa apresentada à luz da regra do art.5º, ou seja, se a parte agiu sem malícia ou chicana; imbuída, portanto, de boa-fé”. TUCCI, José Rogério Cruz e. Comentários ao art.435. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR., Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.1.242.

742 “Assim, sem que a parte que oferece o documento demonstre ou disponibilize a forma de criação e manutenção do documento em questão, franqueando, também, acesso aos dados e informações subjacentes (como os exames, no caso de prontuários médicos, o algoritmo, no caso de softwares etc), aos locais, máquinas e instrumentos etc para a parte contrária e para o juízo, não haverá como exercer plenamente críticas ao conteúdo gerado, violando-se a necessidade de contraditório verdadeiro. Em outras palavras, certamente é necessário perquirir sobre a existência ou não de fatos que diminuam o valor probatório do documento (como ele não ter sido, de fato, criado por quem assina, ou que não reflita, de fato, o que ocorreu), mas essa é somente uma parte (e uma pequena parte) do problema. É necessário entender o contexto de produção do documento, a sua forma de criação, a sua relação casual com o mundo, o contexto em que foi produzido, etc., a fim de que esse possa ser realmente objeto de contraditório e de futura valoração”. RAMOS, Vitor de Paula. *Prova documental: do documento aos documentos*. Do suporte à informação. Salvador: JusPodivm, 2021, p.269-270.

flexibilização convencional tem o potencial de ajustar deficiências e adequar o meio de prova à realidade contemporânea.

Identifica-se, conforme Fredie Didier Jr., Júlia Lipiani e Leandro Santos Aragão<sup>743</sup>, a possibilidade das partes convencionarem quanto à prova documental, a responsabilidade pela guarda e apresentação de documentos, inclusive com o sancionamento de presunção de veracidade na hipótese de omissão de sua exibição nos autos na hipótese de judicialização, nos termos do art. 400 do CPC<sup>744</sup>, que passa a regular a conduta das partes fora do processo como decorrência das convenções.

De tal preceito, identificam-se duas possibilidades para a recusa indevida de exibição do documento, com problematizações distintas: a aplicação de presunção legal de que o fato alegado em suporte à pretensão da parte adversa e pretensamente corroborado pelo documento é verdadeiro e a adoção de medidas de indução, coerção ou sub-rogação para que o documento seja exibido, sendo que ambas pressupõem a judicialização da controvérsia.

Quanto à presunção de veracidade, a teor do inciso I do art. 400, que exige a ausência de qualquer declaração no prazo assinalado pelo art. 398, e atento ao seu caráter relativo<sup>745</sup>, que qualquer pronúncia de validade, ainda que em sede de tutela sumária, reclama a prévia instauração de contraditório, sendo *prima facie* hipótese de aplicação do inciso IV do art. 311 do CPC, quando exista prova documental suficiente dos fatos e não tenha a parte adversa oposto prova capaz de gerar dúvida razoável.

---

743 “Fixado a quem incumbe o dever de guardar certos documentos, a questão se resolve da seguinte forma: se a parte pretender provar os fatos que alegar, de acordo com as regras de distribuição legal do ônus da prova, com tais documentos, ela terá de apresentá-los e não poderá pedir a sua exibição à outra parte, que não se responsabilizou pela sua guarda; se a parte que não se responsabilizou pela guarda pretender provar os fatos que alegar, de acordo com as regras de distribuição legal do ônus da prova, com tais documentos, ela poderá requerer a sua exibição pela outra contratante, nos termos do art.396, CPC, sob pena de serem admitidos como ocorridos os fatos afirmados, nos termos do art.400, I, CPC. As partes, assim, convencionam a aplicação do efeito do art.400 do CPC: ou seja, convencionam a aplicação de um efeito jurídico previsto em lei, em negócio claramente lícito”. DIDIER JR., Fredie. LIPIANI, Júlia. ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p.185.

744 Art.400. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar ser:  
I – o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do art.398  
II – a recusa for havida por ilegítima  
Parágrafo único. Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido.

745 “Essa presunção legal, contudo, é relativa, a qual pode ser objeto de prova em contrário. No sistema processual brasileiro, não vigora o sistema da prova tarifada, mas sim o sistema da persuasão racional do juiz, de modo que não existe prova absoluta, devendo o conjunto probatório ser examinado como um todo”. MONTORO, Marcos André Franco. Comentários ao art.400. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho DOTTI, Rogéria Fagundes. MARTINS, Sandro Gilbert. (coord.). *Código de processo civil anotado*. 3ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p.592.

Já a adoção de medidas tendentes a proporcionar a tutela específica da obrigação convencional de exibição ou o resultado prático equivalente pode ser objeto de intervenção judicial em sede de medidas antecedentes à propositura do processo, em sede de demanda principal ou autônoma para a produção do meio de prova (art. 381 do CPC).

Dentro de tais aspectos as partes podem, em outra face da moeda, dispor quanto à retirada de documentos impugnados durante o trâmite do processo, firmar de maneira convencional declaração quanto a sua autenticidade, que conduz a sua admissão, ressalvadas as hipóteses legais em que é exigida formalidade específica.<sup>746</sup>

Ademais, em medida salutar, as partes podem ir além e estabelecer o dever de revelação de documentos (*disclosure*), de modo a propiciar uma fase de preparação antecedente à propositura da ação (*discovery*), possibilitando, assim como na antecipação de prova colhida na esfera judicial (art. 382 do CPC), a composição adequada do litígio ou o aprimoramento de sua qualidade, por meio da manifestação prévia das partes e da exibição de documentos.<sup>747</sup>

De acordo com Fernanda Medina Pantoja:<sup>748</sup>

Em sua forma mais básica, as partes podem inserir em um contrato uma cláusula dispondo que, em caso de eventual divergência, um litigante deverá notificar o outro acerca de sua pretensão, devendo este responder-lhe dentro

---

746 RAVAGNANI, Giovani. *Provas negociadas*: convenções processuais probatórias no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.141-142.

747 A propósito dos benefícios de aplicação do Discovery ao sistema pátrio: “Devido ao número excessivo e crescente de processos que chegam ao Poder Judiciário brasileiro, é necessário pensar em formas mais efetivas de aperfeiçoar a prestação jurisdicional. Nesse contexto, a Discovery deve ser concebida como técnica processual de solução de conflitos capaz de resolver litígios sem onerar demasiadamente o Poder Judiciário. A compreensão de que todas as causas devem ser resolvidas pelo Poder Judiciário (exegese do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal) é responsável pelo abarrotamento de processos e pela ineficácia da prestação jurisdicional no Brasil. A mudança dessa cultura do litígio depende, pois, do aperfeiçoamento das técnicas processuais. A adoção da fase da Discovery tem a vantagem de permitir às partes e aos advogados a avaliação dos pontos fracos e fortes do seu caso, melhor conhecer os riscos de levá-lo a julgamento e aumentar as chances de proposição de acordos para diminuir tais riscos, que são fatores que contribuem para a efetividade da justiça. Por se realizar sem a presença do juiz em todos os procedimentos, a Discovery transfere o ônus financeiro para as partes, e, assim, desonera o sistema judiciário. A causa é julgada quando está amadurecida e com cálculo de riscos devidamente equilibrados pelas partes na fase da Discovery. [...] A eficiência da fase Discovery consiste no fato de, caso o litigante não demonstre nessa oportunidade que possui uma causa que mereça atenção do juiz, ele perde o direito de levá-lo a julgamento. Com efeito, a Discovery é uma forma de libertação da rigidez dos procedimentos judiciais e uma oportunidade para que o advogado construa uma tese consistente para levar ao Poder Judiciário”. CAMBI, Eduardo. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. *Revista de Processo*, vol.245/2015, p.425-444, jul.2015.

748 PANTOJA, Fernanda Medina. Convenções pré-processuais para a concepção de procedimentos preliminares extrajudiciais. In: MARCATO, Ana. GALINDO, Beatriz. GÓES, Gisele Fernandes. BRAGA, Paula Sarno. APRIGLIANO, Ricardo. NOLASCO, Rita Dias. (coord.). *Negócios processuais*. Coleção mulheres no processo civil brasileiro, v.1., Salvador: JusPodivm, 2017, p.153.

de um determinado prazo. A essa obrigação fundamental podem ser acrescidas outras, como a de exibição de documentos, variando conforme o tipo de litígio – como a demonstração dos prontuários médicos em conflitos de saúde, relatórios de obras e boletins de medição em litígios de construção, livros e atas de reuniões em conflitos societários etc. Os limites para a requisição de documentos e as consequências na hipótese de recusa ilegítima à exibição (como presunção relativa de veracidade), dispostos na lei processual, são perfeitamente extensíveis à seara extrajudicial. Não se deve, porém, perder de vista as lições das experiências inglesa e norte-americana, que ao longo do tempo limitaram a amplitude do dever de disponibilização de documentos (disclosure) diante de seus custos e do pernicioso risco da “pesca” de informações (fishing expedition).

Portanto, situa-se dentro do espaço de convencionalidade das partes o estabelecimento dos deveres concernentes à prova documental, sendo examinada a validade das convenções com especial relevo sob o prisma da cooperação e boa-fé, visando a coibir condutas abusivas e desleais.

#### 4.3.2.8. Convenções processuais sobre a inspeção judicial

A inspeção judicial é um meio de prova intrinsecamente vinculado aos poderes instrutórios do magistrado, uma vez que se refere à sua valoração pessoal e imediata de coisas, pessoas ou locais, que propicia a apreensão direta de fatos relevantes para a decisão de mérito por meio de seus sentidos.<sup>749</sup>

Questiona-se se seria possível às partes convencionarem sobre meio de prova tão intrinsecamente ligado a atuação direta e percepção sensorial do magistrado.

Embora, em linha de princípio, não se revele possível de disposição nos estritos moldes do ato, ainda se identifica espaço de liberdade das partes quanto à renúncia ao direito a não ser submetido a inspeção pessoal.

Com efeito, sem embargo do dever da parte de colaboração com o juízo na realização da inspeção (art. 379, II do CPC), sendo a conduta de resistência injustificada passível de valoração como ato atentatório de resistência injustificada ao andamento do

---

749 “Para o convencimento judicial, eventualmente, é necessário ao juiz ter contato imediato com a situação fática a ser esclarecida. Imagine hipótese em que se afirme que uma construção deve ser interdita por estar em estado precário. Nesse exemplo, a ida do juiz até o local da construção certamente permitirá o convencimento necessário para a boa solução do litígio. Pensando nessas hipóteses, o CPC/2015 prevê, entre os arts.481 a 484, a inspeção judicial. Mediante esse procedimento o juiz está capacitado a valorar imediatamente, coisas, pessoas ou locais, a fim de inteirar-se sobre fato relevante para o julgamento do mérito. Esse contato do juiz com o fato pode contar com os seus vários sentidos, isto é, com a visão, audição, olfato, tato e paladar”. MARINONI, Luis Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.917.

processo ou apto a ensejar presunção em desfavor da parte, com razão, parcela da doutrina vislumbra que nas hipóteses correlatas à escusa do dever de prestar depoimento, a dispensa da imposição à parte de ser submetida a inspeção<sup>750</sup>, seria este passível de ajuste pelas partes por meio de convenções processuais.

Entende-se, todavia, que malgrado a possibilidade em abstrato, dificilmente convenções de tal jaez não implicarão em ofensa aos poderes instrutórios do juízo com efetivo prejuízo, o que reclama uma valoração casuística.

#### 4.3.2.9. Convenções processuais sobre a prova emprestada

O apuro semântico da expressão prova emprestada indica sua polissemia, visto que se refere, ao mesmo tempo, à atividade probatória de transporte do resultado de um processo, visando a que este funcione como meio de prova em outro, e a consequência de tal atividade, consistente em um resultado que deverá ser valorado no processo de destino nos moldes originários.<sup>751</sup>

A flexibilização por meio da prova emprestada tem por fundamentos a economia processual, a razoável duração do processo e a eficiência, e, em se tratando de meios irrepetíveis, também ao direito fundamental à prova.<sup>752</sup>

Na égide do Código de 1973, a técnica em estudo não tinha previsão, sendo admitida sob o crivo da atipicidade dos meios de prova legítimos pela jurisprudência<sup>753</sup>, o que conduzia a incertezas quanto a aspectos como os critérios de admissibilidade e valoração.

750 DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. Comentários ao art.482 do código de processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR., Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.1.341.

751 “Mesmo sendo apresentada no segundo processo pela forma documental, a prova emprestada não valerá como mero documento. Terá a potencialidade de assumir exatamente a eficácia probatória que obteria no processo em que foi originariamente produzida. Ficou superada a concepção de que a prova emprestada receberia, quando muito, valor de documento, "prova inferior" ou "ato extrajudicial". O Juiz, ao apreciar as provas, poderá conferir à emprestada precisamente o mesmo peso que esta teria, se houvesse sido originariamente produzida no segundo processo. Eis o aspecto essencial da prova trasladada: apresentar-se sob a forma documental, mas poder manter seu valor originário. É tal diversidade que confere à prova emprestada regime jurídico específico - o qual não se identifica com o da prova documental nem com o da prova que se emprestou, em sua essência de origem”. TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*, vol.91/1998, p.92-114, jul./set/1998.

752 COSTA NETO, José Wellington Bezerra. COSTA, Leonardo Dantas. A prova emprestada no direito processual brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 277/2018, p.197-233, mar/2018.

753 TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. A prova emprestada no CPC/2015. In: MACÊDO, Lucas Buriel. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. (org.). *Provas*. Coleção Novo CPC: doutrina selecionada. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.459-473.



Destacam-se relevantes controvérsias quanto à necessidade de plena identidade das partes entre os processos de origem e destino e quanto à possibilidade de traslado de prova advinda de processos criminais, administrativos e com trâmite no estrangeiro.<sup>754</sup>

A controvérsia quanto à necessidade de identidade entre partes contempla posições doutrinárias distintas.

Para Ada Pellegrini Grinover<sup>755</sup> revela-se imperiosa que a prova emprestada seja produzida em relação às mesmas partes e perante o mesmo magistrado, em identidade física, ao passo em que João Batista Lopes<sup>756</sup> adota o entendimento quanto à necessidade apenas de identidade quanto às partes.

Em posição intermediária, Paula Sarno Braga, Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria Oliveira<sup>757</sup> e Manoel Alves Rabelo e Lais Zumach Pereira<sup>758</sup> entendem que seria necessária a identidade quanto à parte em desfavor da qual o meio de prova seria produzido.

Por fim, entendem Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero<sup>759</sup>; Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>760</sup>, Paulo Henrique dos Santos Lucon<sup>761</sup> e Wendel de Brito Lemos Teixeira<sup>762</sup> quanto à desnecessidade de que as partes dos processos de origem e destino sejam idênticas, sendo admissível a instauração de contraditório sobre a prova após sua transferência. Tal é a posição da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça nos autos dos Embargos de Divergência no Recurso Especial 617.428/SP.<sup>763</sup>

---

754 COSTA NETO, José Wellington Bezerra. COSTA, Leonardo Dantas. A prova emprestada no direito processual brasileiro. *Revista de processo*, vol. 277/2018, p.197-233, mar/2018.

755 GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol.04/1993, p.60-69, out/dez/1993.

756 LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.64.

757 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. v.02. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p.52.

758 RABELO, Manuel Alves; PEREIRA, Lais Zumach. A prova emprestada e o contraditório no novo código de processo civil. *Revista Jurídica*, ano 64, n. 466, p.19-23, ago./2016.

759 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. Vol. 02: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.295.

760 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016, p.652-653.

761 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Comentários ao art.372. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. (coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.576.

762 TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. A prova emprestada no CPC/2015. In: MACÊDO, Lucas Buriel. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. (org.). *Provas*. Coleção Novo CPC: doutrina selecionada. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p.459-473.

763 CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DISCRIMINATÓRIA. TERRAS DEVOLUTAS. COMPETÊNCIA INTERNA. 1ª SEÇÃO. NATUREZA DEVOLUTA DAS TERRAS. CRITÉRIO DE EXCLUSÃO. ÔNUS DA PROVA. PROVA EMPRESTADA. IDENTIDADE DE PARTES. AUSÊNCIA. CONTRADITÓRIO. REQUISITO ESSENCIAL. ADMISSIBILIDADE DA

Já quanto ao cabimento de traslado da prova emanada de procedimento administrativo, processo criminal e de processo com trâmite no estrangeiro, vislumbrando na doutrina desde posicionamentos mais restritos como o de Mariana Borges Retamoso<sup>764</sup>, José Wellington Costa Neto e Leonardo Dantas Costa<sup>765</sup>, para quem a validade da técnica pressuporia a origem do meio em processo jurisdicional, sendo, assim, refratária ao empréstimo de provas advindas de procedimento administrativo e cabível apenas o de provas realizadas no exterior quando impossível sua realização no Brasil, quanto posição mais flexível de Lúcio Grassi de Gouveia e Dóris Castelo Branco<sup>766</sup>, que admitem a importação de prova coligida de procedimento de jurisdição criminal, arbitral e procedimento administrativo, e asseverando, quanto à prova colhida no exterior, que apenas seria inadmissível na hipótese de proibição pela ordem nacional, sendo o tema, sob o prisma do empréstimo de prova de procedimento administrativo, objeto da Súmula 591 do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2017.<sup>767</sup>

No CPC a técnica em testilha foi tipificada em seu art. 372, que estabeleceu a necessidade de observância do contraditório, que dada sua natureza dinâmica e participativa, pode ser atendido validamente em diferentes escalas no processo, o que implica na necessidade de avaliação casuística, com debate e necessidade de demonstração de prejuízo para reconhecimento da invalidade do meio de prova.<sup>768</sup>

---

PROVA. [...] 9. Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. 10. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo. 11. Embargos de divergência interpostos por Wilson Rondó Júnior e outros e Ponte Branca Agropecuária S/A e outro não providos. Julgados prejudicados os embargos de divergência interpostos por DESTILARIA ALCÍDIA S/A. (EREsp 617.428/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/06/2014, DJe 17/06/2014)

764 RETAMOSO, Mariana Borges. A (in)eficácia da prova emprestada. *Revista de Direito Privado*, vol.41/2010, p.152.222, jan./mar./2010.

765 COSTA NETO, José Wellington Bezerra. COSTA, Leonardo Dantas. A prova emprestada no direito processual brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 277/2018, p.197-233, mar/2018.

766 GOUVEIA, Lúcio Grassi de. BRANCO, Dóris Castelo. A prova emprestada entre processos com partes diferentes. *Revista de Processo*, vol. 289/2019, p.137-164, mar/2019.

767 Súmula 591: É permitida a prova emprestada no processo administrativo disciplinar, desde que previamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa.

768 “A prova emprestada pode se revestir de utilidade ímpar em casos em que as fontes de prova não estejam mais disponíveis, como testemunhas que não se encontram mais presentes ou quando os vestígios não mais existirem, o que impediria a realização de uma perícia. Admite-se, portanto, em casos como esses, que a colheita de prova se dê em processo em que a parte contra a qual será produzida não tenha atuado. Nesses casos, o juiz, no momento de valoração da prova emprestada, deverá considerar que ela guarda a eficácia do processo em que foi colhida, na conformidade do poder de convencimento que trouxe consigo. Ressalte-se

Desta forma, percebe-se que embora a relevante diretriz do contraditório, a contribuição do Código de Processo Civil de 2015 não se prestou a ilidir as controvérsias quanto à prova emprestada, encontrando-se no espaço de autorregramento das partes a disciplina da matéria.

Nesta ordem de ideias, as convenções quanto ao empréstimo da prova podem figurar como parâmetro de controle da boa-fé das partes, com extinção da faculdade de impugnar o meio trasladado, conforme entendimento da 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho.<sup>769</sup>

Ademais, as questões pertinentes à identidade de partes entre processo de origem e de destino e possibilidade de empréstimo de prova advinda de procedimentos administrativos, feitos criminais ou com trâmite no estrangeiro se encontram dentro do espaço de regramento das partes, sendo passível de convenções durante o curso da litispendência ou em esfera pré-processual.

#### 4.3.2.10. Convenções processuais sobre *Dispute Boards*

Os *Dispute Boards* integram a partir da concepção de Sistema Multiportas, o rol de métodos pré-contenciosos, comumente utilizados em contratos de grande objeto e duração, por meio dos quais, são criados comitês formados por profissionais experientes e imparciais, com o intuito de acompanhar a execução do contrato, solucionando previamente as controvérsias, de sorte a impedir a necessidade de socorro a técnicas heterocompositivas, como a arbitragem e a jurisdição estatal, por meio de decisão.<sup>770</sup>

que, quanto maior a possibilidade de reprodução da prova, menor a sua possibilidade de aproveitamento no processo de destino. O juiz, ao fundamentar a decisão que levou em consideração a prova emprestada, deverá justificar o seu uso em casos excepcionais nos quais não atuam as mesmas partes, podendo, inclusive, quanto à valoração, receber um peso menor, na análise in concreto. Assim, a identidade de partes passa a ser considerada não um requisito de admissibilidade da prova emprestada, mas um fator relevante para a valoração da mesma. Dessa forma, se a prova foi colhida em processo anterior sem a participação da parte que será prejudicada por ela no processo importador, o magistrado deverá levar em consideração essa ausência do contraditório substancial na colheita e o risco à isonomia e à paridade de armas, podendo descartar, ou mesmo diminuir, o valor daquela prova, devendo tal análise ser regida pelo postulado normativo da proporcionalidade”. GOUVEIA, Lúcio Grassi de. BRANCO, Dóris Castelo. A prova emprestada entre processos com partes diferentes. *Revista de Processo*, vol. 289/2019, p.137-164, mar/2019.

769 TST; RR 0147300-49.2012.5.13.0004; Terceira Turma; Rel. Min. Alexandre de Souza Agra; DEJT 27/10/2017; Pág. 1945.

770 “Assim, em nossa opinião, Dispute Board consiste em mecanismo de resolução de conflitos por meio do qual as partes instituem, no início da relação contratual ou durante seu interim, um órgão, contendo um ou mais profissionais que tenham amplo conhecimento da matéria sobre o objeto do contrato celebrado entre as partes, com o objetivo de resolver eventuais conflitos que surjam durante sua execução, seja por meio de recomendação a ser acatada pelos contratantes, seja por meio de uma decisão que encerre o conflito”. CABRAL, Thiago Dias Delfino. Os comitês de resolução de disputas (*dispute boards*) no sistema multiportas do código de processo civil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol.59/2018, p.33-53, out./dez./2018.

Conforme explica Luis Felipe Salomão, os *Dispute Boards* são usualmente estruturados mediante painéis integrados por número ímpar de membros experientes, respeitados e imparciais, podendo proferir decisões de caráter vinculante (*Dispute Adjudication Board*), não vinculantes (*Dispute Review Board*) ou híbridas (*Combined Dispute Board*), conforme disciplina por contrato, podendo dirimir assim questões técnicas, jurídicas ou econômicas, sendo caracterizado pela instauração prévia ao surgimento do conflito e caráter contínuo durante a execução do objeto do contrato, o que contribui para seu expressivo êxito.<sup>771</sup>

Nesta senda, embora a finalidade precípua dos aludidos comitês técnicos se refira à solução dos conflitos, certamente que dos relatórios destes emana em potencial relevância como fontes e meios de prova<sup>772</sup>, uma vez que as decisões e pareceres da comissão, bem como as manifestações dos contratantes no curso de sua atuação, podem ser coligidos na hipótese de futura judicialização, situando-se, assim, dentro do espaço de convencionalidade das partes sua adoção com efeitos probatórios em processo judicial.<sup>773</sup>

Portanto, em relações contratuais marcadas pela complexidade técnica de seu objeto, como, por exemplo, nas concernentes à indústria da construção<sup>774</sup>, têm espaço as convenções atípicas em estudo.

---

771 A principal diferença entre o *Dispute Board* e os demais métodos adequados de solução de conflitos – e possivelmente o motivo pelo qual esta técnica tem obtido sucesso –, é o fato de ser instaurado antes ou no momento do início da execução do contrato, caracterizando-se pelo acompanhamento e envolvimento constante de seus membros no processo de desenvolvimento do empreendimento. De fato, devido a estas características e por possuir caráter permanente, o *Dispute Board*, ao mesmo tempo em que gera maior confiança e respeito entre as partes e os membros do painel – devido ao contato direto e constante –, permite o acompanhamento do empreendimento em tempo real, ensejando que os conflitos sejam dirimidos de maneira sumária antes ou logo que surjam, evitando-se, assim, o acúmulo de controvérsias e eventual paralisação da obra”. SALOMÃO, Luis Felipe. Guerra e paz: as conexões entre a jurisdição estatal e os métodos adequados de resolução de conflitos. In: CURY, Augusto (org.). *Soluções pacíficas de conflitos para um Brasil moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.97-98.

772 SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Dispute boards: meio de prevenção de controvérsias*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p.28-29.

773 “Os *dispute boards* não são tribunais arbitrais, e por isso suas decisões não são exequíveis da mesma forma que a sentença arbitral ou judicial. As decisões dos *dispute boards* servirão como fonte e meio de prova para a disputa que vier a se instaurar. Daí por que, a depender de sua redação e de suas disposições, é possível compreender tal instituto como uma convenção probatória atípica, exigindo-se que haja a manifestação de vontade (expressa ou implícita) de produzir efeitos em uma futura e hipotética disputa”. RAVAGNANI, Giovani. *Provas negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.129.

774 VAZ, Gilberto José. LIMA, Renata Faria Silva. NOVAIS, Roberto Cançado Vasconcelos. NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Os *dispute boards* como método alternativo de resolução de disputas na indústria da construção. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol.40/2014. p.325-333, jan./mar.2014.

Destaca-se que o instituto em análise foi incorporado ao sistema normativo pelo art. 151 da Lei 14.133/21, que quando da nova disciplina das licitações, previu os *Dispute Boards* como método adequado de solução de conflitos.<sup>775</sup>

#### 4.3.2.11. Convenções processuais sobre a incorporação de regramentos arbitrais na atividade probatória no processo

Conforme já estudado, identifica-se um significativo campo de influência da arbitragem para as convenções processuais, dentre os quais se insere, como sói, a seara probatória.

Destarte, situa-se dentro do espaço de autorregramento das partes a possibilidade de adotar regramentos, técnicas e institutos arbitrais em convenções que influem na instrução do processo.

Conforme indicado por Giovani Ravagnani<sup>776</sup>, expressiva é a possibilidade de adoção, por meio de convenções probatórias atípicas das regras da *International Bar Association* e das Regras de Praga quanto à colheita da prova.

Cuidam-se, pois, de regras que concernem a procedimentos de arbitragem internacional e que têm por finalidade conferir aos atos de instrução uma previsibilidade e uniformidade desafiada pelas diferentes culturas e sistemas normativos dos convenientes.

Com efeito, podem as partes negociar quanto à adoção de tais normas de *soft law* como diretrizes para a atividade instrutória.

Assim, enquanto as *IBA Rules* são marcadas por uma posição de maior equilíbrio nas atuações dos sujeitos processuais<sup>777</sup>, as Regras de Praga têm por característica a atribuição de um papel proativo para o tribunal arbitral<sup>778</sup>, sendo que ambas as diretrizes são passíveis de incorporação ao sistema de jurisdição estatal brasileiro por meio de convenções atípicas.

---

775 Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

776 RAVAGNANI, Giovani. *Provas negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.152-154

777 Disponível em: < [https://www.ibanet.org/Enews\\_Archive/IBA\\_30June\\_2010\\_Enews\\_Taking\\_of\\_Evidence\\_newrules.aspx](https://www.ibanet.org/Enews_Archive/IBA_30June_2010_Enews_Taking_of_Evidence_newrules.aspx) > Acesso em 14/fev./2022.

778 Disponível em: < <https://praguerules.com/upload/medialibrary/1ce/1ceb209403ed5145d6b85c632489bf56.pdf> >. Acesso em 14/fev./2022.

Soma-se a estas a possibilidade de utilização das regras de arbitragem da United Nations Commission of International Trade Law – UNICTRAL, que inovam, por exemplo, ante a possibilidade expressa de uso de videoconferência para os atos instrutórios.<sup>779</sup>

Por fim, as regras do Deutsche Institution Für Schiedsgerichtsbarkeit também podem ser incorporadas ao procedimento judicial, como, por exemplo, nas medidas de incremento da eficiência, como a divisão do procedimento em fases, a regulação de requisição de documentos das partes e a utilização de tecnologia da informação.<sup>780</sup>

#### 4.3.2.12. Convenções processuais sobre os custos da atividade probatória e o *thirdy party litigation funding*

Conforme outrora registrado, a atividade probatória implica em ônus de ordem financeira, traduzido em despesas que devem ser suportadas pelas partes que não se encontrem sob o pálio da gratuidade judiciária, referentes não apenas à produção dos meios de prova indicados pela parte, mas também para os atos determinados pelo juízo de ofício ou a pedido do Ministério Público quando oficiar como *custos legis* (art. 82, § 1º, CPC), sendo assegurado o ressarcimento pela parte que findou-se sucumbente (art. 85 do CPC).

O rol trazido pelo art. 84 do Código se revela exemplificativo, visto que além das despesas com custas processuais decorrentes dos atos instrutórios (intimações por oficial de justiça por exemplo), indenização de viagem, remuneração de assistente técnico e diária de testemunhas que não seja servidor público ou trabalhador celetista, identificam-se outras espécies como a remuneração de intérprete e tradutor, custos e emolumentos para a obtenção de documentos em serventias extrajudiciais, juntas comerciais e repartições públicas, equipamentos de decodificação de arquivos digitais e fotocópias.<sup>781</sup>

Destarte, situa-se dentro do espaço de autorregramento das partes a celebração de convenções processuais que impliquem na redistribuição dos custos da atividade probatória, sujeitos, todavia, ao critério de não criarem externalidades indevidas para terceiros e o Poder Judiciário.

---

779 4. The arbitral tribunal may direct that witnesses, including expert witnesses, be examined through means of telecommunication that do not require their physical presence at the hearing (such as videoconference).

780 Disponível em: < <https://www.disarb.org/werkzeuge-und-tools/dis-regeln#c344> > . acesso em 02/fev./2022.

781 CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Comentários ao art.84. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR., Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.332.

Lado outro, conforme observa Sofia Temer<sup>782</sup> é possível a existência de interesses não jurídicos a justificar a participação de terceiros por meio de uma atuação atípica no processo, como no interesse de garantir a formação de um padrão decisório favorável (precedente), assegurar a consistência do entendimento jurídico que trará reflexos econômicos e produzir provas voltadas à certificação de fatos relevantes para uso futuro, sem se descartar também o propósito de investimento no objeto do litígio.

Tal atuação se reveste de incertezas para o financiador e partes quanto a aspectos como o controle estratégico do litígio, responsabilidade perante a contraparte, dever de relação (*disclosure*) e até mesmo a existência de impedimento ou suspeição dos sujeitos processuais, vinculados não apenas à parte ostensiva, mas ao interesse subjacente e sua titularidade.<sup>783</sup>

Desta forma, o custeio do processo como um todo ou apenas da atividade probatória pode ser atribuído a terceiro dentro da admissão do *third party litigation funding*<sup>784</sup> com o empréstimo dos requisitos estabelecidos pela doutrina concernente à arbitragem.

---

782 TEMER, Sofia. *Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: JusPodivm, 2020, p.248-299.

783 “Quanto ao controle, por exemplo, é natural que, vendo o processo como um investimento, o financiador tenha interesse em agir para protegê-lo e promovê-lo, incluindo seu monitoramento, fiscalização e o poder de tomar as decisões estratégicas do litígio e de decidir sobre os parâmetros para eventual solução consensual. O fato de haver um “terceiro” dirigindo os rumos do processo não seria suficiente para considerá-lo, de alguma forma, na disciplina dos sujeitos processuais? Pensamos que sim. As controvérsias se intensificam quando se trata de definir a responsabilidade face à contraparte. Afinal, embora o sujeito que financia o litígio não seja efetivamente “parte” do processo e tampouco da relação material litigiosa, o que levaria à conclusão de que não deveria responder, seja pelo reembolso de custas e despesas processuais ou honorários, seja por eventual pleito meritório, vem se entendendo que o fato de deter controle do processo faz com que, preenchidas determinadas condições excepcionais, seja possível imputar-lhe tal responsabilidade. A posição apresentada tanto pela doutrina estrangeira quanto nacional demonstra que mesmo a participação não ostensiva, quando relevante em termos de controle estratégico dos rumos do processo, pode ser suficiente para gerar responsabilidade em relação à parte adversa. Indo além, também há debates sobre a consequência do financiamento no que tange a conflitos de interesse, dado que a existência de uma nova personagem, mesmo oculta, precisará ser avaliada também no que tange a eventual impedimento, suspeição, já que o “tema central deixa de ser [apenas] a identidade da parte, mas a titularidade dos interesses em jogo. Por isso, grande parte da doutrina defende que há dever de revelação em relação a tal sujeito, o que já é adotado por algumas instituições arbitrais”. TEMER, Sofia. *Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: JusPodivm, 2020, p.405-408.

784 “As convenções processuais podem transferir, total ou parcialmente, os custos do processo para sujeitos que não fazem parte da relação jurídica material subjacente ao conflito e também não participam ou que nem venham a participar do processo. Com efeito, a absorção total ou parcial dos custos da litigância pode ser suportada não só pela parte do processo, mas também por terceiros. Os terceiros serão, portanto, partes do contrato processual, ainda que não sejam partes do processo em que o contrato deva produzir efeitos.” CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções sobre os custos da litigância (II): introdução ao seguro e ao financiamento processuais*. *Revista de Processo*, vol.277/2018, p.47-78, mar.2018.

A respeito assevera Paula Ferreira Bovo.<sup>785</sup>

Apesar de muitas vezes relacionado à arbitragem, optou-se pela abordagem de quando o fenômeno ocorre em processos submetidos à jurisdição estatal e, conceituando-o de maneira objetiva, o financiador do processo trata-se de pessoa física ou jurídica, alheia à relação jurídica principal, que se compromete a arcar com custos totais ou parciais de uma das partes perante uma demanda, sob condição de receber parcela dos ganhos advindos da resolução do litígio. Se a parte financiada for vencida na ação e não obtiver ganho algum, o financiador perde o que investiu, nada podendo cobrar do financiado. A conduta é muitas vezes mencionada como possibilitadora do acesso à justiça, principalmente nos casos em que a parte não têm condições financeiras suficientes para arcar com despesas processuais, e ao mesmo tempo não se amolda aos critérios de justiça gratuita, sendo privada do direito fundamental de ter suas pretensões levadas ao Poder Judiciário. Do conceito extraem-se três requisitos básicos para a configuração do funder: ele não pode ser parte, os fundos são a fim de custear as despesas decorrentes do litígio, e o financiador perde o que investiu no caso do financiado se vir vencido na demanda. Quanto ao primeiro requisito, é fundamental a ênfase no fato de que o contrato é celebrado entre um terceiro e uma das partes envolvidas numa relação material controvertida, ou seja, que o financiamento é uma relação negocial separada da relação processual para qual os valores serão destinados

Assim, convenções processuais probatórias de tal natureza tendem a contribuir para o fomento da atividade de financiamento, oportunizando o acesso das partes à produção de meios de prova e conferindo segurança jurídica para os participantes do processo e o financiador.

#### 4.3.2.13. Convenções processuais sobre a valoração do acervo probatório

Após a produção dos meios de prova e a instauração de contraditório, com a possibilidade de que as partes apresentem seus aportes argumentativos, tem sede no momento imbricado entre o final da fase instrutória e a fase decisória, a valoração do acervo probatório pelo magistrado, que conduzirá à formação da prova como resultado, qual seja, a convicção.

Consoante estudado anteriormente, esta atividade não é indene a limitações de ordem legal, cabendo assim sindicarmos se e, no mais, de que maneira poderá ser objeto de regramento convencional.

---

785 BOVO, Paula Ferreira. Financiamento de litígios judiciais por terceiros (“third party funding”): uma ótica processual. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, ano 14, vol. 21, n.02, p.342-366, mai./ago./2020.



#### 4.3.2.13.1. Convenções processuais quanto à amplitude da cognição judicial

Inicialmente cumpre verificar se é possível às partes modificar mediante convenções processuais a amplitude da cognição judicial no processo, tanto por sua redução, quanto por seu incremento em relação ao modelo legal do procedimento.

Conforme anteriormente estudado, a amplitude da cognição no procedimento é objeto de reserva legal, sendo fruto de uma opção legislativa que presumivelmente sopesou os aspectos da adequação e eficiência, estabelecendo um parâmetro.

Contudo, ante a permeabilidade do procedimento à flexibilização, tal critério não resolve isoladamente a controvérsia.

Na prática, deve-se socorrer dos demais critérios do modelo constitucional de processo, que indicam que o grau de cognição estabelecido pelo procedimento se liga a valores tangentes a garantias constitucionais e ordem pública, como imparcialidade e fundamentação adequada, bem como ao interesse público do adequado funcionamento do Poder Judiciário.

De fato, impor ao magistrado a cognição mais limitada que a estabelecida pela lei é admitir com indiferença a possibilidade de erro judiciário, ao passo em que firmar grau de profundidade incompatível com o procedimento culmina com óbice à celeridade e efetividade da tutela jurisdicional, bem como em potencial prejuízo a terceiros, razão pela qual a escolha normativa deve ser respeitada. Neste sentido Lucinda Maria Duarte Dias da Silva:<sup>786</sup>

Porque se trata de dimensão dotada de relevo *supra partes*, não podem estas, em suma, prescindir, por *via convencional* ou outra, do normal grau de profundidade de conhecimento dos elementos de prova disponíveis no processo, não beneficiando da faculdade de alterar o doseamento, legalmente definido, entre *adequação e eficácia*, privilegiando, nesta hipótese, a eficácia. A definição da medida de prevalência de um ou outro destes valores incumbe apenas a quem desenha o regime regra (legislador), sendo que, atentas as hipóteses em que este procede a adopção de regime especial neste domínio, se verifica que desenvolve tal adaptação de forma particularmente cautelosa, em detida ponderação entre desvantagens e benefícios daí susceptíveis de decorrer para os interesses envolvidos, apenas assumindo o risco que a especial tutela da *eficácia* (assim concedida, mediante previsão legal de menor grau de conhecimento da prova) gera, *em situação limite* – quando se conclua que a não opção por tal via implicaria prejuízo dificilmente reparável para a utilidade da decisão a proferir na acção principal – e mediante previsão das necessárias salvaguardas –impondo, designadamente, que o prejuízo causado

786 SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da. *As convenções da prova em processo civil*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: 2015, p.469-470.

pela decisão (para o requerido) não seja consideravelmente superior ao benefício pela mesma proporcionada ao requerente, que tal decisão possa ser substituída pela prestação de caução pelo requerido, que o requerido possa ser ressarcido pelos prejuízos que indevidamente possa sofrer (para o que, a título garantístico, o juiz pode impor ao requerente a prestação de caução, mesmo que tanto não tenha sido solicitado pelo requerido e sem carência de audição deste), bem como, por princípio, que a definitiva decisão do litígio seja proferida em acção principal, onde o conhecimento da matéria de facto obedece à regra geral do intenso grau de conhecimento e apreciação da prova (que não à excepção do mero conhecimento perfunctório).

Portanto, por infringência à reserva legal, garantias fundamentais da jurisdição e ordem pública, não se situa dentro do espaço de autorregramento a extensão da cognição, que deve ser adstrita aos moldes firmados pelo legislador.

#### 4.3.2.13.2. Convenções processuais impositivas ou excludentes de sentidos decisórios

De ordinário, ressalvadas hipóteses restritivas indicadas pelo sistema, é livre a valoração pelo magistrado dos meios de prova, o que culmina com a inexistência de qualquer critério de hierarquia ou limitação quanto à sua apreciação crítica.

Nesta senda, pode-se cogitar convenções probatórias que atribuam a meios determinados maior força probatória, estabelecendo em sede convencional hipóteses de prova legal e conseqüente redução do espaço de liberdade de valoração pelo juízo, que ensejem sua ampliação, ao derogar o sentido decisório associado legalmente, sendo tais incompatíveis com o modelo de processo vigente no Brasil.

Inicialmente, a atribuição de valor unívoco a determinados meios de prova fora das hipóteses legais enseja conseqüências distintas da indicação ou exclusão convencional dos meios probatórios, visto que implica, em termos práticos, em desvirtuar a jurisdição quanto a sua autonomia, uma vez que o sentido decisório já seria predeterminado pelas partes, sendo este mero declarante do referido sentido<sup>787</sup>, o que contraria direitos e garantias constitucionais, reserva legal e ordem pública.

Já na atribuição de sentido distinto da opção legislativa, o que poderia ocorrer, por exemplo, com a dispensa de documento público para a demonstração de fatos que o exigem como substância, implica-se, ademais, na insegurança jurídica, do que dimana a invalidade de tais convenções.<sup>788</sup>

787 SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da. *As convenções da prova em processo civil*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: 2015, p.477-478.

788 PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Milão: Giuffré Editore, 2009, p.177-178.

#### 4.3.2.13.3. Convenções processuais quanto aos critérios de valoração dos meios de prova

Não raro a valoração judicial da prova reclama a construção de um raciocínio por meio de um feixe de silogismos ao qual socorrem regras que funcionam como critérios auxiliares com as máximas de experiência<sup>789</sup> e as presunções legais e judiciais.

Nesta senda, cumpre indagar sobre a possibilidade de serem estas objeto de convenções processuais probatórias.

Inicialmente, as máximas de experiência consistem em premissas maiores fáticas que representam regras gerais a partir do que ordinariamente acontece, tendo, atualmente, ampla utilidade para a compreensão dos fatos postos em juízo e suas circunstâncias e outras como a qualificação e categorização do fato jurídico, interpretação e aplicação das normas, formação da convicção quanto aos direitos subjetivos decorrentes do fato jurídico, a racionalização do processo, atividade probatória, análise da conjuntura social e cultural do fato e motivação das decisões.<sup>790</sup>

Estas têm sua origem a partir da observação incessante, controlada e ratificada de casos particulares, o que as qualificam como regras de frequência e sempre têm natureza geral, não se confundindo com simples declarações sobre acontecimentos individuais ou juízos plurais sobre um conjunto de acontecimentos.<sup>791</sup>

Dado seu caráter eminentemente cultural, como decorrência da observação do que ordinariamente acontece, entende-se que sua enunciação convencional é impossível, visto que tal ato não teria o condão de criar tais noções.

É dizer: não teria a vontade das partes o poder jurídico de criação de experiências relativas a determinados estados de coisas, mas somente a aptidão de declará-los, no que as convenções seriam absolutamente supérfluas, visto que se limitariam a reiterar a disposição do art. 375 do CPC.

---

789 “La deduzione è attività logico razionale (e non percettiva sensoriale); essa consiste, può essere descritta, in un silogismo (o più esattamente come si è dette retro 4.1 in un fascio di sillogismi) la cui premessa minore è il fatto percepito (documento o dichiarazione di scienza), la cui premessa maggiore è una regola o massima di comune esperienza, la cui illazione è l’esistenza o no del fatto (principale o secondario) da provare”. PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6ed. Napoli: Jovene Editore, 2014, p.419.

790 SILVESTRE, Gilberto Fachetti. As máximas de experiência no código de processo civil de 2015 (art.375). In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. MAZZEI, Rodrigo. (coord). *Direito civil*. Coleção repercussões do novo CPC, vol.14. Salvador: JusPodivm, 2017, p.105-107

791 ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.76-79.

Lado outro, tradicionalmente as presunções que fundam o trilho decisório têm por origem valorações realizadas pela lei (presunções legais) ou pelo julgador (presunções *hominis*), que permitem a inferência, em caráter relativo ou absoluto, quanto à ocorrência de fatos relevantes que não encontram comprovação empírica, a partir da constatação de que outros, com suposto vínculo o têm.<sup>792</sup>

Todavia, conforme indica acertadamente Lara Dourado Mapurunga Pereira<sup>793</sup>, o poder de autorregramento das partes também pode implicar na construção convencional de presunções *hominis*, a serem valoradas pelo magistrado dentro de seu convencimento. Tal decorre da constatação de que a presunção, ao contrário das máximas de experiência, não reclama elevado grau de generalidade e abstração.

Revela-se, de outro giro, impossível em termos práticos, convenções que impliquem na derrogação de presunções, uma vez que, quanto às legais, culminaria com a subtração da opção de fundamentação legal da decisão, já que a presunção *legis* encontra previsão antecedente no sistema normativo e quanto às presunções *hominis*, seria absolutamente impossível de controle pelas partes, ainda que convencionalmente, já que integrante do âmago do raciocínio decisório do magistrado.<sup>794</sup>

---

792 “As presunções legais constituem técnicas para garantir determinados valores em situações específicas. Por um lado, consistem em mandados normativos – que obrigam o juiz a concluir de certa forma em presença de um fato ou estado de coisas – e não em um enunciado relativo a uma afirmação fática. Por outro, constituem regras e, assim, expressões da linguagem jurídica. Decorre dessas premissas que, nessa espécie de presunção, a conclusão do raciocínio desenvolvido pelo juiz não diz respeito a uma descrição ou a uma hipótese da realidade, mas consiste apenas na aplicação da norma jurídica, que conecta certas premissas a determinadas consequências. Indo mais a fundo na distinção entre as classes em análise, as presunções legais exibem principalmente uma função substancial e extraprocessual, ademais de indiretamente processual: dar segurança a certas situações de ordem social, política, familiar e patrimonial. Já as presunções judiciais ou de homem cumprem uma função exclusivamente processual sem serem meios de prova”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Presunções e ficções no direito probatório. *Revista de Processo*, vol.196/2011, p.10-13, jun./2011.

793 “Assim, entende-se que a presunção é o instrumento – de origem legal, judicial, ou negocial – que auxilia o julgador a proferir decisão acerca de fato que não foi efetivamente comprovado por meio de uma prova direta. É obtida por meio de raciocínio indutivo, pelo qual se admite fato cuja ocorrência é incerta, em decorrência de circunstância outra, esta sim verificada na realidade fática”. PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunções*. Salvador: JusPodivm, 2020, p.49.

794 “A convenção derogatória de presunção, potencialmente plausível no contexto das partes, não se sustenta quanto aventada em âmbito judicial, pois suprime do juiz opção de fundamentação legal de sua decisão judicial. É possível, ainda – como desenvolvido a seguir – que o magistrado, pela falta de justificativas para determinado veredito, valha-se de presunção *hominis*, que não pode ser controlada pela parte. A convenção derogatória de presunção legal, portanto, não se mostra válida, por absoluta impossibilidade prática”. PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunções*. Salvador: JusPodivm, 2020, p.154-155.

#### 4.3.2.14. Convenções processuais probatórias na tutela coletiva e estrutural

A construção de procedimentos diferenciados a partir do consenso dos sujeitos processuais<sup>795</sup> apresenta uma lógica perfeitamente aplicável aos processos coletivos e estruturais, em que a comparticipação, a cooperação e a consensualidade, decorrentes do amplo espaço de democracia se incorporam à sua matriz, possibilitando aos sujeitos o poder de regular e dispor não apenas sobre o procedimento, mas também sobre suas próprias situações jurídicas processuais<sup>796</sup>, com o ajuste da atividade probatória às peculiaridades do problema coletivo ou estrutural e maior adequação e efetividade. Conforme ilustra Alexandre Alberto de Azevedo Magalhães Junior<sup>797</sup>

Exemplo hipotético desta situação é a convenção processual firmada pelo Ministério Público e pelo requerido acerca da desistência da ação civil pública, com extinção do julgamento sem apreciação do mérito, cumulada com convenção processual sobre o ajuizamento de ação de produção antecipada de provas (artigos 381, I e II, do CPC), a ser custeada pelo requerido, para constatação da efetiva existência ou não de dano ambiental e das medidas necessárias para sua recuperação, viabilizando a assinatura de termo de compromisso de ajustamento de conduta. No caso concreto, em vista de suposta fragilidade dos elementos probatórios que instruem a ação civil pública originária e da forma deficiente em que eventualmente é redigida, inclusive com pedidos inadequados, a sinalização do requerido no sentido de arcar com a produção antecipada de provas e a possibilidade de, com base nesses elementos probatórios, firmar-se termo de compromisso de ajustamento de conduta, poderá se mostrar vantajosa para a efetiva tutela do direito material indisponível, justificando a desistência da demanda em curso.

A título de exemplo, indica a doutrina especializada a possibilidade de disposição convencional sobre a atividade probatória de supervisão do plano de recuperação judicial (art. 61 da Lei 11.101/05) por ajuste das partes<sup>798</sup>, a qual, todavia tem sido refutada pela jurisprudência das Câmaras Especializadas de Direito Empresarial do TJSP, em virtude de eiva à ordem pública processual.<sup>799</sup>

795 MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.75.

796 RODRIGUES, Marco Antonio. GISMONDI, Rodrigo. *Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas*. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix. (org.). *Processos estruturais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p.782.

797 MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. *Convenção processual na tutela coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2020, p.177.

798 DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. *Negócio jurídico processual na recuperação judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p.132-135.

799 TJSP; AI 2205760-82.2018.8.26.0000; Ac. 12189692; São Paulo; Segunda Câmara Reservada de Direito

#### 4.4. A CONTRIBUIÇÃO DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS PARA A TUTELA DOS DIREITOS PATRIMONIAIS E EXISTENCIAIS

A exploração das possibilidades e problemas concernentes às convenções processuais probatórias típicas e atípicas indica a perspectiva de efetiva contribuição para a adequada tutela dos direitos patrimoniais e existenciais submetidos ao crivo da jurisdição estatal.

Inicialmente, percebe-se que em técnicas processuais probatórias que, por uma carência de regulação exaustiva e possibilidade de eiva à garantia do contraditório, situam-se em uma zona de incerteza quanto a sua efetividade, como a prova emprestada e a produção antecipada de prova, as convenções processuais figuram como legítimos instrumentos para sua concretização, já que o consenso implica em determinação quanto aos limites do ajustamento.

De outro lado, embora a realização de ajustes concretos no procedimento de forma a se disciplinar com previsibilidade os meios de prova, otimizar a atividade probatória ou conferir certeza aos critérios para sua valoração seja possível de alcance mediante atuação do magistrado, certamente sua celebração em sede de convenção entre os sujeitos parciais contribui para um incremento democrático ao processo, bem como possibilita sua concretização com maior dinamismo e eficiência.

Assim, a par dos problemas verificados em epígrafe, percebe-se que o saldo de contribuição das convenções processuais probatórias típicas e atípicas é positivo, pois uma vez adotados os critérios de conformidade, muito poderão contribuir para o aprimoramento do sistema processual.

## CONCLUSÕES

A presente dissertação teve por objetivos identificar quais aspectos da prova podem ser objeto de convenção processual no processo civil, perscrutar quais os limites para a celebração de convenções processuais probatórias e seus parâmetros de controle, assim como investigar as possibilidades de utilização das convenções processuais na seara probatória e seus principais problemas.

Após a coleta de dados e sua análise, reflexões e debates no ambiente do programa de pós-graduação, chegou-se a resultados que permitem a apresentação de conclusões materializadas por meio das seguintes contribuições.

1. A concepção moderna da norma processual indica para a possibilidade de atuação primária, disponibilidade regrada e aplicação extrajudicial, identificando-se um fenômeno de materialização do processo, em convergência coaxial entre direito e processo, que contribui para a compreensão do regramento das convenções processuais conquanto instituto que permeia sobre os dois planos.

2. A norma processual funciona como fonte de incentivos para a conduta dos sujeitos, dentro de uma arquitetura de escolhas.

3. O processo contemporâneo se encontra permeável à flexibilização convencional como decorrência da manifestação da garantia da liberdade em seu âmbito, que figura como princípio de porte implícito no modelo constitucional de processo do qual dimana o postulado do *in dubio pro libertate* no sistema brasileiro.

4. O conceito de prova pode ser decomposto em três elementos concomitantes: a prova como meio, que concerne aos elementos teóricos regulados pela lei e aptos a proporcionar o conhecimento dos fatos relevantes, a prova como atividade, referente ao procedimento para sua colheita no ambiente processual e a prova como resultado, referente à convicção do magistrado quanto à corroboração dos fatos relevantes trazidos para o processo.

5. O direito à prova corresponde à participação crítica e efetiva da atividade probatória, mediante a propositura de meios aptos à demonstração dos fatos relevantes e sua valoração adequada pelo magistrado, se revestindo de fundamentalidade e autonomia, sendo curial tanto para a solução adjudicatória, quanto para a autocomposição dos conflitos.

6. Os poderes instrutórios do magistrado apresentam autonomia quantitativa e qualitativa em relação à atuação das partes e devem ser exercidos a partir dos postulados da cooperação processual.

7. A busca da verdade figura como ideal regulativo para a valoração das escolhas realizadas no processo a partir de uma epistemologia que justifica a existência da prova, não sendo possível descartá-la integralmente do processo.

8. A prova civil transita em sua regulação quanto a aspectos específicos da lei processual, tal como se verifica nos concernentes à atividade probatória em juízo e aspectos referentes à lei material, como os tangentes à admissibilidade dos meios de prova, aos fatos submetidos a prova e à valoração do acervo probatório, tendo, quanto a estes, influência da norma processual.

9. As convenções probatórias têm por objeto indireto a prova como meio e como atividade, nesta incluídos os critérios para valoração do acervo probatório. Não se situa dentro de tal objeto a prova como resultado, visto que referente a informações extraídas por ato intelectual do magistrado a partir dos meios coligidos.

10. O interesse social objetivo que figura como causa das convenções probatórias é a constituição de melhores condições de prova para os sujeitos processuais.

11. Convenções probatórias consistem em atos de vontade plurilaterais, através das quais, os sujeitos disciplinam a partir do seu poder de autorregramento, em relação a processo em trâmite ou futuro, a prova como atividade, meio ou aos critérios externos para a valoração do seu resultado, modificando as regras ordinárias do trilha legislado e/ou influenciando em ônus, poderes, faculdades ou deveres com relação ao tema probatório, com a produção imediata de efeitos e o propósito de aprimoramento das regras ordinárias no caso concreto.

12. As convenções probatórias podem ser celebradas de maneira espontânea pelas partes ou despontarem após incentivo pelo magistrado.

13. O regramento da arbitragem figura como relevante fator para a compreensão dos limites de flexibilização do processo judicial e as normas das suas Câmaras funcionam como sugestões de modelos de flexibilização atípica, observando-se, todavia, a existência de um núcleo intangível pela autonomia privada, que decorre da natureza pública da jurisdição estatal e do regular funcionamento do Poder Judiciário.

14. A validade das convenções processuais probatórias se submete a correção entre o direito material e o direito processual. Quanto aos seus elementos estruturais aplicam-se os requisitos do art. 104 do Código Civil. Já o regramento para a decretação de nulidade está submetido à disciplina do Código de Processo Civil, sujeitando-se então às regras de preclusão e exigência de prejuízo.



15. O modelo de processo que funciona como parâmetro de conformidade das convenções probatórias é caracterizado pelos seguintes aspectos: a) ordenação constitucional e adoção de balizas como fins sociais, exigência de bem comum, dignidade humana, proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência; b) conjugação da inércia da jurisdição e impulso oficial por meio do princípio dispositivo; c) princípio da consensualidade e preferência pelo alcance de soluções autocompositivas quanto ao objeto do processo e a sua regulamentação; d) exigência de parâmetros objetivos de conduta de todos os sujeitos processuais em conformidade com a cooperação e boa-fé; e) contraditório efetivo, com observância da paridade de armas, vedação de decisão surpresa e direito de influência nos pronunciamentos judiciais; f) exigência de fundamentação adequada das decisões judiciais; g) sistema de precedentes formalmente vinculantes; e h) sistema permeável à flexibilização convencional, judicial ou legal.

16. O poder de convencionar sobre a prova está submetido a limites intrínsecos previstos no art. 190 do CPC e ligados à situação de desequilíbrio entre os convenientes (inserção abusiva em contrato de adesão e manifesta situação de vulnerabilidade), os quais não são suficientes para assegurar sua compatibilidade com o modelo constitucional de processo.

17. São propostos como limites extrínsecos para as convenções probatórias: a) os direitos e garantias fundamentais de caráter material e processual; b) a boa-fé e a cooperação processual; c) a ordem pública; d) a reserva legal; e) os poderes, deveres e prerrogativas do magistrado na condução do processo; f) o regular funcionamento do Poder Judiciário e a vedação a serem criadas externalidades indevidas para terceiros; g) o adequado funcionamento do sistema de precedentes; h) a indisponibilidade do direito material subjacente na tutela coletiva e estrutural.

18. Quanto aos limites temporais, tem-se por certo que a sentença não funciona como marco adequado, visto que é possível a existência de atividade probatória na esfera recursal ou no processo de execução, sendo a impossibilidade de convencionar sobre instrução já encerrada, objeto de tutela pelo limite da ordem pública.

19. O controle pelo magistrado da validade das convenções processuais probatórias pode ser realizado de maneira incidental ao processo ou mediante demanda autônoma ajuizada com propósito específico de discutir sua validade.

20. A invalidade da convenção probatória deverá ser suscitada na primeira oportunidade que couber à parte se manifestar nos autos, sob pena de preclusão (art. 278 do CPC). A

ação autônoma de impugnação da validade da convenção é imprescritível quanto ao aspecto declaratório, sendo, todavia, submetido a prazo prescricional de 10 (dez) anos quanto aos efeitos decorrentes da invalidade.

21. As diretrizes da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro são aplicáveis na valoração da conformidade das convenções probatórias.

22. A deliberação sobre a validade das convenções probatórias deve seguir o seguinte itinerário: a) direcionamento das partes para solução autocompositiva, que acaso obtida, deverá ser homologada pelo juízo; b) interpretação da convenção probatória; c) conversão substancial do negócio jurídico processual; e d) deliberação sobre a invalidade, condicionada à demonstração de prejuízo.

23. Identificam-se convenções probatórias típicas nas seguintes espécies: a) convenção quanto ao adiamento da audiência (art. 362,I do CPC); b) convenção quanto ao ônus da prova (art. 373, § 3º e 4º do CPC); c) opção por prova pericial simplificada (art. 464, §2º do CPC); d) escolha convencional do perito (art. 471 do CPC); e) convenção quanto a autoria, integridade e armazenamento de documentos eletrônicos (art. 11 da Lei 13.874/19); f) opção pelo “Juízo 100% Digital” (Resolução 345/2020 do CNJ); g) convenção quanto à dispensa da confidencialidade de meios de prova colhidos no procedimento de mediação (art. 30 da Lei 13.140/15).

24. A validade da convenção processual sobre a admissibilidade de meios de prova ilícitos reclama uma valoração casuística à luz dos direitos fundamentais violados e do objeto do processo. No contexto em que as partes são capazes, a violação ensejadora da ilicitude não se revela grave e o direito submetido a tutela jurisdicional é relevante, é esta, tendencialmente, admitida.

25. Por violação a garantias constitucionais de fundamentação adequada das decisões judiciais, visto que sua valoração reclama necessariamente um ato de fé, as convenções probatórias quanto à utilização de carta psicografada no processo civil são inválidas.

26. Identifica-se a possibilidade de regramento atípico da atividade probatória nos seguintes moldes: a) convenção sobre admissibilidade ou inadmissibilidade de meios de prova; b) negócio de acertamento quanto aos fatos; c) produção antecipada judicial ou extrajudicial da prova; d) antecipação do momento da produção dos meios de prova durante o processo; e) modificação da ordem de produção dos meios de prova; f) flexibilização da prova pericial; g) substituição da prova pericial por pareceres ou documentos elucidativos (art. 510 c/c

472 do CPC); h) flexibilização da prova oral e da audiência de instrução e julgamento; i) flexibilização da prova documental; j) flexibilização da inspeção judicial; k) convenção sobre prova emprestada; l) instituição convencional de *Dispute Boards*; m) incorporação de regramentos arbitrais à atividade probatória; n) convenção sobre os custos da atividade probatória, dentre os quais, a possibilidade de estabelecimento de financiamento por terceiros.

27. Nas convenções quanto à produção extrajudicial de meios de prova não se revela possível a imposição do dever de colaboração para terceiros (art. 378 do CPC).

28. Quanto à valoração do acervo probatório, não se mostram possíveis convenções quanto à amplitude da cognição judicial ou que imponham ou excluam sentidos decisórios. Demonstra-se, todavia, possível a celebração de convenções quanto aos critérios de valoração da prova especificamente quanto à construção de presunções *hominis*.

29. As convenções probatórias são compatíveis com a tutela coletiva e estrutural, tendo como critério a utilidade dos ajustes para a decisão e como elemento de sopesamento a coisa julgada *secundum eventum probationem*.

30. As convenções processuais probatórias têm um papel relevante para a tutela dos direitos patrimoniais e existenciais no âmbito da jurisdição, pois o consenso entre os sujeitos participantes tende a colmatar lacunas no sistema normativo e a flexibilização consensual apresenta incremento de democracia e efetividade.

Percebe-se que as convenções processuais probatórias são uma realidade em nosso sistema jurídico, sobretudo após o advento do Código de Processo Civil de 2015, que trouxe um incremento à flexibilização consensual do procedimento, que tem sido verificada ao longo dos últimos anos.

Observados os limites de compatibilidade com o modelo constitucional de processo, não exauridos na enunciação do art. 190 do CPC, as convenções processuais probatórias figuram como instrumentos dotados de aptidão para auxiliar na tutela de direitos por meio da prestação jurisdicional adequada e efetiva dos direitos existenciais e patrimoniais e reclamam um aprofundamento quanto aos seus limites e possibilidades, como forma de estimular sua cultura por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público.

## REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e Processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ABREU, Rafael Sirangelo de. *Incentivos processuais: economia comportamental e nudges no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- ALBUQUERK, Luana Assunção de Araújo. TEIXEIRA, Vitor Amm. BUFULIN, Augusto Passamani. Processos estruturais e a relevância da cooperação processual como instrumento para dar efetividade à execução das decisões estruturais. In: CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de. BRAZ, Myriã Bregonci da Cunha. SANT' ANNA, Vinicius de Souza. (coord.). *Temas contemporâneos de direito processual*. Belo Horizonte: Dialética, 2021.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTR, 2014.
- ALVES, Tatiana Machado. Ensaio sobre a classificação das convenções probatórias. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). *Negócios processuais*. Coleção grandes temas do Novo CPC, vol.1. tomo. 02, Salvador: Juspodivm, 2019.
- ALVES, Tatiana Machado. *Gerenciamento processual no novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2019.
- ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 11ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- ALVIM, Teresa Arruda. Nulidades. In: ALVIM, Teresa Arruda. (coord.). *CPC em foco: temas essenciais e sua receptividade dois anos de vigência do novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- ANTÔNIO JÚNIOR, Luiz. *Manual de arbitragem: mediação e conciliação*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- ARENHART, Sérgio Cruz. A prova estatística e sua utilidade em litígios complexos. *Revista de Processo*, vol.1.000/2019, p.451-464, fev./2019.
- ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Os “acordos processuais” no novo CPC: aproximações preliminares. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. JOBIM, Marco Félix. (org.). *Desvendando o novo CPC*. 3ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix. (org.). *Processos estruturais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2021.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. *Revista de Processo Comparado*, vol.2/2015, p.211-229,

jul./dez/2015.

ARENHART, Sérgio. Ainda sobre a verdade no processo. IN: SALGADO, Daniel de Resende. KIRCHER, Luís Felipe Schneider. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Altos estudos sobre a prova no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2020.

ARSUFFI, Arthur Ferrari. *A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. Salvador: JusPodivm, 2019.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Concorrência de fontes, “diálogo das contes” e unidade da ordem jurídica. In: SILVA NETO, Francisco Antônio Barros. KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. CUNHA, Leonardo Carneiro da. ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. COSTA FILHO, Venceslau Tavares. (coord). *Relações e influências recíprocas entre direito material e direito processual: estudos em homenagem ao Professor Torquato Castro*. Salvador: JusPodivm, 2017.

ASSAD, Gilberto Ferreira Sandra Mara Flügel. Os poderes do juiz no processo civil moderno. *Revista de Processo*, vol.86/1997, p.285-294. abr./jun./1997.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia - campo invariável e campo-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.) *Negócios processuais*. Coleção grandes temas do Novo CPC. v.1. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais: existência, validade e eficácia: campo invariável e campos dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais”. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 224/2015, p.393-423, jun.2015.

AUILO, Rafael Stefanini. *Valoração judicial da prova no direito brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2021.

AVELINO, Murilo Teixeira. Normas processuais e normas materiais: uma dicotomia enfraquecida. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. MAZZEI, Rodrigo. (coord.). *Direito civil*. Coleção repercussões do Novo CPC, v.14. Salvador: JusPodivm, 2017.

AVELINO, Murilo Teixeira. Notas sobre a prova pericial no NCPC. In: MACÊDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. (org.) *Provas*. Coleção novo CPC Doutrina Seleccionada, v.3, 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

AZENHA, Nívia Aparecida de Souza. *Prova ilícita no processo civil*. Curitiba: Juruá, 2011

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ed. 14 tir. São Paulo: Saraiva, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2017.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Dos litígios aos processos coletivos estruturais: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira*. São Paulo: D'Plácido, 2020.

- BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BASTOS, Carlos Frederico. Fundamentação das decisões judiciais, consequências práticas e o art. 20 da LINDB. *Revista dos Tribunais*, vol.1.009/2019, p.99-120, nov./2019.
- BAZIOLI, Nilton Luiz de Freitas. Prova ilícita e o princípio da proporcionalidade. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. (coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BÉLTRAN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BÉLTRAN, Jordi Ferrer. *Valoração racional da prova*. trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm: 2021, p.82-88.
- BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda Editora, 2008.
- BODOART, Bruno. Ensaio sobre a prova pericial no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, vol. 244, p.33-57, jun./2015.
- BOMFIM, Daniela Santos. Comentários ao art. 432. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR., Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (coord.) *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. O exercício do direito de demandar pelo requerido em sede de arbitragem. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. YARSHELL, Flávio Luiz. SICA, Heitor Vitor Mendonça (coord.) *Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- BORGO, Maria Celia Nogueira Pinto e. *Convenções processuais em matéria de prova: interações do autorregramento da vontade das partes e dos poderes instrutórios do juiz no contexto do processo civil democrático*. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019.
- BOVO, Paula Ferreira. Financiamento de litígios judiciais por terceiros (“third party funding”): uma ótica processual. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, ano 14, vol. 21, n.02, p.342-366, mai./ago./2020.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- BRAGA, Paula Sarno. Comentários ao art. 464. In: WAMBIER, Tera Arruda Alvim. DIDIER JR. Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (coord). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BRAGA, Paula Sarno. Natureza das normas sobre prova: suas repercussões na eficácia da lei no tempo e no espaço. In: DIDIER JR., Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique. GOUVEA FILHO, Roberto. (coord). *Pontes de Miranda e o processo*. Salvador: JusPodivm, 2021.
- BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano

da existência. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 148, p.293-320, jun./2007.

BRASIL JR., Samuel Meira. CUNHA, Gabriel Sardenberg. Inversão do ônus da prova e o Código de Processo Civil de 2015: retrato da distribuição dinâmica. *Revista de Processo*, vol.283/2018, p.257-284, set./2018.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007.

BRASIL, *Lei 13.874 de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis n<sup>os</sup> 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei n<sup>o</sup> 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n<sup>o</sup> 5.452, de 1<sup>o</sup> de maio de 1943; revoga a Lei Delegada n<sup>o</sup> 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei n<sup>o</sup> 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei n<sup>o</sup> 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília, DF. Presidência da República.

BRASIL, *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF. Presidência da República.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Presidência. *Resolução n<sup>o</sup> 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Presidência. *Resolução n<sup>o</sup> 345, de 9 de outubro de 2020*. Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências. Brasília, DF.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório de planejamento e metas. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/>>. Acesso em 27/ago./2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução n<sup>o</sup> 118, de 1<sup>o</sup> de dezembro de 2014*. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Brasília, DF.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução n<sup>o</sup> 179, de 26 de julho de 2017*. Regulamenta o § 6<sup>o</sup> do art. 5<sup>o</sup> da Lei n<sup>o</sup> 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei 4.657 de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF. Presidência da República.

BRASIL. *Decreto-Lei n<sup>o</sup> 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília-DF. Presidência da República.

BRASIL. Exposição de motivos da lei 13.105/2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em 27/out/2019.

BRASIL. Exposição de motivos da Lei n<sup>o</sup> 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4&isAllowed=y>> Acesso em 27/jan./2020.

BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Presidência da República.

BRASIL. *Lei 10.444 de 7 de maio de 2002*. Altera a Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil. Brasília, DF. Presidência da República.

BRASIL. *Lei 10.522 de 19 de julho de 2002*. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Brasília, DF. Presidência da República.

BRASIL. *Lei 11.382, de 06 de dezembro de 2006*. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos. Brasília, DF. Presidência da República.

BRASIL. *Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006*. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências.

BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF. Presidência da República.

BRASIL. *Lei 13.129 de 26 de maio de 2015*. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF. Presidência da República.

BRASIL. *Lei 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de março de 1972; e revoga o §2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de do de julho de 1997.

BRASIL. *Lei 13.146/2015, de 06 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília-DF. Presidência da República.

BRASIL. *Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF. Presidência da República.

BRASIL. *Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF. Presidência da República.

BRASIL. *Lei 8.952 de 13 de dezembro de 1994*. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Brasília, DF. Presidência da República.

BRASIL. *Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF. Presidência da República.

BRASIL. *Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994*. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Brasília-DF. Presidência da República.

BRASIL. *Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF. Presidência da República.



BRASIL. *Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF. Presidência da República.

BRASIL. *Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF. Presidência da República.

BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Brasil: Presidência da República.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF. Presidência da República.

BRASIL. *Medida Provisória 2.200-2 de 24 de agosto de 2011*. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia e dá outras providências. Brasília, DF. Presidência da República.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EResp 617.428/SP*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 04/06/2014, DJe 17/06/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.810444/SP*, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23/02/2021, DJe 28/04/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.854.842/CE*. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 02/06/2020, DJe 04/06/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.524.130/PR*, Terceira Turma; Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 03/12/2019, DJE 06/12/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1113175/DF*, Rel. Ministro Castro Meira, Corte Especial, julgado em 24/05/2012, DJe 07/08/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1738656/RJ*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/12/2019, DJe 05/12/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1817845/MS*, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10/10/2019, DJe 17/10/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 591*: É permitida a prova emprestada no processo administrativo disciplinar, desde que previamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa. DJe 18/09/2017

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *AI 0661641-68.2021.8.13.0000*; Décima Sexta Câmara Cível; Rel. Des. José Marcos Vieira; Julg. 20/10/2021; DJEMG 21/10/2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível 0019654-50.2017.8.13.0515*; Piumhi; Décima Segunda Câmara Cível; Rel. Des. José Flávio de Almeida, julgado em 22/04/2020, DJEMG 06/05/2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *AC 0002135-72.2019.8.26.0566*; Ac. 13473330; São Carlos; Trigésima Segunda Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Luis Fernando Nishi; Julg. 13/04/2020; rep. DJESP 16/04/2020; Pág. 2739.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *AI 2095455-94.2019.8.26.0000*; Ac. 12518258; São Paulo; Décima Nona Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Hamid Bdine; Julg. 22/05/2019; DJESP 03/06/2019; Pág. 2166.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *AI 2128291-57.2018.8.26.0000*; Ac. 12640099; São Paulo; Segunda Câmara de Direito Privado; Rel<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Rosangela Telles; Julg. 28/05/2012; DJESP 16/07/2019; Pág. 1844.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *AI 2143515-35.2018.8.26.0000*; Ac. 11707000; São Paulo; Trigésima Terceira Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Sá Moreira de Oliveira; Julg. 13/08/2018; DJESP 17/08/2018; Pág. 2501.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *AI 2172453-40.2018.8.26.0000*; Ac. 12235526; São Paulo; Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial; Rel. Des. Claudio Godoy; Julg. 18/02/2019; DJESP 26/02/2019; Pág. 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *AI 2194980-20.2017.8.26.0000*; Ac. 12711210; Ourinhos; Nona Câmara de Direito Privado; Rel<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Angela Lopes; Julg. 29/07/2019; DJESP 06/08/2019; Pág. 1870.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *AI 2195708-27.2018.8.26.0000*; Ac. 12231716; São Paulo; Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial; Rel. Des. Sérgio Shimura; Julg. 18/02/2019; DJESP 26/02/2019; Pág. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *AI 2203562-72.2018.8.26.0000*; Ac. 12242274; São Paulo; Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial; Rel. Des. Cesar Ciampolini; Julg. 20/02/2019; DJESP 01/03/2019; Pág. 1889.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *AI 2205760-82.2018.8.26.0000*; Ac. 12189692; São Paulo; Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial; Rel. Des. Sérgio Shimura; Julg. 04/02/2019; DJESP 14/02/2019; Pág. 2412.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *AI 2233478-88.2017.8.26.0000*; Ac. 11305894; São Paulo; Trigésima Câmara de Direito Privado; Rel<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Maria Lúcia Pizzotti; Julg. 21/03/2018; DJESP 28/03/2018; Pág. 2385.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *AI 2233954-58.2019.8.26.0000*; Ac. 13429711; São Paulo; Vigésima Quinta Câmara de Direito Privado, Rel<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Carmen Lucia da Silva, julgado em. 12/03/2020; DJESP 01/04/2020; Pág. 2433.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *AI 2265563-25.2020.8.26.0000*; Ac. 14273616; Campinas; Vigésima Segunda Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Alberto Gosson; Julg. 12/01/2021; DJESP 27/01/2021; Pág. 2721.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *AI 2274654-76.2019.8.26.0000*; Ac. 13313364; Nazaré Paulista; Quarta Câmara de Direito Público; Rel. Des. Paulo Barcellos Gatti; Julg. 03/02/2020; DJESP 18/02/2020; Pág. 3193.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *AI 2281669-96.2019.8.26.0000*; Ac. 14323186; São Paulo; Vigésima Quinta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Almeida Sampaio; Julg. 28/01/2021; DJESP 08/02/2021; Pág. 2233.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *AI 0008933-09.2019.8.08.0030*, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Subst. Raimundo Siqueira Ribeiro, julgado em 10/03/2020; DJES 17/03/2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *Apl 0015143-50.2012.8.08.0021*; Terceira Câmara Cível; Rel<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Eliana Junqueira Munhos Ferreira; Julg. 24/04/2018; DJES 04/05/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AI 0007165-35.2019.8.19.0000*; Rio de Janeiro; Vigésima Segunda Câmara Cível; Rel<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Odete Knaack de Souza; DORJ 24/04/2019; Pág. 545.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AI 0027500-75.2019.8.19.0000*; Campos dos Goytacazes; Décima Sétima Câmara Cível; Rel<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Marcia Ferreira Alvarenga; DORJ 02/08/2019; Pág. 686.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AI 0056916-25.2018.8.19.0000*; Rio de Janeiro; Décima Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Mauro Pereira Martins; DORJ 01/02/2019; Pág. 600.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *APL 0011211-63.2016.8.19.0003*; Angra dos Reis; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Custodio de Barros Tostes; Julg. 17/10/2017; DORJ 20/10/2017; Pág. 244.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 23<sup>a</sup> Região. *ROT 0000152-94.2019.5.23.0041*, Rel. Des. Nicanor Fávero, DEJTMT 06/02/2020; Pág. 985.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR 0147300-49.2012.5.13.0004*; Terceira Turma; Rel. Min. Alexandre de Souza Agra; DEJT 27/10/2017; Pág. 1945.

CABRAL, Antonio do Passo. Autocomposição e litigância de massa: negócios jurídicos processuais nos incidentes de resolução de casos repetitivos. *Revista de Processo*, vol. 325/2022, p.479-498, mar./2022.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre os custos da litigância (II): introdução ao seguro e ao financiamento processuais. *Revista de Processo*, vol.277/2018, p.47-78, mar.2018.

CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”. *Revista de Processo*, vol.259/2016, p.471-489, set./2016.

CABRAL, Antonio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. *Civil Procedure Review*, vol.12, n.2, p.69-102, mai./ago./2021.

CABRAL, Antonio do Passo. Negócio de certificação: introdução, objeto e limites. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol.29, ano 8., p.89-145, out./dez./2021.

CABRAL, Antonio do Passo. *Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo*: introdução ao art. 23 da LINDB. 2ed. Salvador: JusPodivm,2021, p.56-60.

CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. *Revista de Processo*, vol.256/2016, p.117-140 mai./2016.

CABRAL, Thiago Dias Delfino. Os comitês de resolução de disputas (dispute boards) no

sistema multiportas do código de processo civil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol.59/2018, p.33-53, out./dez./2018.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de. A admissibilidade dos meios de prova ilícitos no processo civil: uma análise a partir da conformação contemporânea dos poderes instrutórios do juiz e da técnica de ponderação do art. 489, § 1º do CPC/2015. *Revista de Direito Brasileira*, v.25, n.10, p.366-384, jan./abr./2020.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de. Notas sobre o dever de auxílio judicial às partes no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, vol.316, p.63-85, jul.2021.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Case management no Brasil. *Revista ANNEP de Direito Processual*, vol.01, n.02, p.13-27, jun./dez./2020.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenção das partes sobre matéria processual. *Revista de Processo*, vol.241/2015, p.489-516, mar./2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções processuais sobre a mediação e o mediador. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord). *Negócios processuais. Coleção grandes temas do Novo CPC*, v.1. tomo. 2. Salvador: Juspodivm, 2020.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. In: *Podem as partes convencionar sobre a atividade probatória do juiz?*, 2017, disponível em <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/485490334/podem-as-partes-convencionar-sobre-a-atividade-probatoria-do-juiz>>, acesso em 17/out/2021.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. 2ed. Indaituba: Foco, 2021.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. O poder de autorregramento da vontade no contexto da mediação e da conciliação. In: MARCATO, Ana. GALINDO, Beatriz. GÓES, Gisele Fernandes. BRAGA, Paula Sarno. APRIGLIANO, Ricardo. NOLASCO, Rita Dias. (org.) *Negócios processuais*. Coletânea mulheres no processo civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2017.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. Coleção grandes temas do novo CPC, vol. 01, tomo 01, 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

CADIET, Löic. Los acuerdos procesals em derecho francês: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia em Francia. *Civil Procedure Review*, v.3, n.3, pág.03-35, ago./dez./2012.

CADIET, Löic. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras*. trad. Daniel Mitidiero, Bibiana Gava Toscano de Oliveira, Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CALDAS, Adriano. JOBIM, Marco Félix. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In:

JOBIM, Marco Félix. FERREIRA, William Santos. *Direito Probatório*. Coleção Grandes temas do novo CPC, vol. 05, 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, vol.1, 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Opinião: Novo CPC ampliou sobremaneira os poderes do juiz*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-23/alexandre-freitas-camara-cpc-ampliou-poderes-juiz>>. Acesso em 06/jan./2022.

CÂMARA, Helder Moroni. *Negócios jurídicos processuais: condições, elementos e limites*. São Paulo: Almedina 2018.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Comentários ao art. 84. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR., Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. (coord). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014.

CAMBI, Eduardo. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. *Revista de Processo*, vol.245/2015, p.425-444, jul.2015.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz. NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAMERON, Nancy J. *Práticas colaborativas: aprofundando o diálogo*. trad. Alexandre Martins. São Paulo: Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas, 2019.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v.XII.

CARDOSO, Juliana Provedel. *O modelo brasileiro de processo coletivo: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Salvador: JusPodivm, 2018.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil: parte geral: o conceito jurídico de prova*. trad. Almicare Carletti. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. v.01. trad. Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARPES, Arthur Thompsen. *Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CARVALHO FILHO, Antonio. Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual. In: SOUZA JR, Antonio Carlos F. de Souza. SOUZA FILHO, Antonio Carvalho. MARANHÃO, Clayton. DIDIER JR, Fredie. GOUVEIA FILHO, Roberto Campos P. (coord). *Diálogos de teoria do direito e processo*. Salvador: Juspodivm, 2018.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. Tese de Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2009.

CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Contribuições dos princípios do processo civil transnacional Eli/Unidroit para a cooperação processual no CPC/2015. In: CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de. BRAZ, Myriã Bregonci da Cunha. SANT'ANNA, Vinícius de Souza. (coord). *Temas contemporâneos de direito processual*. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de. CARVALHO, Tatiana Freitas de Almeida Ivens de. Virtualização dos métodos auto e heterocompositivos para solução dos conflitos. IN: BUFULIN, Augusto Passamani. (coord.) *Questões atuais de Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de. Reflexões sobre a participação do magistrado nas convenções processuais. In: SILVESTRE, Gilberto Fachetti. OLSEN, Marco Antonio Lopes. DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. GONÇALVES, Tiago Figueiredo. (org.). *Temas atuais de direito II: estudos em homenagem aos 90 anos do Curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo*. Curitiba: Brazil Publishing, 2020.

CASTRO, Cássio Benvenuto de. *Direito probatório: o pêndulo entre a verdade e a prova*. Curitiba: Juruá, 2018.

CERQUEIRA, Társis Silva de. *O procedimento comum e sua relação com os procedimentos especiais: a análise do conteúdo normativo do art. 327, § 2º, do Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2020.

CITOLIN, Eduardo Tonin. O ônus probatório nas lides ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, vol.69/2013, p.227-247, jan./mar./2013.

CLARO, Viviane da Costa Barreto. *A positivação da arbitragem na Administração Pública*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/225329/a-positivacao-da-arbitragem-na-administracao-publica>>. Acesso em 03/jan./2022.

COIMBRA, Francisco Jorge Gemaque. *Juiz, Prova e Instrução Probatória nos processos: à luz do Civil Law e do Common Law*. Curitiba: Juruá, 2018.

CORDEIRO, Adriano C. *Negócios jurídicos processuais no novo CPC: das consequências do seu descumprimento*. Curitiba: Juruá, 2017.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra. COSTA, Leonardo Dantas. A prova emprestada no direito processual brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 277/2018, p.197-233, mar/2018.

COSTA, Daniel Carnio. MELO, Alexandre Nasser de. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. Curitiba: Juruá, 2021.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*, São Paulo, vol.212/2012, p.25-56, out.2012.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). *Negócios processuais*. Coleção grandes temas do Novo CPC, vol. 01, tomo 01, 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

COSTA, Judith Martins. *A Boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenção de terceiros*. Salvador: Juspodivm, 2018.

COSTA, Susana Henriques da. Comentários ao art. 327. In: CABRAL, Antonio do Passo.

- CRAMER, Ronaldo. (coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- COSTA, Susana Henriques. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no Município de São Paulo. In: PUOLI, José Carlos Baptista. BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. LEONEL, Ricardo Barros. (coord.). *Direito processual constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ed. Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1958.
- CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol.223/2014, p.65-84, jul./2014.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. CABRAL, Trícia Navarro Xavier, A abrangência objetiva e subjetiva da mediação. *Revista de Processo*, vol.287/2019, p.531-552, jan./2019.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 190. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. (coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 190. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. IN: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). *Negócios Processuais*. Coleção grandes temas do Novo CPC. Tomo 01, 3ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. Relatório apresentado no I Congresso Peru-Brasil de Direito Processual. Mimeografado.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Normas fundamentais no novo CPC brasileiro. In: SILVA, João Calvão da. CUNHA, Leonardo Carneiro da. CAPELO, Maria José. THOMAZ, Osvir Guimarães (org.). *Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*. São Paulo: Forense, 2017.
- DELFINO, Lúcio. Cooperação processual: inconstitucionalidades e excessos argumentativos – trafegando na contramão da doutrina. *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 24, n 93, p.149-168, mar/2016.
- DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual – Parte III. *Revista de Processo*, vol.249/2015, p.141-172, nov./2015
- DIAS, Luciano Souto. *O poder instrutório do julgador na fase recursal do processo civil: em busca da verdade provável*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, 2017.
- DIAS, Luciano Souto. *Poderes instrutórios do julgador na fase recursal do processo civil: em busca da verdade*. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A constitucionalização do novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre. (coord.). *Normas Fundamentais*. Coleção grandes temas do novo CPC, Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR. Fredie. *Regras processuais no Código Civil*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. *Revista de Processo*, vol.234/2014, p.33-61, ago./2014.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. Comentários ao art. 482 do código de processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR., Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (coord). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. v.02. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: JusPodivm, 2018

DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. In: DIDIER JR, Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista Internacional de Estudios de Derechecho Procesal y Arbitraje*, n 02, 2010, p.03.

DIDIER JR., Fredie. Comentários ao art. 1º do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo (coord). *Comentários ao novo código de processo civil*, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie. Comentários ao art. 8º do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol.01, 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v.1., 22ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DIDIER JR., Fredie. FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa*. Salvador: JusPodivm, 2022.

DIDIER JR., Fredie. LIPIANI, Júlia. ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018.

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

DIDIER JR., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n.73, p.115-132, jul./set./2019.

DIDIER JR., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. O uso da tecnologia blockchain para



arquivamento de documentos eletrônicos e negócios probatórios segundo a lei de liberdade econômica. In: NUNES, Dierle. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. WOLKART, Erik Navarro. (coord.). *Inteligência artificial e direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2020.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, vol. 198/2011, p.213-226, ago./2011.

DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada da prova. In: JOBIM, Marco Félix. FERREIRA, William Santos. *Direito Probatório*. Coleção Grandes temas do novo CPC, vol. 05, 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie. *Regras processuais no Código Civil*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR, Hermes. Justiça multiportas e tutela adequada em litígios complexos: autocomposição e os direitos coletivos. In: ZANETI JR., Hermes. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (coord.) *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies do processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, vol.256/2016, p.209-218, jun.2016.

DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 303/2020, p.45-81, mai./2020.

DINAMARCO, Cândido José. *A instrumentalidade do processo*. 5ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 02, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v.2., 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.1, 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. *Negócio jurídico processual na recuperação judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

DORIA, Rogéria Dotti. O direito à prova e a busca da verdade material. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. (coord). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DUARTE, Leonardo de Faria. Ponderações sobre a ponderação – o §2º do art. 489 do novo código de processo civil. In: FILHO, Antônio Carvalho. SAMPAIO JÚNIOR, Herval. (coord.). *Os Juizes e o novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2017.

- DUARTE, Zulmar. A verdade sobre a prova. In: JOBIM, Marco Félix. FERREIRA, William Santos. (coord.). *Direito Probatório*. Coleção grandes temas do novo CPC. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- EROLES, Pedro. *Boa-fé objetiva nos contratos: especificação normativa, cogência e dispositividade*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- EXPOSITO, Gabriela. *A capacidade processual da pessoa com deficiência intelectual*. Salvador: JusPodivm, 2019.
- FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios processuais no modelo constitucional de processo*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- FARIAS, Bianca Oliveira. FERREIRA, Daniel Brantes. Os poderes do juiz: análise comparativa entre CPC e o CPP. In: PORTO, José Roberto Sotero de Mello. RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. (coord). *Direito processual contemporâneo: estudos em homenagem a Humberto Dalla Bernardina de Pinho*. Rio de Janeiro: LM, 2018.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- FERNANDES, Jorge Luiz Reis. *Cooperação: os deveres do juiz e das partes no novo código de processo civil*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- FERREIRA, William Santos. Comentários ao art. 369. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER, JR., Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. (coord). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- FERREIRA, William Santos. Comentários ao art. 373. In: WAMBIER, Tera Arruda Alvim. DIDIER JR., Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (coord). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FONSECA, Carlos Simões. *Sincretismo processual e acesso à justiça*. São Paulo: LTR, 2009.
- FRIO, Nikolai Bezerra. *Função social das convenções processuais: uma análise no plano da validade*. Belo Horizonte: Dialética, 2021.
- FUX, Luiz. BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- FUX, Luiz. BODOART, Bruno. Notas sobre o Princípio da Motivação e a Uniformização da Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil à luz da Análise Econômica do Direito. *Revista de Processo*. vol. 269/2017, p.421-431. Jul/2017.
- FUX, Luiz. Juízo 100% digital e a vocação da moderna atividade jurisdicional. In: FUX, Luiz. ÁVILA, Henrique. CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Tecnologia e Justiça*

*multiportas*. Indaiatuba, Foco: 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Contratos, teoria geral*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários ao art. 190. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. DELLORE, Luiz. ROQUE, André Vasconcelos. OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015*. vol.01, São Paulo: Forense, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários ao artigo 139. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC. *Revista de Informação Legislativa*, ano 48, °190, abr.-jun./2011, p.163-177.

GARCIA, Ismar Estulano. *Psicografia como prova jurídica*. Goiana: AB Editora.

GEISE, Thomas Vogt. La distinción entre esclarecimiento probatório y esclarecimiento preparatório em el proceso civil. *Quaesto facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*. n.3, p.159-173, 2022.

GIANINI, Leandro. La reafirmación del rol del habeas corpus colectivo como litigio estructural: lograr el equilibrio sin destruir la balanza. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol.3.2016, jan./jun.2016.

GIANNICO, Maricé. *A prova no Código Civil: natureza jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIANNICO, Maricé. *A prova no código civil: natureza jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. In: MACEDO, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. (org.). *Provas*. Coleção Novo CPC doutrina selecionada, v.3. 2ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Cotejo entre o direito à prova e a proibição de provas obtidas por meios ilícitos. In: FUX, Luiz. NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Processo e constituição. estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. *Teoria geral do processo*. Trad. Mauro Fonseca Andrade, Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, Tiago Figueiredo. MAZZEI, Rodrigo Reis. A ordem dos processos no tribunal. In: GARCIA JÚNIOR, Vanderlei (coord.). *Recursos e processos nos Tribunais*. Coleção inovações no processo civil brasileiro. Curitiba. Juruá, 2017.

GORETTI, Ricardo. *Gestão adequada de conflitos: do diagnóstico à escolha do método para cada caso concreto*. Salvador: Juspodivm, 2019.

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Sobre o negócio jurídico de espraçamento sentencial. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 25, n. 100, p. 253-290, out./dez. 2017.

GOUVEIA, Lucio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 172/2009, p.32-53, jun./2009.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. BRANCO, Dóris Castelo. A prova emprestada entre processos com partes diferentes. *Revista de Processo*, vol. 289/2019, p.137-164, mar/2019.

GRECO, Leonardo. Atos de disposição processual. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. 1.ed. Out./dez./2007.

GRECO, Leonardo. Contraditório efetivo (art. 7º). *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol.15, p.299-310, jan./jul./2015.

GREGGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. (tradução de Ronaldo Kochem) In: DIDIER JR., Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre (coord). *Normas Fundamentais* (Coleção grandes temas do novo CPC), Salvador: JusPodivm, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. LAGRASTA, Valeria Ferioli. Comentários ao art. 30. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. CURY, Cesar Felipe. *Lei de mediação comentada artigo por artigo*. 2ed. Indaiatuba: Foco, 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol.04/1993, p.60-69, out./dez./1993.

GUERRA, Marcelo Lima. Sobre as noções probatórias básicas. In: MACÊDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. (org.). *Provas*. Coleção novo CPC Doutrina Seleccionada, v.03, Salvador: Juspodivm, 2016.

GUSELLA, Gabriela Azeredo. *O controle judicial das convenções processuais pela manifesta vulnerabilidade da parte*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, 2020.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v.1. trad. Flávio Beno Sebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

HILL, Flávia Pereira. A produção antecipada da prova para a busca de bens no patrimônio do devedor: rumo a uma execução mais efetiva e racional. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v.22, n.02, p.302-322, mai./ago./2021.

HOMLES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

JÚDICE, José Miguel. SOUSA, IÑAKI PAIVA. *As regras processuais do hot-tubbing*. Disponível em

<[https://www.plmj.com/xms/files/v1\\_antigos\\_anteriores\\_a\\_abr2019/Artigos\\_Opiniao/2015/As\\_regras\\_processuais\\_do\\_Hot\\_Tubbing\\_parte2.pdf](https://www.plmj.com/xms/files/v1_antigos_anteriores_a_abr2019/Artigos_Opiniao/2015/As_regras_processuais_do_Hot_Tubbing_parte2.pdf)> . acesso em 11/dez./2021.

- JUNOY, Joan Picó I. *O Juiz e a Prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual.* trad. Darci Guimarães Ribeiro. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* trad. João Baptista Machado, 8 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. In: KNIJNIK, Danilo. (coord.). *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (koperationsmaxime). In: DIDIER JR., Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre (coord). *Normas fundamentais* (coleção grandes temas do Novo CPC), Salvador: JusPodivm, 2016.
- KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo.* 2ed. Salvador: Juspodivm, 2013.
- KONDER, Carlos Nelson. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro.* Tese de doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009.
- LACERDA, Maria Francisca dos Santos. *Ativismo-cooperativo na produção de provas.* São Paulo: LTR, 2012.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos.* 15ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- LEMOS, Vinícius Silva. A desistência no microsistema de formação de precedentes. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, v.13, n.9, p.602-624, set./out./2015.
- LIMA, Renata Rodrigues Silva e. *Limites dos negócios jurídicos processuais: um estudo sobre o objeto das convenções atípicas.* Curitiba: Dialética, 2021.
- LIPIANI, Júlia. SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre mediação e conciliação. IN: ZANETI JR., Hermes. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (coord.). *Justiça multipostas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos.* Coleção grandes temas do Novo CPC. v.09, 2ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil. v.1* 9ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil.* 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil.* 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- LOPES, João Batista. *Manual das provas no processo civil.* São Paulo; Kenedy Editora e Distribuidora LTDA, 1974.
- LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. V, jan.-jun./2010, p.389-402.
- LUCCA, Rodrigo Ramina de. Comentários ao art.565. In: In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR., Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (coord.) *Breves*

- comentários ao novo código de processo civil*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Comentários ao art. 372. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. (coord). *Comentários ao novo código de processo civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Prova pericial no CPCP2015. *Revista de Processo*, vol.267/2017, p.211-223, mai./2017.
- LUCON, Paulo Henrique Santos. Comentários ao art. 357. In: TUCCI, José Rogério Cruz e FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. DOTTI, Rogéria Fagundes. MARTINS, Sandro Gilbert. (coord.). *Código de processo civil anotado*. 3ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.
- MACÊDO, Lucas Buriel. PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Juspodivm, 2014.
- MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: JusPodivm, 2014.
- MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto de novo código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre. DANTAS, Bruno. NUNES, Dierle. DIDIER JR., Fredie. MEDINA, José Miguel Garcia. FUX, Luiz. Camarco, Luiz Henrique Volpe. OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (coord.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*, vol. III, Salvador: Juspodivm, 2014.
- MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MAFFESSIONI, Behlua. *Convenções processuais probatórias e os poderes instrutórios do juiz*. Salvador: Juspodivm, 2021.
- MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. *Convenção processual na tutela coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A arbitragem, a mediação e a conciliação enquanto meios de prevenção e solução de conflitos, e seu manejo no âmbito do Poder Público. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. YARSHELL, Flávio Luiz. SICA, Heitor Vitor Mendonça (coord.). *Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- MARÇAL, Felipe Barreto. *Processos estruturantes*. Salvador: JusPodivm, 2021.
- MARINONI, Luis Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre a prova diante dos fins do processo civil. *Revista de Processo*, vol.288/2019, p.127-153. fev./2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil (art. 369 ao 380)*, vol. VI. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*, 3 ed., v.02, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MARTINS, André Chateaubriand. A prova pericial no NCPC. In: MACÊDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. (org.). *Provas*. Coleção novo CPC Doutrina Seleccionada, v.3, 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MARTINS, Carolina Azevedo. A Justiça multiportas e os meios adequados de solução de controvérsias: além do óbvio. *Revista de Processo*, vol.279/2019, p.399-417, nov./2019.
- MATARASSO FILHO, Henri. Negócios jurídicos processuais e provas. In: DINAMARCO, Pedro da Silva. MATHEUS, Rodrigo. TUCCI, Rogério Lauria Marçal. LOTUFO, João Luís Zaratín. *Provas no novo CPC*. São Paulo: Editora IASP, 2017.
- MAZZEI, Rodrigo. CHAGAS, Bárbara Seccato Rui. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 24, n 95, p.245-267, jul./set./2016.
- MAZZEI, Rodrigo. CHAGAS, Bárbara Seccato Rui. Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). *Negócios processuais*. Coleção Grandes temas do Novo CPC. 3ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- MAZZEI, Rodrigo. *Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Londrina: Thoht, 2021.
- MAZZEI, Rodrigo. FIGUEIREDO, Tiago Gonçalves. Ensaio sobre o processo de execução e o cumprimento da sentença como bases de importação e exportação no transporte de técnicas processuais. In: ASSIS, Araken de. BRUSCHI, Gilberto Gomes. (coord.). *Processo de execução e cumprimento da sentença: temas atuais e controvertidos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- MAZZEI, Rodrigo. O (desconhecido) arrolamento comum: peculiaridades procedimentais e sua aplicação. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. ano VIII, n.45, p.05-28, nov./dez./2021.
- MAZZOLA, Marcelo. *Sanções premiais no processo civil: previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial*. Salvador: JusPodivm, 2022.
- MEDEIROS JÚNIOR, Leonardo. *Processo estrutural consequencialista: a intervenção judicial em políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MEJIAS, Lucas Britto. *Controle da atividade do árbitro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle judicial* 2ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 22ed. São Paulo: Saraiva, 2019

- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 15ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, ano 16, n.3, jul.set.2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDES, Sônia Maria Broglia. *A validade jurídica pré e pós Giro Linguístico*. São Paulo: Noeses, 2007.
- MENEZES, Paula Bezerra de. *Novos rumos da prova pericial*. Rio de Janeiro: 7Letras, 2014.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV, 3 ed. atual. Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo III, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo IV, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II. São Paulo: Memória Jurídica, 2005.
- MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro. *Revista do Advogado*, n 126, p.47-52, 2015.
- MITIDIERO, Daniel. A justiça civil no brasil entre a constituição de 1988 e o código reformado. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. DE FARIA, Juliana Cordeiro. MARX NETO, Edgard Audomar. NORATO REZENDE, Ester Camila Gomes. (org.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, vol.206/2012, p.61-78, abr./2012.
- MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol.245/2015, p.333-349, jul.2015.
- MITIDIERO, Daniel. *Processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- MONTORO, Marcos André Franco. Comentários ao art. 400. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho DOTTI, Rogéria Fagundes. MARTINS, Sandro Gilbert. (coord.). *Código de processo civil anotado*. 3ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa nos contratos. In: *Na medida da pessoa humana:*



*estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

MORAIS, Fabíola Vianna. Privatização do direito processual civil? In: MORAES, Fabíola Vianna. GOMES, Fábio Luiz. (org.). *Diálogos do novo direito processual civil*. São Paulo: Almedina, 2019.

MORAIS, Fabíola Vianna. Privatização do direito processual civil? In: MORAIS, Fabíola Vianna. GOMES, Fábio Luiz. (org.). *Diálogos sobre o novo direito processual civil*. São Paulo: Almedina, 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista dos Tribunais*, vol. 84/1996, p.144-155, out./dez./1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*, vol.37/1985, p.140-150, jan./mar./1985.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *Revista de Processo*, vol. 33/1984, p.182-191, jan./mar./1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Miradas sobre o processo civil contemporâneo. *Revista de Processo*, vol.79/1995, p.142-153, jul./set./1995.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, vol.35/1984, p.178-184, jul./set./1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, vol. 41/1986, p.07-14, jan./mar./1986.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. *Revista de Processo*, vol.76, p.114/126.

MOREIRA, Victória Hoffmann. PEIXOTO, Juliene de Souza. Negócios jurídicos processuais e os poderes instrutórios do juiz. In: MARCATO, Ana. GALINDO, Beatriz. GÓES, Gisele Fernandes. BRAGA, Paula Sarno. APRIGLIANO, Ricardo. NOLASCO, Rita Dias. *Negócios processuais. Coletânea mulheres no processo civil brasileiro*. v.1. Salvador: Juspodivm, 2017.

MOSMANN, Mariá Victória. Convenciones procesales en Argentina: introducción a la teoría de los acuerdos procesales. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais. Coleção grandes temas do novo CPC*, vol.1, tomo 2. Salvador: JusPodivm, 2020.

MOTTA, Otávio. Teoria da decisão jurídica e prova: justificação da admissibilidade e valoração probatória. In: MITIDIERO, Daniel. ADAMY, Pedro. *Direito, razão e argumento: a reconstrução dos fundamentos democráticos e republicanos do direito público com base na Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2020.

MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2006.

MOUSSALEM, Tarek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005.

MULLER, Júlio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

MUNDIM, Luis Gustavo Reis. A cooperação processual no modelo constitucional de processo. *Revista Acadêmica de Direito do Recife*, vol. .89, n 02, p.75-101, jul.-dez./2017.

NEITZKE, Hélintha Coeto. *Limites e possibilidades para a propositura das convenções processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

- NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- NISS, Lucy Toledo das Dores. Contrato tipo e contrato de adesão. *Doutrinas Essenciais de Obrigações e Contratos*, v.03, p.259-279, jun./2011.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. Comentários ao Enunciado 412. In: PEIXOTO, Ravi (coord.) *Enunciados FPPC comentados*. 2ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. Gestão da execução por meio de negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol.286/2018, p.325-342, dez./2018.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais no código de processo civil de 2015*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1. ed. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.
- NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre. Pedron, Flávio Quinaud. *Teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Notas acerca dos negócios jurídicos processuais atípicos – Parte I: custos operacionais. *Revista de Processo*, vol.283/2018, p.39-54, set.2018.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da UFRGS*, nº26, 2006, p.59-87.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, vol.71/1993, p.31-38, jul.-set./1986.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e a visão cooperativa do processo, *Revista da Ajuris*, ano XXX, nº 90, p.56-84, jun./2003.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Presunções e ficções no direito probatório. *Revista de Processo*, vol.196/2011, p.10-13, jun./2011.
- OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- OSNA, Gustavo. “Contratualizando o processo”: três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, ano 14, vol. 21, mai./ago.2019. p.263-185.
- PACHECO, Marcelo. Princípio da cooperação e processo civil do arco-íris. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/novo-cpc-principio-da-cooperacao-e-processo-civil-do-arco-%C2%ADiris-27042015> . Acesso em 04/jan./2022
- PALACIOS, Miguel Ferreira. *Prova técnica simplificada e justiça: abordagem à luz do princípio da eficiência no Código de Processo Civil*. Curitiba: Dialética, 2021.
- PANTOJA, Fernanda Medina. Convenções pré-processuais para a concepção de procedimentos preliminares extrajudiciais. In: MARCATO, Ana. GALINDO, Beatriz. GÓES,

- Gisele Fernandes. BRAGA, Paula Sarno. APRIGLIANO, Ricardo. NOLASCO, Rita Dias. *Negócios Processuais*. Coletânea mulheres no processo civil brasileiro, v.1. Salvador: Juspodivm, 2017.
- PASSOS, Joaquim José Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- PEIXOTO, Ravi. Os caminhos e descaminhos do princípio do contraditório: a evolução histórica e a situação atual. *Revista de Processo*, vol.294/2019, p.121-145, ago./2019.
- PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021.
- PENÃ, Eduardo Chemale Selistre. *Poderes e atribuições do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PENOSA, Luca. Gli accordi processuali in Italia. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). *Negócios processuais*. Coleção grandes temas do novo CPC. vol.1, tomo 1, 3ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- PEREIRA, Laíz Zumach Lemos. *Uma proposta de redefinição científica do conceito de “prova emprestada”*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, 2017.
- PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunções*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- PERES, Pedro Quintaes. *A justa decisão como limite de validade dos negócios jurídicos processuais probatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Milão: Giuffré Editore, 2009.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PINHEIRO, Fernanda Letícia Soares. *Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil*. Curitiba: Juruá, 2010.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. SOUZA, Mariana Freitas de. Primeiras impressões sobre a confidencialidade e suas exceções na lei de mediação brasileira. In: ZANETI JR., Hermes. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (coord.). *Justiça multiportas*. Coleção grandes temas do novo CPC. 2ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol.06/2005, p.25-36, jul./set./2005.
- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene Editore, 2014.
- POLI, Roberto. La nullita' degli atti processuali: considerazione iniziali e principi sulla forma (parte 1/4). *Revista de Processo*, vol.296/2019, p. 317 – 349, out./ 2019.
- PORTO, Guilherme Athayde. *O direito de não produzir prova contra si: a prova desabonatória*. Salvador: JusPodivm, 2021.
- PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Princípio da eficiência processual e direito à boa jurisdição. *Revista de Processo*, vol.275/2018, p.89-117, jan./2018.

- PORTO, Sérgio Gilberto. *Processo civil contemporâneo: elementos, ideologia e perspectivas*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- POSNER, Richard. *Fronteiras da teoria do direito*. Tradução Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camarco, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- PUGLIESE, William Soares. PESSOA, Thiago Simões. Os negócios processuais probatórios e suas limitações. *Revista de Processo*, vol.314/2021, p.117-137, abr./2021.
- RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- RABELO, Manuel Alves; PEREIRA, Lais Zumach. A prova emprestada e o contraditório no novo código de processo civil. *Revista Jurídica*, ano 64, n. 466, p.19-23, ago./2016.
- RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. *As provas como instrumentos de efetividade no processo civil*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- RAMOS, Newton. *Poderes do juiz no processo civil e sua conformação constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2019.
- RAMOS, Vitor de Paula. Comentários ao Enunciado 50. In: PEIXOTO, Ravi. (coord). *Enunciados FPPC comentados*. 2ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. *Revista de Processo*, vol.224/2013, p.41-61, out./2013.
- RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento de produção “antecipada” de provas sem requisito de urgência no novo CPC: a teoria dos jogos e a impossibilidade de acordos sem a calculabilidade de riscos. *Revista de Processo*, vol. 263/2017, p.313-332, jan./2017.
- RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- RAMOS, Vitor de Paula. *Prova documental: do documento aos documentos. Do suporte à informação*. Salvador: JusPodivm, 2021.
- RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018
- RAVAGNANI, Giovani. *Provas negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- REGGIANI, Gustavo Mattedi. *Improcedência liminar do pedido no novo CPC: causas típicas e atípicas*. Curitiba: Juruá, 2018.
- REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- REICHEL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- REICHEL, Luis Alberto. O direito fundamental à prova e os poderes instrutórios do juiz. *Revista de Processo*, vol. 281/2018, p. 171-185, jul./2018.

- RETAMOSO, Mariana Borges. A (in)eficácia da prova emprestada. *Revista de Direito Privado*, vol.41/2010, p.152-222, jan-mar.2010.
- RETES, Tiago. *Convenções processuais sobre recursos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- REZENDE, Adriadi Sandrini. MANSUR, João Paulo. VICENZI, Brunela Vieira de. *A constitucionalização do processo civil e a boa-fé objetiva no novo código de processo civil brasileiro*. *Revista Derecho y Cambio Social*, v.44, p.01-15, 2016.
- REZENDE, Priscilla Correa Gonçalves de. A petição inicial como fato jurídico processual. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, v. 114, p. 239-252, abr./jun. 2021.
- ROCHA, Márcio Oliveira. Da norma processual cogente – de ordem pública – à norma processual rígida: uma proposta normativa na teoria dos fatos jurídicos. *Civil Procedure Review*, v.11, n.1, p.59-94, jan./abr./2020.
- RODOR, Fernanda Medeiros e Ribeiro. Viabilidade da aplicação das técnicas do direito norteamericano para maior obtenção de acordos no nosso direito processual civil. IN: CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de. BRAZ, Miryã Bregonci da. SANT 'ANNA, Vinícius de Souza. (coord). *Temas contemporâneos de direito processual*. Belo Horizonte: Dialética, 2021.
- RODOVALHO, Thiago. Arbitragem e os negócios empresariais: análise econômica da arbitragem. In: NETO, Elias Marques de Medeiros. FILHO, Adalberto Simão. (coord). *Direito dos negócios aplicado*, vol. II: do direito processual. São Paulo: Almedina, 2016.
- RODOVALHO, Thiago. REIS, Bruno. O modelo cooperativo – uma nova estrutura processual: Parte II (o princípio da cooperação em concreto). *Revista de Processo*, vol. 311/2021, p.59-75, jan./2021.
- RODRIGUES, Fernando Pereira. *Os meios de prova em processo civil*. Coimbra: Almedina, 2015.
- RODRIGUES, Lucas Mello. *Projeção da autonomia privada no direito processual civil e sua contribuição para a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva*. São Paulo: Dialética, 2021.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. 4ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- RODRIGUES, Marco Antonio. GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix. (org.). *Processos estruturais*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2021.
- ROQUE, Andre Vasconcelos. As provas ilícitas no novo código de processo civil e o estado de necessidade processual. In: MACEDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. (coord.). *Provas*. Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. v.3, 2ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. trad. Ernesto Krotoschin. Bueno Aires: Ejea, 1956.
- ROSEVALD, Nelson. A dignidade da pessoa humana no CPC/2015. In: ROSEVALD, Nelson. *Direito civil em movimento: desafios contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- ROSEVALD, Nelson. Colisão de vulnerabilidades. In: ROSEVALD, Nelson. *O direito civil em movimento: desafios contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- ROSEVALD, Nelson. Comentários ao art. 2.035. In: PELUSO, Cezar. (coord). *Código civil comentado*. Barueri: Manole, 2007.

- ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SALOMÃO, Luis Felipe. Guerra e paz: as conexões entre a jurisdição estatal e os métodos adequados de resolução de conflitos. In: CURY, Augusto (org.). *Soluções pacíficas de conflitos para um Brasil moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- SANTIAGO, R. DA S. Parâmetros para a incidência da ordem pública nas relações contratuais privadas *Civilistica.com*, v. 9, n. 1, p. 1-30, 9 maio 2020.
- SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. *Princípios processuais constitucionais*. 2ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. v.1., 3ed. São Paulo: Max Lomonad, 1968.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1983.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- SARTÓRIO JÚNIOR, Roberto. *A distribuição dinâmica do ônus da prova em matéria tributária*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo- UFES, 2019.
- SCALABRIN, Felipe. SANTANNA, Gustavo. A legitimação pela fundamentação: anotações ao art. 489, § 1º e 2º, do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 255/2016, p.17-40, mai./2016.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. El negocio jurídico: aspectos generales. In: BETTI, Emilio. GALGANO, Francesco. SCOGNAMIGLIO, Renato. FERRI, Giovanni Battista. *Teoría general del negocio jurídico: 4 estudios fundamentales*. trad. Leysser L. León. Lima: ARA Editores, 2015.
- SENRA, Alexandre. *A coisa julgada no código de processo civil de 2015: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, 2016.
- SICA, Heitor Vicente Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 208/2012, p.61-89, jun.2012.
- SILVA, Augusto Vinícios Fonseca e. *Princípios pamprocessuais ou metaprocessuais: normas fundamentais do CPC – princípios de todo processo*. Salvador: JusPodivm, 2019.
- SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: MACÊDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. *Provas*. Coleção Novo CPC: Doutrina selecionada. 2ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- SILVA, Bernardo Braga e. A garantia da fundamentação das decisões judiciais e o novo código de processo civil: o caráter didático dos § § 1º e 2º do artigo 489 do NCPC. In:

- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. GRECO, Leonardo. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (coord.). *Inovações do código de processo civil de 2015*. Rio de Janeiro: GZ Editora.
- SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas*. 7ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto. *A obrigação como processo*. reimp. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. *As provas no cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da. *As convenções da prova em processo civil*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: 2015.
- SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil*, vol. 01, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SILVESTRE, Gilberto Fachetti. As máximas de experiência no código de processo civil de 2015 (art. 375). In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. MAZZEI, Rodrigo. (coord). *Direito civil*. Coleção repercussões do novo CPC, vol.14. Salvador: JusPodivm, 2017, p.105-107
- SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *As máximas de experiência no processo civil*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória: 2009.
- SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *Conversão do negócio jurídico nulo: aspectos materiais e processuais*. Curitiba: Brazil Publishing, 2019.
- SILVESTRE, Gilberto Fachetti. NEVES, Guilherme Valli de Moraes. Negócio jurídico: um conceito histórico revitalizado pelo novo código de processo civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, vol.75/2017, p.81-113, mar.2017.
- SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Dispute boards: meio de prevenção de controvérsias*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.
- SOARES, Lara Rafaelle Pinho. A vulnerabilidade na negociação processual atípica. In: MARCATO, Ana. GALINDO, Beatriz. GÓES, Gisele Fernandes. BRAGA, Paula Sarno. APRIGLIANO, Ricardo. NOLASCO, Rita Dias. *Negócios processuais*. Coletânea mulheres no processo civil brasileiro. v.1. Salvador: Juspodivm, 2017.
- SOUSA, José Augusto Garcia de. *A tempestividade da justiça no processo civil brasileiro: repercussão no sistema, desenho constitucional e dimensão conflituosa*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. *A prova em processo civil: ensaio sobre o raciocínio probatório*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*, vol.86/1997, p.174-184, abr.-jun./1997.
- SOUZA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ed. Lisboa: Lex, 1997.
- STRECK, Lênio Luiz. DELFINO, Lúcio. BARBA, Rafael Giorgio Dalla. LOPES, Ziel Ferreira. O “bom litigante”: riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 23, vol. 90, p-339-354, abr./jun./2015.
- STRECK, Lênio Luiz. MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero ou “colaboração no processo civil” é um princípio? *Revista dos Tribunais*, vol. 213/2012, p-13-34, nov./2012.

- SUNFELD, Carlos Ari. JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. In: LEAL, Fernando. MENDONÇA, José Vicente Santos de. (org.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: UERJ/FGV Rio, 2017.
- SUSSKIND, Richard. *Online courts and the future of Justice*. United Kingdom: Oxford University Press, 2019.
- TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*, vol.91/1998, p.92-114, jul./set/1998.
- TARTUCE, Flávio. Dos negócios jurídicos processuais. IN: TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
- TARUFFO, Michele. MITIDIERO, Daniel. *A Justiça Civil: da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2018.
- TARUFFO, Michele. Prova e verdade no processo civil. In: TARUFFO, Michele. *A Prova*. trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- TARUFFO, Michelle. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.
- TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. *Negócios jurídicos processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. A prova emprestada no CPC/2015. In: MACÊDO, Lucas Buriel. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. (coord.). *Provas*. Coleção Novo CPC: doutrina selecionada. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- TEIXEIRA, Yuri Guerzet. As presunções no direito processual. *Civil Procedure Review*, v.4, n.1, p.109-132, jan./abr./2014.
- TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- TEMER, Sofia. *Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- TEPEDINO, Gustavo. CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela lei 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. IN: SALOMÃO, Luis Felipe. CUEVA, Ricardo Villas Boas. FRAZÃO, Ana. (coord.). *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- TESSARI, Cláudio. Os poderes do juiz de adaptação de procedimentos processuais no âmbito do CPC/15 como uma forma de preservar os direitos fundamentais das partes. *Revista de Processo*, vol. 278/2018, p. 55-70, abr./2018.
- TESSLER, Pauline H. THOMPSON, Peggy. *Divórcio colaborativo: a maneira revolucionária de reestruturar sua família, resolver problemas legais e seguir adiante*. trad. Claudia Abraham Chueke. São Paulo: Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas, 2019.
- THAMAY, Rennan. TAMER, Maurício. *Provas no direito digital: conceito de prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v.01, 55 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.



THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2008.

TRENTO, SIMONE. *As Cortes Supremas diante da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Comentários ao art. 435. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR., Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (coord). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TUCCI, José Rogério. Impugnação de árbitro e preclusão temporal na jurisprudência. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-mar-30/paradoxo-corte-impugnacao-arbitro-preclusao-temporal-jurisprudencia> >. Acesso em 01/ago./2021.

TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2015.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Ordem pública: o direito internacional privado e a Constituição. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n.18, 2010. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/issue/view/146> >. acesso 01.nov.2021.

VAUGHN, Gustavo Fávero. BRAZIL, Renato Caldeira Grava. RAVAGNANI, Giovani dos Santos. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do juiz. *Revista de Processo*, vol.989/2018, p.377-404, mar.2018.

VAUGHN, Gustavo Fávero. SANTOS, Guilherme Pizzotti Mendes Coletto dos. FERNANDES DE SÁ, Lucas. *Um paralelo entre os negócios jurídicos processuais e arbitragem*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/245509/um-paralelo-entre-os-negocios-juridicos-processuais-e-a-arbitragem>>. Acesso em 04/jan./2022.

VAZ, Gilberto José. LIMA, Renata Faria Silva. NOVAIS, Roberto Caçado Vasconcelos. NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Os dispute boards como método alternativo de resolução de disputas na indústria da construção. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol.40/2014. p.325-333, jan./mar.2014.

VÁZQUEZ, Carmen. *Prova pericial: da prova científica à prova pericial*. trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: JusPodivm, 2021.

VELTEN, Paulo Sérgio Pereira. *A exceção de contrato não cumprido fundada na violação de dever lateral*. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 13 ed. vol.02, São Paulo: Atlas, 2013.

VIANA, Salomão. Regras fundamentais decorrentes do art. 2º do CPC. In: DIDIER JR., Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre. (coord.). *Normas fundamentais*. Coleção grandes temas do novo CPC, vol.08, Salvador: Juspodivm, 2016.

VICENZI, Brunela Vieira de. OLIVEIRA, Fernanda Pompermayer Almeida de. A cláusula geral de boa-fé e a mediação no bloco das ações de família no novo código de processo civil. *Revista de Mediação e Arbitragem*, vol.45/2015, p.197-208, jul./set/2015.

VIEIRA, Marcio. Os resquícios de prova tarifada no processo civil brasileiro e sua influência no livre convencimento do magistrado. *Revista da EMESC*, vol.17, n.23, pág.371-398. Santa Catarina, 2010.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, vol.284/2018, p.333-369, out/2018.

VITORELLI, Edilson. Raciocínios probabilísticos implícitos e o papel das estatísticas na análise probatória. *Revista de Processo*, vol. 297/2019, p.369-396, nov.2019.

VOGT, Fernanda Costa. Cessação da rela o convencional: um estudo sobre a dissolu o do negócio jurídico processual. *Revista de Processo*, São Paulo, vol.286/2018, p.51-86, dez.2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Comentários ao art. 509. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. (coord.). Comentários ao novo código de processo civil. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v.1., 18ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v.2., 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEI O, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao novo código de processo civil artigo por artigo*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WATANABE, Kazuo. *Acesso   ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso   justiça, processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WATANABE, Kazuo. *Da cogni o no processo civil*. 2ed. São Paulo: Central de Publica es Jurídicas. 1999.

WEBB, Stuart G. OUSKY, Ronald D. *O caminho colaborativo para o divórcio: o método revolucionário que, sem recorrer ao Tribunal, resulta em menos estresse, custos menores e crianças mais felizes*. trad. Alexandre Martins. São Paulo: Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas, 2018.

WILD, Rodolfo. *O princípio do livre convencimento no CPC/2015*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p.108-109.

WOLKART, Erik Navarro. A busca da verdade no processo (ou o “ouro de tolo”). *Revista de Processo*, vol.222/2013, p.315-323, ago./2013.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

WOLKART, Erik Navarro. Novo Código de Processo Civil x sistema processual civil de nulidades. Xeque-mate? *Revista de Processo*, vol.250/2015, p.35-60, dez./2015.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipac o da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo   prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

YARSHELL, Flávio Luiz. Conven o das partes em matéria processual no processo de recupera o judicial. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, vol.01/2016, jul./set./2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. Conven o das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? IN: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord). *Negócios Processuais*. Cole o grandes temas do Novo CPC. Tomo 01, 3ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. As teorias sobre o ônus da e o CPC/2015. In: JOBIM, Marco Félix. FERREIRA, William Santos. (coord.). *Direito Probatório*. Coleção grandes temas do novo CPC, v.05, 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. *Produção de provas em sede recursal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ZANETI JR., Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. In: MITIDIERO, Daniel Francisco. ZANETI JR., Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor: 2004.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ZANETTI, Pedro Gil. *Revisão contratual e negócios processuais*. São Paulo: Almedina 2019.