



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**A GESTÃO DA PROVA PELAS PARTES NO PROCESSO CIVIL
CONTEMPORÂNEO**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Jaylton Jackson de Freitas Lopes Junior

Orientador: Professor Doutor António Pedro Pinto Monteiro

Número do candidato: 30004452

Outubro de 2022

Lisboa

AGRADECIMENTOS

A pesquisa científica nos permite desenvolver temas que podem contribuir para a evolução da sociedade. No campo do Direito, é através da pesquisa que temos a oportunidade de colaborar com o desenvolvimento e melhoramento dos sistemas de justiça.

Agradeço a Deus por essa oportunidade e por me guiar pelos caminhos do estudo e do trabalho, mostrando-me que o conhecimento, quando bem utilizado, melhora o mundo.

À minha família, em especial à minha esposa Fanny, pela compreensão, incentivo e por todo o carinho durante a fase de pesquisa e desenvolvimento desse trabalho.

Não posso deixar de registrar a minha gratidão aos meus alunos do Brasil, que com suas provocações e reflexões diárias me ajudaram não apenas com a escolha do tema, mas a repensar o ensino jurídico em nosso país.

De igual forma, à Universidade Autónoma de Lisboa, que abriu suas portas para que eu pudesse enfrentar esse novo desafio. A experiência que eu tive no contato diário com a instituição e com todos os professores é algo que jamais esquecerei.

Ao meu orientador, Professor Doutor António Pinto Monteiro, agradeço pela sua generosidade, apoio e auxílio durante a elaboração do trabalho.

Aos meus colegas de turma e amigos que, direta ou indiretamente, me incentivaram, meu muito obrigado.

*Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades,
Muda-se o ser, muda-se a confiança;
Todo o mundo é composto de mudança,
Tomando sempre novas qualidades.
Luís Vaz de Camões, in “Sonetos”.*

RESUMO

A gestão da prova no processo civil, durante muito tempo, foi realizada exclusivamente pelo juiz, a quem o legislador outorgou o poder-dever de gestão processual. O princípio do inquisitório é um dos traços mais marcantes do publicismo processual, desenvolvido, em certa medida, como resposta ao privatismo processual e busca por maior igualdade material entre as partes.

Os sistemas processuais português e brasileiro ainda sofrem os impactos do publicismo processual, pois preveem diversas regras que conferem ao juiz amplos poderes de gestão e adequação formal do procedimento, bem como poderes de atuação oficiosa na fase instrutória.

Não obstante, os modelos processuais contemporâneos, inclusive nos supracitados países, estão intimamente conectados com a pauta dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Nessa perspectiva, a autonomia da vontade, como manifestação do direito fundamental à liberdade, vem ganhando papel de destaque.

O modelo constitucional de processo, no Brasil e em Portugal, é essencialmente dialógico e cooperativo. Isso faz com que o sistema processual crie amplos espaços para o exercício da autonomia privada. Tais espaços podem ser visualizados, por exemplo, nas normas que permitem a celebração de negócios jurídicos processuais.

Nesse sentido, o exercício da autonomia privada no processo não mais se limita ao impulso inicial e à delimitação da controvérsia, mas também à atuação das partes voltada à adequação do procedimento às especificidades da causa.

Na relação entre privatismo e publicismo, um dos grandes desafios que se apresentam é saber se a autonomia privada, exercida pelas partes por meio dos negócios jurídicos processuais, lhes permite assumir a gestão exclusiva da prova, conferindo ao juiz uma função exclusivamente decisória.

A presente pesquisa visa analisar a gestão privada da prova no processo civil contemporâneo, notadamente na perspectiva dos negócios jurídicos processuais. Para tanto, mostra-se necessário investigar o papel desempenhado pelas partes e pelo juiz na condução do processo, o âmbito de aplicação dos negócios processuais e seus eventuais limites.

Palavras-chave: 1. Adequação formal; 2. Negócios processuais; 3. Autonomia da vontade; 4. Gestão processual.

ABSTRACT

The management of evidence in civil proceedings, for a long time, was carried out exclusively by the judge, to whom the legislator granted the power-duty of procedural management. The inquisitive principle is one of the most striking features of procedural publicism, developed, to a large extent, as a response to procedural privatism and the search for greater material equality between the parties.

The Portuguese and Brazilian procedural systems still suffer the impacts of procedural publicism, as they provide for several rules that give the judge broad powers of management and formal adequacy of the procedure, as well as powers of unofficial action in the instructional phase.

Nevertheless, contemporary procedural models, including in the aforementioned countries, are closely connected with the fundamental rights agenda provided for in the Constitution. From this perspective, the autonomy of the will, as a manifestation of the fundamental right to freedom, has been gaining a prominent role.

The constitutional process model, in Brazil and Portugal, is essentially dialogic and cooperative. This makes the procedural system create ample spaces for the exercise of private autonomy, which can be viewed, for example, in the rules that allow the conclusion of procedural legal transactions.

In this sense, the exercise of private autonomy in the process is no longer limited to the initial impulse and the delimitation of the controversy, but also to the action of the parties aimed at adapting the procedure to the specificities of the case.

In the relationship between privatism and publicism, one of the great challenges that arise is whether the private autonomy, exercised by the parties through procedural legal transactions, allows them to assume the exclusive management of the evidence, giving the judge an exclusively decision-making role.

The research aims to analyze the private management of evidence in contemporary civil proceedings, notably from the perspective of procedural legal business. Therefore, it is necessary to investigate the role played by the parties and the judge in the conduct of the process, the scope of application of procedural business and its possible limits.

Keywords: 1. Formal suitability; 2. Procedural contracts; 3. Autonomy of will; 4. Procedural management.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	10
1. A GESTÃO PROCESSUAL NO ATUAL MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO	13
1.1. As influências ideológicas do modelo de Estado no processo civil.....	13
1.1.1. Estado liberal e privatismo processual	14
1.1.2. Estado social e publicismo processual	16
1.1.3. O processo no Estado Constitucional Democrático de Direito	19
1.2. Modelos processuais e divisão de trabalho entre juiz e partes	21
1.2.1. Modelo adversarial (<i>adversary system</i>)	23
1.2.2. Modelo inquisitorial (<i>inquisitorial system</i>).....	25
1.2.3 Modelo cooperativo	28
1.3. Gestão processual e experiências jurídicas	31
3.1.1. Experiência norte-americana	31
3.1.2. Experiência inglesa	33
3.1.3. Experiência portuguesa	35
3.1.4. Experiência brasileira	40
2. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO PROCESSUAL PRIVADA	42
2.1. Publicismo processual e autonomia privada	42
2.2. Breve análise dos negócios jurídicos processuais no direito estrangeiro.....	45
2.2.1. Negócios jurídicos processuais no direito alemão.....	45
2.2.2. Negócios jurídicos processuais no direito francês	45
2.2.3. Negócios jurídicos processuais no direito inglês	46
2.2.4. Negócios jurídicos processuais no direito português.....	47
2.3. Negócios jurídicos processuais no CPC/2015.....	48
2.4. Negócios jurídicos processuais na teoria do fato jurídico.....	50
2.5. Conceito e pressupostos de validade dos negócios jurídicos processuais	51
2.5.1. Conceito de negócio jurídico processual.....	51

2.5.2. Pressupostos de validade dos negócios jurídicos processuais.....	52
2.5.2.1. Capacidade do agente	53
2.5.2.2. Liberdade da declaração de vontade	56
2.5.2.3. Objeto lícito, possível, determinado ou determinável	58
2.5.2.4. Forma adequada.....	59
2.5.3. Possibilidade de autocomposição sobre o objeto litigioso como pressuposto do negócio jurídico processual: mito ou verdade?.....	59
2.6. Classificação dos negócios jurídicos processuais.....	61
2.6.1. Negócios jurídicos processuais unilaterais, bilaterais e plurilaterais	61
2.6.2. Negócios jurídicos processuais dispositivos e negócios jurídicos processuais obrigacionais	62
2.6.3. Negócios jurídicos processuais prévios e negócios jurídicos processuais incidentais	62
2.6.4. Negócios jurídicos processuais gratuitos e negócios jurídicos processuais onerosos	63
2.6.5. Negócios jurídicos processuais típicos e negócios jurídicos processuais atípicos.....	63
2.7. Posição do juiz nos negócios jurídicos processuais: controle e participação	67
3. A GESTÃO DA PROVA NO PROCESSO CIVIL	70
3.1. Prova e verdade.....	70
3.2. Direito fundamental à prova	73
3.3. Função, objeto e valoração da prova	74
3.4. Direito probatório material e direito probatório processual (ou formal)	78
3.5. Ônus da prova.....	80
3.6. Convenções processuais em matéria probatória	82
3.6.1. Convenções probatórias típicas.....	83
3.6.2. Convenções probatórias atípicas.....	85
3.6.3. Convenções probatórias atípicas e os poderes instrutórios do juiz.....	86
3.6.4. Convenções probatórias: limites à decisão judicial?	91
3.6.5. Gestão privada da prova e <i>standards</i> de prova	92
3.6.6. Limites à convenção probatória	95

3.6.7. A desjudicialização da produção da prova oral.....	98
CONCLUSÃO	106
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	112

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.º – Artigo

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

CF – Constituição Federal

CPR – *Civil Procedure Rules*

FCP – *Federal Civil Procedure*

Nº – Número

Op. Cit. – *Opus citatum/Opere citato*

P. – Página

V.g. – *Verbi Gratia*

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento científico do processo, entre o final do século XIX e parte do século XX foi fortemente influenciado por concepções publicísticas. Os conceitos de ação, por exemplo — como um direito voltado contra o Estado para obtenção de uma sentença favorável¹ —, e de jurisdição — como “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei”² — revelavam a ideia de processo como instrumento de exercício de uma função pública e soberana.

O publicismo processual é, em certa medida, fruto de um novo modelo de Estado que se desenvolveu na primeira metade do século XX: o Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*). As leis processuais passaram a conferir ao juiz o protagonismo na condução do processo, a fim de se atingir valores constitucionais, tais como igualdade material e solidariedade. Um dos traços mais marcantes dessa “socialização do processo civil” é encontrado nos poderes instrutórios dos juízes e tribunais, amplamente admitidos pelos códigos de processo civil de diversos países da Europa, como Itália, Alemanha, França, Bélgica e Portugal³.

Ao comentar a estrutura do Código de Processo Civil italiano de 1940, Piero Calamandrei afirmou que “enquanto o antigo Código considerava a ação como um *prius* da jurisdição, o novo Código, invertendo os termos do binômio, concebe a atividade da parte em função do poder do juiz”⁴.

Na segunda metade do século XX, diante dos impactos gerados pela segunda guerra mundial, percebeu-se a necessidade de repensar o positivismo jurídico. O constitucionalismo do segundo pós-guerra é marcado pela aproximação entre Direito e moral, atribuição de normatividade aos princípios, formação de uma hermenêutica constitucional, criação de Tribunais Constitucionais e desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais a partir do valor da dignidade da pessoa humana⁵. O Estado do Bem-Estar Social deu lugar ao Estado Democrático de Direito.

¹ GOLDSCHMIDT, James — Direito processual civil. Tomo I. 1ª edição. Campinas: Bookseller, 2003, p. 131. ISBN 85-7468199-7.

² CHIOVENDA, Giuseppe — Instituições de direito processual civil. Vol. I. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2000, p. 8-11.

³ Cf. JUNOY, Joan Picó i — O Juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secuncum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 95-96.

⁴ CALAMANDREI, Piero — Instituições de direito processual civil. Vol. I. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2003, p. 102.

⁵ BARROSO, Luís Roberto — Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista de Direito Administrativo. V. 240 (2005). Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618> [Consult. 02-03-2022].

Nessa nova era constitucional, na qual prepondera a supremacia e a força normativa da Constituição, o sistema processual civil deve ser interpretado e aplicado à luz da Lei Fundamental e dos valores nela consagrados. A instrumentalidade do processo, nessa perspectiva, marca a concretização da cláusula do devido processo legal, como princípio basilar do Estado Democrático de Direito e limitador do poder estatal.

O modelo constitucional de processo tem como traço marcante o diálogo. O processo dialógico e cooperativo é o principal fator de legitimação da decisão de mérito; é o que revela o seu viés democrático. Ademais, as garantias constitucionais do acesso à justiça e do devido processo legal conferem ao jurisdicionado o direito a um procedimento adequado às peculiaridades da causa.

O ordenamento jurídico português, atento às mudanças na ordem jurídica, econômica e social, editou, no ano de 2006, um regime processual mais simples e flexível (Decreto-Lei n.º 108/2006), denominado “Regime Processual Civil Experimental”, cujo objetivo, conforme exposição de motivos, foi o de “testar e aperfeiçoar os dispositivos de aceleração, simplificação e flexibilização processuais consagrados”. O grande pilar desse procedimento experimental foi o princípio da adequação formal do procedimento (art. 2º do Decreto-Lei n.º 108/2006).

No mesmo sentido, o Código de Processo Civil português⁶ estabeleceu um verdadeiro poder-dever de gestão do processo pelo juiz (art. 6º)⁷, além de conferir ao juiz, no art. 547º, o poder-dever de adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, a fim de assegurar às partes um processo equitativo (princípio da adequação formal do procedimento).

A par dos poderes conferidos ao juiz, o viés democrático do processo também deve conferir às partes um espaço de poder de gestão processual, notadamente no campo da adequação formal do procedimento. Isso porque o modelo constitucional de processo não pode ignorar o direito de liberdade e, por conseguinte, a autonomia privada.

Nessa perspectiva, os negócios jurídicos processuais passam a ser utilizados pelas partes como instrumento vocacionado à gestão processual, de modo a exigir uma reavaliação da divisão de poderes entre elas e o juiz, notadamente na perspectiva do princípio da cooperação.

⁶ Doravante CPC português.

⁷ Nas palavras de Paulo Ramos de Faria, “a atividade desenvolvida pelo juiz com significado externo constitui sempre uma manifestação de poder – do poder judicial. Todavia, em momento algum este exercício do poder está na disponibilidade do seu titular, para o exercer de acordo com a sua livre vontade. Todo poder exercido pelo juiz – quer surja no âmbito de uma atividade apelidada de jurisdicional, quer seja de mero expediente; quer seja tido por discricionário, quer seja marcadamente vinculado – é um *poder funcional*”, apenas sendo legítimo o seu exercício quando orientado para servir os fins que justificaram a sua outorga” (FARIA, Paulo Ramos – Regime processual civil experimental comentado. Coimbra: Almedina. 2010, p. 38).

No campo probatório, embora a maioria dos sistemas processuais contemporâneos confirmem ao juiz amplos poderes instrutórios, há, de igual forma, importantes espaços para convenções processuais, como, por exemplo, inversão convencional do ônus da prova, convenção para definição do perito, convenção para adiamento de inquirição de testemunha etc.

Tanto o CPC português quanto o CPC brasileiro preveem convenções processuais em matéria probatória, porém somente este último possui uma cláusula geral de negociação processual (art. 190), a permitir convenções processuais atípicas. Esse cenário legislativo estimula a reflexão sobre os limites das convenções processuais probatórias nesses dois países, diante do atual modelo constitucional de processo.

Questiona-se, assim, se a ausência, no CPC português, de uma cláusula geral de negociação processual impede a celebração, pelas partes, de convenções processuais atípicas, inclusive no campo probatório. Da mesma forma, em relação ao CPC brasileiro, se a existência de uma cláusula geral de negociação processual impede que as partes assumam a gestão integral da prova.

A presente pesquisa analisará a gestão da prova pelas partes, a partir do atual estágio de desenvolvimento do processo civil, e visa responder à seguinte questão: no atual estágio de desenvolvimento do processo, admite-se a gestão privada da prova pelas partes ou há prevalência dos poderes instrutórios do juiz sobre as convenções processuais?

Para responder a esse questionamento, a presente investigação foi dividida em três capítulos.

O primeiro capítulo trata da gestão processual no atual modelo constitucional de processo, no qual busca-se apresentar um panorama sobre a correlação entre modelos de Estado e os sistemas processuais. Analisa-se, assim, as influências ideológicas sobre os sistemas processuais; a distinção entre os modelos adversarial, inquisitorial e cooperativo; e as experiências de alguns países ocidentais com relação aos poderes conferidos ao juiz e às partes no processo civil.

O segundo capítulo analisa o negócio jurídico processual como instrumento de gestão processual privada. Examina-se a relação entre publicismo processual e autonomia privada, bem como os aspectos gerais dos negócios jurídicos processuais, tanto na perspectiva das partes quanto na perspectiva do juiz.

O terceiro e último capítulo é dedicado à gestão da prova no processo civil. A partir da análise acerca da relação entre prova e verdade; da prova como direito fundamental; da função, objeto e valoração da prova; dos aspectos materiais e processuais do direito probatório; e do

ônus da prova, a investigação concentra-se especificamente nas convenções processuais em matéria probatória.

Ao final, apresenta-se a conclusão da presente pesquisa.

1. A GESTÃO PROCESSUAL NO ATUAL MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

1.1. As influências ideológicas do modelo de Estado no processo civil

Na feliz expressão de Ulpiano (170-228 d.C), onde está o homem, há sociedade; onde há sociedade, há direito (*Ubi homo ibi societas; ubi societas ibi ius*). O conflito é fenômeno inerente a toda e qualquer sociedade, na medida em que o homem, desde o início de sua existência, sempre precisou lutar pela sua sobrevivência. Há, portanto, um direito natural consistente na liberdade de agir da maneira que lhe pareça mais adequada para preservar a sua própria vida⁸.

A autotutela é, sem dúvida, uma das formas mais remotas de solução do conflito. Por meio dela, a disputa sobre um determinado objeto é resolvida pelo uso da violência, impondo-se a prevalência de um interesse em detrimento do sacrifício do interesse alheio. Ocorre que a violência gera, naturalmente, um risco à própria preservação da sociedade, a qual depende, evidentemente, do convívio harmonioso entre os seus membros para se desenvolver coletivamente. Diante disso, foi preciso encontrar um meio capaz de substituir os métodos violentos de solução do conflito.⁹

Com efeito, o surgimento do Estado, como estrutura de poder concentrada nas mãos de um único homem ou de uma assembleia de homens, surge como uma forma de estabelecer certo controle sobre a sociedade, defendendo a todos de agressões externas e mantendo, na medida do possível, o convívio coletivo pacífico. Nessa perspectiva, o poder do homem de autogovernar-se é outorgando ao Estado, legitimando-o a agir na salvaguarda do bem comum¹⁰.

Para cumprir os seus objetivos — manter-se como estrutura de poder e assegurar o convívio harmonioso entre as pessoas —, o Estado instituiu um conjunto de normas impositivas de comportamento humano e reguladoras de conflitos como condição da própria associação

⁸ HOBBS, Thomas — *Leviatã*. 4ª edição. [sl]. Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2009, p. 143-148.

⁹ CARNELUTTI, Francesco — *Sistema de direito processual civil: introdução e função do processo civil*. Vol. I. 1ª edição (trad. do italiano). São Paulo: Classic Book, 2000, p. 62-63.

¹⁰ HOBBS, *Op. cit.*, p. 143-148.

civil¹¹: a Lei. Dessa forma, passou não apenas a regular o convívio social, como avocou para si o poder-dever de resolver conflitos individuais e coletivos através de uma função pública: a jurisdição.¹²

O monopólio da função jurisdicional tornou-se mais intenso a partir do renascimento e se consolidou com o advento do iluminismo¹³. O art. 3º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 serviu como importante fundamento para o fortalecimento da jurisdição como função eminentemente pública¹⁴, ao dispor que “o princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente”¹⁵.

Sendo o Direito um fenômeno cultural¹⁶, o pensamento jurídico é, naturalmente, influenciado pela ideologia adotada pelo Estado em cada período de sua evolução. Tal influência também marcou a evolução científica e metodológica do processo.

Essa inter-relação entre processo e ideologia fica bastante nítida quando se analisa os fins do processo, o papel desempenhado pelo juiz e pelas partes na condução do processo e na produção dos meios de prova.

1.1.1. Estado liberal e privatismo processual

O Estado Liberal Clássico exsurgiu da insatisfação da burguesia com as arbitrariedades do Estado Absolutista, o qual era visto como o fantasma que atemorizava o indivíduo, e, portanto, deveria assumir um papel abstencionista. O Estado, nessa perspectiva, seria a “armadura de defesa e proteção da liberdade”¹⁷.

¹¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques — O contrato social. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 48.

¹² O exercício da função jurisdicional, conforme o período da história e do respectivo espaço geográfico, foi desempenhado por pessoas diversas e conforme a sua relação com a estrutura de poder dominante. No direito romano, o juiz exercia a *jurisdictio*, função pública de dizer o direito. Com a invasão dos bárbaros, houve forte influência do processo germânico (período romano-barbárico). Nesse período, em um primeiro momento, a função jurisdicional foi exercida pelo duque (fase longobarda, 568 a 774); em um segundo momento, a autoridade judiciária foi o conde (fase franca, 744 a 900). A partir do ano 900 (fase feudal), houve um aumento da jurisdição eclesiástica (C.f. MARQUES, José Frederico — Instituições de direito processual civil. Vol. I. 1ª edição. Campinas: Millennium Editora, 2000, p.95-108; ALVIM, Arruda – Manual de direito processual civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes. 18ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 53-97).

¹³ CAMPOS, Diogo Leite de — A arbitragem voluntária nas relações tributárias: o modelo português. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 50. Ano 13 (jul-set. 2016), p. 467-473.

¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe — Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2000, p. 9-10.

¹⁵ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao> [Consult. 20-01-2022].

¹⁶ RADBRUCH, Gustav — Filosofia do direito. Coimbra: Armênio Amado, 1997, p. 45.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo — Do estado liberal ao estado social. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p.40.

Os acontecimentos históricos iniciados na segunda metade do século XVIII e que culminaram na Revolução Francesa foram marcados pela luta pelo reconhecimento de direitos fundamentais, como a liberdade, igualdade, propriedade e iniciativa privada. A imprevisibilidade do Estado Absolutista deu lugar à previsibilidade instituída pela supremacia da lei.

O sistema jurídico sofreu as influências desse modelo de Estado que marcou grande parte dos países da Europa no século XIX, notadamente a França, a Itália e a Alemanha¹⁸. Para Montesquieu, deveria haver uma rígida separação de poderes, de tal modo que a atividade judicial limitar-se-ia, simplesmente, a pronunciar as palavras da lei¹⁹. Isso porque faltaria ao juiz – que não foi eleito pelo povo – legitimidade democrática para dar sentido à lei, função essa pertencente ao parlamento.

O privatismo processual tem como principais características a liberdade das partes na condução do processo; ausência de iniciativa por parte do juiz, seja na direção do processo, seja na produção da prova; atividade decisória do juiz limitada à subsunção do caso apresentado à literalidade da lei.

Para Juan Montero Aroca, a concepção liberal da economia, com a liberdade de empresa em um mercado livre e com direito de propriedade, supunha que o processo civil estava baseado no que esse jurista chama de “princípio da oportunidade”, pois o determinante para a iniciação do processo era a vontade do cidadão, o qual decidiria, atendendo a razões de oportunidade, se deveria ou não ir a um processo para requerer do Estado uma tutela para o seu direito subjetivo. Não se falava, nesse aspecto, em divisão de tarefas entre o juiz e as partes, pois somente estas teriam todas as faculdades. No tocante à iniciativa do processo, aplicar-se-ia o brocardo *ne procedat iudex ex officio*, pois se a reivindicação da tutela judicial de um direito era a forma de exercer esse direito, tal exercício só poderia corresponder ao titular dele mesmo²⁰.

No privatismo processual as partes assumem o protagonismo na gestão do processo. O juiz, por sua vez, deve assumir um papel passivo, de simples espectador, cabendo-lhe, ao final, tão somente, a função de decidir o caso de acordo com a vontade do legislador revelada, prévia e abstratamente, pela lei. O processo é coisa das partes (*sache der parttein*), cabendo a elas a

¹⁸ As bases ideológicas do modelo de Estado Liberal são facilmente identificadas no Código de Processo Civil francês de 1807, no Código de Processo Civil italiano de 1865 e no Código de Processo Civil alemão de 1879.

¹⁹ Segundo Montesquieu, “se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que o texto preciso da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos”. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de — O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes. 2000, p. 170).

²⁰ AROCA, Juan Montero — Sobre el mito autoritario de la “buena fé procesal”. Revista Boliviana de Derecho. Santa Cruz. Nº 2 (2006), p. 94-95.

definição dos limites subjetivos e objetivos da demanda, das provas a serem produzidas e do tempo de tramitação do procedimento.

Ao juiz veda-se não apenas a determinação do objeto do processo ou da controvérsia, mas também a consideração de qualquer fato que possa servir como constitutivo, impeditivo ou extintivo do direito e, por conseguinte, influenciar na formação do conteúdo da sentença. Nem mesmo é dado ao juiz controlar, de ofício, os pressupostos processuais²¹, ficando exclusivamente a cargo das partes o impulso processual e, inclusive, o controle das preclusões processuais²².

A exclusão do juiz do exercício de faculdades materiais e processuais o afasta, em grande medida, da determinação do próprio conteúdo da sentença (*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*). A existência de um terceiro (juiz) imparcial proibido de interferir ativamente na condução do processo e na determinação do conteúdo da sentença configura importante garantia das partes.

1.1.2. Estado social e publicismo processual

O Estado Liberal não foi capaz de atender aos anseios sociais. A igualdade e a liberdade propugnadas não se efetivaram. No final do século XIX, a Europa assistiu a uma série de conflitos, grande parte desencadeada em razão da exploração da classe dos trabalhadores a níveis extremos, fazendo com que o próprio Estado repensasse o seu papel e desenvolvesse mecanismos de contenção da exploração capitalista.

Segundo Paulo Bonavides, o Estado Liberal, especialmente na primeira fase da Revolução Industrial, foi palco do domínio econômico dos poderosos, evidenciando, pela liberdade contratual, “a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar”²³.

²¹ *Idem* – *Op. cit.*, p. 96.

²² O Código de Processo Civil francês de 1807, fortemente influenciado pelos ideais revolucionários, quase não estabeleceu prazos peremptórios, e mesmo nas excepcionais hipóteses em que os previu, como, por exemplo, ao determinar no art. 186 a necessidade de as exceções serem apresentadas antes da defesa, exigiu a prévia provocação da parte. No mesmo sentido, o código de processo civil italiano de 1865 previa que o juiz só poderia pronunciar a decadência de um prazo processual a pedido da parte (SICA, Heitor Vitor Mendonça — Preclusão processual civil. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 52-59).

²³ BONAVIDES, *Op. cit.*, p. 59.

Com efeito, o Estado puramente absenteísta já não servia mais à sociedade industrializada. Os direitos fundamentais não mais poderiam se limitar às liberdades negativas. Exigia-se cada vez mais o reconhecimento de direitos sociais e um Estado prestacional.

As Constituições mexicana (1917) e alemã (1919) bem demonstravam o desenvolvimento dos direitos sociais e a necessidade de uma maior intervenção do Estado, servindo como paradigmas para outras Constituições posteriores à Primeira Guerra Mundial.

No âmbito das relações privadas, a intervenção estatal buscou proteger os imperativos da ordem econômica, a supremacia do interesse público, o equilíbrio nas relações jurídicas e o fortalecimento do próprio regime democrático, pois, segundo Harold Laski, “ou a democracia política deve dominar o monopólio econômico, ou o monopólio econômico dominará a democracia política”²⁴.

As bases ideológicas do Estado Social reverberaram fortemente nos sistemas processuais. O processo, até então visto como coisa das partes, torna-se instrumento de uma função eminentemente pública: a jurisdição²⁵. O privatismo processual é substituído pelo publicismo processual.

Essa nova concepção de processo, de cunho publicístico, foi forjado a partir de uma nova dogmática processual. Isso porque, até a primeira metade do século XIX o processo civil era destituído de cientificidade e confundia-se com a ideia de procedimento. Com a célebre obra sobre exceções e pressupostos processuais (*Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*), publicada em 1868, Oskar Bülow inaugura a mais importante fase do desenvolvimento científico do processo, estabelecendo a insuperável autonomia do processo frente ao direito material²⁶, notadamente em razão de sua natureza pública²⁷.

Anton Menger, teórico húngaro, também defendeu um modelo de processo que se preocupa com os problemas sociais, chegando a propor a intervenção do juiz no processo para

²⁴ LASKI, Harold, *apud*, WALD, Arnoldo — Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos. 13ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998, p. 191.

²⁵ “O Estado moderno, por consequência, considera como função essencial própria a administração da Justiça; é exclusivamente seu o poder de atuar a vontade da lei no caso concreto, poder que se diz ‘jurisdição’; e a que provê com a instituição de órgãos próprios (jurisdicionais)” (CHIOVENDA, Giuseppe — Instituições de direito processual civil. Vol. I. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2000, p. 58).

²⁶ A despeito da importância de Oskar Bülow para o desenvolvimento científico do processo como ciência autônoma, notadamente para a concepção do processo como relação jurídica, teóricos como Johann Julius Wilhelm von Planck e Bernhard Windscheid, em 1844 e 1856, respectivamente, já haviam examinado a *actio* e outros institutos a ela relacionados dentro de uma perspectiva estritamente processual (TUCCI, José Cruz e – Espírito do processo civil moderno na obra de Rudolf Von Ihering. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 1992 [Consult. 02 mar. 2022]. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67165>).

²⁷ CHIOVENDA, *Op. cit.*, p. 79-88; LIEBMAN, Enrico Tullio — Manual de direito processual civil. Tocantins: Intelectus. Vol. I. 2003, p. 45-57.

instruir o cidadão, especialmente o menos afortunado, quanto aos seus direitos, e, com isso, garantir a igualdade substancial das classes mais pobres²⁸.

De forma mais extrema, Franz Klein, responsável pela reforma processual austríaca de 1898, conseguiu desenvolver um modelo de processo publicista — anti-liberal e autoritário — que considerava o juiz como verdadeiro representante do interesse geral, com amplos e discricionários poderes de condução e instrução do processo, inclusive de orientação das partes acerca dos seus direitos e das consequências jurídicas de seus comportamentos²⁹.

A doutrina de Klein reverberou na Itália, especialmente no pensamento de Chiovenda, para quem o processo atende a uma finalidade estatal que é o exercício da jurisdição, ou seja, a afirmação e atuação da vontade concreta da lei, realizada por órgãos públicos em substituição à atividade de particulares ou de outros órgãos públicos. Há, segundo Chiovenda, uma correlação entre os conceitos de processo e de jurisdição³⁰.

Piero Calamandrei, ao analisar o então novo Código de Processo Civil italiano, publicado em 28 de outubro de 1940, identificou essa mudança de perspectiva ideológica, ao sustentar que “a lei processual não poderá, portanto, ser compreendida se não a colocada no quadro do direito público no qual esta nova concepção do Estado se manifesta”³¹.

As influências ideológicas do modelo de Estado Social encontraram um cenário dogmático ideal para a consolidação de um modelo de processo de viés publicístico e instrumental, ou seja, um instrumento do Estado vocacionado à promoção de justiça social. Esses dois elementos — publicização e socialização — assegurariam, nessa perspectiva, a justiça e a legitimidade das decisões judiciais³².

Não se pode perder de vista que o papel ativo do juiz na condução do processo já era defendido por Oskar Bülow desde 1868, pois, sendo o processo uma relação jurídica, sua validade não poderia ficar à disposição das partes, mas sob controle e fiscalização do Estado-Juiz³³ (processo como coisa do juiz).

O publicismo processual, portanto, é marcado pelo aumento dos poderes do juiz, notadamente aqueles relacionados à direção e à instrução do processo. O reconhecimento de um papel ativo do juiz no descobrimento da verdade dos fatos controvertidos, inclusive o poder

²⁸ RAATZ, Igor — Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 85-86.

²⁹ *Idem*.

³⁰ CHIOVENDA, *Op. cit*, p. 7-9.

³¹ CALAMANDREI, *Op. cit*, p. 95.

³² BERIZONCE, Roberto Omar — Ideologías y proceso. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11, v. 18, nº 2 (Mai. – Ago. 2017), p. 479.

³³ RAATZ, *Op. cit*, p. 83-85.

de determinar, *ex officio*, a produção de provas relevantes, sem que as partes tenham requerido, é corolário dos fins públicos do processo civil que busca a obtenção de decisões justas, as quais dependem, quase sempre, do esclarecimento acerca da verdade dos fatos³⁴.

1.1.3. O processo no Estado Constitucional Democrático de Direito

A supremacia da lei, que visava evitar supostas intromissões de juízes na função exercida pelo parlamento, contribuiu, em certa medida, para legitimar governos autoritários³⁵, como ocorreu, por exemplo, na Alemanha durante o regime nazista, cujas atrocidades praticadas tinham embasamento legal.

Com o fim da segunda guerra mundial, o pensamento constitucional se preocupou com a aproximação entre Direito e moral, atribuição de normatividade aos princípios, formação de uma hermenêutica constitucional, criação de Tribunais Constitucionais e desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais a partir do valor da dignidade da pessoa humana³⁶.

Por conseguinte, a jurisdição constitucional teve um papel relevante na busca pela consolidação da força normativa da Constituição e efetivação dos direitos fundamentais: no exercício da função jurisdicional, os tribunais passaram a exercer uma importante atividade hermenêutica, a fim de aferir a compatibilidade entre a lei e a Constituição.

Segundo Konrad Hesse, “a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*)”³⁷. Tal princípio, contudo, não pode ser aplicado a partir de critérios como a subsunção lógica, pois se a eficácia da Constituição está condicionada aos fatos concretos da vida, “não se afigura possível que a interpretação faça dela tábula rasa”³⁸.

Há uma relação de reciprocidade íntima entre processo e Constituição. A instrumentalidade do processo representa a projeção da cláusula do devido processo legal. Ao passo em que o processo emana da própria Constituição, recebe dela valores que nele se agregam e servem como a batuta que deve reger os atos e relações que se desenvolvem judicialmente. A Constituição, nesse sentido, acaba por assegurar o controle, pelo próprio

³⁴ TARUFFO, Michele, *Apud*, BERIZONCE, *Op. cit.*, p. 482.

³⁵ ENTERRIA, Eduardo García — Controle de constitucionalidade na Europa. *Revista de Direito Público*. Nº 84, ano XX (out. / dez. 1987), p. 5-6.

³⁶ BARROSO, *Op. cit.*, p. 3-8.

³⁷ HESSE, Konrad — Temas fundamentais do direito constitucional. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 135-136.

³⁸ *Idem*.

processo, de normas abusivas. Em uma primeira análise, o processo controla a si próprio. Em última análise, a Constituição controla o processo³⁹.

Com efeito, o Estado Constitucional Democrático de Direito surge, em certa medida, como um modelo de equilíbrio e campo fértil para o constante diálogo entre autonomia privada e autonomia pública. A existência de uma pauta de direitos fundamentais, a atribuição de normatividade aos princípios e a promoção da autonomia privada como princípio corolário do valor da dignidade da pessoa humana leva à ressignificação do papel do Estado e da sua interferência nas relações jurídicas privadas, e, por conseguinte, à ressignificação do processo dentro de uma perspectiva democrática.

O processo deixa de ser visto sob uma perspectiva publicista-instrumental. A jurisdição, enquanto poder, só pode ser legitimamente exercida se observadas as garantias constitucionais-processuais, tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a razoável duração do processo, a imparcialidade, a liberdade, a igualdade, a dispositividade, a segurança jurídica, entre outras. Processo, nessa perspectiva, é garantia.

Há constante diálogo entre processo e Constituição e entre os atores processuais. A gestão processual, por conseguinte, passa a ser compartilhada e a intervenção judicial deve ser admitida apenas como forma de garantir os direitos fundamentais das partes, respeitando-se, sempre, a liberdade e a autonomia da vontade.

Nesse contexto, se o exercício da jurisdição enquanto manifestação de um poder estatal se realiza para tutelar direitos e interesses privados, o processo não pode ser nem coisa das partes e nem coisa do juiz. É, nas palavras de Maria Elizabeth Fernandez, “coisa para as partes”⁴⁰. Para ser justo, o processo deve estar imediatamente a serviço dos destinatários finais da prestação jurisdicional e, apenas de forma mediata, a serviço do interesse público⁴¹.

O princípio do contraditório, no atual estágio de desenvolvimento do processo é, sem dúvida, uma das principais manifestações do modelo de processo garantista, pois, por meio dele, confere-se às partes não apenas o direito de defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à pretensão da outra parte, mas, precisamente, o poder de influência, no sentido positivo de bem interferir no desenvolvimento do processo e na construção do conteúdo da decisão de mérito⁴².

³⁹ LOPES JR., Jaylton — Manual de processo civil. 2ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2022, p. 69.

⁴⁰ FERNANDEZ, Maria Elizabeth, *Apud*, RAATZ, *Op. cit.*, p. 102-103.

⁴¹ GRECO, Leonardo — Privatismo e publicismo no processo civil. *Revista de Processo Civil*. São Paulo: RT, vol. 164 (out. 2008), p. 29/56.

⁴² FREITAS, José Lebre de — Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código. 4ª edição. Coimbra: Gestlegal, 2017, p. 126-127.

Esse poder de influência (*rechtliches Gehör*), tem por objetivo evitar a prolação de decisão surpresa às partes (*sentenza di terza via*). Tal poder se projeta para três grandes planos processuais: da alegação; da prova; e do direito.

No plano da alegação, o princípio do contraditório garante que a parte possa conhecer e se manifestar sobre todos os fatos alegados pela outra parte, quer como causa de pedir, quer como fundamento de exceção suscitada. No mesmo sentido, o juiz deve garantir a ambas as partes a manifestação sobre fatos por ele introduzidos ao processo de forma oficiosa. No plano da prova, o princípio do contraditório confere às partes o direito de requerer, até o momento em que for possível e não prejudique o regular andamento do processo, a produção de todos os meios probatórios relevantes para apurar a veracidade de uma alegação de fato, bem como, assim como que cada parte possa se manifestar sobre as provas produzidas por si, pela parte contrária ou por determinação do juiz. No plano do direito, o princípio do contraditório garante o conhecimento e manifestação pelas partes acerca de fundamentos novos que podem servir de base à decisão, inclusive aqueles que podem se conhecidos de ofício pelo juiz.⁴³

1.2. Modelos processuais e divisão de trabalho entre juiz e partes

Para o exercício da função jurisdicional e o atingimento dos seus objetivos, Estados soberanos desenvolveram seus próprios sistemas processuais⁴⁴, ou seja, um conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais vocacionadas à solução de conflitos. Cada sistema processual pode ou não possuir elementos e características próprios. O que torna um sistema processual singular são as diversas influências por ele sofridas das bases ideológicas do seu respectivo Estado. Essa capacidade de se distinguir de outros sistemas no tempo e no espaço confere a ele o *status* de modelo processual⁴⁵.

⁴³ FREITAS, *Op. cit.*, p. 127-138. No mesmo sentido: XAVIER, Rita Lobo; FOLHADELA, Inês; CASTRO, Gonçalo Andrade e — Elementos de direito processual civil: teoria geral, princípios e pressupostos. 2ª edição. Porto: Universidade Católica Editora, 2018, p. 135-136.

⁴⁴ Sobre as principais características dos sistemas processuais orientais, sistema processual soviético e sistemas processuais dos países ocidentais: COUTURE, Eduardo J — Fundamentos del derecho procesal civil. Primeira Edición. Caracas: Editorial Atenea, 2007, p. 21-30.

⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel — Instituições de direito processual civil. Vol. I. 4ª edição, revista, atualizada e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 171-174.

Sendo o Direito um fenômeno cultural⁴⁶, o modelo processual civil de um país é, em certa medida, espelho do modelo de Estado adotado. Isso porque modelos processuais nascem e se desenvolvem a partir de opções ideológicas⁴⁷.

A divisão de trabalho entre juiz, partes e demais atores processuais é, sem dúvida, um dos temas mais complexos do processo civil contemporâneo, pois está intimamente relacionado, em geral, à gestão do processo, e, em específico, à gestão da prova.

Para os fins pretendidos neste trabalho, impende destacar três grandes modelos processuais: adversarial, inquisitorial e cooperativo. Os modelos adversarial e inquisitorial possuem forte conexão com as tradições *common law* e *civil law*, respectivamente⁴⁸. Mas é preciso fazer uma advertência importante: não é a tradição jurídica que, por si só, definirá o modelo processual, mas os influxos ideológicos, as opções políticas e as características preponderantes de um ou de outro modelo processual⁴⁹.

Atualmente, diversas características do modelo inquisitorial estão presentes em sistemas jurídicos de tradição *common law*. A título de exemplo, a Inglaterra, país de tradição *common law*, nas últimas décadas, tem adotado cada vez mais a prática de atos processuais escritos, característica relacionada, no passado, para designar o sistema *civil law*. Além disso, em 1998, Inglaterra e País de Gales passaram a adotar um verdadeiro Código de Processo Civil (*Civil Procedure Rules*), responsável por transferir para as mãos do juiz o poder de administrar o tempo e a forma dos atos processuais (*case management*)⁵⁰.

De igual forma, diversas características do modelo adversarial também estão presentes em sistemas jurídicos de tradição *civil law*, como o brasileiro e o português. Podem ser citadas as seguintes características: adoção do princípio dispositivo, possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais e inquirição de testemunhas de forma direta pelos advogados

⁴⁶ RADBRUCH, Gustav, *Op. cit.*, p. 45.

⁴⁷ TARUFFO, Michele, *Apud* BERIZONCE, *Op. cit.*, p. 477.

⁴⁸ MÜLLER, Julio Guilherme Negócios jurídicos processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 59.

⁴⁹ “Existirá, no mundo contemporâneo, sistema processual que se ajusta a esse modelo? Não seria adequado responder à pergunta sem primeiro advertir que modelos não costumam ver-se reproduzidos na realidade como substâncias ‘quimicamente puras’. A caracterização e a inclusão dos ordenamentos em categorias inspira-se em critério de *preponderância*, não de *exclusividade*. Descrever um *tipo* é, forçosamente, pôs entre parêntese uma série de marcas e notas que imprimem a cada espécime sua inconfundível singularidade. Cumpre ter em mente essa importantíssima ressalva ao ouvir ou ao ler qualquer exposição sobre o assunto” (MOREIRA, José Carlos Barbosa — Duelo e processo. Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro. Vol. 49, n.º 24 (set. 2003), p. 45).

⁵⁰ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de — O *case management* inglês: um sistema maduro? Revista de Direito Processual. N.º 7 (2011), p. 287-235. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21127> [Consult. 04 marc. 2022].

(*cross examination*). Especificamente no caso do Brasil, vale mencionar, ainda, a adoção, pelo CPC de 2015, de um sistema de precedentes vinculantes (art. 927).

Esse intercâmbio de institutos jurídicos decorre de múltiplos fatores, dentre os quais se destacam as recepções jurídicas para aprimoramento do sistema processual, as discussões jurídicas transnacionais e a uniformidade cultural geradora de difusão e circulação de temas jurídicos de ordem geral, os quais são, sem dúvida, reflexos da globalização. Todas essas transformações evidenciam, em certa medida, uma crise nos modelos tradicionais⁵¹.

1.2.1. Modelo adversarial (*adversary system*)

O modelo adversarial de processo tem como base ideológica o liberalismo e é adotado, tradicionalmente, em sistemas jurídicos de tradição *common law*. Trata-se de modelo processual que se contrapõe ao modelo inquisitorial adotado pelos Estados absolutistas nos séculos XVII e XVIII, no qual tanto na instauração quanto na condução do processo, prevaleciam os interesses do soberano em detrimento dos interesses das partes⁵². A centralização do poder sufocava, no campo processual, a liberdade e autonomia das partes.

O *adversary system* tem como característica mais marcante o protagonismo das partes na condução formal e material do processo. É exclusivamente das partes a responsabilidade da apresentação do caso, da formação e delimitação das questões que serão decididas pelo juiz e da produção das provas. O juiz, por sua vez, deve manter uma posição de neutralidade, a fim de conferir às partes tratamento igualitário e imparcial⁵³. Assim, o controle judicial da atuação das partes deve ser excepcional, ocorrendo, em regra, para coibir comportamentos ilícitos.

A autonomia da vontade, no modelo adversarial, é levada às últimas consequências, pois deve ser respeitada mesmo quando uma das partes careça de defesa técnica ou sua defesa seja extremamente deficiente, sendo vedada intervenção judicial com o objetivo de suprir o desequilíbrio entre as partes.

Com efeito, sendo o processo “coisa das partes”, somente elas detêm o poder de instaurar a demanda. A essa subordinação do exercício da jurisdição à iniciativa das partes Gönner denominou de “máxima (ou princípio) do debate” (*Verhandlungsmaxime*), tendo Orloff, mais tarde, preferido utilizar a expressão “princípio do dispositivo”

⁵¹ TARUFFO, Michele — Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. Revista de Processo-REPRO. Vol. 110, (abr. 2003), p. 141-158.

⁵² RAATZ, *Op. cit.*, p. 120 e 121.

⁵³ FRIEDENTHAL, Jack H.; MILLER, Arthur R.; SEXTON, John E.; HERSHKOFF, Helen, *Apud*, MÜLLER, *Op. cit.*, p. 60.

(*Dispositionsmaxime*). Outros autores alemães, como Brüggemann, optaram por distinguir os dois princípios, relacionando o princípio dispositivo (*Dispositionsmaxime*) ao poder das partes de decidir sobre a instauração do processo, sua subsistência e sobre a delimitação do objeto; e o princípio do debate (*Verhandlungsmaxime*) como o poder de inserir no processo a matéria de fato e de decidir acerca da necessidade da prova, bem como o poder de iniciativa quanto à produção da prova⁵⁴.

A doutrina italiana, a partir do século XX, também estabeleceu uma distinção acerca dos poderes das partes relacionados à iniciativa do processo e à instrução da causa, designando-os, respectivamente, como princípio da demanda e princípio dispositivo.

Pelo princípio da demanda, o processo somente pode ter início por provocação de uma parte interessada, vedando-se ao juiz agir de ofício (*ne procedat iudex ex officio, nemo iudex sine actore*)⁵⁵. Além disso, somente as partes podem delimitar o objeto da demanda, ou seja, a questão a ser decidida pelo juiz. Por conseguinte, o pronunciamento judicial deve se restringir aos estritos limites dos pedidos formulados (*ne eat iudex ultra petita partium*). Já pelo princípio dispositivo, as partes possuem o poder de escolher e indicar os meios de prova idôneos para a verificação dos fatos alegados (*iudex secundum allegata et probata partium decidere debet*)⁵⁶.

Para Enrico Tulio Liebman, pelo princípio dispositivo, é das partes o ônus de alegar os fatos que entendem relevantes para a causa, assim como o de fornecer as provas dos fatos alegados. A atuação do juiz, nesse sentido, fica condicionada aos limites fáticos estabelecidos pelas partes e, ainda, às provas por elas produzidas, de tal modo que o juiz não pode, em regra, assumir a iniciativa instrutória (*iudex iudicare debet iuxta alligata et probata partium*). Nos casos em que o direito discutido no processo é indisponível, adverte Liebman que o princípio dispositivo sofre uma atenuação, pois, em tais situações, o Ministério Público é chamado para intervir, a quem é dada a faculdade de integrar a iniciativa instrutórias das partes⁵⁷.

Em posição contrária, Mauro Cappelletti defende que o princípio dispositivo deve ser compreendido a partir de dois grandes sentidos: um material e outro processual. O princípio dispositivo em sentido material corresponde ao poder da parte de dar início ao processo para

⁵⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa — O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 39.

⁵⁵ BARBI, Celso Agrícola — Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. I, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 33.

⁵⁶ CALAMANDREI, *Op. cit.*, p. 334-335.

⁵⁷ LIEBMAN, *Op. cit.*, p. 91-93.

pleitear uma tutela jurídica de direito material. O princípio dispositivo em sentido processual, por outro lado, corresponde ao poder das partes relacionado à condução do processo⁵⁸.

Para o referido jurista italiano, os limites de atuação do juiz estão relacionados aos fatos alegados pelas partes, ou seja, ao sentido material do princípio dispositivo. A imparcialidade é garantida às partes pela vinculação do juiz aos fatos que compõem o objeto da demanda. Quanto à condução do processo e à produção das provas — sentido processual do princípio dispositivo —, o juiz pode agir de ofício, mas nos estritos limites da demanda delimitada pelas partes.

Para abalizada doutrina portuguesa, em um sentido amplo, o princípio dispositivo se relaciona com a disponibilidade da instância, ou seja, com o monopólio das partes para dar o impulso processual inicial, delimitar o seu objeto e deliberar, nos limites impostos pela lei, acerca da suspensão do processo. Em sentido estrito, fala-se em princípio da controvérsia (ou autorresponsabilidade das partes), o qual corresponde à responsabilidade das partes na definição do material fático da causa⁵⁹.

A posição de Cappelletti parece buscar uma aproximação entre o *adversary system* e o *inquisitorial system*, representando uma visão publicista de processo.

1.2.2. Modelo inquisitorial (*inquisitorial system*)

O modelo inquisitorial tem como base ideológica o bem-estar-social, que preconizava uma maior intervenção do Estado na economia e nas relações privadas como forma de garantir a igualdade material e a justiça social.

No *inquisitorial system*, o processo não é visto como uma disputa entre as partes, mas instrumento de realização de uma política estatal. Nesse sentido, sob o manto da supremacia do interesse público, o processo é coisa do juiz, a quem cabe conduzi-lo oficiosamente e supervisionar, ampla e irrestritamente, todos os atos praticados pelas partes.

Em uma visão mais radical desse sistema, presente no *Corpus Juris Fridericianum*, primeiro livro de ordenança processual da Prússia, publicado em 1781, o processo se

⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro — La testimonianza della parte nel sistema dell'Oralità: contributo allá teoria della utilizzazione probatória del sapere delle parti nel processo civile. Parte prima. Milano: Drott. A. Giuffrè Editore, 1962, p. 308.

⁵⁹ Segundo José Lebre de Freitas, “ainda que, rigorosamente, os factos em si, como acontecimentos da realidade objetiva, não sejam materialmente disponíveis, a sua prova, quando realmente não se tenham verificado, equivale à criação fictícia dos elementos do *Tatbestand* (fatispécie ou previsão) da norma, com efeito idêntico ao da disposição do direito”. Prossegue o autor esclarecendo que “a opção legislativa expressa no art. 5-2 mais não exprime do que a preferência por um *meio técnico*, entre outros possíveis, para alcançar a verdade, sem paralelismo com a autonomia privada e tendo na sua base a ideia de *responsabilidade* das partes pela (sic) criação do material fático da causa” (FREITAS, *Op. cit.*, 169-170).

desenvolvia oficiosamente. Houve supressão da advocacia, e cada uma das partes era auxiliada por um assistente-assessor designado pelo Tribunal⁶⁰. No Ordenamento Judicial Prussiano de 1793, o magistrado não estava vinculado aos pedidos formulados pelas partes, porém tinha o dever de buscar a verdade objetiva. Os sistemas processuais da Áustria (1895), da Polônia e das Repúblicas Populares da Alemanha Oriental também estabeleciam o princípio da verdade objetiva, conferindo ao juiz amplos poderes de investigação dos fatos⁶¹.

A despeito desses registros históricos, o modelo inquisitorial não pode ser relacionado, direta e necessariamente, a regimes políticos autoritários, pois o que define um regime como democrático ou autoritário não é o modelo de processo por ele adotado, mas a forma como o poder político é exercido. Aliás, é possível identificar modelos processuais liberais instituídos em Estados autoritários, como ocorreu na Itália fascista (1922-1943), e modelos processuais inquisitoriais instituídos em Estados democráticos, como ocorreu na França e na Suíça⁶².

Com efeito, o acento tônico do modelo inquisitorial, ao menos em sua concepção original, está no protagonismo do Estado-juiz na relação processual, o qual detém amplos poderes para a condução do processo e para a busca da verdade material⁶³, e, em alguns casos, o poder, inclusive, de instaurar o processo de ofício.

Conforme advertência feita por Michele Taruffo, tal modelo, em sua forma pura, somente existiu na Prússia, na segunda metade do século XVIII⁶⁴. Até mesmo em regimes autoritários do século XX, como o nazista e o fascista, embora os respectivos sistemas processuais tenham conferido ao juiz amplos poderes de gestão processual, não retiraram das partes o poder de instaurar a demanda e de delimitar as matérias de fato.

No modelo inquisitorial prepondera o princípio do inquisitório, o qual confere ao juiz o poder de gestão processual, especialmente na busca da verdade material. A passividade do juiz, presente no modelo adversarial puro, é substituída pela proatividade judicial no desenvolvimento do procedimento e, em especial, na produção da prova. O princípio do inquisitório, nessa perspectiva, visa garantir a igualdade material entre as partes e a justa composição da lide.

Nesse sentido, cabe às partes colaborar com o juiz com as informações necessárias acerca de como ocorreram os fatos, sob pena de o juiz se converter em “investigador dos fatos”.

⁶⁰ GOLDSCHMIDT, *Op. cit.*, p. 41-43.

⁶¹ FERREIRA, Pinto — Os princípios dispositivo e da livre investigação no direito processual. *Revista da academia brasileira de letras jurídicas*. Rio de Janeiro. Ano IX, nº 8 (1995), p. 195-200.

⁶² TARUFFO, Michele — *A Prova*. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 189.

⁶³ AROCA, *Op. cit.*, p. 104.

⁶⁴ TARUFFO, Michele — *Cultura y proceso en páginas sobre la justicia civil*. Madri: Marcial Pons, 2009, p. 195-199.

Para que a verdade material seja alcançada e o processo possa atingir os seus fins sociais, o juiz detém amplos poderes de gestão processual, podendo, inclusive, atuar de forma discricionária, a fim de garantir não apenas os direitos das partes, mas os valores e interesses sociais⁶⁵.

Pelo princípio do inquisitório, a atuação oficiosa do juiz no campo probatório decorre do caráter público da função jurisdicional. É de interesse do Estado a descoberta da verdade material, pois, por meio dela, se torna possível a justa solução do conflito, além de garantir estabilidade às instituições públicas e confiança do jurisdicionado no sistema de justiça.

Nesse contexto, a autonomia das partes é garantida por meio do poder de instaurar o processo (impulso inicial) e de identificar o seu objeto. Todavia, submetida a demanda ao Estado-juiz, passa a ser dele o poder-dever de gestão processual, englobando, inclusive, a iniciativa probatória, independentemente do caráter disponível ou indisponível do direito material discutido⁶⁶. Trata-se do princípio do inquisitório em sentido amplo.

Em sentido estrito, o princípio do inquisitório se relaciona com a busca da verdade material. Ao juiz são outorgados amplos poderes instrutórios, inclusive para determinar a produção de meio de prova não requerida pelas partes⁶⁷.

O CPC português possui um amplo repertório de poderes instrutórios do juiz, podendo ser citados, entre outros, os seguintes: a) poder de, em qualquer estado do processo, determinar a comparência pessoal das partes para a prestação de depoimento, informações ou esclarecimentos sobre factos que interessem à decisão da causa (art. 452.º, n.º 1); b) poder de determinar, de ofício, a produção de prova pericial (art. 467.º, n.º 1); c) poder de promover inspeção judicial em coisas ou pessoas (art. 490.º, n.º 1); d) poder de inquirir testemunhas não arroladas pelas partes (art. 526.º, n.º 1); e) poder de reabrir a fase instrutória após o processo ser conclusivo para prolação da sentença (art. 607.º, n.º 1).

No sistema processual português, esse princípio encontra seus limites no princípio dispositivo, de tal modo que a busca da verdade deve restringir-se aos fatos delimitados pelas partes (arts. 5.º e 411.º do CPC).

⁶⁵ *Idem*, *Op. cit.*, p.106.

⁶⁶ Para Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, “o princípio dispositivo não tem qualquer ligação com a instauração da causa, mas apenas com as limitações impostas ao juiz em razão da disponibilidade do direito material. É certo que há quem entenda que o juiz somente deve produzir prova de ofício no caso de direito indisponível, e não de direito disponível. Porém, não há razão para associar a atuação do juiz na instrução da causa com a natureza do direito material posto à sua solução. Ora, entender que o juiz deve produzir prova de ofício apenas nos casos de direitos indisponíveis é o mesmo que admitir que a jurisdição não se importa com o que acontece nos processos em que se discutem direitos disponíveis” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel — Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 451).

⁶⁷ Sobre o duplo sentido do princípio inquisitório: XAVIER, *Op. cit.*, p.146-158.

No sistema processual brasileiro, esse duplo aspecto do princípio do inquisitório também se mostra visível. Em sentido amplo, podem ser citados os seguintes exemplos: a) poder-dever de dirigir o processo (art. 139, *caput*, do CPC); b) poder-dever de suprir os pressupostos processuais e sanear os vícios processuais (arts. 139, IX, 277, 321, 352, 357 e 1.007, § 7º, do CPC); c) poder-dever de dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova (art. 139, VI, do CPC). Em sentido estrito, o Código prevê diversos poderes relacionados à busca da verdade, tais como: a) poder de determinar a produção de prova de ofício (art. 370, *caput*); b) poder de atribuir de forma diversa o ônus da prova (art. 373, § 1º); c) poder de determinar, de ofício, o depoimento pessoal das partes (art. 385); d) poder de determinar a exibição de documento (art. 396); e) poder de promover a inspeção judicial em pessoas ou coisas (art. 481 do CPC).

A tradição *civil law*, comum aos dois países, e as influências que ambos sofreram de ordenamentos jurídicos estrangeiros, como o alemão e o italiano, revelam a preponderância do princípio do inquisitório nesses sistemas⁶⁸.

1.2.3 Modelo cooperativo

As modificações ocorridas nos sistemas processuais na segunda metade do século XX, fortemente influenciadas pelas transformações nos modelos de Estado, não permitem mais correlacionar, de forma inflexível, o princípio dispositivo ao modelo adversarial, e o princípio do inquisitório ao modelo inquisitorial.

Segundo Jolowicz, “dada a impossibilidade de que um processo seja exclusivamente adversary ou exclusivamente inquisitório, o deslocamento do ponto de equilíbrio entre os poderes e as prerrogativas das partes, de um lado, e os do juiz, do outro, é suscetível de produzir uma reviravolta no espírito de um sistema jurídico no que concerne ao verdadeiro caráter do processo civil”⁶⁹.

⁶⁸ Conforme exposição de motivos do CPC português, “mantém-se e reforça-se o poder de direção do processo pelo juiz e o princípio do inquisitório (de particular relevo na eliminação das faculdades dilatórias, no ativo suprimimento da generalidade da falta de pressupostos processuais, na instrução da causa e na efetiva e ativa direção da audiência). Mantém-se e amplia-se o princípio da adequação formal, por forma a permitir a prática dos actos que melhor se ajustem aos fins do processo, bem como as necessárias adaptações, quando a tramitação processual prevista na lei não se adéque às especificidades da causa ou não seja mais eficiente. Importa-se para o processo comum o princípio da gestão processual, consagrado e testado no âmbito do regime processual experimental, conferindo ao juiz um poder autónomo de direção ativa do processo, podendo determinar a adopção dos mecanismos de simplificação e de agilização processual que, respeitado os princípios fundamentais da igualdade das partes e do contraditório, garantam a composição do litígio em prazo razoável. No entanto, não descurando uma visão participada do processo, impõe-se que tais decisões sejam antecedidas da audição das partes”.

⁶⁹ JOLOWICZ, J. A — A reforma do processo civil inglês: uma derrogação ao “adversary system”. Revista de Processo. São Paulo. Volume 19, n.º 75, (jul. set/1994), p. 65.

O constitucionalismo moderno tem exigido uma maior solidariedade nas relações jurídicas. O remodelamento do princípio do contraditório — como poder de influência — confere um caráter cada vez mais democrático ao processo, na medida em que, ao fim e ao cabo, a norma jurídica individualizada produzida pela sentença deve ser fruto da construção de todos os atores processuais.

Com efeito, o caráter solidário e democrático do processo não se restringe ao exercício das faculdades processuais e do poder de influência, projetando-se, também, para a gestão do processo. A dicotomia entre princípio dispositivo e princípio do inquisitório ou a preponderância do princípio como critério determinante para a construção e o desenvolvimento de modelos processuais deve ser repensada.

Nesse cenário, vem ganhando força modelos processuais policêntricos, cuja gestão do processual é realizada de forma colaborativa entre todos os atores processuais. O processo é visto como uma comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*), rechaçando qualquer tipo de protagonismo que se pretenda atribuir às partes ou ao juiz⁷⁰, os quais devem manter uma posição simétrica e paritária em relação à condução do processo. Nessa perspectiva, o juiz deve ser isonômico em relação à gestão do processo e assimétrico apenas no exercício da função de julgar⁷¹.

O modelo cooperativo de processo é tendência que vem ganhando espaço nos sistemas processuais dos países ocidentais democráticos. A busca por um sistema processual cada vez mais eficiente e preocupado com a tutela do direito material de forma justa e em tempo razoável perpassa pelo reenquadramento da divisão de trabalho entre partes, advogados e juiz. Com isso, a concepção estática de processo, marcada pela divisão rígida do trabalho entre partes e juiz estabelecida pela lei vai sendo paulatinamente substituída pela concepção dinâmica de processo⁷².

A maior participação das partes na gestão processual decorre, inicialmente, de uma mudança de perspectiva da própria jurisdição, a qual tem se afastado da ideia de função estatal consistente na aplicação do direito no caso concreto, para assumir a feição de serviço público voltado à solução de controvérsias. Além disso, decorre do fato de que em qualquer espaço de

⁷⁰ NUNES, Dierle — Reformas processuais: estatalismo ou privatismo? Por um modelo participativo. Revista brasileira de direito processual-RBDPro. Belo Horizonte. Ano 24, n.º 90 (abr. jun. 2015), p. 148.

⁷¹ MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. Revista de processo comparado. São Paulo. Vol. 2, ano 1 (jul. dez. 2015), p. 89.

⁷² CADIET, Loïc — Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 38.

convivência e de debate jurídico democrático, a autonomia privada é um direito fundamental a ser respeitado.

Nessa linha intelectual, é preciso considerar que o policentrismo processual que marca o modelo cooperativo de processo não nega as importantes funções exercidas pelos princípios dispositivo e inquisitório, mas insere, como ponto de equilíbrio e coordenação entre os poderes das partes e do juiz, o princípio da cooperação.

A cooperação, como princípio jurídico⁷³, corresponde a uma norma de conduta que impõe aos atores processuais um constante diálogo e colaboração para a descoberta da verdade (cooperação material) e obtenção, em tempo razoável, da justa e efetiva composição da lide (cooperação formal). Nesse sentido, o princípio da cooperação exige o redimensionamento dos poderes processuais e revisão dos limites de atuação das partes e do juiz na condução do processo⁷⁴.

O modelo cooperativo de processo estabelece uma simetria de poderes entre partes e juiz no tocante à condução do processo e busca da verdade. As regras processuais estáticas e os poderes conferidos pelo Código ao juiz podem ser flexibilizados mediante convenção das partes. O Código, nessa perspectiva, funciona como uma plataforma⁷⁵, na qual, além dos atos e procedimentos estanques, é possível desenvolver novos procedimentos e redefinir formas de divisão de trabalho para atender à autonomia da vontade das partes e melhor se adequar às peculiaridades da causa.

O perfil do processo civil democrático contemporâneo é, precisamente, cooperativo. É certo que a colaboração exigida das partes não pode ser romantizada ao ponto de se imaginar que os sujeitos parciais do processo descobrirão, de mãos dadas, a única verdade possível. Absolutamente. Os sujeitos parciais defendem pretensões materiais próprias, a partir das

⁷³ Negando a cooperação como princípio, Lênio Luiz Streck afirma que “a ‘cooperação processual’ não é um princípio; não está dotada de densidade normativa; as regras que tratam dos procedimentos processuais não adquirem espessura ontológica face à incidência desse standard. Dito de outro modo, a ‘cooperação processual’ – nos moldes que vem sendo propalada – ‘vale’ tanto quanto dizer que todo processo deve ter instrumentalidade ou que o processo deve ser tempestivo ou que as partes devem ter boa-fé. Sem o caráter deontológico, o standard não passa de elemento que ‘ornamenta’ e fornece ‘adereços’ à argumentação. Pode funcionar no plano performativo do direito. Mas, à evidência, não como ‘dever ser’.” (STRECK, Lênio Luiz — Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 485-534). No mesmo sentido: RAATZ, *Op. cit.*, p. 139-152.

⁷⁴ “Para que o processo seja organizado de forma justa os seus participantes têm de ter posições jurídicas equilibradas ao longo do procedimento. Portanto, é preciso perceber que a organização do processo cooperativo envolve – antes de qualquer coisa – a necessidade de um novo dimensionamento de poderes no processo, o que implica necessidade de revisão da cota de participação que se defere a cada um de seus participantes ao longo do arco processual. A colaboração implica revisão das fronteiras concernentes à responsabilidade das partes e do juiz no processo. Em outras palavras: a colaboração visa a organizar a participação do juiz e das partes no processo de forma equilibrada” (MITIDIERO, *Op. cit.*, p. 91).

⁷⁵ MÜLLER, *Op. cit.*, p. 75.

“verdades” que eles mesmos já construíram e internalizaram. A divergência das partes em relação ao direito material discutido, contudo, não afasta a convergência para a redefinição de meios de condução e gestão do processo.

1.3. Gestão processual e experiências jurídicas

Uma das grandes preocupações dos sistemas processuais atuais diz respeito à sua eficiência. A partir de uma visão constitucional de processo, notadamente na perspectiva dos princípios do devido processo legal e do acesso à justiça, a justa e efetiva tutela do direito pressupõem a existência de um procedimento capaz de se desenvolver de forma adequada e em tempo razoável⁷⁶. Se o fim último do processo é a composição da lide mediante decisão de mérito justa e tempestiva, é preciso que o procedimento seja capaz de atender a esse objetivo.

Tal preocupação pode ser identificada tanto em sistemas processuais de tradição *common law* quanto em sistemas processuais de tradição *civil law*. Nos modelos processuais liberais, que conferem às partes e seus advogados a gestão exclusiva ou predominante do processo, o procedimento tende a se tornar burocrático, lento, oneroso e nem sempre adequado à prolação de uma decisão justa, já que afasta do juiz o poder de buscar, oficiosamente, a verdade. Por outro lado, modelos processuais sociais, que estabelecem regras procedimentais inflexíveis e conferem ao Estado-juiz o poder exclusivo ou predominante de conduzir o processo, tendem a ser burocráticos, incapazes de atender às especificidades do caso concreto e, em certa medida, autoritários, por reduzirem o exercício da autonomia da vontade das partes.

É exatamente nesse ambiente de preocupação que o papel do juiz e das partes na gestão do processo se tornou palco de importantes debates e fundamento para a reestruturação de sistemas processuais.

3.1.1. Experiência norte-americana

O sistema processual norte-americano, historicamente desenvolvido em bases liberais, adotou, em 1938, as *Federal Rules of Civil Procedures*. (FRCP), fruto de um movimento reformista do sistema de justiça iniciado no início do século XX. Sem se afastar do *adversary system*, as FRCP permitiram um maior envolvimento dos juízes com o desenvolvimento do processo, muito embora não tenham sido capazes de conter o aumento dos litígios e o

⁷⁶ DIDIER JR., Fredie — Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil: parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 114-115.

congestionamento de processos perante os tribunais, fatores, aliás, que refletiam, de forma negativa, nos negócios dos EUA no mercado internacional.

Diante disso, em 1990, foi aprovada a *Civil Justice Reform Act*, a qual implementou o *judicial case management*, cujo objetivo foi, no âmbito da jurisdição federal, tornar a resolução dos conflitos mais justa, rápida e barata, permitindo ao juiz se envolver na identificação das principais questões de fato e de direito presentes no litígio, bem como estabelecer um fluxo de trabalho e procedimentos futuros com as partes e seus advogados, a fim de alcançar a resolução do conflito da forma mais célere e menos onerosa possível⁷⁷.

A preocupação com a gestão de casos é revelada na *Rule 1*, a qual estabelece que as regras das FRCP devem ser interpretadas, administradas e aplicadas pelo tribunal e pelas partes para resolução justa, rápida e barata de todas as ações e procedimento⁷⁸. Com as emendas promovidas em 1983 à *Rule 16* e à *Rule 26*, houve, de fato, uma grande guinada na gestão de casos no direito norte-americano.

A *Rule 16* prevê que o tribunal determine o comparecimento dos advogados e das partes não representadas para uma conferência de pré-julgamento (fase *pretrial*). O principal objetivo dessa conferência é a identificação das questões centrais que interessam ao julgamento. A ideia central da *Rule 16* é a de que um oficial do tribunal — que não necessariamente será o juiz — cuide do caso desde o início, estabelecendo, com os advogados, um programa adequado para a sua resolução de forma justa, rápida e barata⁷⁹.

O objetivo dessa fase é, dentre outros: a) agilizar a resolução do litígio; b) promover o controle precoce do processo, a fim de evitar o seu prolongamento; c) desestimular atividades de pré-julgamento inúteis; d) melhorar a qualidade do julgamento; e e) facilitar a solução consensual do conflito. No *pretrial*, o tribunal tem a possibilidade, ainda, de estabelecer um procedimento especial para casos difíceis ou demorados, considerando, por exemplo, o número de litigantes, questões jurídicas complexas ou problemas incomuns relacionados à prova.

A *Rule 26*, por sua vez, tem especial aplicação no campo probatório e se alinha a um viés cooperativo de processo. Ao prever a fase da *Discovery*, a referida regra impõe às partes o dever de divulgação (*duty to disclose*), determinando que, em regra, a parte deve,

⁷⁷ MENDONÇA, Luís Correia de — Juízes gestores. O Direito. Coimbra. Ano 151.º (2019), IV, p. 740.

⁷⁸ “These rules govern the procedure in all civil actions and proceedings in the United States district courts, except as stated in Rule 81. They should be construed, administered, and employed by the court and the parties to secure the just, speedy, and inexpensive determination of every action and proceeding” (Federal Rules Civil Procedure. December 1, 2020. Disponível em: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_-_december_2020_0.pdf. [Consult. em 17-03-2022].

⁷⁹ HIRSCH, Alan; SCHWARZER, William W. — The elements of case management: a pocket guide for judges. Thrid edition. Washington: FJC (jun. 2017), p. 3. Disponível em: <https://www.fjc.gov/content/323373/elements-case-management-third-edition>. [Consult. em 12-03-2022].

independentemente de requerimento da parte contrária, fornecer: a) o nome e qualificação de pessoa que possa fornecer informações úteis para serem utilizadas como matéria de defesa, salvo em casos de impedimento comprovado; b) cópia de todos os documentos, informações armazenadas eletronicamente e coisas tangíveis que a parte tenha em sua posse, custódia ou controle e que possam ser usados para embasar sua pretensão ou defesa; c) cálculo dos danos alegados, bem como cópia dos documentos ou outro material probatório que embasaram a apuração do valor dos danos, incluindo materiais relacionados à natureza e extensão das lesões sofridas.

Nessa perspectiva, a *Rule 26* se projeta para os advogados, a fim de que reflitam sobre a legitimidade e razoabilidade dos requerimentos de provas, respostas e objeções antes de fazerem uso delas⁸⁰.

Nota-se, assim, que a estrutura procedimental das FRCP é bifásica, ou seja, há uma fase inicial destinada à preparação da causa, e outra fase destinada à assunção da prova e à decisão⁸¹. Embora o sistema processual norte-americano seja, essencialmente, adversarial, as FRCP incentivam a participação mais ativa do juiz na gestão do caso, notadamente na fase de pré-julgamento, a fim de que o processo seja mais efetivo e menos oneroso.

3.1.2. Experiência inglesa

O sistema processual inglês, também de viés adversarial, assim como ocorreu nos EUA, se viu diante da necessidade de tornar o seu sistema de justiça civil mais eficiente e menos oneroso. A postura passiva dos juízes, com a concentração do poder de gestão processual nas mãos das partes e seus advogados, era um dos principais fatores da demora dos processos, do uso desproporcional dos recursos do tribunal, do descumprimento de decisões judiciais e do aumento dos custos de utilização da jurisdição⁸².

Em 28 de março de 1994, o Lord Chancellor, Lord Mackay, indicou o Lord Woolf para que produzisse um relatório acerca da jurisdição civil da Inglaterra e País de Gales, a fim de que fossem indicadas soluções para, dentre outros objetivos: a) melhorar o acesso à justiça; b) reduzir os custos dos processos; c) simplificar as regras processuais; d) modernizar o sistema;

⁸⁰ GENSLER, Steven S. — Judicial case management: caught in the crossfire. Disponível em: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/steven_s._gensler_caught_in_the_cross-fire.pdf. [Consult. em 18-03-2022].

⁸¹ RAATZ, *Op. cit.*, p. 251.

⁸² ZUCKERMAN, Adrian — Civil procedure: principles of practice. Second edition. London: Sweet & Maxwell, 2006, p. 1.

e) prestar a jurisdição em prazo razoável; f) estabelecer procedimentos adequados; e g) garantir a prolação de decisões justas. Em 1995 e 1996, os relatórios foram apresentados, até que em 1998 foram publicadas as *Civil Procedure Rules (CPR)*, entrando em vigor em 26 de abril de 1999⁸³.

As CPR promoveram uma verdadeira mudança de paradigma no tocante à gestão processual, até então concentrada nas mãos das partes e seus advogados. Segundo Neil Andrews, “o Código de 1998 objetivou mudar a cultura dos litígios perante tribunais da Inglaterra. O código processual inglês saiu de um estilo antagônico para um *ethos* mais cooperativo”⁸⁴.

Essa mudança cultural pode ser identificada a partir de três grandes inovações contidas nas CPR: a) expansão do *case management* exercido pelo juiz; b) ideia de que a finalidade preponderante perseguida pelo processo é a justiça (*overriding objective*); e c) dever de colaboração imposto às partes e seus advogados para a obtenção dos objetivos estabelecidos⁸⁵.

A ideia de que a finalidade preponderante a ser perseguida pelo processo (*overriding objective*) é a justiça se dirige não apenas ao juiz, como também às partes. Além disso, a justiça buscada deve ser compreendida sob uma dupla perspectiva: a) justiça do resultado, ou seja, da decisão de mérito; e b) justiça do processo, ou seja, desenvolvido de forma adequada, proporcional⁸⁶ e em tempo razoável⁸⁷.

Com efeito, é possível identificar três grandes grupos de regras previstas nas CPR reveladoras das mudanças provocadas no sistema processual civil inglês. No primeiro grupo estão as regras que garantem um maior conhecimento do caso pelo juiz desde o início do processo, a fim de que adote as providências necessárias para a condução e julgamento do caso. No segundo grupo estão as regras que conferem maiores poderes ao juiz no tocante ao controle do caso, permitindo-lhe decidir sumariamente, não só a pedido, mas também por iniciativa própria, caso considere que o pedido ou a defesa não tem perspectivas reais de sucesso. Além disso, há um maior controle do juiz sobre as provas. No terceiro grupo estão as regras que

⁸³ ALMEIDA, *Op. cit.*, p. 289-290.

⁸⁴ ANDREWS, Neil — O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 53.

⁸⁵ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende — A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 36.

⁸⁶ Conforme adverte Neil Andrews, o objetivo primordial das CPR Part 1 é dar destaque à noção de proporcionalidade, tanto na organização dos níveis de procedimento (“small claims, fast-track, or multi-track proceedings”) e do exercício dos poderes de gestão do processo pelo tribunal (ANDREWS, Neil — Identifying fundamental principles of civil justice. Revista de Processo. Vol. 34, n.º 178 (dez. 2009), p. 111_.

⁸⁷ ALVES, Tatiana Machado — Gerenciamento processual no novo CPC: mecanismos para gestão cooperativa da instrução. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p.165.

buscam incentivar as partes a resolver o litígio fora do tribunal, mediante utilização de meios alternativos de solução de disputas (*Alternative Dispute Resolution – ADR*)⁸⁸.

O sistema processual civil inglês, assim como ocorreu com o sistema norte-americano, buscou melhor equilibrar a divisão de trabalho entre partes e juiz, conferindo a este último um envolvimento mais ativo com a causa, especialmente na fase pré-litígio e no controle do volume de provas.

Especificamente em relação à fase pré-litígio, destaca-se o conjunto de protocolos que estabelecem diretrizes e responsabilidades às partes e seus advogados, visando promover a troca de informações e documentos que estejam em seu poder, a fim de que uma parte possa conhecer os pontos fortes e fracos da outra, e, com a disponibilização e troca de informações, viabilizar a obtenção de bons acordos⁸⁹.

A filosofia do *adversaryal system*, impregnada no sistema processual civil inglês, parece ter tomado novos ares com o advento das CPR. A atuação mais ativa do juiz na fase *pretrial*, além de permitir o conhecimento e a formação de opinião acerca das provas que serão utilizadas na fase *trial*⁹⁰, revela um nítido caráter cooperativo.

3.1.3. Experiência portuguesa

O sistema processual português, assim como ocorreu em outros países, sofreu forte influência do pensamento ideológico de cada momento histórico de sua evolução. O CPC português de 1876, por exemplo, continha uma forte influência do pensamento liberal, de modo que o juiz deveria assumir uma postura mais passiva, tendo em vista que, à luz do princípio dispositivo, as partes detinham o protagonismo na gestão do processo⁹¹.

Nos anos subsequentes, diversas reformas processuais de cunho publicístico foram promovidas, com especial destaque para o princípio do inquisitório, responsável pelo aumento dos poderes do juiz na condução formal e material do processo. Tais reformas culminaram com a promulgação do CPC de 1939. Esse novo Código, fortemente influenciado pelo modelo de Estado social e pelo pensamento de Klein e Chiovenda, estabeleceu uma participação mais ativa

⁸⁸ JOLOWICZ, J. A. — Adversarial and inquisitorial models of civil procedure. *Internacional & Comparative Law Quarterly*. Volume 53. Parte 2 (april 2003), p. 286-288.

⁸⁹ ANDREWS, *Op. cit.*, p. 127.

⁹⁰ JOLOWICZ, *Op. cit.*, p. 74-75.

⁹¹ O Código de 1876 foi marcado pelas seguintes características essenciais: a) concepção privatística de processo; b) rigidez do formalismo do processo ordinário; c) alta flexibilidade dos esquemas processuais; d) grande importância dada às formas dos actos processuais; e e) redução a escrito de toda a atividade probatória (VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. — Manual de processo civil. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.30-31).

do juiz, especialmente no campo probatório, a fim de eliminar um modelo baseado na preponderância da forma sobre o fundo⁹². O carácter publicístico e o princípio da oralidade foram as marcas mais visíveis do CPC de 1939.

CPC de 1961, pensado para corrigir as lacunas deixadas pelo Código de 1939 e os pontos que foram objeto de críticas, como o princípio da oralidade e os tribunais colectivos, promoveu uma série de transformações formais e substanciais no sistema processual português. Não obstante, o novo Código manteve os princípios essenciais, a estrutura, a sistemática e os conceitos dogmáticos do código anterior⁹³.

Nos anos de 1995⁹⁴ e 1996⁹⁵, o sistema processual civil português sofreu profundas transformações, destacando-se as seguintes: a) ampliação dos poderes do juiz na condução formal e material do processo⁹⁶; b) consagração do princípio da adequação processual (art. 265º-A do CPC⁹⁷); e c) consagração do princípio da cooperação (art. 266º do CPC⁹⁸).

No ano de 2006, foi instituído o Regime Processual Civil Experimental (Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de junho), cujo espaço de aplicação se limitou a quatro tribunais: Juízos de competência especializada cível do Tribunal da Comarca de Almada; Juízos Cíveis do Tribunal da Comarca do Porto; Juízos de pequena instância cível da Comarca do Porto; e Juízos de competência especializada cível do Tribunal da Comarca do Seixal.

O objetivo do RPE foi testar e aperfeiçoar um modelo de procedimento mais simples, ágil e flexível, com destaque para os seguintes pontos: a) dever de gestão processual, que confere ao juiz o poderes para: i) adoptar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir; ii) recusar a prática de atos processuais inúteis, impertinentes ou meramente protelatórios; iii)

⁹² ANDRADE, Manuel A. Domingues de — Noções elementares de processo civil. Coimbra: Coimbra Editora, 1976, p. 21.

⁹³ GOUVEIA, Mariana França — Os poderes do juiz cível na acção declarativa em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. *Julgar*, nº 1. 2007, p. 49.

⁹⁴ Decreto-Lei n.º 329/95, de 9 de Dezembro.

⁹⁵ Decreto-Lei n.º 180/96, de 25 de Setembro.

⁹⁶ O Decreto-Lei n.º 180/96, de 25 de Setembro alterou o art. 265.º do CPC de 1961 para prever, no n.º 2 do citado artigo que “o juiz providenciará, mesmo oficiosamente, pelo suprimimento da falta de pressupostos processuais susceptíveis de sanção, determinando a realização dos actos necessários à regularização da instância ou, quando estiver em causa alguma modificação subjectiva da instância, convidando as partes a praticá-los”. Já o n.º 3 do mesmo dispositivo estabelece que “incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer”.

⁹⁷ Art. 265.º-A. Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.

⁹⁸ Conforme prevê o n.º 2 do art. 266.º do CPC de 1961, “o juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência”.

adoptar mecanismos de agilização processual previstos na lei (art. 2.º); b) associação transitória de processos para a prática conjunta de actos processuais (art. 6.º); c) poderes de saneamento do processo (art. 10.º); d) resolução definitiva da causa principal no bojo do procedimento cautelar (art. 16.º). O RPE, contudo, foi revogado pelo art. 4.º da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho (Código de Processo Civil).

O CPC de 2013 manteve, aparentemente, o viés inquisitivo consagrado pelo CPC de 1961 e ampliado nas reformas de 1995 e 1996. O princípio da gestão processual aparece no art. 6.º, abarcando os princípios da direção formal do processo (n.º 1⁹⁹) e da oficialidade (n.º 2¹⁰⁰)¹⁰¹. No âmbito de aplicação do princípio da gestão processual, merece destaque a consagração do princípio da adequação formal, que confere ao juiz o poder de adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo (art. 547.º).

Nesse sentido, o poder-dever de gestão processual se desdobra em: a) poder-dever de direção, consistente na prática, pelo juiz, de atos, ainda que de forma oficiosa, que assegurem a regularidade da instância (arts. 193.º, n.º 3¹⁰², e 591.º, n.º 1¹⁰³, do CPC) e a sanação da falta de

⁹⁹ “1 - Cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável”.

¹⁰⁰ 2 - O juiz providencia oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanação, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanação dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo.

¹⁰¹101 FREITAS, José Lebre de — Gestão processual, princípio da cooperação e garantias das partes. In PIMENTA, Paulo — II Colóquio de processo civil de Santo Tirso. Coimbra: Almedina, 2016, p. 80-81.

¹⁰² O erro na qualificação do meio processual utilizado pela parte é corrigido oficiosamente pelo juiz, determinando que se sigam os termos processuais adequados.

¹⁰³ Concluídas as diligências resultantes do preceituado no n.º 2 do artigo anterior, se a elas houver lugar, é convocada audiência prévia, a realizar num dos 30 dias subsequentes, destinada a algum ou alguns dos fins seguintes: a) Realizar tentativa de conciliação, nos termos do artigo 594.º; b) Facultar às partes a discussão de facto e de direito, nos casos em que ao juiz cumpra apreciar exceções dilatórias ou quando tencione conhecer imediatamente, no todo ou em parte, do mérito da causa; c) Discutir as posições das partes, com vista à delimitação dos termos do litígio, e suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto que ainda subsistam ou se tornem patentes na sequência do debate; d) Proferir despacho saneador, nos termos do n.º 1 do artigo 595.º; e) Determinar, após debate, a adequação formal, a simplificação ou a agilização processual, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 6.º e no artigo 547.º; f) Proferir, após debate, o despacho previsto no n.º 1 do artigo 596.º e decidir as reclamações deduzidas pelas partes; 1 - Concluídas as diligências resultantes do preceituado no n.º 2 do artigo anterior, se a elas houver lugar, é convocada audiência prévia, a realizar num dos 30 dias subsequentes, destinada a algum ou alguns dos fins seguintes: a) Realizar tentativa de conciliação, nos termos do artigo 594.º; b) Facultar às partes a discussão de facto e de direito, nos casos em que ao juiz cumpra apreciar exceções dilatórias ou quando tencione conhecer imediatamente, no todo ou em parte, do mérito da causa; c) Discutir as posições das partes, com vista à delimitação dos termos do litígio, e suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto que ainda subsistam ou se tornem patentes na sequência do debate; d) Proferir despacho saneador, nos termos do n.º 1 do artigo 595.º; e) Determinar, após debate, a adequação formal, a simplificação ou a agilização processual, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 6.º e no artigo 547.º; f) Proferir, após debate, o despacho previsto no n.º 1 do artigo 596.º e decidir as reclamações deduzidas pelas partes.

pressupostos processuais (art. 590.º, n.º 2, *a*), do CPC¹⁰⁴); e b) poder-dever de adequação formal, consistente na adaptação, pelo juiz, do conteúdo e da forma dos atos processuais ao fim que visam atingir (art. 547.º do CPC).

No campo probatório, o CPC de 2013 é claro ao prever o princípio do inquisitório, dispondo que “incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer” (art. 411.º).

Essa inter-relação entre os supracitados princípios revela o reforço e ampliação dos poderes de direção do processo pelo juiz já bastante visíveis a partir das reformas de 1995-1996. Aliás, não se pode perder de vista que a própria exposição de motivos do Código, de forma expressa, reconhece a manutenção e o reforço do poder de direção do processo pelo juiz, a manutenção e reforço do princípio do inquisitório, a manutenção e ampliação do princípio da adequação formal e a importação para o processo comum do princípio da gestão processual, consagrado no âmbito do regime processual experimental¹⁰⁵.

O poder-dever de gestão processual conferido ao juiz não retira das partes a disponibilidade quanto ao impulso processual inicial, à delimitação do objeto, à deliberação, nos limites impostos pela lei, acerca da suspensão do processo (princípio dispositivo em sentido amplo) e o poder de definir o material fático da causa (princípio dispositivo em sentido estrito, princípio da controvérsia ou princípio da autorresponsabilidade das partes)¹⁰⁶. Por outro lado, isso não significa dizer que há simetria entre as partes e o juiz na condução do processo. Longe disso. O poder de gestão do processo, no CPC de 2013, seguindo os objetivos da reforma de 1995-1996, concentra-se no juiz¹⁰⁷.

Essa maior concentração de poderes nas mãos do juiz deve ser compatibilizada com o princípio da cooperação. Inicialmente, é preciso lembrar que tal princípio não constitui

¹⁰⁴ Findos os articulados, o juiz profere, sendo caso disso, despacho pré-saneador destinado a: a) Providenciar pelo suprimimento de exceções dilatórias, nos termos do n.º 2 do artigo 6.º.

¹⁰⁵ MESQUITA, Miguel — Código de processo civil. 37ª edição. Coimbra: Almedina, 2018, p.19.

¹⁰⁶ O princípio dispositivo está consagrado no art. 3.º, n.º 1, do CPC, segundo o qual “o tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a ação pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição”.

¹⁰⁷ Luis Correia de Mendonça, antes do advento do CPC de 2013, já tecia fortes críticas à ampliação dos poderes do juiz, chegando a afirmar que “chegados ao estado de crise estrutural em que se encontra a nossa justiça civil, será conveniente interrogarmo-nos sobre o que falta para termos um tipo perfeito de processo civil publicizado e inquisitório, como era, por exemplo, o do Código de Processo Civil russo de 1923. Talvez fique assim mais claro para todos a que meta conduz a orientação publicística que tem prevalecido entre nós” (MENDONÇA, Luis Correia de — Vírus autoritário e processo civil. Revista julgar, n.º 1 (2007), p. 97).

nenhuma novidade no sistema processual português, pois já constava, embora mais timidamente, no CPC de 1961 (arts. 266.º e 456.º)¹⁰⁸, fruto das reformas de 1995-1996.

No CPC de 2013, o princípio da cooperação foi reforçado. Além do seu *status* de princípio estruturante do sistema processual civil, houve um remodelamento da divisão de trabalho entre juiz e partes, tanto em relação à busca pela verdade quanto em relação à condução do processo. Daí falar-se em cooperação em sentido material e cooperação em sentido formal.

Em sentido material, o princípio da cooperação impõe às partes e a terceiros o dever de colaborar com a descoberta da verdade¹⁰⁹. Para tanto, pode o juiz, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de fato ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência (art. 7.º, n.º 2), cabendo ao notificado o dever de comparecer para prestar os esclarecimentos (art. 7.º, n.º 3).

Em sentido formal, esse princípio se relaciona com a marcha processual. É dever dos magistrados, dos mandatários judiciais e das partes, no curso do processo, cooperar entre si para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio (art. 7.º, n.º 1), cabendo ao juiz, inclusive, buscar suprimir os obstáculos que impendem as partes de obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual (art. 7.º, n.º 4). Ainda, incumbe ao juiz colaborar com os mandatários judiciais na marcação do dia e hora das diligências mediante prévio acordo com aqueles, podendo encarregar a secretaria de realizar, por forma expedita, os contatos prévios necessários, a fim de prevenir o risco de sobreposição de datas de diligências (art. 151.º, n.º 1).

O princípio da cooperação exige uma maior aproximação entre juiz e partes na busca pela solução justa do litígio. Há, segundo Mariana Gouveia, um “feixe de deveres” atribuído ao juiz, cuja atuação deve ser colaborativa, em igualdade com as partes, e preocupada com a inteligibilidade das decisões¹¹⁰. Essa perspectiva do princípio da cooperação afasta o processo do viés autoritário para o aproximar de ideais mais democráticos.

¹⁰⁸ Segundo consta na exposição de motivos do Decreto-Lei n.º 180/96, de 25 de Setembro, “como reflexo do princípio da cooperação e dos deveres que lhe são inerentes, permite-se, sem quaisquer limitações, a condenação como litigante de má fé da própria parte vencedora, desde que o seu comportamento processual preencha alguma das previsões contidas no n.º 2 do artigo 456.º, sendo certo que a conduta censurável poderá não se reconduzir, apenas e necessariamente, à «má fé instrumental».

¹⁰⁹ O art. 417.º, n.º 1 do CPC dispõe que “todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados”. O n.º 2 desse artigo afasta o dever de colaboração nos seguintes casos: a) violação da integridade física ou moral das pessoas; b) Intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações; c) Violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado, sem prejuízo do disposto no n.º 4”.

¹¹⁰ GOUVEIA, *Op. cit.*, p. 54.

Nesse sentido, o princípio da gestão processual não pode ser compreendido de forma autônoma e isolada, sob pena de considerarmos o processo como “coisa do juiz”, em evidente retrocesso a um modelo hiperpublicista. Dentro de uma perspectiva democrática, qualquer que seja o campo de incidência desse princípio, é preciso considerar os princípios da cooperação, da boa-fé e do contraditório.

Nota-se, assim, que o modelo de gestão processual inaugurado pelo CPC 2013 é colaborativo, de modo que o reforço e ampliação dos poderes do juiz na condução formal e material do processo não excluem a necessidade de diálogo permanente entre todos os atores processuais durante o desenvolvimento do processo. Esse modelo não pode desconsiderar um importante fator de cunho constitucional: a autonomia de vontade das partes. Isso nos leva a repensar os limites dos princípios da gestão processual e do inquisitório, quer em relação à condução formal do processo, quer em relação à instrução da causa.

3.1.4. Experiência brasileira

O Código de Processo Civil de 1973, de nítido caráter publicístico e inquisitivo¹¹¹, conferia ao juiz amplos poderes de condução formal e material do processo, inclusive para, de ofício, determinar a produção de provas. Com o advento da Constituição Federal de 1988, fortemente inspirada no constitucionalismo do pós-segunda guerra mundial, houve um movimento de constitucionalização do direito e, com ele, a constitucionalização do processo. Essa inter-relação implica dizer que o processo, para ser justo e democrático, deve estar alinhado à Constituição, notadamente à pauta dos direitos fundamentais.

Houve, decerto, uma verdadeira mudança cultural na forma de interpretar as normas processuais, dado o seu caráter valorativo. Essa perspectiva constitucional permitiu superar a

¹¹¹ Em sua exposição de motivos, o CPC/1973 prenunciava seu viés publicístico na seguinte passagem: “O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça. Não se destina a simples definição de direitos na luta privada entre os contendores. Atua, como já observara Betti, não no interesse de uma ou de outra parte, mas por meio do interesse de ambos. O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos. A aspiração de cada uma das partes é a de ter razão: a finalidade do processo é a de dar razão a quem efetivamente a tem. Ora, dar razão a quem a tem é, na realidade, não um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda sociedade (BRASIL, Senado Federal — Código de processo civil: valor histórico da lei, vol. I, tomo I, 1974, p. 12. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=> [Consult. em 31-03-2022]).

ideia de processo como simples instrumento técnico para atribuir-lhe valores constitucionais e transformá-lo em verdadeiro instrumento ético¹¹².

Nessa linha, o novo Código de Processual Civil de 2015 estabelece, já em seu primeiro artigo, que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”.

O poder-dever de gestão processual está consagrado no art. 139 do CPC, o qual prevê que “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código”, e elenca, em rol meramente exemplificativo, os seguintes poderes: a) assegurar às partes igualdade de tratamento; b) velar pela duração razoável do processo; c) prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias; d) determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; e) promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; f) dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; g) exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais; h) determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso; i) determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais; j) quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

Além dos referidos poderes, podem ser citados, ainda, os seguintes: a) reconhecer, de ofício, a abusividade da cláusula de eleição de foro antes da citação (art. 63, § 3º, do CPC); b) aplicar sanção por litigância de má-fé de ofício (art. 81 do CPC); c) solicitar, de ofício, a participação de *amicus curiae* (art. 138 do CPC); d) controlar a validade do negócio jurídico processual (art. 190, parágrafo único, do CPC); f) determinar, de ofício, a produção de provas (art. 370 do CPC).

No tocante à flexibilização do procedimento, houve uma tentativa de inserir no novo Código dispositivo que conferira ao juiz o poder de adaptar a forma do ato processual e as fases

¹¹² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de — O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Revista da Ajuris, v. 33, nº 104, (dez. 2006), p. 55-77.

do processo às especificidades do conflito. No projeto, o inciso V do art. 107¹¹³ previa o poder do juiz para “adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa”. No mesmo sentido, o § 1º do art. 151 previa que “quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste”.

Segundo a comissão responsável pelo projeto de Código, tais normas tinham como fonte de inspiração o *case management powers* do direito inglês, previsto na regra 1.4 das CPR. Após ser objeto de muitas críticas, o poder de flexibilização do procedimento pelo juiz ficou limitado a apenas duas hipóteses: dilação dos prazos processuais e alteração da ordem de produção dos meios de prova (art. 139, VI)¹¹⁴.

Por outro lado, o CPC/2015 ampliou a autonomia das partes, ao permitir a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos. Nos termos do art. 190, *caput*, do Código, “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

Nessa perspectiva, o CPC/2015 instaurou um sistema de gestão processual compartilhada, o qual pode ser considerado como um dos traços mais marcantes do modelo cooperativo de processo (art. 6º do CPC).

2. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO PROCESSUAL PRIVADA

2.1. Publicismo processual e autonomia privada

¹¹³ Atual art. 139.

¹¹⁴ SILVA, Paula Costa e — Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Ano 48, n.º 190 (abr. jun. 2011), p. 138.

A partir da segunda metade do século XIX e até os tempos hodiernos, o processo civil vem se desenvolvendo dentro de um viés publicístico, ou seja, como ramo pertencente ao direito público e instrumento estatal vocacionado à solução de conflitos.

Nesse sentido, para o cumprimento, pelo Estado, de sua função jurisdicional, ao juiz foram conferidos amplos poderes de condução e gestão do processo, cabendo às partes, por outro lado, apenas o impulso inicial e a delimitação da demanda a ser submetida ao órgão judicial.

Essa visão, contudo, ganhou novos contornos a partir de movimentos constitucionais que se difundiram na segunda metade do século XX, nos quais a Constituição assumiu papel proeminente nos ordenamentos jurídicos nacionais, exigindo-se das demais leis observância ao texto maior, diante do seu caráter supremo e do seu valor normativo¹¹⁵.

Esse novo modelo constitucional de processo — dialógico e cooperativo — exige maior participação das partes na construção de decisões justas, efetivas e tempestivas. Para tanto, é preciso reconhecer que o exercício da autonomia privada das partes no processo não se limita à definição do objeto da demanda e do conteúdo da decisão, projetando-se, também, para o conteúdo e a forma dos atos processuais em geral.

Isso não significa o retorno ao privatismo processual, mas a compreensão de que o modelo publicístico de processo deve respeitar a autonomia privada como direito fundamental que concretiza – ou instrumentaliza – o princípio da liberdade.

A autonomia privada representa importante elemento integrante do núcleo duro do princípio da liberdade, e, por via consequencial, do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º da Constituição da República Portuguesa e art. 1º, III, da Constituição da República federativa do Brasil).

Pelo princípio da liberdade, a pessoa humana detém o poder de decidir sobre si mesma. A ela pertence o poder de determinar-se de acordo com suas convicções pessoais, integrar-se à sociedade e regular-se a si mesma. A liberdade, nessa perspectiva, é condição indispensável para o exercício dos demais direitos da personalidade.

Com efeito, a autonomia privada se forma no plano existencial da pessoa humana e se projeta para o campo patrimonial, assegurando à pessoa, em suas múltiplas relações com outros indivíduos, autonomia para a criação de regimes jurídicos privados. Segundo Ana Prata, “numa

¹¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet — Curso de direito constitucional. 11ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 53.

perspectiva ampla, poderá entender-se que a noção de autonomia privada se desdobra nestes mesmos dois aspectos essenciais: direito subjetivo e liberdade negocial”¹¹⁶.

Embora o direito subjetivo corresponda a apenas um dos aspectos da autonomia privada em sentido amplo, com ela não se confunde. Na autonomia privada, diferentemente do que ocorre com os direitos subjetivos, não há esferas de competência e legitimidade para agir, mas um amplo e genérico espaço de atuação. Tal espaço permite que os indivíduos, possam produzir, mediante a celebração de negócios jurídicos, os efeitos jurídicos que almejam¹¹⁷.

Nessa perspectiva, pode-se dizer que “autonomia privada e negócio jurídico são hoje, como sempre, meio e instrumento de composição jurídica de interesses de natureza essencialmente privada”¹¹⁸. No campo contratual, essa autonomia privada é identificada na liberdade de contratar, ou, nas palavras de Orlando Gomes, no “poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos jurídicos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica”¹¹⁹.

Se é certo que não se pode ignorar o caráter público do processo, também não se pode negar a importância da autonomia privada para a condução do processo¹²⁰. Dizendo por outras palavras, a cláusula do devido processo legal é garantia de um processo que se desenvolve em contraditório e de forma adequada às particularidades do caso concreto. E ninguém melhor do que as próprias partes — maiores interessadas na eliminação da crise do direito material — para identificar as especificidades da causa e os meios processuais mais adequados à obtenção de uma solução justa e tempestiva.

O processo é meio que visa alcançar escopos. Os atos que formam o procedimento e as técnicas criadas pelo legislador devem ser vistos como instrumentos de trabalho, não um fim em si mesmo, razão pela qual a tutela do direito material exige o desapego ao tecnicismo e maior flexibilização procedimental¹²¹.

O princípio dispositivo (*Dispositionsmaxime*) também se projeta para a relação processual, pois devem ser garantidos às partes espaços de autonomia visando a definição de atos, comportamentos e efeitos processuais não compreendidos na tramitação estabelecida pelo legislador. Além da voluntariedade na atuação das partes (*Handlungswille*), há vontade na

¹¹⁶ PRATA, Ana — A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina. 2017, p. 17.

¹¹⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes — Direito das obrigações: introdução da constituição das obrigações. Vol. I. 9ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 21-23.

¹¹⁸ PRATA, *Op. cit.*, p. 24.

¹¹⁹ GOMES, Orlando — Contratos. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 1981, p. 26.

¹²⁰ CABRAL, Antonio do Passo — Convenções Processuais. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 136.

¹²¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos — Direito e processo. 6ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 60-65.

produção de efeitos (*Erfolgswille*), de tal modo que sem a manifestação expressa da vontade em um determinado sentido, certos efeitos processuais não podem ser produzidos¹²².

É exatamente nesse ambiente evolutivo que o negócio jurídico processual surge como importante instrumento de flexibilização do procedimento e de gestão do processo. Por meio dele, garante-se maior equilíbrio na divisão de trabalho entre partes e juiz. Há, nessa especial relação entre indivíduos-partes e Estado-juiz, um duplo controle: ao passo que a lei processual definidora do procedimento controla a atuação das partes, visando maior estabilidade e previsibilidade, o negócio jurídico processual controla a intervenção estatal no processo, permitindo que as partes estabeleçam novas regras procedimentais e redefinam a forma e o conteúdo de atos processuais.

2.2. Breve análise dos negócios jurídicos processuais no direito estrangeiro

2.2.1. Negócios jurídicos processuais no direito alemão

Desde a primeira metade do século XX, teóricos alemães desenvolvem estudos sobre convenções processuais, quer no campo da admissibilidade e efeitos, como Gerhard Schiedermair, quer no campo da possibilidade de negócios atípicos, com Gottfried Baumgärtel e Peter Schlosser¹²³.

Não há, no Código de Processo Civil Alemão (ZPO), cláusula geral de negociação processual. Não obstante, tem-se admitido, segundo Christoph A. Kern, duas formas de convenção processual: a) contratos sobre o procedimento em sentido estrito (*prozessuale Verfügungsverträge*), admitidos quando o direito for disponível e não houver regra imperativa (v.g., foro convencional e convenção de arbitragem); b) contratos criadores de obrigações acerca de procedimentos (*prozessuale Verpflichtungsverträge*), admitidos quando a norma processual autoriza mais de um comportamento¹²⁴.

2.2.2. Negócios jurídicos processuais no direito francês

¹²² SILVA, Paula Costa e — Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 178.

¹²³ CABRAL, *Op. cit.*, 114-115.

¹²⁴ KERN, Christoph, *Apud* CÂMARA, Helder Moroni — Negócios jurídicos processuais: condições, elementos e limites. São Paulo: Almedina, 2018, p.47-50.

No direito francês, os negócios jurídicos processuais (*contrat de procédure*) ganharam força no final do século XX. Segundo Loïc Cadiet, o fenômeno da contratualização, no que toca ao seu objeto, possui quatro grandes eixos: a) contratualização para solução de litígios individuais, v.g., transação, conciliação, mediação e arbitragem; b) contratualização para solução de litígios coletivos; c) contratualização para solução de litígios promovida pelo próprio órgão judicial, diante do dever do juiz de buscar conciliar as partes, v.g., conciliação judicial, mediação judicial e mediação familiar; d) contratualização do procedimento como instrumento de gestão do processo e ferramenta de política pública, v.g., calendário processual, protocolos formalizados entre tribunais e órgãos profissionais de classe e comunicação de atos processuais¹²⁵.

Impende destacar que um dos fatores que favoreceram o desenvolvimento da contratualização do procedimento no direito francês foi a ausência de um sistema de preclusões rígidas. Além disso, a Constituição da França não reserva à lei estrita a regulação do direito processual civil, o que pode ser feito, por exemplo, por ato do Poder Executivo¹²⁶.

Especificamente em relação à contratualização do procedimento (*contrat de procédure*), é possível extrair diversos exemplos admitidos pelo *Code de Procédure Civile*, tais como: a) cláusula de modificação da competência; b) convenção para determinar a lei material que será aplicada para a solução do conflito; c) delimitação convencional da causa de pedir; d) convenção para renunciar, previamente, o direito de interpor apelação; e) convenção para modificar as regras sobre distribuição dos custos do processo¹²⁷.

2.2.3. Negócios jurídicos processuais no direito inglês

Tradicionalmente, a gestão do processo na Inglaterra concentrava-se nas mãos das partes. O juiz, por sua vez, devia adotar uma postura passiva frente ao litígio, cabendo-lhe a função final de decidir o caso. Contudo, com o advento das CPR, o direito inglês, de cunho nitidamente adversarial, assistiu a um movimento contrário àquele ocorrido em países de tradição *civil law*, promovendo-se a retirada de poderes das partes e seus advogados e a transferência e ampliação de poderes aos juízes por meio do *case management*.

¹²⁵ CADIET, *Op. cit.*, p. 106-110.

¹²⁶ CABRAL, *Op. cit.*, 114-117.

¹²⁷ CADIET, Loïc — Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges. *Revista de Processo*. Vol. 33, n.º 160 (jun. 2008), p. 61-82.

As reformas promovidas pelas CPR tiveram por objetivo estimular a solução consensual do conflito; garantir que o processo tramite em tempo razoável e de forma eficaz; e reduzir os custos do processo¹²⁸. A despeito dessa migração do poder de gestão processual das partes para o juiz, é possível identificar, ainda hoje, as seguintes formas de convenção processual no sistema processual inglês: a) calendarização processual proposta pelas partes¹²⁹; b) cláusula de garantia de resultado — nos casos em que um dos litigantes seja nacional de um país que pode não reconhecer e executar uma ordem de pagamento das custas — obrigando uma das partes a suportar eventuais condenações que o outro contratante venha a sofrer¹³⁰; c) convenção para indicação de perito único comum¹³¹.

2.2.4. Negócios jurídicos processuais no direito português

O Código de Processo Civil português de 2013, conforme já analisado, ampliou os poderes do juiz, conferindo-lhe o poder-dever de direção do processo (art. 6.º), além do poder-dever de adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir (art. 547.º).

Às partes, além do poder de impulso oficial e delimitação da demanda, foram conferidos poderes para a celebração de negócios jurídicos processuais. Podem ser citados os seguintes: a) pactos privativo e atributivo da jurisdição (art. 94.º); b) convenção para modificar a competência territorial (art. 95.º); c) prorrogação convencional de prazos processuais (art. 141.º); d) convenção processual para alterar o pedido ou a causa de pedir (art. 264.º); e) convenção processual para suspensão do processo (art. 272.º, n.º 4); f) convenção processual para conferir ao juízo arbitral a decisão sobre toda a causa ou parte dela; g) convenção para definição do perito (art. 467.º, n.º 2); h) convenção para adiamento de inquirição de testemunha (art. 509.º); i) convenção para inquirição de testemunhas no domicílio profissional dos mandatários judiciais (art. 517.º).

Não há, contudo, no CPC português cláusula geral de negociação processual, a permitir, expressamente, a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos. O poder de flexibilizar o procedimento às especificidades da causa, como mecanismo de gestão processual, é conferido pelo CPC português exclusivamente ao juiz, conforme se extrai dos arts. 6.º e 547.º.

¹²⁸ ANDREWS, *Op. cit.*, p. 140.

¹²⁹ ALVES, *Op. cit.*, 189.

¹³⁰ CABRAL, Antonio do Passo — Convenções sobre os custos da litigância (II): introdução ao seguro e ao financiamento processuais. *Revista de Processo*. São Paulo. Vol. 43, n.º 277, (mar. 2018), p. 55.

¹³¹ ANDREWS, *Op. cit.*, p. 249-250.

2.3. Negócios jurídicos processuais no CPC/2015

No Brasil, o CPC/1973 admitia a celebração de negócios jurídicos processuais típicos, tais como eleição de foro (art. 111), suspensão convencional do processo (265, II) e distribuição convencional do ônus da prova (art. 333, parágrafo único).

Discutia-se à época, contudo, a possibilidade de as partes celebrarem negócios jurídicos processuais atípicos, notadamente diante do art. 158 do CPC/1973, que dispunha 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”.

Uma das grandes vozes nacionais acerca da possibilidade de convenções processuais atípicas foi Barbosa Moreira. Segundo esse autor, o fato de a lei contemplar certos tipos de convenções processuais não afasta o poder das partes de celebrar negócios para situações processuais não previstas expressamente na lei, até mesmo porque “a lei não contém regulação exhaustiva sequer das convenções sobre matéria processual expressamente contempladas”¹³². A eficácia da convenção seria, portanto, imediata e independente de homologação judicial, salvo disposição legal em sentido contrário¹³³. Calmon de Passos, a seu turno, entendia que, a luz do art. 158 do CPC/1973, seria possível a celebração de convenções processuais atípicas, cuja eficácia estava condicionada à intermediação judicial¹³⁴.

O CPC/2015 ampliou consideravelmente o poder das partes de gerenciar o processo, conferindo a elas maior simetria em relação aos poderes do juiz. Para tanto, passou a adotar, como norma fundamental do processo, o princípio da cooperação (art. 6º do CPC) e instituiu uma cláusula geral de negociação processual (art. 190 do CPC), a qual permite a realização de outras convenções processuais, além das previstas expressamente na lei.

Dispõe o art. 190 do CPC que “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”. Trata-se da consagração

¹³² MOREIRA, José Carlos Barbosa — Convenções das partes sobre matéria processual. Temas de Direito Processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 92

¹³³ *Idem*, *Op. cit.*, p. 98.

¹³⁴ J. J. Calmon de Passos, por exemplo, defendia que, a luz do art. 158 do CPC/73, seria possível a celebração de negócios jurídicos processuais, cuja eficácia estava condicionada à intermediação judicial (PASSOS, J. J. Calmon de —. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 69-70).

máxima da autonomia da vontade e do perfil democrático do sistema processual civil, além de concretização do modelo cooperativo de processo.

O Código confere às partes o poder de, independentemente de prévia autorização ou homologação judicial, flexibilizar o procedimento, a fim de atender às especificidades do caso concreto, mediante a autorregulação de seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, incluindo a adequação acerca da ordem, do conteúdo e da forma dos atos processuais¹³⁵. Ao juiz não é dado interferir na convenção, senão nos casos de nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão ou manifesta situação de vulnerabilidade de uma das partes¹³⁶.

A eficácia imediata do negócio jurídico processual decorre da previsão contida no art. 200 do CPC, segundo o qual “os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”. Por conseguinte, eventual controle judicial acerca da validade ou eficácia da convenção ocorrerá posteriormente. Dizendo por outras palavras, não há, no Brasil, controle judicial apriorístico de negócios jurídicos processuais atípicos.

A cláusula geral de negociação processual, conforme instituída pelo CPC/2015, rompe com a dicotomia entre publicismo e privatismo e, conseqüentemente, estabelece uma maior simetria entre os poderes do juiz e das partes na condução e gestão do processo. Esse gerenciamento privado do processo tem como fundamentos os princípios do dispositivo (art. 2º), razoável duração do processo (art. 4º), boa-fé processual (art. 5º), cooperação (art. 6º), igualdade (art. 7º) e eficiência (art. 8º)¹³⁷.

O avanço promovido pelo CPC/2015 no tocante às convenções processuais se projetou para outras áreas do direito. A Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) deu nova redação ao art. 19 da Lei nº 10.522/2002 para permitir a celebração de negócios jurídicos processuais entre os órgãos do Poder Judiciário e as unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (art. 19, § 12), bem como estabelecer que “a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional regulamentará a celebração de negócios jurídicos processuais em seu âmbito de atuação, inclusive na cobrança administrativa ou judicial da dívida ativa da União” (art. 19, § 13).

Ademais, o art. 3º-A da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) atribuiu ao instituto da colaboração premiada a natureza de negócio jurídico processual, ao dispor que “o acordo de

¹³⁵ DIDIER JR., *Op. cit.*, p. 380.

¹³⁶ Conforme dispõe o parágrafo único do art. 190 do CPC, “De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

¹³⁷ ALVES, *Op. cit.*, p. 223-228.

colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”.

Vê-se, assim, que os negócios jurídicos processuais representam, no Brasil, uma mudança de cultura e de perspectiva no tocante ao desenvolvimento do processo, ultrapassando, inclusive, os limites do processo civil. É uma mudança do próprio sistema processual como um todo.

2.4. Negócios jurídicos processuais na teoria do fato jurídico

Processo é instrumento de realização do direito material. É o caminho que leva à tutela do direito. Sua exteriorização no mundo fenomênico se dá por meio do procedimento, compreendido como o conjunto de atos encadeados que se desenvolvem no tempo até a produção, ao final, da norma jurídica individualizada¹³⁸.

O ato processual pode ser compreendido como toda manifestação humana que tem como consequência imediata a criação, a conservação, o desenvolvimento, a modificação ou a definição de uma relação processual¹³⁹.

Segundo a classificação proposta por Pontes de Miranda, os fatos jurídicos se subdividem em fatos jurídicos em sentido estrito, atos jurídicos e negócios jurídicos. Quando tais fatos, atos ou negócios repercutirem na relação processual, haverá, conforme o caso, fatos, atos ou negócios jurídicos processuais.

Fato jurídico, segundo Pontes de Miranda, é “o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimanar, eficácia jurídica”¹⁴⁰. Importando essa ideia para o plano processual¹⁴¹, quando o fato sobre o qual incide uma regra jurídica projetar efeitos para a relação processual, ter-se-á um fato jurídico processual em sentido amplo. É o gênero do qual são espécies os fatos jurídicos processuais em sentido estrito, os atos processuais e os negócios jurídicos processuais.

O fato jurídico processual em sentido estrito é todo acontecimento natural, ou seja, que não decorre da vontade humana, mas que surte efeitos jurídico-processuais. Assim, a morte de

¹³⁸ LOPES JR, *Op. cit.*, 341.

¹³⁹ CHIOVENDA, Giuseppe — Instituições de direito processual civil. Vol. III. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2000, p. 20.

¹⁴⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de — Tratado de Direito Privado. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2000, p. 77.

¹⁴¹ A possibilidade de se transportar para o campo do direito processual a estrutura da teoria geral dos fatos e atos jurídicos já havia sido constatada, há muito tempo, por Francesco Carnelutti (CARNELUTTI, *Op. cit.*, p. 122-125).

uma das partes (fato) no curso do processo, por exemplo, gera a suspensão do processo, nos termos do art. 313, I, do CPC brasileiro (efeito processual).

O ato jurídico processual é o comportamento humano, ativo ou passivo, que surte efeitos jurídico-processuais. Tal ato pode ser ilícito, quando contrariar o ordenamento jurídico; ou lícito, quando não contrariar o ordenamento jurídico. Este último, o ato jurídico processual lícito, se subdivide, ainda, em ato jurídico processual em sentido estrito, ato-fato jurídico processual e negócio jurídico processual.

Ato jurídico processual em sentido estrito é o comportamento humano que se amolda a categorias jurídicas e efeitos processuais pré-definidos na lei¹⁴².

Atos-fatos jurídicos, segundo Pontes de Miranda, “são atos humanos, em que não houve vontade, ou dos quais se não leva em conta o conteúdo de vontade, aptos, ou não, a serem suporte fáticos de regras jurídicas¹⁴³. Portanto, são fatos jurídicos, preestabelecidos pela lei, que surgem a partir de um comportamento humano no qual mostra-se irrelevante a perquirição acerca da existência ou não de vontade do agente¹⁴⁴.

Por fim, os negócios jurídicos processuais são atos jurídicos praticados pelas partes, antes ou durante o processo, cuja manifestação de vontade provoca, conscientemente, a produção de efeitos jurídicos processuais tendentes à criação, modificação ou extinção de situações jurídicas ou à alteração, em maior ou menor grau, do procedimento.

2.5. Conceito e pressupostos de validade dos negócios jurídicos processuais

O presente trabalho não tem a pretensão de investigar, de forma profunda, os elementos conceituais e de formação dos negócios jurídicos processuais. Contudo, para os fins que aqui se almejam, mostra-se relevante e prudente apresentar, ainda que em linhas gerais, o conceito e os pressupostos de validade dos negócios jurídicos processuais.

2.5.1. Conceito de negócio jurídico processual

O que define um ato como sendo um negócio jurídico processual é, basicamente, a manifestação da vontade humana externada para a produção de determinados efeitos processuais. Para Hugo Rocco, o negócio processual é a declaração de vontade manifestada por

¹⁴² São exemplos de atos jurídicos processuais em sentido estrito a contestação e o recurso.

¹⁴³ MIRANDA, *Op. cit.*, p. 83.

¹⁴⁴ DIDIER JR., *Op. cit.*, p. 375.

uma ou por todas as partes de um processo e destinada ao órgão jurisdicional, com o objetivo de produzir, no processo, efeitos jurídicos processuais determinados¹⁴⁵. Vê-se que, para o referido autor, além dos efeitos almejados, é preciso que a manifestação de vontade ocorra em um processo pendente e seja realizada pelas partes.

Em substanciosa pesquisa, Antonio do Passo Cabral demonstrou ser incorreto definir um negócio processual tão somente a partir do local onde ele é praticado (apenas no processo), dos sujeitos convenientes (apenas as partes de um processo) ou da norma aplicada e disciplinada no acordo (regras processuais)¹⁴⁶.

Negócio jurídico processual haverá antes mesmo da existência de um processo. Basta imaginar a cláusula de eleição de foro ou mesmo a convenção de arbitragem¹⁴⁷. Por conseguinte, ainda que os sujeitos da convenção ainda não sejam partes de um processo, como ocorre nos exemplos acima citados, o negócio processual poderá ser celebrado, pois o critério que o define é, precisamente, a aptidão do ato para a produção de determinados efeitos processuais almejados pelos sujeitos.

Assim, o negócio jurídico processual pode ser definido como o ato que decorre da manifestação de vontade de um ou mais sujeitos tendente a produzir determinados efeitos em um processo atual ou futuro, designadamente para criar, modificar ou extinguir uma situação jurídica processual, ou, ainda, modificar o procedimento¹⁴⁸.

2.5.2. Pressupostos de validade dos negócios jurídicos processuais

Assim como ocorre no plano material, os negócios jurídicos processuais também possuem pressupostos de validade¹⁴⁹. Há, decerto, um espelhamento, no campo processual, da estrutura dos negócios jurídicos arquitetada pelo direito privado, pois o que os distingue, ao fim e ao cabo, são os efeitos pretendidos pelas partes. Enquanto nos negócios privados o que se

¹⁴⁵ ROCCO, Hugo, *Apud*, MARQUES, José Frederico — Instituições de direito processual civil. Vol. II. 1ª edição. Campinas: Millennium Editora, 2000, p. 287.

¹⁴⁶ CABRAL, *Op. cit.*, 58-62.

¹⁴⁷ FREITAS, José Lebre — Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem. Estudos em Homenagem à Professor é assim que a Doutora Isabel de Magalhães Collaço, volume II, Coimbra: Almedina, 2002, p. 627-628; Ac. da Relação de Lisboa, de 13 de Fevereiro de 2007. (Ac. No 10121/2006- 1).

¹⁴⁸ CABRAL, *Op. cit.*, 68.

¹⁴⁹ O art. 104 do CC brasileiro estabelece os seguintes pressupostos de validade dos negócios jurídicos: a) agente capaz; b) objeto lícito, possível, determinado e determinável; c) forma prescrita ou não defesa em lei. Por sua vez, o art. 166 do mesmo Código dispõe ser nulo o negócio nas seguintes hipóteses: a) quando celebrado por pessoa absolutamente incapaz; b) quando for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; c) quando o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; d) quando não revestir a forma prescrita em lei; e) quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; f) quando tiver por objetivo fraudar lei imperativa; g) quando a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

pretende é a produção de efeitos jurídicos à relação material, nos negócios processuais se almeja a produção de efeitos jurídicos à relação processual, atual ou futura.

Todo negócio jurídico processual pressupõe a existência de manifestação de vontade de um ou mais sujeitos; de um objeto; e de uma forma pela qual a manifestação de vontade é emitida¹⁵⁰. Contudo, para que o negócio processual tenha validade jurídica, é preciso que a manifestação de vontade seja declarada por sujeito capaz, de forma livre e de boa-fé; o objeto deve ser lícito, possível determinado ou determinável; e a forma deve ser aquela prevista na lei ou, não havendo determinação legal, livremente pactuada entre os sujeitos convenientes.

2.5.2.1. Capacidade do agente

A capacidade do agente está relacionada à aptidão para ser sujeito de direitos e para exercê-los plenamente. No campo processual, essa dupla aptidão se revela pela capacidade de ser parte e pela capacidade de estar em juízo. Além disso, exige-se, em certos casos, capacidade postulatória.

A capacidade de ser parte constitui a aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações na ordem jurídica. Nos termos do art. 1º do CC brasileiro, “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. É importante consignar que, em determinados casos, o ordenamento jurídico confere capacidade de ser parte a sujeitos que não possuem personalidade jurídica. É o que ocorre, por exemplo, com as sociedades não personificadas, a massa falida, o espólio, e o condomínio. Além disso, a jurisprudência brasileira também reconhece a capacidade de ser parte a certos órgãos ou entes para a defesa de interesses institucionais. Embora não possuam personalidade jurídica, tais entes são dotados de personalidade judiciária, como ocorre, por exemplo, com as casas legislativas e demais órgãos e entes de estatura constitucional¹⁵¹.

¹⁵⁰ Segundo Vicente Ráo, “E é assim que a forma, conferindo existência à vontade, existência também confere ao ato jurídico, pois o ato jurídico se constitui e compõe pela exteriorização da vontade dos agentes, ou partes, observados os demais requisitos, isto é, os seus pressupostos e os outros elementos essenciais que a lei exige. Nesse sentido, é a forma um elemento essencial do ato jurídico, pois todo ato jurídico há de ter, necessariamente, uma forma” (RÁO, Vicente — Ato jurídico. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 153-154).

¹⁵¹ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL. LEGITIMIDADE PARA RECORRER. CAPACIDADE PARA SER PARTE E ESTAR EM JUÍZO. ADI 1557. LEGITIMIDADE PARA A CAUSA CONCRETAMENTE APRECIADA. AUSÊNCIA. PRECEDENTES. A corte pacificou entendimento de que certos órgãos materialmente despersonalizados, de estatura constitucional, possuem personalidade judiciária (capacidade para ser parte) ou mesmo, como no caso, capacidade processual (para estar em juízo). ADI 1557, rel. min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 18.06.2004. Essa capacidade, que decorre do próprio sistema de freios e contrapesos, não exime o julgador de verificar a legitimidade ad causam do órgão despersonalizado, isto é, sua legitimidade para a causa concretamente apreciada. Consoante a jurisprudência sedimentada nesta Corte, tal legitimidade existe quando o órgão despersonalizado, por não dispor de meios extrajudiciais eficazes para garantir seus direitos-função contra

A capacidade de estar em juízo¹⁵², por sua vez, é a aptidão conferida pelo ordenamento jurídico para que a pessoa atue em juízo sozinha¹⁵³. Conforme dispõe o art. 70 do CPC brasileiro, “toda pessoa que se encontre no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo”. Está relacionada à capacidade de fato (ou exercício), ou seja, à aptidão plena para o exercício dos atos da vida civil. Vê-se, assim, que todo aquele que tem capacidade de estar em juízo também terá capacidade de ser parte.

Há quem defenda que somente os absolutamente capazes podem celebrar negócio jurídico processual atípico, entendimento que tem por fundamento a previsão constante no art. 190 do CPC brasileiro, o qual se refere a “partes plenamente capazes”¹⁵⁴. Tal corrente não é predominante na doutrina brasileira, prevalecendo o entendimento de que a capacidade exigida para a celebração do negócio jurídico é a capacidade de estar em juízo, de tal modo que o incapaz, por exemplo, poderá celebrar negócio jurídico processual, desde que seja assistido ou representado no ato¹⁵⁵.

Com efeito, a exigência de plena capacidade para a celebração de negócios jurídicos processuais deve estar alinhada à mesma capacidade exigida pelo direito privado para a prática dos atos da vida civil. É evidente que o sujeito deve ter capacidade plena, e isso não significa dizer que o incapaz não possa celebrar negócios jurídicos, mas apenas que ele não pode celebrar sozinho¹⁵⁶. É justamente para permitir que o incapaz pratique atos da vida civil — e exerça,

outra instância de Poder do Estado, necessita da tutela jurisdicional. Hipótese não configurada no caso. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 595176 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 31/08/2010, DJe-235 DIVULG 03-12-2010 PUBLIC 06-12-2010 EMENT VOL-02445-01 PP-00242 RT v. 100, n. 906, 2011, p. 493-499).

¹⁵² Para Luiz Guilherme Marinoni, capacidade processual é gênero da qual são espécies a capacidade de ser parte, a capacidade de estar em juízo e a capacidade postulatória (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Crus; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 81). Fredie Didier Jr., por sua vez, vale-se da expressão “capacidade processual” para designar tão somente a capacidade de estar em juízo (DIDIER JR., *Op. cit.*, p. 316-317).

¹⁵³ BARBI, *Op. cit.*, p. 122-123.

¹⁵⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de — Comentários ao Código de Processo Civil. 4ª edição, revista, atualizada e reformada. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 293; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Código de Processo Civil Comentado. 6ª edição, rev. e atual. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021, p. 346; LUCCA, Rodrigo Ramina de. Liberdade, autonomia e convenções processuais. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique — Negócios processuais. Vol. 1. Tomo 2 Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 34.

¹⁵⁵ CABRAL, *Op. cit.*, 276-277; MÜLLER, *Op. cit.*, 165; FARIA, Guilherme Henrique Lage — Negócios processuais no modelo constitucional de processo. 2ª ed. rev., atual e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 96; MAFFESSONI, Behlue — Convenções Processuais Probatórias e Poderes Instrutórios do Juiz. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 85; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues — Curso avançado de processo civil. Vol. 1. 16ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016, p. 515-516; DIDIER JR., *Op. cit.*, p. 385; ALVIM, Arruda, *Op. cit.*, 621.

¹⁵⁶ RODRIGUES, Silvio — Direito civil: parte geral. 32ª edição, atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002, p.41; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson — Curso de direito civil: parte geral e LINDB. 14ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p.318-319.

da forma mais ampla possível, os direitos da personalidade — que a lei prevê as figuras da representação e da assistência.

Raciocínio idêntico se aplica àqueles que não possuem personalidade civil, mas que, mesmo assim, a lei lhes confere capacidade de ser parte (capacidade judiciária)¹⁵⁷, desde que, evidentemente, sejam devidamente representados¹⁵⁸.

É preciso rememorar, ainda, que, no plano processual, além da capacidade de ser parte e da capacidade de estar em juízo, exige-se capacidade postulatória, ou seja, a aptidão técnica e especial conferida a determinadas pessoas para a prática de certos atos processuais. Regra geral, apenas os advogados inscritos no respectivo órgão de classe possuem capacidade postulatória, a qual lhes confere a prerrogativa de atuar perante um órgão jurisdicional na defesa dos interesses de seu constituinte.

O negócio jurídico processual é, essencialmente, uma convenção privada. Logo, não se exige dos sujeitos, com regra, capacidade postulatória, já que não se trata de ato judicial postulatório. Assim, fica excluída, naturalmente, a presença de advogado nos negócios jurídicos pré-processuais, os quais são celebrados antes mesmo da existência de uma demanda judicial. Caso o negócio jurídico processual seja celebrado após a propositura da ação, será preciso distinguir duas situações: formalizado o negócio durante a prática de um ato processual, *v.g.*, durante uma audiência, exigir-se-á capacidade postulatória; formalizado o negócio fora do processo, pelas próprias partes, não será necessária a participação do advogado, embora seja exigida a sua atuação para juntar o instrumento do negócio nos autos do processo. Seja como for, sempre que o advogado atuar em um negócio jurídico processual representando os interesses da parte, deverá ter poderes especiais para tanto¹⁵⁹.

Por fim, nas causas em que a constituição de advogados não for obrigatória¹⁶⁰, será admitida, evidentemente, a celebração de negócio jurídico processual pelas próprias partes, inclusive durante a realização de ato processual.

¹⁵⁷ É o que ocorre, por exemplo, com a massa falida, a herança jacente ou vacante, o espólio e o condomínio. Sobre a capacidade judiciária, ver art. 75 do CPC brasileiro e art. 12.º do CPC português.

¹⁵⁸ MOREIRA, *Op. cit.*, p. 94.

¹⁵⁹ Prevê o art. 105 do CPC brasileiro que “a procuração geral para o foro, outorgada por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, exceto receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que devem constar de cláusula específica”. Por sua vez, o n.º 2 do art. 45.º do CPC português dispõe que “os mandatários judiciais só podem confessar a ação, transigir sobre o seu objeto e desistir do pedido ou da instância quando estejam munidos de procuração que os autorize expressamente a praticar qualquer desses atos”.

¹⁶⁰ É o que ocorre no Brasil, por exemplo, nos Juizados Especiais Cíveis, cuja constituição de advogado é dispensável nas causas de valor até 20 (vinte) salários-mínimos (art. 9º, *caput*, da Lei nº 9.099/1995), e na Justiça do Trabalho (art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho). Em Portugal, há, também, hipóteses em que a constituição de advogado não é obrigatória (art. 42.º do CPC).

2.5.2.2. Liberdade da declaração de vontade

Por se tratar de ato que exprime o exercício da autonomia privada, o negócio jurídico processual, para ser válido, pressupõe que a manifestação da vontade tenha se dado de forma livre. Segundo Daniel Carnacchioni, “o sistema jurídico busca preservar a integridade da vontade, no sentido de que a exteriorização desta, por meio de declaração, coincida com o desejo e a vontade interna”¹⁶¹.

No campo contratual, a autonomia privada se revela na liberdade de contratar, ou mais precisamente no “poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos jurídicos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica”¹⁶². A liberdade de contratar, segundo Orlando Gomes, manifesta-se sob tríplice aspecto: a) liberdade de contratar propriamente dita; b) liberdade de estipular o contrato; e c) liberdade de determinar o conteúdo do contrato¹⁶³.

Com efeito, esse tríplice aspecto põe em relevo a necessidade de a manifestação de vontade exprimir um consentimento informado, ou seja, no qual o emitente da declaração tem plena ciência acerca do negócio, do seu conteúdo e dos seus efeitos. Dizendo por outras palavras, a manifestação de vontade não pode decorrer de erro, dolo, estado de perigo, lesão ou coação, sob pena de ser considerada inválida.

Também no campo dos negócios jurídicos processuais é preciso ter uma especial preocupação com o fenómeno da padronização dos contratos. Sob influência da Revolução Industrial, a ideia de contrato como negócio jurídico pautado pela igualdade entre os contraentes¹⁶⁴ sofreu grandes transformações, iniciando-se, assim, um processo de standardização do tráfego jurídico¹⁶⁵. A customização do contrato deu lugar à padronização de contratos de massa, ou seja, aqueles cujo conteúdo é elaborado unilateralmente pelo estipulante, de forma geral e abstrata, a fim de atingir um número indeterminado de pessoas.

A expansão dessa standardização foi identificada por Raymond Saleilles no início do século XX, ao que designou de “contratos de adesão”, os quais têm por característica a prévia e unilateral estipulação das cláusulas, de forma geral e abstrata, sem que a outra parte tenha a oportunidade de discutir o conteúdo do contrato. Assim, liberdade da parte aderente cinge-se à

¹⁶¹ CARNACCHIONI, Daniel — Manual de Direito Civil: volume único. 5ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021, p. 409.

¹⁶² GOMES, *Op. cit.*, p. 26.

¹⁶³ *Idem*, *Op. cit.*, p. 27.

¹⁶⁴ LEITÃO, *Op. cit.*, p. 25.

¹⁶⁵ FARIAS, *Op. cit.*, p. 320-333.

aceitação ou não dos termos impostos pelo estipulante. O acento tônico desse tipo de negócio está na pré-elaboração, imodificabilidade e indeterminação das cláusulas.

Para Inocêncio Galvão Telles, no contrato de adesão “formula-se e oferece-se ao público um modelo de contrato, e quem quiser contratar tem de aceitar esse modelo sem discutir, dando-lhe inteiramente o seu *placet*: ou aceita em bloco as cláusulas, ou não contrata: ou sim ou não”.¹⁶⁶

Há, nesse tipo de negócio, uma clara restrição do princípio da autonomia privada, pois retira-se da parte que adere ao negócio o direito de discutir o conteúdo das cláusulas contratuais, e, por conseguinte, os efeitos que delas emanam. Há evidente desequilíbrio entre predisponente e aderente, pois “a parte mais fraca é facticamente constrangida à celebração do contrato, mesmo em condições que ela não aceitaria se tivesse outra possibilidade de satisfação das suas necessidades económicas”¹⁶⁷.

Com efeito, é importante perceber que o negócio jurídico processual previsto em contrato de adesão não é, por essa simples razão, inválido, pois é possível que o próprio aderente o confirme em juízo. O que deve ser coibido é o abuso, ou seja, a estipulação de um negócio jurídico processual não pretendido pelo aderente, cabendo ao juiz, no caso concreto, aferir se os efeitos processuais decorrentes do negócio são ou não prejudiciais ao aderente.

Interessante notar que tais cláusulas são, aprioristicamente, válidas, pois pactuadas por sujeitos capazes, sem que a vontade acerca da adesão ao pacto tenha sido violada. Somente no caso concreto é que ela poderá ser reconhecida como abusiva pelo juiz, desde que a parte interessa suscite essa questão. Arguida pela parte e reconhecida pelo juiz a abusividade da cláusula que contenha o negócio jurídico processual, a consequência não deve ser a decretação de sua invalidade, mas a declaração de sua ineficácia.

Situação semelhante ocorre no reconhecimento da abusividade da cláusula de eleição de foro. Nos termos do § 3º do art. 63 do CPC brasileiro, “antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu”. Verifica-se que por opção legislativa, admite-se o reconhecimento de ofício da abusividade da cláusula de eleição de foro, situação que não ocorre nos demais negócios jurídicos processuais, os quais dependem de manifestação da parte interessada.

¹⁶⁶ TELLES, Inocêncio Galvão — Manual dos contratos em geral. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora. 1965, p. 408.

¹⁶⁷ LEITÃO, *Op. cit.*, p. 26-27.

Embora não haja vício que inquene os elementos formadores do negócio jurídico e os seus requisitos de validade, a abusividade é um óbice para que o negócio jurídico processual produza os seus efeitos. Esse é um controle que deve ser feito casuisticamente.

2.5.2.3. Objeto lícito, possível, determinado ou determinável

No tocante ao objeto, tratando-se de negócio processual típico, a própria lei o definirá, v.g., suspensão convencional do processo. Tratando-se de negócio jurídico processual atípico, é preciso perquirir acerca da licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto, a fim de se conferir validade à convenção.

Objeto lícito é aquele que não viola o ordenamento jurídico. Se em determinado negócio jurídico processual as partes convencionam a possibilidade de, no futuro, o exequente usar a força privada para a constrição de bens, tal negócio será nulo (ilicitude do objeto), já que a ninguém é dado, salvo em situações excepcionais previamente admitidas pela lei, fazer justiça com as próprias mãos.

Objeto possível é objeto viável, física e juridicamente. É nulo, por exemplo, por impossibilidade física do objeto, negócio jurídico processual estabelecendo o depoimento de pessoa já falecida¹⁶⁸. De igual sorte, é nulo, por impossibilidade jurídica, negócio processual que flexibiliza normas consideradas pelo sistema constitucional e legal como inderrogáveis, v.g., convenção processual que tenha por objeto a supressão da intervenção do Ministério Público nas hipóteses em que a lei a considera obrigatória; convenção que tenha por objeto a supressão da primeira instância; e convenção que afasta a competência absoluta.

A determinabilidade do objeto, por sua vez, se refere aos aspectos qualitativo e quantitativo. Negócio determinado ou determinável é negócio não genérico. Se, por exemplo, as partes pretenderem dilatar um prazo processual, devem estipular, de forma exata, qual será o novo prazo. Ainda que o objeto não seja determinado, o negócio jurídico processual será considerado válido se ele for ao menos determinável, ou seja, identificável no momento da execução. É o caso, por exemplo, da convenção pré-processual que estabelece que não será admitida nenhuma hipótese de intervenção típica de terceiros prevista na lei processual vigente à época da propositura da ação.

¹⁶⁸ RETES, Tiago Augusto Leite, *Apud*, MAFFESSONI, *Op. cit.*, p. 91-92.

2.5.2.4. Forma adequada

A forma é o meio pelo qual a declaração de vontade é emitida e o ato é praticado. Nesse sentido, a forma é um pressuposto de existência do negócio jurídico¹⁶⁹, pois representa a ponte que conduz a vontade do agente ao mundo fenomênico. Dizendo por outras palavras, a forma é o instrumento de exteriorização da vontade do agente.

Regra geral, os atos e negócios jurídicos independem de forma específica, salvo quando a própria lei a exigir. Essa liberdade da forma se projeta também para o campo processual, conforme se infere do art. 188 do CPC brasileiro¹⁷⁰ e art. 131.º, n. 1, do CPC português¹⁷¹. O que interessa para a validade do negócio jurídico processual é a adequação da forma utilizada, ou seja, a sua aptidão para exteriorizar a vontade dos sujeitos.

Com efeito, o negócio jurídico processual pode ser realizado de forma escrita, verbal ou mesmo tácita. A forma escrita é a mais comum, pois confere maior proteção e segurança jurídica aos convenientes. A forma verbal também deve ser admitida, podendo ocorrer, por exemplo, durante um ato processual oral, v.g., durante uma audiência, sessão de julgamento ou inspeção judicial, caso em que deve ser reduzida a termo. Há, ainda, certas omissões negociais, ou seja, comportamentos passivos do agente tendentes a criar, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais. Fala-se, nesses casos, em negócio jurídico processual tácito. É o que ocorre no Brasil, por exemplo, com a não alegação de incompetência relativa, a qual, em razão da inércia do réu, transforma um juízo até então relativamente incompetente em juízo competente, em razão do fenômeno da prorrogação da competência¹⁷².

2.5.3. Possibilidade de autocomposição sobre o objeto litigioso como pressuposto do negócio jurídico processual: mito ou verdade?

Viu-se que o objeto do negócio jurídico processual deve ser lícito, possível, determinado ou determinável. O art. 190 do CPC brasileiro, considerado como uma cláusula geral de negociação processual, estabelece que “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento

¹⁶⁹ MIRANDA, *Op. cit.*, p. 346-347.

¹⁷⁰ 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 preencham a finalidade essencial.

¹⁷¹ 1 - Os atos processuais têm a forma que, nos termos mais simples, melhor corresponda ao fim que visam atingir.

¹⁷² Diferentemente do que ocorre em Portugal (art. 104.º do CPC), no Brasil, a incompetência relativa não pode ser conhecida de forma oficiosa pelo juiz (art. 337, § 5º, do CPC e Súmula 33 do STJ). Caberá ao réu, ao apresentar contestação, argui-la, sob pena de preclusão e prorrogação da competência, ou seja, transformação do juízo até então incompetente em competente.

para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

O referido dispositivo parece estabelecer, aparentemente, um pressuposto específico para a admissão de negócios jurídicos processuais: o processo deve versar sobre direitos que admitam autocomposição.

Antonio do Passo Cabral, ao demonstrar as dificuldades da doutrina e da jurisprudência em definir o que seria a “disponibilidade” sobre o processo, conclui que não existe parâmetro único que possa definir a disponibilidade de situações processuais. Segundo o autor, “renunciabilidade, transmissibilidade, patrimonialidade e muitos outros critérios utilizados pela doutrina e pela jurisprudência, ao invés de simplificar, criaram um complexo mosaico de difícil compreensão. Tampouco existe uma correlação necessária entre a disponibilidade do direito material e aquela das situações processuais”¹⁷³.

Fredie Didier Jr., por sua vez, no sentido estabelecido pelo art. 190 do CPC brasileiro, entende que o negócio jurídico processual atípico somente será admitido nos processos que admitam autocomposição. Justifica tal critério no fato de que a convenção processual pode afetar a solução do mérito. Exemplificando o seu posicionamento, esclarece que “um negócio jurídico sobre prova, por exemplo, pode dificultar as chances de êxito de uma das partes. Esse reflexo que o negócio processual possa vir a causar na resolução do direito litigioso justifica a proibição de sua celebração em processos cujo objeto não admita autocomposição”¹⁷⁴.

De fato, a disponibilidade ou não do direito material discutido no processo não pode servir de parâmetro para definir a possibilidade ou não de celebração de negócio jurídico processual. Isso porque há direitos indisponíveis que admitem autocomposição. Contudo, avançando sobre o tema, é preciso verificar se a celebração de negócio jurídico processual atípico em processo cujo objeto litigioso não admita autocomposição gerará, sempre, a sua invalidade.

Cite-se, como exemplo, a ação anulatória de casamento promovida pelo Ministério Público¹⁷⁵, na qual o objeto litigioso (invalidade ou não do casamento) não admite autocomposição. Poderia o Ministério Público, autor da ação, celebrar um negócio jurídico processual com os réus (cônjuges) tendo por objeto a dilação de prazos processuais? E a distribuição do ônus da prova? E a renúncia à interposição de determinados recursos?

¹⁷³ CABRAL, *Op. cit.*, p. 315.

¹⁷⁴ DIDIER JR., p. 387.

¹⁷⁵ Nos termos do art. 1.549 do CC brasileiro, “a decretação de nulidade de casamento, pelos motivos previstos no artigo antecedente, pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público”.

Nos exemplos citados acima, o objeto do negócio processual encontra-se dentro do campo de disponibilidade das partes e em nada atinge o direito material discutido, especialmente porque são exemplos de negócios sobre procedimento que preservam as garantias mínimas do processo dialético e democrático, razão pela qual não faz sentido proibir a sua celebração¹⁷⁶.

A indisponibilidade do direito material e a inadmissibilidade de autocomposição nem sempre levarão à indisponibilidade de relações e situações jurídicas processuais e à inadmissibilidade de convenção processual. O que o art. 190 do CPC brasileiro diz, de forma categórica, é que sempre que o processo admitir autocomposição, será lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. A norma exprime uma regra de abertura do sistema e não de fechamento¹⁷⁷.

Com efeito, não há vedação para a celebração de negócios processuais quando o direito material não admitir autocomposição, cabendo, evidentemente, ao juiz verificar, no caso concreto, a presença dos pressupostos de validade.

2.6. Classificação dos negócios jurídicos processuais

A formação de um negócio jurídico processual depende, essencialmente, da manifestação de vontade do sujeito e de sua aptidão para produzir efeitos processuais. A partir da análise desses e de outros elementos, tais como o momento de sua celebração, o objeto, o ônus e a previsão ou não em lei, é possível estabelecer uma classificação que auxiliará na definição de sua tipologia.

2.6.1. Negócios jurídicos processuais unilaterais, bilaterais e plurilaterais

Os negócios jurídicos processuais unilaterais são aqueles em que basta a manifestação de vontade de um dos sujeitos para que ele se aperfeiçoe. São exemplos a desistência da ação

¹⁷⁶ LUCCA, *Op. cit.*, p. 37.

¹⁷⁷ “A impossibilidade de disposição de direito material não afeta, em regra, a possibilidade de disposição de direito processual. O interesse em disputa pode ser indisponível, mas as partes permanecem livres a contratarem sobre alteração de foro, redistribuição de ônus da prova, escolha conjunta de perito, suspensão do processo, alteração da data de audiência etc. Do mesmo modo, conquanto seja disponível o direito material em jogo, é vedada a convenção processual que, por exemplo, diminua o prazo de contestação para dois dias, uma vez que acarreta (sic) mitigação exacerbada ao direito de defesa do réu e, conseqüentemente, afeta direito processual indisponível” (ALMEIDA, *Op. cit.*, p. 186).

apresentada antes da contestação¹⁷⁸, a desistência de recurso, a renúncia à pretensão e a renúncia à interposição de recurso.

Os negócios jurídicos bilaterais são aqueles em que a sua perfectibilização depende da manifestação de vontade de dois sujeitos. São exemplos a convenção das partes para suspender o processo, a eleição de foro, o pedido de desistência apresentado após a contestação, convenção para modificar a forma de distribuição do ônus da prova, dentre outros.

Há, ainda, os negócios jurídicos plurilaterais, que são aqueles cuja formação depende da manifestação de vontade de mais de dois sujeitos. É o que ocorre, por exemplo, no calendário processual¹⁷⁹, na redução de prazos peremptórios¹⁸⁰ e no saneamento cooperativo¹⁸¹.

2.6.2. Negócios jurídicos processuais dispositivos e negócios jurídicos processuais obrigacionais

Negócios jurídicos processuais dispositivos são aqueles que têm por objetivo a derrogação de normas procedimentais (*Normdisposition*)¹⁸², ou seja, promovem uma modificação no procedimento. É o que ocorre, por exemplo, nos acordos sobre ônus da prova¹⁸³ e nos acordos para modificação de prazos processuais.

Negócios jurídicos processuais obrigacionais são aqueles que, embora não modifiquem o procedimento, impõem um comportamento, ativo ou passivo, a uma ou ambas as partes (*Befugnisdisposition*)¹⁸⁴. Há a criação de uma obrigação processual. Cite-se, a título de exemplo, o pacto de não processar (*pactum de non petendo*), ou, ainda, o negócio jurídico processual no qual uma das partes se compromete a desistir de ação por ela proposta.

2.6.3. Negócios jurídicos processuais prévios e negócios jurídicos processuais incidentais

¹⁷⁸ À luz do art. 845, § 4º, do CPC brasileiro, se o pedido de desistência for formulado antes da apresentação da contestação, sua homologação independe do prévio consentimento do réu. Apresentada a contestação, o réu deverá consentir.

¹⁷⁹ Dispõe o art. 191 do CPC brasileiro, “de comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso”. Conforme será visto em momento oportuno, a natureza jurídica do calendário processual é questão divergente na doutrina.

¹⁸⁰ Nos termos do § 1º do art. 222 do CPC, “ao juiz é vedado reduzir prazos peremptórios sem anuência das partes”.

¹⁸¹ Nos termos do § 3º do art. 357 do CPC, “se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”.

¹⁸² CABRAL, *Op. cit.*, 72-73.

¹⁸³ Art. 373, § 3º, do CPC brasileiro.

¹⁸⁴ CABRAL, *Op. cit.*, 73.

Negócios jurídicos processuais prévios (ou pré-processuais) são convenções celebradas antes do ajuizamento da ação. Configuram técnica de antecipação procedimental (antecipação de segundo grau ou contrato sobre contrato)¹⁸⁵, pois perfectibilizado dentro de um negócio jurídico de direito material. É o que ocorre, por exemplo, na eleição de foro e na convenção de arbitragem.

Negócios jurídicos processuais incidentais são aqueles celebrados para que surtam efeitos em processo judicial já em curso. Cite-se, a título de exemplo, a convenção para suspensão do processo¹⁸⁶ ou, ainda, a convenção para adiamento da audiência de instrução e julgamento¹⁸⁷. É uma forma de gestão processual promovida pelas próprias partes no intuito de adaptar o procedimento às especificidades do caso concreto e, com isso, resolver o litígio de forma eficiente.

2.6.4. Negócios jurídicos processuais gratuitos e negócios jurídicos processuais onerosos

Negócios jurídicos gratuitos são aqueles em que há sacrifício de apenas uma das partes¹⁸⁸. No campo processual, ocorre quando apenas uma das partes suporta o ônus do pacto. É o que ocorre, por exemplo, quando, na designação convencional do perito judicial, uma das partes assume a integralidade dos custos com a perícia.

Já os negócios jurídicos processuais onerosos são aqueles em que há sacrifícios recíprocos, ainda que não equivalentes. É o que ocorre, por exemplo, na convenção sobre repartição das custas processuais, ou, ainda, na convenção em que a parte autora renuncia a pretensão sobre um dos pedidos em troca da imediata satisfação, pela parte contrária, da pretensão relacionado ao outro pedido.

2.6.5. Negócios jurídicos processuais típicos e negócios jurídicos processuais atípicos

Os negócios jurídicos processuais típicos são aqueles cujo objeto da convenção encontra-se expressamente previsto na lei. A definição do conteúdo e dos efeitos do negócio é feita abstratamente pelo legislador, criando-se, assim, zonas de negociação processual e

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 75

¹⁸⁶ Art. 313, II, do CPC brasileiro.

¹⁸⁷ Art. 362, I, do CPC brasileiro.

¹⁸⁸ RODRIGUES, *Op. cit.*, p. 179.

flexibilização procedimental, cuja concretização depende da manifestação de vontade das partes.

No Brasil, podem ser citados, dentre outros, os seguintes exemplos: a) eleição de foro (art. 63, §§ 1º e 2º, do CPC); b) suspensão do processo (art. 313, II, do CPC); c) adiamento da ausência de instrução e julgamento (art. 362, I, do CPC); e d) distribuição do ônus da prova (art. 373, § 3º, do CPC). Há, na legislação estrangeira, exemplos de negócios processuais típicos, os quais serão examinados no tópico seguinte.

Os negócios jurídicos processuais atípicos, por outro lado, são aqueles que não estão previstos na lei, ou seja, o seu objeto é determinado exclusivamente pelas partes. Não apenas o conteúdo e os efeitos são definidos pelas partes, como também o momento da celebração do negócio. Nessa perspectiva, o processo é visto como uma ampla plataforma de negociação e flexibilização procedimental.

A atipicidade dos negócios jurídicos processuais representa a consagração máxima da autonomia privada na relação processual e do viés democrático e cooperativo do processo. É exatamente por meio dela que as partes redefinem não apenas os seus poderes, deveres, ônus e faculdades processuais, como também o próprio procedimento estabelecido pelo legislado, amoldando-o às particularidades do caso concreto.

Durante muito tempo, predominou o dogma publicístico, pautado nas concepções de Oskar Bülow, de que as normas processuais somente poderiam ser aquelas previstas em lei. Ainda que se admitisse a figura do negócio jurídico processual, a legalidade dos atos processuais sempre foi um limite à atuação das partes. Segundo Chiovenda, “os negócios jurídicos processuais, conquanto dotados de eficácia dispositiva, não deixam de ser atos processuais, e, portanto, regulados pela lei processual, quanto à forma, à capacidade, e o mais que lhe diz respeito”¹⁸⁹. Calamandrei, ao tratar do princípio da adaptabilidade do procedimento, defende tratar-se “de uma combinação do princípio da legalidade com o da pluralidade das formas; o juiz e as partes devem seguir, em geral, as formas estabelecidas por lei, mas podem optar, em cada caso, entre os vários tipos de formas que a lei deixa à sua disposição”¹⁹⁰. Carnelutti, reconhecendo a existência de acordos, convenções e contratos processuais, os relaciona às hipóteses previstas na lei¹⁹¹. Liebman, no mesmo sentido, compreende que a

¹⁸⁹ CHIOVENDA, *Op. cit.*, p. 26.

¹⁹⁰ CALAMANDREI, *Op. cit.*, 264-270.

¹⁹¹ CARNELUTTI, *Op. cit.*, p. 122-125.

vontade das partes na prática de um ato processual é meramente genérica, pois o efeito produzido pelo ato processual é somente aquele estabelecido pela lei¹⁹².

O pensamento publicista que tomou conta dos sistemas processuais de grande parte dos países ocidentais no século XX foi sendo paulatinamente superado a partir da segunda metade daquele século, notadamente diante das influências do pensamento constitucional sobre os demais ramos do direito. Ocupando a Constituição o epicentro do sistema jurídico, a liberdade e a autonomia da vontade não podem ser ignoradas, quer nas relações entre particulares, quer nas relações entre eles e o próprio Estado.

A dicotomia entre direito público e direito privado, *civil law* e *common law*, ou mesmo entre os sistemas adversarial e inquisitorial não pode ser fator determinante para a maior ou menor participação das partes na gestão processual. A outorga de poderes de condução e gerenciamento do processo às partes é resultado, sobretudo, do perfil constitucional do sistema processual desenvolvido em cada país.

Muito embora países como Alemanha, Inglaterra, Itália, França e Portugal já admitam a celebração de negócios jurídicos processuais, há, nas respectivas legislações, a predefinição do objeto da convenção. Não se localiza, nesses ordenamentos, previsão expressa quanto à possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos.

No Brasil, o art. 190 do CPC configura um grande avanço no campo dos negócios jurídicos processuais, pois permite a celebração de convenções atípicas, conforme a vontade das partes. Diz o supracitado dispositivo que “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

A abertura semântica da norma revela uma verdadeira cláusula geral de negociação processual. Segundo Fredie Didier Jr., “cláusula geral é uma 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”¹⁹³.

Com efeito, o art. 190 do CPC brasileiro outorga, prévia e abstratamente, ao aplicador do direito – em especial às partes – o poder de definir o objeto e os efeitos do negócio dentro das balizas mínimas estabelecidas pela cláusula geral. A norma, portanto, eleva a níveis jamais

¹⁹² LIEBMAN, *Op. cit.*, 196.

¹⁹³ DIDIER JR., Fredie — Cláusulas gerais processuais. *Revistas Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Vol. 8, n.º 44 (set./out. 2011), p. 31-32.

alcançados a autonomia privada no desenvolvimento da relação processual e no gerenciamento do processo.

O respeito à autonomia privada se projeta, inclusive, para o próprio Estado-juíz, a quem não é dado negar vigência à convenção, mas apenas exercer o controle de legalidade. Assim, dispõe o parágrafo único do art. 190 do CPC brasileiro que “de ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

A doutrina brasileira cita bons exemplos de negócios jurídicos processuais atípicos, a saber: a) pacto de impenhorabilidade; b) acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza; c) acordo de rateio de despesas processuais; d) dispensa consensual de assistente técnico; e) acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso; f) acordo para não promover execução provisória; g) pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória; h) pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; i) pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*); j) previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; k) acordo de produção antecipada de prova¹⁹⁴.

A existência de uma cláusula geral de negociação processual prevista em lei confere maior segurança ao exercício da autonomia privada, e, conseqüentemente, aos negócios jurídicos processuais atípicos, mas será que tal previsão é condição para a realização de convenções processuais atípicas? A reflexão que ora se propõe é perquirir se para a existência e a validade da convenção processual atípica deve haver norma legal autorizativa.

O que determina o grau de autonomia das partes no processo não é, propriamente, a existência de previsão legal expressa, mas o perfil constitucional do sistema processual, ou seja, o modelo constitucional de processo desenvolvido. Modelos processuais que se sustentam em normas fundamentais alinhadas à pauta dos direitos fundamentais estão mais propícios a admitir maior participação das partes no gerenciamento do processo por meio de negócios processuais atípicos.

O sistema processual português é um bom exemplo. Os nove primeiros artigos do CPC de 2013 são dedicados aos princípios fundamentais do processo. A garantia de acesso aos tribunais (art. 2.º do CPC) decorre do direito fundamental de acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva (art. 20.º da CRP). O direito a um procedimento adequado está expressamente consagrado no n.º 2 do art. 2.º do CPC, o qual deve ser compreendido à luz dos

¹⁹⁴ Esses e outros exemplos foram listados nos enunciados 19, 21, 490, 491, 579, 580 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC.

princípios da igualdade (art. 4.º do CPC), gestão processual (art. 6.º do CPC) e cooperação (art. 7.º do CPC),

Nos termos do art. 4.º do CPC português, “o tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais”. A igualdade substancial preconizada no dispositivo não deve se limitar à relação entre as partes, expandindo-se também para a relação entre elas e o órgão jurisdicional. Aliás, o texto fala em igualdade “das partes” e não igualdade “entre as partes”.

Por sua vez, o princípio da gestão processual (art. 6.º do CPC), ao se referir à adoção de mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável, impõe a prévia oitiva das partes¹⁹⁵. Nesse sentido, a flexibilização do procedimento demanda a prévia manifestação das partes — em homenagem aos princípios da igualdade, cooperação e contraditório substancial —, de tal modo que, havendo concordância desses sujeitos, o novo desenho procedimental, ao fim e ao cabo, será fruto de um negócio jurídico processual plurilateral, ou seja, entre partes e o órgão jurisdicional.

Se é certo que a prévia manifestação das partes é condição para a flexibilização do procedimento, conforme se infere do art. 6.º do CPC português, não se pode negar a possibilidade de as próprias partes apresentarem uma proposta de adequação formal do procedimento ao juiz, residindo neste ponto o viés democrático do modelo cooperativo de processo. Contudo, pela redação do dispositivo supracitado — e diferentemente do que ocorre no Brasil —, a eficácia do negócio jurídico processual atípico dependerá de autorização judicial.

Vê-se, assim, que, independentemente da existência ou não de norma expressa autorizativa, a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos deve decorrer do modelo constitucional de processo adotado, a fim de concretizar os mesmos valores constitucionais sobre os quais se assenta o sistema processual. Somente norma legal expressa — embora de constitucionalidade questionável — poderia, em tese, proibir a adoção de convenções processuais atípicas nesses sistemas.

2.7. Posição do juiz nos negócios jurídicos processuais: controle e participação

¹⁹⁵ “Tem sido discutida a questão de saber se no exercício deste poder-dever o juiz poderá dispensar a realização da audiência prévia para além das situações tipificadas no art. 593.º do CPC. Em face do modelo consagrado no CPC de 2013, a regra deverá a ser a de realização da audiência prévia, que só poderá ser dispensada nas situações expressamente previstas na lei. O assunto é controvertido no contexto dos próprios tribunais, havendo mesmo quem considere que a dispensa de audiência prévia, fora das situações previstas no artigo 593.º do CPC, constitui uma nulidade processual” (XAVIER, *Op. cit.*, 150).

Conforme já analisado, o caráter público do processo não é um elemento inibidor da celebração de negócios jurídicos processuais, tendo em vista o exercício da autonomia privada que deve ser assegurado às partes. Por outro lado, não se pode ignorar o fato de que a direção do processo incumbe ao juiz, tendo em vista o caráter público do exercício da jurisdição estatal.

É preciso, então, acomodar, na mesma plataforma, interesses públicos e privados acerca do procedimento, dos ônus, dos deveres, das faculdades e dos poderes processuais, e identificar o papel a ser desempenhado pelas partes e pelo juiz.

Em primeiro lugar, é preciso reconhecer que o negócio jurídico processual vincula os sujeitos que dele participaram. Conforme máxima napoleônica, plenamente aplicável às convenções processuais, “o contrato faz lei entre as partes”. Tal vinculação tem como fundamentos a voluntariedade e a autonomia das partes na estipulação das regras e obrigações¹⁹⁶.

Embora o juiz nem sempre seja parte do negócio jurídico processual, a ele se vincula, porém por outro fundamento: o dever jurídico de não intervenção do Estado na autonomia privada. O fato de o processo civil ser um ramo do direito público não afasta o poder das partes de, consensualmente, derrogar regras procedimentais para melhor atender às suas necessidades.

Esse poder das partes, evidentemente, não é absoluto, pois deve ser exercido nos limites do interesse privado. Há regras processuais inderrogáveis pela vontade das partes, pois visam atender ao interesse público, tais como a competência absoluta, as regras que estruturam as funções dos órgãos do Poder Judiciário, as prerrogativas do juiz e do Ministério Público, dentre outras. É exatamente por isso que o juiz, como sujeito imparcial, embora se vincule à convenção, também exerce sobre ela controle de legalidade.

Cabe ao juiz, portanto, aferir o preenchimento dos pressupostos de existência, validade e eficácia do negócio jurídico processual, assim como requisitos específicos e limites estabelecidos pela própria lei às convenções processuais.

A prévia homologação judicial não é requisito de validade ou eficácia do negócio jurídico processual¹⁹⁷, salvo quando o legislador expressamente a previr. A título de exemplo, cite-se o saneamento convencional do processo previsto no § 2º do art. 357 do CPC brasileiro (“as partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões

¹⁹⁶ OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; COSTA-NETO, João — Direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 522-523.

¹⁹⁷ MOREIRA, *Op. cit.*, p. 98.

de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz”).

Quando a lei exige a prévia homologação judicial, isso não significa dizer que o juiz será parte no negócio jurídico processual. Aqui reside um dos pontos polêmicos acerca da relação entre o juiz e a convenção processual. De fato, eventual exigência de homologação judicial representa, tão somente, a opção legislativa pela antecipação do controle exercido pelo juiz, servindo como condição de eficácia do negócio jurídico processual.

Discute-se, porém, se o juiz pode ser um dos sujeitos celebrantes do negócio jurídico processual. Sobre o tema, há grande divergência na doutrina. Para uma primeira corrente, o juiz não pode ser parte na convenção processual, pois lhe falta capacidade negocial, a qual só é conferida aos sujeitos parciais.¹⁹⁸ Há, ainda, incompatibilidade entre a imparcialidade do juiz e a manifestação de vontade na qualidade de sujeito do negócio jurídico processual¹⁹⁹. De igual forma, a participação do juiz é incompatível com a função por ele exercida no controle e fiscalização do negócio jurídico processual²⁰⁰.

Em sentido diametralmente oposto, abalizada doutrina defende que o juiz pode ser um dos sujeitos do negócio jurídico processual²⁰¹, tanto que o calendário processual é exemplo de negócio processual plurilateral típico, ou seja, previsto pelo legislador. A participação do juiz representa, ainda, fiscalização imediata da convenção processual, o que é positivo. Ademais, se é possível a convenção sem a presença do juiz, não há razão para não admitir a sua participação²⁰².

De fato, não há razões jurídicas que inviabilizem o reconhecimento do órgão judicial como parte na convenção processual. Em primeiro lugar, o fato de a capacidade negocial não ser própria da função jurisdicional apenas afasta o órgão judicial de negociação processual que diga respeito ao direito material. O desenvolvimento e observância de procedimento adequado é um poder-dever do juiz. Se a ele incumbe flexibilizar o procedimento – inclusive de ofício em certos casos – para adequá-lo às especificidades da causa, justificada está a sua participação em convenções processuais que tenham tal propósito. Aliás, é preciso recordar que o princípio da cooperação exige amplo e constante diálogo entre partes e juiz.

¹⁹⁸ CABRAL, *Op. cit.*, p. 223-224.

¹⁹⁹ MÜLLER, *Op. cit.*, p. 167.

²⁰⁰ YARSHELL, Flávio Luiz — Convenção das partes em matéria processual.: rumo a uma nova era? *In* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique — Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 67

²⁰¹ RAATZ, *Op. cit.*, p. 221-222.

²⁰² DIDIER JR., *Op. cit.*, p. 383; MAFFESSONI, *Op. cit.*, p. 131-133; RAATZ, *Op. cit.*, p. 221-222.

Também não há nenhuma incompatibilidade entre a posição de sujeito da convenção e a de órgão de controle e fiscalização. O controle e a fiscalização decorrem do poder estatal conferido ao órgão judicial, que o coloca, na relação negocial, em grau de superioridade. Essa relativa assimetria não é novidade em ordenamentos jurídicos. Basta imaginar as chamadas cláusulas exorbitantes do direito administrativo, as quais conferem à administração pública, por exemplo, o poder de modificar unilateralmente o contrato para melhor atender o interesse público; extinguir unilateralmente o contrato, nos casos previstos na lei; fiscalizar a execução do contrato; e aplicar sanções em razão da inexecução total ou parcial do pacto²⁰³.

A calendarização processual é um exemplo de negócio jurídico processual no qual órgão judicial é sujeito participante da avença. Nos termos do art. 191, *caput*, do CPC brasileiro, “de comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso”. A despeito do debate doutrinário acerca da natureza do calendário processual²⁰⁴, há outras hipóteses, como o saneamento processual cooperativo (art. 357, § 3º, do CPC²⁰⁵) e a celebração de negócio jurídico processual entre o órgão judicial e as unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Nos termos do § 12 do art. 19 da Lei nº 10.522/2002, “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)”.

3. A GESTÃO DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

3.1. Prova e verdade

No campo jurídico-processual, o vocábulo prova possui várias acepções, podendo compreender: a) o ato de provar: comportamento humano que tem por objetivo demonstrar a ocorrência ou não de uma alegação de fato; b) o meio de obtenção do conhecimento sobre

²⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de — Curso de Direito Administrativo. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 631; MEIRELLES, Hely Lopes — Direito Administrativo Brasileiro. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 214-220.

²⁰⁴ ANDRADE, Érico — Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional: a importância dos negócios processuais para implementação das novas tendências do CPC/2015. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Processuais. Salvador: JusPodivm, 2020, p.78-80.

²⁰⁵ Dispõe o § 3º do art. 357 do CVPC brasileiro que “se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”.

determinado fato: instrumentos utilizados para demonstrar uma afirmação de fato; c) o procedimento de formação dos meios de obtenção da prova; d) o resultado dos atos e dos meios de prova, ou seja, as percepções do juiz acerca dos meios de prova produzidos no processo²⁰⁶.

Segundo Chiovenda, “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo”²⁰⁷. A prova destina-se, assim, a levar ao juiz o conhecimento acerca dos fatos alegados em juízo, o qual se obtém através dos meios de prova. Nesse sentido, se diz que, em sentido objetivo, a prova corresponde aos meios utilizados para demonstrar a veracidade de uma alegação de fato; e em sentido subjetivo, ela corresponde à percepção do juiz acerca da veracidade ou não dos fatos alegados²⁰⁸.

Embora comumente se diga que a prova visa provar a ocorrência ou não de um fato, sua verdadeira função não é demonstrar a verdade de um fato, mas a verdade de uma afirmação de fato²⁰⁹. A atividade cognitiva do juiz se desenvolve para a reconstrução dos fatos apresentados pelas partes e para a aplicação, sobre eles, das normas jurídicas. Nesse sentido, a prova, segundo José Frederico Marques, é “elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz sobre os fatos que afirmaram, e o meio de que se serve o magistrado para averiguar a respeito dos fatos em que os titulares dos interesses em conflito fundam as suas alegações”²¹⁰.

No processo, a busca da verdade corresponde à busca pelos elementos legitimadores da decisão de mérito, pois, para que essa decisão seja racional e processualmente justa, não pode ser resultado de mero achismo ou intuição do julgador. É preciso que ela esteja fundada em uma verdade revelada pelos meios de prova produzidos no processo, ou seja, pelos instrumentos capazes de demonstrar, direta ou indiretamente, a verdade de uma alegação de fato.²¹¹

A atividade probatória, por corresponder à reconstrução dos fatos alegados em juízo pelas partes, dificilmente levará à obtenção de uma verdade absoluta. Isso porque o próprio conceito de verdade é abstrato, além de que o processo de reconstrução de fatos ocorridos no passado sofre, inevitavelmente, interferências dos mais diversos tipos. Ademais, um mesmo

²⁰⁶ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Op. cit.*, p. 38-39.

²⁰⁷ CHIOVENDA, *Op. cit.*, p. 109.

²⁰⁸ SANTOS, Moacyr Amaral — Comentário ao código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 10.

²⁰⁹ CARNELUTTI, Francesco — Sistema de direito processual civil: introdução e função do processo civil. Vol. II. 1ª edição (trad. do italiano). São Paulo: Classic Book, 2000, p. 495-496.

²¹⁰ MARQUES, José Frederico — Instituições de direito processual civil. Vol. III. 1ª edição. Campinas: Millennium, 1999, p. 323.

²¹¹ Meios de prova não se confundem com meios de obtenção da prova. Meios de prova são os instrumentos capazes de demonstrar, direta ou indiretamente, a verdade de uma alegação de fato. Equivalem aos meios de obtenção do conhecimento sobre determinado fato, v.g., testemunha, documento, perícia etc. Meios de obtenção da prova correspondem aos expedientes utilizados para se chegar até os meios de prova, v.g., interceptação de comunicação telefônica, busca e apreensão, determinação de exibição de documento ou coisa etc. (LOPES JR., *Op. cit.*, p. 540).

fato é, geralmente, analisado e compreendido sob diferentes perspectivas, a depender do seu observador.

É exatamente por isso que, hodiernamente, é incorreto imaginar que somente a verdade material (ou real) pode legitimar a decisão judicial. A distinção entre verdade material e verdade formal, desenvolvida no direito alemão no século XIX, não se justifica. A verdade é objetiva, pois ou ela existe ou não existe. Logo, independe do sujeito que pretende reconstruí-la. A verdade também é relativa, pois o conhecimento que se tem dela é apenas uma projeção, quase sempre imperfeita, da realidade realizada pelo ser humano²¹². Assim, a verdade que legitima o julgamento é meramente formal e relativa, pois corresponde ao resultado de uma investigação racional dos elementos trazidos pelos sujeitos parciais do processo.

Por ser um conceito absoluto, a verdade substancial não pode ser reconstruída pelo processo. Aliás, o processo, não raras vezes, abdica de sua busca para proteger outros direitos. Basta imaginar a proibição de prova ilícita, a vedação legal à produção de determinados meios de prova e os limites temporais (preclusão e coisa julgada) para a produção da prova²¹³.

Segundo Michele Taruffo, “a verdade, portanto, não é somente um pressuposto abstrato ou um valor regulador que orienta o conhecimento, mas não pode nunca ser alcançado, como se poderia dizer de uma verdade que se considera absoluta”. E arremata: “não se fala aqui de Verdade Absoluta, dado que as verdades com as iniciais maiúsculas permaneceram patrimônio quase exclusivo de alguns metafísicos e de vários religiosos fundamentalistas, mas simplesmente da verdade que pode ser descoberta no mundo incerto e frágil das coisas humanas”²¹⁴.

Nota-se, assim, que, no processo, a proposição formulada pela parte, ainda que não seja possível verificar a exata correspondência com o que ocorreu no mundo fenomênico, pode ser tida como provada e, por conseguinte, justificar o julgamento do mérito. Não fosse assim, a verdade não dependeria de absolutamente nada. Nem de quem formula a proposição, nem do juiz ou tribunal responsável pela sua análise.

Nesse sentido, conforme adverte Jordi Ferrer Beltrán, há distinção entre “ser verdadeiro” e “ser tido por verdadeiro”. No processo, a proposição provada é aquela tida (ou aceita) pelo juiz ou tribunal por verdadeira. Logo, as razões da decisão devem ter por base os

²¹² MITIDIERO, Daniel — Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 114.

²¹³ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Op. cit.*, p. 245.

²¹⁴ TARUFFO, Michele — Verdade negociada?. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Vol. XIII (jan. – jun. 2014), p. 638-639. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/828> [Consult. em 10-07-2022].

elementos de convicção suficientes acerca das proposições apresentadas pelas partes, de tal sorte que, paralelamente à distinção supracitada, a decisão de mérito considerará as alegações tidas por provadas no processo, ainda que não seja possível assegurar, de forma absoluta, que os fatos estão provados²¹⁵.

Essa relação entre prova e verdade reforça a compreensão de que a finalidade da prova, no processo, é convencer o juiz acerca da veracidade das alegações de fato apresentadas pelas partes a partir dos elementos constantes nos autos. A finalidade do processo, por conseguinte, não é a busca da verdade, mas a solução da crise de direito material a partir dos elementos probatórios produzidos (verdade processual).

Tal compreensão se mostra extremamente relevante quando se analisa a gestão da prova no processo, notadamente na perspectiva do ônus da prova, dos poderes das partes e dos limites da atuação judicial, questões que serão examinadas neste capítulo.

3.2. Direito fundamental à prova

A prova tem como objetivo influir na convicção do juiz. É, portanto, corolário do caráter substancial do direito fundamental ao contraditório e do direito fundamental de acesso à justiça. Para que o processo seja justo e democrático, mostra-se imprescindível conferir às partes o direito (e o poder) de influir na decisão de mérito, quer com argumentos fáticos e jurídicos, quer mediante indicação e produção dos meios de prova. Fala-se, nesse sentido, em um direito fundamental à prova²¹⁶.

O direito fundamental de acesso à justiça não pode ser compreendido dentro de uma perspectiva reducionista, como mero direito de postular em juízo, mas de forma ampla, compreendendo o direito de participar ativamente do desenvolvimento do processo; o poder de influir na decisão de mérito; e o direito de se valer de meios executivos para a efetivação das decisões e realização do direito material. Pensar de maneira diversa é atribuir ao direito fundamental de acesso à justiça uma simples promessa formal sem qualquer eficácia²¹⁷.

O exercício do direito à prova é uma importante forma de concretização do princípio dispositivo, pois é exatamente por meio dela que as partes poderão demonstrar os fatos que

²¹⁵ BELTRÁN, Jordi Ferrer — Prova e Verdade no Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 77-83.

²¹⁶ CAMBI, Eduardo — O direito à prova no processo civil. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Vol. 34 (2000), p. 143-159; RAVAGNANI, Giovanni — Provas Negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 75-78; MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Op. cit.*, p. 252-255; DIDIER JR., *Op. cit.*, 41-43.

²¹⁷ GAJARDONI; DELLORE; ROQUE, *Op. cit.*, p. 566-567.

compõem e delimitam a demanda judicial. Por conseguinte, ela acaba por se conectar diretamente à própria decisão de mérito, pois, à luz do princípio da persuasão racional (ou convencimento motivado), é dever do juiz motivar a decisão a partir das provas produzidas sob o crivo do contraditório²¹⁸.

O direito à prova deve ser exercido nos limites estabelecidos pela Constituição e em harmonia com as normas fundamentais do processo civil. Exemplo disso é a proibição de utilização de provas ilícitas no processo civil²¹⁹. Tais limites acabam impondo a todos os atores processuais deveres probatórios, tais como: a) dever de cooperação na produção da prova²²⁰; b) deveres probatórios impostos a terceiros²²¹; c) deveres probatórios impostos às partes²²²; d) proibição de o juiz atribuir de modo diverso o ônus da prova, salvo nos limites estabelecidos pela lei²²³.

Tais deveres não se confundem com o ônus da prova, o qual será examinado doravante. Este serve como uma advertência às partes quanto ao julgamento desfavorável em razão da não produção da prova que lhes incumbia. Nesse sentido, o art. 414.º do CPC português prevê que “a dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita”.

3.3. Função, objeto e valoração da prova

²¹⁸ RANGEL, Rui Manuel de Freitas — O Ónus da prova no processo civil. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 76.

²¹⁹ Prova ilícita é toda prova cuja formação ou produção viola o ordenamento jurídico, quer seja no plano do direito material (normas de direito material), quer seja no plano do direito processual (normas de direito processual). A vedação à produção de prova ilícita tem assento na Constituição Federal brasileira, designadamente no inciso LVI do art. 5.º, segundo o qual “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

²²⁰ Nos termos do art. 378 do CPC brasileiro, “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. Por sua vez, o C estabelece que I – “todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados”. O n.º 1 do art. 417.º do CPC português, por sua vez, estabelece que “todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados”.

²²¹ Nos termos do art. 380 do CPC brasileiro, “incumbe ao terceiro, em relação a qualquer causa: I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento; II - exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder”. No mesmo sentido é a previsão contida no art. 417.º, n.º 1, do CPC português citado na nota anterior.

²²² Prevê o art. 379 do CPC brasileiro que “preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte: I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; III - praticar o ato que lhe for determinado”.

²²³ Regra geral, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto aos fatos constitutivos do seu direito; e ao réu, quanto aos fatos impeditivos modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 373, I e II, do CPC brasileiro). Portanto, aquele que invoca um direito deve provar os fatos constitutivos desse direito alegado (art. 342.º do CC português). Tal critério, de caráter prévio, abstrato e estático, limita, em certa medida, a atuação do juiz, que não pode, salvo quando expressamente autorizado pela lei, atribuir de forma diversa o ônus da prova.

A prova tem como função precípua demonstrar a verdade sobre a alegação de fato²²⁴ e, com isso, influir eficazmente na convicção do juiz²²⁵. De uma forma geral, ela pode ser compreendida tanto como meio quanto como resultado. Como meio, prova é o instrumento capaz de demonstrar, direta ou indiretamente, a verdade da alegação de fato (meio de prova), ou seja, o caminho para se obter o conhecimento sobre determinado fato, v.g, documento, testemunha, confissão. Como resultado, representa a demonstração, em si, da verdade dos fatos alegados em juízo²²⁶.

A prova deve recair sobre as alegações de fato, não sobre o fato em si. Este, como fenômeno empírico, existe ou não inexistente, de modo que não é possível dizer que há fato verdadeiro ou fato não verdadeiro. A alegação de fato é que pode ou não ser verdadeira. Assim, o objeto da prova é, precisamente, a alegação feita pela parte e que interessa ao julgamento da causa.

Há certos fatos que, mesmo relevantes para o julgamento da causa, não dependem de prova. É o que ocorre, por exemplo, com os fatos notórios; os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; os fatos admitidos no processo como incontroversos; e os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade²²⁷.

Recaindo a prova sobre os fatos alegados pelas partes e tendo ela a função de influir no convencimento do juiz, o ordenamento jurídico deve desenvolver sistemas (ou critérios) racionais seguros de valoração da prova, os quais, em última análise, configuram sistemas (ou critérios) de formação do próprio convencimento do juiz a partir do acervo probatório constante no processo.

Um dos primeiros sistemas de valoração da prova foi o positivo (ou legal). Tal sistema remonta à Idade Média, onde o acusado era submetido ao chamado “juízo de Deus” (ordálias), submetendo-se a algum desafio, como, por exemplo, caminhar de três a nove passos segurando um ferro em brasa para aferir se sua mão seria ou não queimada; mergulhar a mão em água fervente; ou até mesmo participar de duelo, para aferir sua culpa ou inocência. Acreditava-se, naquela época, que se o acusado/processado fosse realmente inocente, haveria uma intervenção divina libertadora.

Abolidas as ordálias, foram restaurados os meios romanos de prova, como documentos e testemunhas, porém cada prova tinha um determinado valor, cabendo ao juiz, no momento de

²²⁴ Esse é o sentido dado pelo art. 341 do CC português.

²²⁵ Essa dupla função, como demonstração da verdade e meio de influir eficazmente na convicção do juiz, é extraída do art. 369 do CPC brasileiro.

²²⁶ FREITAS, José Lebre de — A ação declarativa comum. 4ª edição. Coimbra: Gestlegal, 2017, p. 239.

²²⁷ Art. 421.º do CPC português e art. 374 do CPC.

decidir, observar estritamente o peso atribuído pela lei a cada meio de prova²²⁸. Com a evolução científica do processo, surgiu, em contrapartida ao sistema legal, o sistema da livre (ou íntima) convicção, no qual o juiz era livre para valorar as provas e decidir conforme a sua consciência, valendo-se, para tanto, de seu conhecimento e impressões pessoais²²⁹.

Por fim, já em um terceiro estágio de desenvolvimento, passou-se a adotar o sistema da persuasão racional (convencimento racional ou livre convencimento motivado). Nesse sistema, fundado no princípio da livre apreciação da prova, o juiz é livre para apreciar as provas, ou seja, sem nenhuma “escala de hierarquização”²³⁰ e sem nenhuma vinculação a valores previamente definidos pelo legislador, porém também não pode julgar com base em suas impressões pessoais, mas de acordo com as provas produzidas no processo, as quais devem ser examinadas de forma crítica, racional e contextualizada²³¹.

O CPC português, no n.º 5 do art. 607.º, dispõe que “o juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto; a livre apreciação não abrange os factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, nem aqueles que só possam ser provados por documentos ou que estejam plenamente provados, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes”. Segundo José Lebre de Freitas, o princípio da livre apreciação da prova “se situa na linha lógica dos anteriores: é porque há imediação, oralidade e concentração que ao julgador cabe, depois da prova produzida, tirar as suas conclusões, em conformidade com as impressões recém-colhidas e com a convicção que através delas se foi gerando no seu espírito, de acordo com as máximas da experiência que forem aplicáveis”²³².

O CPC brasileiro de 1973 estabelecia, em seu art. 131, que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento”. A expressão “livremente” foi objeto de críticas durante a tramitação do CPC/2015, tendo sido retirada com o nítido propósito de advertir o juiz de que não há, propriamente, liberdade, mas vinculação aos elementos probatórios constantes nos autos, de tal modo que a decisão de mérito deve examinar as provas de forma racional e contextualizada. Visa, com isso, na expressão de

²²⁸ SANTOS, *Op. cit.*, p. 18.

²²⁹ GAJARDONI; DELLORE; ROQUE, *Op. cit.*, p. 575.

²³⁰ VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e, *Op. cit.*, p. 471.

²³¹ Conforme adverte Cândido Rangel Dinamarco, “o convencimento do juiz precisa ser *motivado*, porque sem o dever de motivar as decisões de nada valeriam as exigências de racionalidade e atenção ao que consta dos autos. Aos leitores de suas decisões (partes, órgãos judiciários superiores, opinião pública) o juiz é devedor da explicação dos *porquês* de suas conclusões, inclusive quanto aos fatos” (DINAMARCO, Cândido Rangel —Instituições de direito processual civil. Vol. III. 4ª edição, revista, atualizada e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 107).

²³² FREITAS, *Op. cit.*, 198.

Lênio Streck, combater uma postura “solipsista” do juiz, ou seja, aquela na qual o julgamento é realizado conforme a sua própria consciência e o seu próprio senso de justiça, desconsiderando bases mínimas de construção hermenêutica²³³.

Tal linha de pensamento decorre de equivocada interpretação da expressão “livremente” e do princípio da livre apreciação da prova. A liberdade do juiz não diz respeito a uma liberdade de escolha da prova e das razões de decidir, mas liberdade de apreciação e de valoração dos elementos probatórios, os quais devem ser apreciados de forma conjunta e com racionalidade. Tal liberdade representa uma conquista contra o sistema de prova legal.

A adoção do sistema da persuasão racional (ou do livre convencimento motivado) não eliminou, por completo, as provas legais, ou seja, os meios de prova cujo valor probatório é atribuído pela própria lei e imposto ao juiz. É o que ocorre, por exemplo, com a prova da propriedade imobiliária, para a qual se exige, necessariamente, instrumento público²³⁴.

Com efeito, tendo em vista a maior ou menor força probatória do meio de prova, é possível classificar a prova legal²³⁵ em: a) pleníssima, quando o seu valor probatório não puder ser afastado por nenhuma outra prova²³⁶; b) plena, quando o seu valor probatório puder ser afastado por outro meio de prova que resulte na demonstração da não ocorrência do fato²³⁷; c) bastante, quando o valor probatório puder ser afastado a partir da dúvida gerada no juiz a partir da análise dos demais meios de prova²³⁸.

²³³ Segundo Fernando Vieira Luiz, “as teorias acerca da decisão judicial tradicionalmente trabalhadas voltam-se ao objetivismo e ao subjetivismo na interpretação. A primeira considera que a lei traz em si a norma (desprezando a diferença ontológica entre ambas) e que, por isso, a interpretação judicial é objetivamente controlada pelas regras, as quais levam a uma correta determinação do significado do texto, como se a verdade estivesse ‘nas coisas’, retomando a metafísica clássica. A segunda vê a interpretação judicial como sendo subjetivamente determinada pelas preferências valorativas pessoais do intérprete – como seu senso de justiça – o qual, em última análise, dá ao texto o significado que lhe aprouver – como se houvesse um ‘grau zero’ de significância (na expressão de Streck) –, utilizando-se, também, como pano de fundo, uma visão metafísica, calcada na filosofia da consciência. Assim, a aplicação do Direito é realizada por um sujeito solipsista, proprietário dos significados, que, julgando conforme sua consciência, acredita – de forma alienada – estar decidindo corretamente (com justiça) as questões que lhe são postas” (LUIZ, Fernando Vieira — Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Fernando Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 35).

²³⁴ Nos termos do art. 406 do CPC brasileiro, “quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta”.

²³⁵ Sobre a distinção entre prova legal pleníssima, plena e bastante: PIMENTA, Paulo — Processo civil declarativo. Coimbra: Almedina, 2014, p. 346-347; FREITAS, *Op. cit.*, p. 247-250; XAVIER, *Op. cit.*, p. 164; VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e, *Op. cit.*, p. 471-473.

²³⁶ Nos termos do n.º 2 do art. 350.º do CC português, “as presunções legais podem, todavia, ser ilididas mediante prova em contrário, excepto nos casos em que a lei o proibir”. No mesmo sentido, haverá presunção absoluta de parcialidade do juiz nas hipóteses de impedimento (art. 115.º do CPC português e art. 144 do CPC brasileiro).

²³⁷ É o que ocorre com a inversão do ônus da prova (art. 344.º, n.º 1, do CC português e art. 373, § 1º, do CPC brasileiro). Também pode ser citada a presunção de veracidade do fato decorrente do efeito material da revelia (art. 344 do CP brasileiro), a qual, por ser relativa, admite prova em sentido contrário (art. 349 do CPC brasileiro).

²³⁸ Nos termos do art. 414.º do CPC português, “a dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita”. Em sentido semelhante, mas relativo à prova documental, prevê o art. 409, *caput*, do CPC brasileiro que “a data do documento particular, quando a seu respeito surgir dúvida ou impugnação entre os litigantes, provar-se-á por todos os meios de direito”.

3.4. Direito probatório material e direito probatório processual (ou formal)

O direito probatório compreende o conjunto de normas que disciplinam os meios, as atividades e os diversos processos de demonstração da realidade dos fatos. Não há como negar a importância da prova para o processo, pois serve como elemento de convicção do juiz acerca da veracidade das alegações de fato. É exatamente por isso que o Código de Processo Civil define regras de admissão e produção dos meios de prova, disciplinando tanto a forma de ingresso de uma prova pré-constituída no processo²³⁹ quanto, conforme o caso, o procedimento para a sua produção²⁴⁰.

A prova, contudo, não visa apenas influir eficazmente na convicção do juiz. Visa, antes, demonstrar a realidade de uma alegação de fato, seja perante uma autoridade judicial, seja perante uma autoridade administrativa ou, ainda, perante um particular. Conforme há muito já advertia Carnelutti, tendo em vista que não apenas no processo, mas também fora dele devem ser valorados juridicamente os fatos, as provas não servem somente para o processo. Assim, de uma forma geral, a atividade jurídica, e não apenas a atividade judicial, se desenvolve por meio de provas²⁴¹. Pensar de forma diversa é, nas palavras de Pontes de Miranda, “processualizar-se, gritantemente, a prova”²⁴².

Nessa perspectiva, a prova liga-se, antes, ao direito subjetivo, pois é um “instrumento da certeza e da segurança dos direitos”²⁴³. Dizendo por outras palavras, o valor prático de um direito subjetivo encontra-se condicionado à certeza de que o fato subjacente ocorreu²⁴⁴. Além disso, mesmo no campo processual, ou seja, no processo de produção dos meios de prova, o direito material tem forte incidência. Cite-se, a título de exemplo, a confissão, para a qual se exige capacidade de exercício dos direitos e, portanto, capacidade judiciária²⁴⁵.

²³⁹ A título de exemplo, cite-se a prova documental, a qual deve ser juntada ao processo juntamente com a peça (articulado) em que são alegados os fatos correspondentes. Nos termos do art. 434 do CPC brasileiro, “incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações”. No mesmo sentido, o n.º 1 do art. 423º do CPC português prevê que Os documentos destinados a fazer prova dos fundamentos da ação ou da defesa devem ser apresentados com o articulado em que se aleguem os factos correspondentes”.

²⁴⁰ A título de exemplo, cite-se o processo de produção da prova pericial, da prova testemunhal e da confissão judicial, cujos procedimentos estão disciplinados no Código de Processo Civil.

²⁴¹ CARNELUTTI, Francesco — Instituciones del proceso civil. Vol. I. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 1997, p. 257-258.

²⁴² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de — Comentários ao código de processo civil. Tomo III. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 404.

²⁴³ VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e, *Op. cit.*, p. 443.

²⁴⁴ FREITAS, *Op. cit.*, p. 250.

²⁴⁵ Art. 453.º, n.º 1, do CPC português, e art. 392, § 1º, do CPC brasileiro.

Tanto o Código Civil brasileiro quanto o Código Civil português se ocupam de disciplinar o quadro geral dos meios de prova²⁴⁶. Aliás, o Código Civil português foi além, disciplinando, inclusive, o ônus da prova (art. 342.º) e a inversão do ônus da prova (art. 343.º). Esse viés substancial da prova rompe, em certa medida, com a visão hiperpublicista de processo²⁴⁷.

Ao direito processual, portanto, incumbe disciplinar a forma de ingresso e de produção da prova em juízo, ou seja, o modo como uma prova pré-constituída deve ser admitida no processo e o modo como uma prova não pré-constituída deve ser produzida no processo. A prova, como meio, pertence às partes; e como resultado, dirige-se ao juiz.

Essa íntima relação entre prova e direito material fica ainda mais visível na ação de produção antecipada de prova. Diferentemente do CPC português, que prevê a ação de produção antecipada de prova apenas para as hipóteses em que haja risco de tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas ou a verificação de certos fatos por meio de perícia ou inspeção, o CPC brasileiro, nos arts. 381 a 383, admite a propositura dessa ação de forma autônoma, ou seja, desvinculada de uma eventual ação principal, muito se aproximando a um procedimento de jurisdição voluntária, diante da desnecessidade de afirmação de um conflito que justifique a propositura da ação²⁴⁸.

São, basicamente, cinco hipóteses de cabimento da ação de produção antecipada de prova: a) quando houver fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação (art. 381, I, do CPC); b) quando a prova a ser produzida for suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito (art. 381, II, do CPC); c) quando o prévio conhecimento dos fatos puder justificar ou evitar o ajuizamento de ação (art. 381, III, do CPC); d) para fins de arrolamento de bens, quando tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão (art. 381, § 1º, do CPC); e) quando se pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção (art. 381, § 5º, do CPC).

²⁴⁶ Art. 212 do CC brasileiro e art. 352.º e seguintes do CC português.

²⁴⁷ Para Liebman, “a prova dá-se no processo e dirige-se ao juiz, destinada como é a formar-lhe a convicção quanto aos fatos da causa e a constituir portanto o fundamento de sua decisão (cf. art. 115, CPC). Estas proposições elementares permitem qualificar as normas que disciplinam a prova como normas instrumental-processuais: são de fato normas que, sem dizer respeito de modo algum à existência dos fatos jurídicos, se limitam a disciplinar os modos e as formas de sua *evidência* no processo, isto é, as coisas e atividades que permitem a declaração de sua certeza por parte do juiz” (LIEBMAN, Enrico Tullio — Manual de direito processual civil. Vol. II. Tocantins: Intelectus, 2003, p. 83). A natureza processual das normas sobre prova também é defendida por Giuseppe Chiovenda (CHIOVENDA, *Op. cit.*, p. 115).

²⁴⁸ DIDIER JR., Fredie — Produção antecipada da prova. *Revistas Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Vol. 11, n.º 65 (mar./abr, 2015), p. 6.

Com efeito, tal autonomia, além de superar a ideia de vinculação entre prova e julgamento estatal, admitindo sua obtenção independentemente da existência de uma prévia ou futura relação processual principal²⁴⁹, é uma característica que fortalece as bases que dão suporte aos negócios jurídicos processuais probatórios, aumentando, assim, os poderes das partes não apenas quanto à gestão dos meios de prova e distribuição do ônus, como também quanto à definição do procedimento de produção da prova em juízo.

3.5. Ônus da prova

Segundo Goldschmidt, ônus é o “imperativo do próprio interesse”²⁵⁰. Pontes de Miranda, por sua vez, ao estabelecer uma distinção entre ônus e deveres, esclarece que enquanto o dever se dá em relação a outrem, o ônus se dá em relação a si mesmo, razão pela qual inexistente uma relação entre sujeitos, pois o onerado escolhe entre satisfazer ou não ter a tutela do próprio interesse²⁵¹.

Segundo Rui Manuel de Freitas Rangel, embasado na doutrina de Alfredo Buzaid, “obrigação e ônus têm, de facto, em comum, o elemento formal que assenta no vínculo da vontade mas diferem entre si quanto ao elemento substancial, na medida em que o vínculo é imposto quando há obrigação, para a tutela de um interesse alheio, enquanto, havendo ônus, a tutela é de um interesse próprio”²⁵².

Nesse sentido, o ônus da prova é o encargo atribuído àquele que alega um fato em juízo – seja como constitutivo do seu suposto direito, seja como impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pela outra parte – de apresentar os elementos que demonstrem a sua veracidade, sob pena de, não o fazendo ou sendo tais elementos insatisfatórios para a formação do convencimento do juiz, o pedido não ser acolhido²⁵³. Nas palavras de Michele Taruffo, “o princípio do ônus da prova é também um recurso para se resolver a incerteza acerca da prova dos fatos principais: ante a incerteza, os fatos são considerados inexistentes”²⁵⁴.

²⁴⁹ ALVIM, *Op. cit.*, p. 926.

²⁵⁰ GOLDSCHMIDT, *Op. cit.*, p. 243.

²⁵¹ MIRANDA, *Op. cit.*, p. 253.

²⁵² RANGEL, *Op. cit.*, p. 93.

²⁵³ Segundo Manuel A. Domingues de Andrade, o ônus da prova “traduz-se, para a parte a quem compete, no encargo de fornecer a prova do facto visado, incorrendo nas desvantajosas consequências de se ter como líquido o facto contrário, quando omitiu ou não logrou realizar essa prova; ou na necessidade de, em todo o caso, sofrer tais consequências se os autos não contiverem prova bastante desse facto (trazida ou não pela mesma parte) (ANDRADE, *Op. cit.*, p. 196).

²⁵⁴ TARUFFO, *Op. cit.*, p. 143.

O ônus da prova, conforme mencionado, serve como uma advertência às partes, que, de antemão, já sabem quais fatos devem ser provados por cada uma delas, bem como as consequências de eventual insuficiência probatória, pois quanto maior a incerteza acerca de um fato alegado, maior será o risco de uma decisão desfavorável. É por isso que se diz que o ônus da prova é, em verdade, uma “regra de fechamento do sistema”, pois informa ao juiz como deve julgar, se, ao final da instrução da causa, permanecer em dúvida a respeito dos fatos relevantes para a decisão²⁵⁵.

Com efeito, é possível visualizar uma dupla dimensão do ônus da prova. A primeira, designada dimensão subjetiva, se projeta para as partes, pois estabelece, desde o início do processo, a carga probatória que recairá sobre cada uma delas. Funciona como uma “norma de procedimento”²⁵⁶ a ser observada pelas partes. A segunda, designada dimensão objetiva, se projeta para o juiz, o qual, sabendo sobre quem recaía o ônus probatório, julgará, favoravelmente ou desfavoravelmente, conforme a suficiência ou não das provas produzidas. Funciona como regra de decisão (*regala di giudizio*) e visa evitar o *non liquet*, pois a insuficiência probatória não o isenta de decidir, mas o autoriza a decidir desfavoravelmente àquele sobre quem recaia o ônus da prova²⁵⁷.

Essa dupla dimensão decorre da dialeticidade do processo e do princípio dispositivo. A distribuição do ônus da prova no processo civil acompanha, paralelamente, o ônus de alegação²⁵⁸, pois se incumbe ao autor alegar os fatos constitutivos do seu direito, a ele recai o ônus probatório acerca desses fatos. Da mesma forma, se incumbe ao réu a alegação dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, a ele recai o ônus probatório desses fatos. Portanto, pode se dizer que o ônus da prova, nessa perspectiva, busca estabelecer um critério de igualdade entre as partes²⁵⁹.

A despeito da dimensão objetiva do ônus da prova, como regra de decisão direcionada ao juiz, o certo é que o ônus da prova está intimamente relacionado com o princípio dispositivo, e, portanto, à autonomia das partes. Se a delimitação da demanda decorre da iniciativa das partes, é delas o ônus de indicar e produzir as provas necessárias à demonstração dos fatos alegados.

²⁵⁵ MITIDIERO, Daniel — Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2ª edição. São Paulo: RT, 2011, p. 139-145.

²⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto — Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 60ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 921.

²⁵⁷ ANDRADE, *Op. cit.*, p. 197.

²⁵⁸ FREITAS, *Op. cit.*, p. 242.

²⁵⁹ SANTOS, *Op. cit.*, p. 32.

3.6. Convenções processuais em matéria probatória

Convenções processuais probatórias são acordos celebrados entre dois ou mais sujeitos, antes ou durante o processo, por meio dos quais há a criação, modificação ou extinção de regras, materiais ou processuais, relativas à prova e ao meio de sua produção. Sua admissibilidade tem muito a ver com a própria forma de compreender o processo, sua função e as tarefas atribuídas aos respectivos atores. Mas não apenas isso. É preciso, ainda, refletir sobre a relação existente entre os atores processuais e a prova.

O pensamento hiperpublicista que predominou no século XX era, naturalmente, contrário às convenções probatórias. Para Chiovenda, o princípio dispositivo não significa o predomínio da vontade das partes e reconhecimento do direito de dispor do material necessário ao julgamento da demanda, mas responsabilidade na procura do material de cognição, razão pela qual tal responsabilidade não pode regular-se convencionalmente. Tal pensamento rechaça qualquer possibilidade de convenções processuais probatórias²⁶⁰. Goldschmidt também nega a possibilidade de celebração de convenções processuais, salvo aquelas nas quais as partes estabelecem determinados meios de prova como necessários para a demonstração de certos fatos²⁶¹. Dinamarco, por sua vez, nega a natureza processual da convenção sobre ônus da prova²⁶².

Carnelutti, por outro lado, admite amplamente a celebração de convenções probatórias. Parte do pressuposto de que se as partes possuem o poder de disposição quanto à afirmação dos fatos e quanto à proposição das provas, bem como o poder de convencionar sobre a avaliação das provas, ainda que tal convenção gere algum tipo de prejuízo para a obtenção da verdade, risco esse, aliás, já existente nas regras legais referentes ao próprio ônus da prova²⁶³.

No atual estágio de desenvolvimento científico do processo, conforme já examinado, o respeito à autonomia privada é fundamental para uma boa e eficiente gestão processual. O modelo cooperativo de processo pressupõe maior participação das partes, inclusive no desenho do procedimento judicial que melhor se adéque às particularidades do caso concreto. Nessa perspectiva, a gestão processual pelas partes tem como instrumento concretizador os negócios jurídicos processuais, sejam eles típicos ou atípicos.

²⁶⁰ CHIOVENDA, *Op. cit.*, p. 460. No mesmo sentido: LIEBMAN, *Op. cit.*, p. 100-101.

²⁶¹ GOLDSCHMIDT, *Op. cit.*, 298

²⁶² DINAMARCO, *Op. cit.*, p. 78-79.

²⁶³ CARNELUTTI, *Op. cit.*, p.588.

A prova possui uma dupla dimensão. Em primeiro lugar, possui íntima conexão com o direito material, pois interessa a todo aquele que pretende demonstrar a verdade de uma alegação de fato. Em segundo lugar, representa, no campo processual, um ônus, pois a parte que não consegue provar os fatos que constituem o fundamento do seu pedido assume o risco do julgamento de mérito desfavorável à sua pretensão.

Nota-se, assim, que a parte que, deliberadamente, não produz a prova dos fatos por ela alegados assume o risco do julgamento desfavorável ao seu interesse. Se às partes é dada a faculdade de produzir ou não a prova correspondente às suas alegações de fato, por que não admitir que elas mesmas, consensualmente, convençionem sobre as regras probatórias que serão adotadas no processo?

O argumento de que a fase instrutória é norteadada pelo princípio do inquisitório, embora mereça uma atenção específica para a compreensão acerca dos limites instrutórios do juiz, não serve de fundamento para se negar a utilização de convenções processuais probatórias, até mesmo porque, embora o juiz possa agir de ofício na instrução, não está obrigado a suprir a deficiência probatória da parte. Dizendo por outras palavras, se as partes não indicarem as provas que pretendem produzir, a lei não impõe ao juiz uma espécie de dever de ampla investigação dos fatos, mas confere a ele o poder de julgar a partir de critérios previamente estabelecidos quanto ao ônus da prova, a fim de se evitar o *non liquet*.

É importante frisar que a convenção processual não se relaciona com o estabelecimento da verdade, mas com a forma e os critérios para que os fatos alegados sejam levados ao conhecimento do órgão jurisdicional²⁶⁴. Aliás, o objetivo das partes não é, propriamente, o de descobrir a verdade, mas o de obter — por meio de um processo de reconstrução, tanto quanto possível, dos fatos²⁶⁵ — uma decisão de mérito favorável. As convenções processuais, portanto, poderão ter por objeto regras probatórias materiais ou processuais, tais como fontes, meios, ônus, presunções, poderes, deveres e procedimentos²⁶⁶.

3.6.1. Convenções probatórias típicas

Convenções probatórias típicas são aquelas expressamente previstas em lei. Decorrem de opção legislativa e podem ter por objeto desde a delimitação dos fatos sobre os quais recairá

²⁶⁴ RAVAGNANI, *Op. cit.*, p. 97.

²⁶⁵ CAMBI, *Op. cit.*, p. 147.

²⁶⁶ MAFFESONI, *Op. cit.*, p. 105.

atividade probatória até a escolha do meio ou modo de produção da prova, ou, ainda, a forma de distribuição do ônus da prova.

O CPC brasileiro prevê as seguintes hipóteses de convenções probatórias típicas: a) delimitação convencional dos fatos sobre os quais recairá a atividade probatória (art. 357, II, primeira parte, e § 2º); b) convenção para escolha do meio de prova (art. 357, II, parte final, e § 2º); c) convenção para admitir a juntada extemporânea de documentos (art. 436, § 1º); d) convenção sobre adiamento da produção da prova (art. 362, I); e) convenção para cindir a audiência de instrução (art. 365, caput); f) convenção sobre o ônus da prova (art. 373, §§ 3º e 4º); g) convenção para escolha do perito (art. 471); h) convenção para substituir a prova pericial por prova técnica simplificada (art. 464, § 2º).

No mesmo sentido, o CPC português prevê diversas hipóteses de convenções probatórias típicas, tais como: a) convenção para escolha do perito (art. 467.º, n.º 2); b) convenção para segundo adiamento de inquirição de testemunha faltosa (art. 509.º); c) convenção para inquirição de testemunhas no domicílio profissional do mandatário judicial (art. 517.º, n.º 1); d) convenção para apresentação de depoimento testemunhal por escrito (art. 518.º, n.º 1); e) convenção para depoimento através da utilização de telefone ou outro meio de comunicação direta do tribunal com o depoente, em caso de impossibilidade ou grave dificuldade de atempada comparência (art. 520.º, n.º 1); f) convenção para cindir a audiência de instrução (art. 603.º, n.º 3).

No tocante à convenção sobre ônus da prova, trata-se de uma forma de imprimir maior dinamicidade à sua distribuição entre as partes e garantir maior igualdade na relação jurídica²⁶⁷, notadamente no campo processual, pois atribuir um ônus probatório àquele que não tem condições de dele se desincumbir, diante de uma vulnerabilidade técnica ou mesmo econômica, é negar-lhe, em última análise, o princípio da igualdade material e o acesso à justiça²⁶⁸.

No direito português, o ônus da prova está disciplinado no Código Civil, designadamente no art. 345.º. Confere-se, assim, às partes o poder de distribuir de forma diversa o ônus da prova, inclusive mediante inversão do ônus, salvo nas seguintes hipóteses: a) quando se tratar de direito indisponível; b) quando a inversão tornar excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito; c) quando a convenção excluir algum meio legal de prova ou admitir algum meio diverso dos legais; d) quando as determinações legais quanto à prova

²⁶⁷ Segundo Carlos Aberto Alvaro de Oliveira, “servindo o processo para a realização do direito material, não pode a lei processual estabelecer regulação que, por motivos meramente processuais, ponha em perigo, com risco até de eliminá-la, a igualdade jurídica assegurada na norma material” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de — Do formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 66).

²⁶⁸ GRECO, Leonardo — Instituições de processo civil. Vo. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 95.

tiverem por fundamento razões de ordem pública. Optou o legislador português por disciplinar o tema sob um viés material, ou seja, como norma de direito material com reflexos processuais.

O legislador brasileiro, por sua vez, disciplinou o ônus da prova sob um viés processual (art. 373, §§ 3º e 4º). Assim, podem as partes, antes ou durante o processo, celebrar convenção processual para distribuir de forma diversa o ônus da prova, sendo vedada a convenção quando recair sobre direito indisponível ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

A proibição de convenções probatórias que recaiam sobre direitos indisponíveis é acertada. Há certas relações jurídicas de direito material em relação às quais, por previsão legal ou pela sua própria natureza jurídica, o agente não possui a prerrogativa de delas dispor. Lembra Ernane Fidélis dos Santos que “são indisponíveis os direitos que emanam da própria personalidade da pessoa. São direitos irrenunciáveis e os fatos a eles relativos não podem ser confessados. Tais são, por exemplo, o direito à vida, o direito à honra, o direito à liberdade etc”²⁶⁹.

Quanto à proibição de convenções probatórias que tornem excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito, preocupou-se o legislador com a chamada prova diabólica, ou seja, aquela cujo ônus é impossível ou excessivamente difícil de ser suportado pela parte. É o que ocorre, por exemplo, com a prova de um fato negativo²⁷⁰. Um ônus processual só pode ser atribuído à parte se o seu resultado for atingível sem que seja exigido do sujeito um sacrifício desmedido, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal.

3.6.2. Convenções probatórias atípicas

Convenções probatórias atípicas são aquelas que não estão disciplinadas expressamente na lei. Têm por finalidade criar, modificar ou extinguir uma situação jurídica relacionada à prova. Por conseguinte, o objeto da convenção é amplo, pois decorre exclusivamente da vontade das partes, podendo versar sobre admissão da prova, limites probatórios, fontes, meios, ônus, poderes, deveres, faculdades, procedimento etc.

²⁶⁹ SANTOS, *Op. cit.*, p. 618.

²⁷⁰ Conforme já decidiu o Supremo Tribunal de Justiça português, “a prova dum facto negativo, com a natureza deste, quase indeterminado constitui uma prova diabólica, quase inultrapassável, a menos que haja excessiva complacência por parte das instâncias. Com efeito será muito difícil conseguir demonstrar, mesmo com um grau de certeza mínimo, que alguém não teve conhecimento de um facto antes de certa data (a menos que esse conhecimento antes dessa data seja impossível)” (DOMINGOS, Bernardo — Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o n.º 4/2021, de 17 de setembro de 2021 [Consult. 08 de julho de 2022]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3549606c7c9b6ffa80258626002e5a90?OpenDocument>.

No Brasil, a norma permissiva para a celebração de convenções probatórias atípicas é o art. 190 do CPC, o qual dispõe que “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”. Em Portugal, por outro lado, não há uma cláusula geral de negociação processual.

No atual estágio de evolução do processo civil, notadamente à luz dos novos contornos do direito fundamental de acesso à justiça e do direito fundamental ao devido processo legal, ninguém melhor do que as próprias partes para definir regras e situações processuais probatórias. Se a prova tem por objeto a demonstração da veracidade de uma alegação de fato, e o exercício dos poderes do juiz no processo limita-se aos contornos fáticos estabelecidos pelas partes (princípio dispositivo), não há razão para negar-lhes a gestão da prova.

São exemplos de convenções processuais atípicas²⁷¹: a) limitação consensual²⁷² das provas que serão produzidas no processo²⁷³; b) limite temporal para a produção da prova²⁷⁴; c) momento para a produção da prova²⁷⁵; d) procedimento probatório²⁷⁶; e) local de produção da prova²⁷⁷.

As convenções probatórias atípicas possuem íntima ligação com o princípio da atipicidade dos meios de prova. Assim como não é possível ao legislador estabelecer, de forma taxativa, todos os meios de prova, também não é possível prever todas as convenções probatórias. A atipicidade, nessa perspectiva, é uma técnica legislativa que confere maior flexibilidade ao processo, a fim de que as partes assumam o protagonismo não apenas dos meios de prova, mas também das regras probatórias que mais se adéquem às especificidades da demanda.

3.6.3. Convenções probatórias atípicas e os poderes instrutórios do juiz

²⁷¹ Citando diversos exemplos de convenções probatórias atípicas: RAVAGNANI, *Op. cit.*, p.113-168.

²⁷² FREITAS, *Op. cit.*, p. 269.

²⁷³ As partes podem convencionar, por exemplo, que não será admitida a produção de prova oral.

²⁷⁴ As partes podem celebrar um negócio jurídico pré-processual, estabelecendo que, após a citação do réu, o autor não poderá mais juntar prova documental.

²⁷⁵ Uma convenção pré-processual pode estabelecer a realização de uma audiência preliminar, antes mesmo de o réu apresentar contestação, a fim de que as partes apresentem, previamente, todas as provas documentais que possuírem (*duty to disclose*).

²⁷⁶ Um bom exemplo é a convenção que flexibiliza o procedimento da prova pericial, ou a que inverte a ordem de produção das provas orais.

²⁷⁷ As partes podem convencionar, por exemplo, que todas as provas serão produzidas fora do processo e juntadas em determinado momento.

No século XX, os sistemas processuais foram marcados pelo aumento dos poderes instrutórios do juiz²⁷⁸, e, conseqüentemente, pelo fortalecimento do princípio do inquisitório. Segundo Barbosa Moreira, “recusar-lhe a possibilidade de comprovar espontaneamente os fatos parece tão pouco razoável, afinal de contas, quanto negar-lhe a de procurar por si mesmo a norma aplicável: o conhecimento daqueles não lhe é menos necessário que o desta para cumprir sua função essencial de modo satisfatório”²⁷⁹.

No atual estágio de desenvolvimento do processo, porém, busca-se melhor equilibrar a distribuição de trabalho entre juiz e partes. Se o procedimento deve ser o mais adequado à tutela do direito e se a tutela corresponde ao bem da vida perseguido pelas próprias partes, deve lhes ser garantido, dentro de uma perspectiva constitucional, autonomia para adaptar o procedimento às particularidades da causa, inclusive no campo probatório. A delimitação dos aspectos probatórios mediante convenção processual, antes de configurar violação ao princípio do inquisitório, representa o exercício da autonomia privada.

Se, por um lado, o juiz possui amplos poderes instrutórios, sua atuação encontra um primeiro limite, que é o princípio dispositivo, ou seja, o poder de impulso inicial conferido às partes e o poder, a elas também outorgado pelo legislador, de delimitar os fatos e a controvérsia²⁸⁰. Em outras palavras, os poderes instrutórios do juiz se relacionam à reconstituição, tanto quanto possível, dos fatos previamente delimitados pelas partes.

Não há dúvida de que convenções probatórias atípicas limitam os poderes instrutórios do juiz. Não há nenhum mal nisso. Aliás, a limitação dos poderes do juiz é um efeito absolutamente natural de qualquer convenção processual, típica ou atípica²⁸¹. É o que ocorre, por exemplo, quando as partes convencionam quanto ao foro competente, à suspensão do processo, à inversão do ônus da prova e à escolha do perito. Em todas essas convenções há limitação aos poderes de gestão processual do juiz.

Talvez o exemplo mais significativo de limitação judicial seja a arbitragem. É justamente com base na autonomia da vontade que os sujeitos podem, mediante convenção de arbitragem, renunciar à jurisdição estatal (efeito negativo da convenção de arbitragem²⁸²) e

²⁷⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa — Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 47.

²⁷⁹ MOREIRA, *Op. cit.*, p. 47.

²⁸⁰ CHIOVENDA, *Op. cit.*, p. 406.

²⁸¹ GODINHO, Robson Renault — A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro. Nº 56 (abr./jun. 2015), p. 195.

²⁸² O efeito negativo é aquele que impede que o conflito seja resolvido por um tribunal estatal, na medida em que as partes, no exercício da autonomia da vontade, elegeram a jurisdição arbitral como a competente para resolver o litígio, renunciando, por via consequencial, à jurisdição estatal. Tem forte conexão com o princípio da *kompetenz-kompetenz*.

constituir, consensualmente, o órgão que resolverá o conflito (efeito positivo da convenção de arbitragem²⁸³). Por se tratar de um “acto de exercício de poderes de disposição das partes sobre os meios ou as condições da tutela jurídica”, a convenção de arbitragem constitui verdadeiro negócio jurídico processual prévio²⁸⁴. Trata-se, ainda, de negócio jurídico autônomo em relação ao contrato em que está inserida, conforme prevê o art. 16-1 da Lei Modelo UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*)²⁸⁵.

Com efeito, a convenção de arbitragem impõe ao órgão do poder judiciário um limite quase que absoluto em relação ao poder de resolver o conflito. Isso porque, proposta uma ação perante o juízo estatal, a alegação, pelo réu, quanto à existência de uma convenção de arbitragem é suficiente para impedir o julgamento do fundo da causa, a qual somente pode ser decidida pelo juízo arbitral. Há limitação, inclusive, quanto à análise da validade ou eficácia da convenção de arbitragem, poder esse que é conferido ao próprio juízo arbitral, à luz do princípio da *kompetenz-kompetenz*, salvo na hipótese de nulidade manifesta²⁸⁶.

Se a autonomia da vontade permite às partes, mediante convenção processual (convenção de arbitragem), instituir um órgão jurisdicional não estatal para resolver o conflito, nenhuma razão há para impedir que as partes, fundadas nessa mesma autonomia da vontade, estabeleçam, consensualmente, regras próprias concernentes à admissão, limites, fontes, meios, ônus, poderes, deveres, faculdades, e procedimentos relacionados à prova, sob pena de retrocesso a um modelo hiperpublicista de processo.

É preciso reconhecer que o conceito de jurisdição sofreu importantes mudanças nas últimas décadas, especialmente com a superação do dogma do monopólio estatal²⁸⁷. Essa nova

²⁸³ O efeito positivo da convenção de arbitragem é o que confere ao tribunal arbitral a função jurisdicional de resolver o conflito das partes, nos termos do art. 1º, n.º 1, da Lei n.º 63/2011 (Lei da Arbitragem Voluntária) e do art. 9º da Lei n.º 9.307/1996 (Lei Brasileira de Arbitragem).

²⁸⁴ FREITAS, *Op. cit.*, p. 627-628; Ac. da Relação de Lisboa, de 13 de Fevereiro de 2007. (Ac. No 10121/2006-1).

²⁸⁵ Artigo 16.º Competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência. (1) O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, incluindo qualquer objeção relativa à existência ou validade da convenção de arbitragem. Para este efeito, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como um acordo autônomo das demais cláusulas do contrato. A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica ipso jure a nulidade da cláusula compromissória.

²⁸⁶ O tribunal arbitral somente poderá afastar a exceção de convenção de arbitragem se a nulidade, ineficácia ou inexecutabilidade da convenção for evidente, ou seja, percebida *prima facie* e independentemente de produção de prova. Segundo António Menezes Cordeiro, “a ser necessária tal prova, ela deverá ser produzida perante o próprio tribunal arbitral, mercê do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, escapando ao foro do Estado. Se há dúvida, a nulidade já não é manifesta” (CORDEIRO, António Menezes — Tratado da Arbitragem: Comentários à Lei 63/2011 de 14 de Dezembro. Coimbra: Almedina. 2015, p. 121).

²⁸⁷ O n.º 1 do art. 20º da Constituição da República Portuguesa²⁸⁷, ao dispor que “a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”, não faz distinção entre tribunais estatais e tribunais arbitrais. O direito fundamental de acesso à justiça, nessa perspectiva, deve ser compreendido como o direito à tutela jurídica

roupagem, a qual está alinhada à autonomia da vontade como expressão do direito fundamental de liberdade, também impõe revisitar a ideia de jurisdição como manifestação de poder: a imperatividade e coercibilidade, ínsitas na decisão judicial de mérito, não estão necessariamente presentes nos atos judiciais relacionados ao iter-processual, os quais podem sofrer limitações pelas próprias partes²⁸⁸.

Tais limitações decorrem da prevalência da máxima *in dubio pro libertate* e do caráter subsidiário da norma legal no contexto das convenções processuais. O autorregramento da vontade decorre da superposição da norma criada pelas partes em relação à norma legislada, a qual deve ostentar caráter subsidiário²⁸⁹.

Nessa perspectiva, parece mesmo ser correto afirmar que o juiz não é o único destinatário da prova. No processo cooperativo, de gestão compartilhada, a prova se destina a todos os atores processuais: para o juiz, como meio de persuasão acerca da verdade sobre uma alegação de fato; para as partes, como meio de demonstração dos fatos alegados e como função de retórica para influir na decisão judicial²⁹⁰.

A gestão da prova pelas partes permite definir zonas de inclusão e de exclusão da atuação judicial oficiosa. Se as partes definem consensualmente a forma de distribuição do ônus da prova, não pode o juiz estabelecer regra diversa. O CPC brasileiro serve de exemplo. O § 1º do art. 373 permite ao juiz, mediante decisão fundamentada, atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que observados os pressupostos estabelecidos pela própria norma. Por sua vez, o § 3º do mesmo artigo permite que as partes distribuam o ônus da prova de forma convencional. Nesse caso, a superposição da vontade das partes torna a distribuição judicial do ônus da prova subsidiária em relação à distribuição convencional, a qual, ao definir o encargo de cada parte na produção dos meios de prova para cada fato, cria uma zona de exclusão para a atuação

efetiva, seja por meio de um tribunal estatal, seja por meio de um tribunal arbitral. Assim, o referido dispositivo deve ser lido à luz do n.º 2 do art. 209º da CRP, que prevê a coexistência, na ordem jurídica interna, de tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz. Em importante julgado envolvendo a discussão acerca da constitucionalidade das normas relativas ao tribunal arbitral necessário, constantes dos arts. 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro, o Tribunal Constitucional Português reconheceu que, embora os tribunais arbitrais sejam tribunais autônomos em relação aos demais órgãos estatais, exercem função jurisdicional, na medida em que “a Constituição não reserva em absoluto a função jurisdicional aos tribunais estaduais, podendo caber aqui uma margem de conformação do legislador no recurso à arbitragem como forma de resolução de conflitos (TRIBUNAL Constitucional – Acórdão com o n.º 435/2016 de 13 de julho de 2016. Relator Conselheira Maria José Rangel de Mesquita).

²⁸⁸ YARSHELL, *Op. cit.*, 64-65.

²⁸⁹ CABRAL, *Op. cit.*, 144-146.

²⁹⁰ MÜLLER, *Op. cit.*, 192-193.

oficiosa do juiz em matéria probatória²⁹¹. Isso é absolutamente natural e condiz com a ideia de processo democrático e cooperativo.

Ao estabelecer amplos poderes instrutórios ao juiz, o legislador assim o fez com os olhos voltados para o procedimento judicial previsto abstratamente na lei, ou seja, sempre que não houver acordo das partes em sentido contrário. Isso significa que, no atual modelo de processo, as partes são livres para delimitar as zonas probatórias que não podem sofrer interferência judicial. E essa vinculação do juiz à convenção probatória não significa negar-lhe os poderes instrutórios que lhe foram conferidos pela lei.

As teses contrárias às convenções probatórias, de uma forma geral, fundam-se ou na supremacia do interesse público²⁹² ou no poder do juiz de buscar a verdade dos fatos²⁹³. Ocorre que se tais máximas fossem absolutamente preponderantes e imunes a limitações impostas pelas partes, o sistema processual não poderia admitir, por exemplo, a renúncia à pretensão, pelo autor, e o reconhecimento da procedência do pedido, pelo réu.

Mesmo sabedor de que é o titular do direito alegado, o autor pode simplesmente renunciar à pretensão; da mesma forma, o réu, mesmo sabedor de que o autor não é titular do direito alegado, pode reconhecer a procedência do pedido. Seja como for, ainda que o conjunto probatório conclua de forma absolutamente contrária à manifestação da parte, o juiz não pode deixar de homologar a renúncia ou o reconhecimento da procedência. Isso significa dizer que a manifestação da parte, nas hipóteses supracitadas, limita os poderes instrutórios do juiz²⁹⁴.

Com efeito, a vinculação do juiz à renúncia e ao reconhecimento da procedência do pedido tem por fundamento o fato de que ambos são formas autocompositivas que levam à resolução do mérito. Estão ligados, portanto, ao poder de disposição, pelas partes, do próprio direito material. Ocorre que a prova é elemento que está ligado diretamente ao direito material, pois é por meio dela que a parte busca demonstrar a veracidade dos fatos que fundamentam o

²⁹¹ Esse entendimento encontra-se expressamente consignado no enunciado nº 128 da I Jornada de Direito Processual Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, segundo o qual “exceto quando reconhecida sua nulidade, a convenção das partes sobre o ônus da prova afasta a redistribuição por parte do juiz”.

²⁹² BEDAQUE. José Roberto dos Santos — Poderes instrutórios do juiz. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2004, p. 8-9.

²⁹³ THEODORO JÚNIOR, *Op. cit.*, p. 909-914; MOREIRA. José Carlos Barbosa. Neoprivatismo no processo civil. In: Temas de Direito Processual. 9. Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 88-95.

²⁹⁴ “No reconhecimento, assim como na renúncia, há ato de disposição sobre o direito material. A parte abdica de seu direito, ou porque renuncia à pretensão feita inicialmente sobre certo bem da vida (objeto do processo) ou porque deixa de resistir à pretensão da parte adversa. Em ambos os casos, tem-se situação em que dispensa a análise judicial sobre a controvérsia inicialmente exposta, já que o conflito de interesses é solucionado espontaneamente pelas partes (art. 487, III, *a e c*). Esses atos operam no campo do direito material, vinculando, por isso mesmo, o juiz de forma absoluta (salvo situações muito específicas, como a questão do direito indisponível). Em ambas as hipóteses, as partes manifestam *animus* dirigido à extinção do litígio (no plano do direito material), e essa vontade é levada ao processo, que, por via de consequência, deve ser concluído pelo magistrado” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Op. cit.*, p. 339).

pedido. Se a parte pode simplesmente renunciar o seu direito em juízo ou reconhecer a procedência do pedido da parte contrária, com maior razão deve ser admitida a celebração, por tais sujeitos, de convenções processuais probatórias, ainda que o seu objeto acarrete limitação aos poderes instrutórios do juiz, o qual, quando não lhe for admitido agir oficiosamente, decidirá o mérito com base nas regras atinentes à distribuição do ônus da prova²⁹⁵.

3.6.4. Convenções probatórias: limites à decisão judicial?

As convenções probatórias, conforme analisado anteriormente, representam limites aos poderes instrutórios do juiz, os quais devem ser exercidos dentro do molde desenvolvido pelas partes. Por conseguinte, a decisão judicial, ao final, será construída com base nas provas produzidas. Assim, poder-se-ia pensar que as convenções não limitam apenas os poderes instrutórios do juiz, mas também a própria decisão judicial.

Embora o juiz seja livre para apreciar as provas produzidas no processo, desde que o faça de forma racional, contextualizada e fundamentada, sua decisão encontra limites impostos pela própria lei. O primeiro deles são os fatos apresentados pelas partes, em observância ao princípio do dispositivo. O segundo, são os contornos do próprio pedido, de tal modo que a decisão não pode dar mais do que foi pedido pelas partes (*ultra petitia*), deixar de apreciar pedido expressamente formulado (*citra petita*) ou dar coisa diversa da que foi pedida pelas partes (*extra petita*).

Não obstante, dentro desses limites, o juiz possui amplos poderes para investigar a verdade das alegações de fato, a fim de formar o seu convencimento. No momento de decidir, o juiz deve realizar uma dupla valoração das provas: valoração individual, consistente na verificação da relação entre uma determinada prova e o fato que com ela se pretende provar; valoração conjunta, consistente na análise dos argumentos de convicção, considerando-se o conjunto das provas produzidas e das presunções²⁹⁶.

As provas produzidas no processo também representam uma limitação à atividade decisória, pois, ainda que a íntima convicção do juiz considere que um determinado fato ocorreu, uma decisão nesse sentido deverá pautar-se em critérios racionais, notadamente a partir

²⁹⁵ Nos termos do art. 414.º do CPC português, “a dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita”.

²⁹⁶ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Op. cit.*, p. 435-436.

das provas efetivamente produzidas. Se a alegação do fato não foi provada, o pedido dela decorrente não poderá ser acolhido, ainda que o juiz creia que o fato realmente ocorreu²⁹⁷.

Também a lei pode estabelecer limites à decisão judicial. Essa limitação normativa pode se projetar para três campos distintos, mas correlacionados: a) produção da prova: a lei pode predefinir os meios de prova admitidos e restringir a instrução processual. É o que ocorre, no Brasil, no procedimento do mandado de segurança, o qual exige prova pré-constituída, ou seja, prova documental; b) valoração da prova: um fato alegado pode ser considerado como provado pela lei, ainda que o juiz não creia na sua ocorrência. É o que ocorre com as presunções legais, tais como as decorrentes do efeito material da revelia²⁹⁸ ou da inobservância do ônus da impugnação especificada²⁹⁹; c) cognição judicial: a lei pode estabelecer limites à própria cognição e aprofundamento da análise do mérito. É o que ocorre, no Brasil, no procedimento da ação de desapropriação, no qual a cognição judicial fica limitada ao valor da indenização e aos aspectos formais do procedimento³⁰⁰.

Ainda que o estabelecimento de limites às decisões judiciais seja algo inerente ao próprio sistema processual, as convenções probatórias não restringem propriamente a cognição judicial. Esta continuará a ser exercida amplamente pelo juiz, porém dentro das zonas previamente delineadas pelas partes. O juiz, portanto, continuará a considerar determinados fatos como provados ou não, mas dentro de uma estrutura desenvolvida pelas partes e cujos riscos decisórios foram por elas assumidos.

3.6.5. Gestão privada da prova e *standards* de prova

Além de demonstrar a verdade de uma alegação de fato, a prova também tem por objetivo influir eficazmente na convicção do juiz. O ônus da parte não é o de provar a verdade do fato, pois o fato, em si, não é algo que se possa chamar de verdadeiro ou falso. O fato existe ou não existe. Verdadeira ou falsa é a alegação de fato. Além disso, o conceito de verdade é relativo. Nessa perspectiva, pode-se dizer que o juízo exercido sobre as provas é probalístico. Nas palavras de Jordi Ferrer Beltrán, “dizer que um enunciado fático está provado é afirmar

²⁹⁷ “Dito isso, considerando que a suficiência dos elementos de juízo a favor de *p* é puramente relativa ao conjunto de elementos de juízo existentes nos autos do processo, não se pode dizer simplesmente que a crença em que está provado que *p* possa ser uma razão suficiente para crer em *p*. por isso, quem toma a decisão pode crer no primeiro sem crer no segundo. Se o mesmo vai colocado em termos de valor de verdade das proposições, observa-se que pode ser verdadeiro *p* e não ser verdadeiro ‘Está provado que *p*’ e vice-versa” (BELTRÁN, *Op. cit.*, p. 102-103).

²⁹⁸ Art. 567.º do CPC português e art. 344 do CPC brasileiro.

²⁹⁹ Art. 574.º, n.º 2, do CPC português e art. 340 do CPC brasileiro.

³⁰⁰ MELLO, *Op. cit.*, p. 898-899.

que ele é provavelmente verdadeiro (a um nível que deverá ser determinado), dadas as provas disponíveis”³⁰¹.

Com efeito, tendo em vista que a prova não permite ao juiz alcançar uma certeza racional plena sobre os fatos, assim como ao juiz não é dado decidir com base em uma certeza subjetiva, é preciso estabelecer regras para se chegar a um grau de probabilidade tal que seja possível considerar uma alegação fática como provada. À medida da confirmação probatória que é necessária e suficiente para que um julgador racional considere a alegação de fato como suficiente dá-se o nome de *standard* de prova³⁰², o qual tem, em geral, três importantes funções: a) orientar os sujeitos processuais; b) servir de guia objetivo para avaliação das provas; e c) distribuir entre as partes os riscos de erro do julgamento sobre as questões de fato³⁰³.

Segundo Jordi Ferrer Beltrán, na formulação de um *standard* probatório, é preciso observar dois grupos de requisitos. O primeiro grupo se refere aos requisitos metodológicos. São, basicamente, três: a) a decisão não pode fundar-se em critérios subjetivos do julgador, mas em critérios justificadores da decisão e passíveis de controle; b) o raciocínio probatório deve ser sempre indutivo e respeitar as leis da lógica ou da ciência; c) o grau de suficiência probatória não pode ser determinado por critérios matemáticos quantitativos, mas sim por critérios qualitativos. O segundo grupo se relaciona com a fundamentação do nível de exigência probatória. Para que a decisão seja processualmente justa, eleva-se o nível de exigência probatória. Nesse caso, haverá, decerto, um efeito inverso: a possibilidade de a decisão ser injusta em relação àquele que, mesmo tendo direito, não conseguiu cumprir o grau de exigência probatória. Para que esse efeito seja reduzido, o *standard* probatório deve se relacionar com outros critérios, tais como o ônus da prova e as presunções³⁰⁴.

O *standard* de prova exigido decorre do tipo de procedimento judicial ou da relação jurídica de direito material discutida. A título de exemplo, o grau de exigência probatória para a fixação de alimentos é naturalmente menor que o exigido para a sua exoneração; e o grau de exigência para o reconhecimento da paternidade será ainda maior.

³⁰¹ BELTRÁN, Jordi Ferrer — Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O test case da responsabilidade do estado por prisão preventiva errônea. In SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro — Altos estudos sobre a prova no processo penal. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 776.

³⁰² TARUFFO, Michele — Evidence, truth and the rule of law. Revista de Processo. Vol. 39, n.º 238 (dez. 2014), p. 97.

³⁰³ PEIXOTO, Ravi — Standards probatórios no direito processual brasileiro. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021, p. 69.

³⁰⁴ BELTRÁN, *Op. cit.*, p. 779-792.

Não há, nos sistemas processuais civis brasileiro e português, regras específicas concernentes a *standards* de prova. A partir da experiência jurídica norte-americana, é possível identificar, dentre outros, quatro grandes modelos de *standards* probatórios³⁰⁵.

O primeiro é o *standard* da prova irrefutável. Sua obtenção decorre de máximas de experiência ou de exame científico, permitindo um grau de certeza quase absoluto. É o que ocorre, por exemplo, com o exame de DNA.

O segundo é o *standard* da prova além da dúvida razoável (*evidence beyond a reasonable doubt*), adotado, geralmente, nas ações que visem aplicar sanções que restringem a liberdade, como ocorre no Direito Penal. O *standard* exigido deve levar à obtenção de uma certeza tal que qualquer dúvida remanescente deve ser tão insignificante que qualquer pessoa razoável também consideraria a hipótese discutida como comprovada.

O terceiro é o *standard* da prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*). Aplicável às ações que possam gerar restrições à liberdade e propriedade, como ocorre no direito administrativo sancionador, a hipótese fática é considerada verdadeira a partir da preponderância da prova, ou seja, por haver muito mais probabilidade de a hipótese discutida ser verdadeira do que o contrário (*much more likely than not*).

O quarto é o *standard* da prova convincente ou de verossimilhança razoável (preponderância da prova, preponderância da probabilidade, balanço das probabilidades ou maior peso da prova). Aplicável, em geral, às ações que envolvam direitos disponíveis e patrimoniais, a certeza acerca da hipótese fática é considerada como verdadeira, tendo em vista um juízo de probabilidade, o qual considera haver mais probabilidade de a hipótese ser verdadeira do que o contrário (*more likely than not*). Em outras palavras, para que uma alegação de fato seja considerada verdadeira, não basta que seja mais provável que as demais alegações apresentadas, é preciso que a sua versão positiva seja mais provável que a sua versão negativa³⁰⁶.

As convenções probatórias podem, em maior ou menor grau, interferir no *standard* probatório exigido para que as alegações de fato sejam consideradas como verdadeiras pelo juiz. A convenção processual que eventualmente restrinja a produção da prova no processo ou os poderes instrutórios do juiz aumenta, naturalmente, os riscos de um julgamento desfavorável, pois, como não existe um *standard* pré-definido na lei, é o juiz que acaba definindo, implicitamente e até mesmo intuitivamente, o *standard* exigido para o caso concreto.

³⁰⁵ HÁVILA, Humberto — Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. Revista de Processo. São Paulo. Vol. 43, n.º 282 (ago. 2018), p. 117-118.

³⁰⁶ TARUFFO, *Op. cit.*, 136.

É possível pensar, porém, na definição, pelas próprias partes, do *standard* probatório, ou seja, na fixação convencional da suficiência probatória mínima para que determinada alegação de fato seja considerada verdadeira ou para permitir a concessão de uma tutela, provisória ou definitiva. A convenção sobre *standard* probatório é, essencialmente, uma convenção probatória. Por conseguinte, a ela se aplicam os mesmos requisitos de validade dos negócios processuais já examinados e os mesmos limites impostos às convenções probatórias em geral, os quais serão objeto de análise no item seguinte.

Tratando-se de direitos disponíveis, nada impede que as próprias partes definam o grau de suficiência probatória para que uma alegação de fato seja tida como verdadeira pelo juiz. A título de exemplo, médico e paciente podem convencionar que a prova de que a recuperação do paciente, em relação ao procedimento estético, demorou mais de trinta dias é suficiente para o reconhecimento, pelo juiz, do erro médico.

A ausência de *standards* de prova expressamente definidos na lei aumenta os riscos das partes no processo, pois a exigência probatória acaba sendo realizada pelo juiz e de acordo com os critérios relacionados à distribuição do ônus da prova, situação que aumenta, naturalmente, a insegurança jurídica. Nessa perspectiva, a convenção sobre *standards* de prova presta obséquio ao postulado da segurança jurídica, na medida em que confere maior previsibilidade às partes acerca da suficiência probatória exigida no processo³⁰⁷.

3.6.6. Limites à convenção probatória

Muito embora as convenções probatórias estejam fundadas na autonomia da vontade, elas devem observar certos limites que decorrem do próprio sistema processual. Em primeiro lugar, devem observar os requisitos de validade dos negócios jurídicos processuais, quais sejam: a) agente capaz; b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; c) forma prescrita ou não defesa em lei. Em segundo lugar, é preciso que o direito seja disponível.

Conforme analisado no capítulo 2, a disponibilidade ou indisponibilidade do direito material discutido em juízo não é critério determinante para a admissão ou não de convenções processuais. Há quem defenda que, ainda que se trate de direito indisponível, a convenção processual será admitida sempre que esse direito for passível de autocomposição³⁰⁸. Não

³⁰⁷ RAVI, *Op. cit.*, p. 81.

³⁰⁸ MAFFEISSONI, *Op. cit.*, p. 93; MÜLLER, *Op. cit.*, 159.

obstante, conforme analisado no supracitado capítulo, entendemos que ainda que o direito não seja passível de autocomposição, a convenção processual poderá ser admitida.

Esse raciocínio, porém, não pode ser aplicado irrestritamente às convenções probatórias, quer diante da natureza material de diversas normas concernentes à prova, quer diante da função exercida pela prova no processo: demonstrar a veracidade da alegação de fato. Se o direito discutido no processo for indisponível, a convenção probatória deverá ser admitida apenas excepcionalmente.

Tanto o ordenamento jurídico brasileiro (art. 373, § 3º, I, do CPC) quanto o ordenamento jurídico português (art. 345.º do CC) vedam a distribuição convencional do ônus da prova quando se tratar de direito indisponível. O objetivo, aparentemente, é evitar que a disposição de direitos processuais gere, ainda que indiretamente, a renúncia a direitos materiais irrenunciáveis³⁰⁹.

Nesse sentido, tratando-se de ação que tenha por objeto direito indisponível, não deve ser admitida convenção probatória que, por exemplo, limite a atividade probatória da parte ou os poderes instrutórios do juiz. Isso porque, tratando-se de direito indisponível, há, decerto, uma preponderância do interesse público na investigação dos fatos. É o que ocorre, por exemplo, na ação de investigação de paternidade, na qual as partes convencionam pela dispensa de realização de prova técnica (exame de DNA). Nesse caso, a descoberta da relação paterno-filial biológica é direito indisponível e irrenunciável, tanto para o suposto filho quanto para o suposto genitor, razão pela qual tal convenção deve ser considerada nula³¹⁰.

Ocorre que não se pode deixar de considerar a possibilidade de, mesmo nas ações que versam sobre direitos indisponíveis, as partes celebrarem convenções processuais para beneficiar o titular do direito, por exemplo, por meio de flexibilização procedimental, ampliação dos meios de prova ou mesmo distribuição diversa do ônus da prova. Nesse caso, a convenção deve ser considerada válida. É possível concluir, assim, que a indisponibilidade do direito material somente haverá de ser um óbice à convenção probatória quando esta limitar ou restringir a atividade das partes ou os poderes do juiz.

A convenção probatória também encontra limites nas regras de valoração legal da prova. Conforme já examinado, mesmo em sistemas processuais que adotam a persuasão racional (ou livre convencimento motivado) como critério preponderante de valoração da prova, é possível estabelecer meios de prova legal (ou tarifada), cujo valor é fixado pela própria lei. Isso se dá, em regra, em razão da exclusividade ou preponderância de um determinado meio de prova para

³⁰⁹ CABRAL, *Op. cit.*, p. 299.

³¹⁰ DINAMARCO, *Op. cit.*, p. 55-56.

a demonstração de certos fatos³¹¹, ou, ainda, em virtude de o meio de prova ser da própria substância do ato que se pretende provar³¹².

Nos casos de tarifação, o valor da prova é imposto ao juiz pelo legislador³¹³. Tal vinculação, aliás, não é apenas do juiz, mas também das partes. Assim, se a lei estabelece, por exemplo, que a propriedade imobiliária só se prova mediante instrumento público, não deve ser admitida convenção processual que afaste tal exigência.

Ainda nesse contexto, um importante ponto que merece reflexão diz respeito à tarifação dos meios de prova por convenção processual. Poderiam as partes estabelecer, consensualmente, critérios valorativos da prova, impondo-os ao juiz?

A valoração da prova produzida é um exercício que está ligado à atividade decisória, a qual pertence ao órgão julgador. Tal atividade é inerente à função jurisdicional e coloca o juiz e o árbitro, ao menos nesse momento do processo, em posição de assimetria em relação às partes³¹⁴. A persuasão racional, como critério de valoração da prova, possui dupla garantia: garante às partes uma decisão racional e imparcial à luz das provas produzidas no processo; e garante ao juiz independência no exercício da função.

Com efeito, a convenção probatória pode pré-estabelecer as provas que serão ou não admitidas, assim como a distribuição do ônus e a forma de sua produção. Ao juiz caberá controlar o cumprimento da convenção, admitindo ou não a prova, conforme o pactuado entre as partes. Todavia, produzidas as provas em conformidade com a convenção, sua avaliação e valoração serão realizados pelo juiz, de forma independente.

Outra limitação às convenções probatórias reside na proibição de provas ilícitas, ou seja, aquelas cuja formação ou produção viola o ordenamento jurídico. A prova ilícita, de uma forma geral, pode estar relacionada tanto à violação a uma norma legal de direito material (provas ilícitas em sentido estrito)³¹⁵ quanto à violação a uma norma legal de direito processual (provas ilegítimas)³¹⁶. Sob a perspectiva dos negócios jurídicos processuais, a ilicitude da prova

³¹¹ Nos termos do art. 443, II, do CPC brasileiro, “o juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: (...) II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados”. No mesmo sentido, dispõe o n.º 5 do art. 607.º do CPC português que “o juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto; a livre apreciação não abrange os factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, nem aqueles que só possam ser provados por documentos ou que estejam plenamente provados, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes”. Outro exemplo é a confissão judicial escrita, a qual constitui prova plena contra o confitente (art. 358.º, n.º 1, do CPC português e art. 443, II, do CPC).

³¹² Nos termos do art. 406 do CPC brasileiro, “quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta”.

³¹³ FREITAS, *Op. cit.*, p. 247-248.

³¹⁴ MITIDIERO, *Op. cit.*, p. 89.

³¹⁵ É o que ocorre, por exemplo, com a obtenção da confissão mediante coação ou a obtenção de prova mediante violação de domicílio.

³¹⁶ A título de exemplo, cite-se a inspeção judicial realizada sem a prévia intimação das partes.

também pode decorrer da violação à convenção. Nesse sentido, se as partes estabelecerem limites probatórios por convenção processual, como, por exemplo, a exclusão de determinado meio de prova, caso uma delas viole esta convenção, a prova produzida deverá ser considerada ilícita.

O tema também merece ser examinado sob um outro enfoque: possibilidade ou não de as partes, por meio de convenção processual, convencionarem no sentido da admissão, no processo, de provas obtidas ilicitamente. A validade desse tipo de convenção probatória dependerá do seu objeto.

Se a convenção versar sobre o procedimento de produção do meio de prova, o descompasso entre a convenção e a lei processual não pode gerar a ilicitude da prova. A título de exemplo, se as partes convencionam pela dispensa de apresentação de quesitos em relação à prova pericial, pactuando que apenas os quesitos do juízo serão admitidos, a prova não poderá ser considerada ilícita, pois a flexibilização de regras procedimentais está abrangida pela gama de poderes negociais das partes, como manifestação da autonomia privada.

No entanto, a convenção probatória não poderá ser admitida quando pretender legitimar atos contrários a normas de direito material. A título de exemplo, não deve ser admitida a convenção que autoriza a confissão mediante tortura ou a busca e apreensão sem prévia autorização judicial. Em tais casos, há violação a direitos fundamentais, os quais são, geralmente, inderrogáveis pela vontade das partes e irrenunciáveis.

3.6.7. A desjudicialização da produção da prova oral

Prova é todo elemento capaz de demonstrar, em tese, a verdade de uma alegação de fato. Regra geral, ela surge antes mesmo do processo ou fora dele, como ocorre, por exemplo, com a prova documental. Há, ainda, outros meios de prova que, embora não constituam provas documentais, ingressam no processo como prova documentada³¹⁷. É o que ocorre, por exemplo, com o auto de inspeção judicial, a prova pericial e a prova emprestada de uma forma geral.

As provas podem ou não ser produzidas judicialmente, sob controle e fiscalização direta do juiz. A prova documental pré-constituída, por exemplo, é produzida fora do ambiente judicial. O controle e fiscalização ocorrem apenas posteriormente. Outras provas, contudo, são

³¹⁷ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Op. cit.*, p. 358-359; DIDIER JR., BRAGA; OLIVEIRA, *Op. cit.*, 182-184.

produzidas judicialmente, ou seja, sob fiscalização direta e imediata do juiz. É o que ocorre, por exemplo, com a prova oral e com a perícia judicial.

Ainda que a prova seja daquelas cuja produção ocorre judicialmente, ela também pode ser objeto de convenção processual, como, por exemplo: a) convenção para limitar o número de testemunhas; b) convenção para exigir a obrigatoriedade de depoimento pessoal das partes; c) convenção para alterar a ordem de inquirição das testemunhas; d) convenção para dispensar assistentes técnicos; e) convenção para restringir os quesitos a serem respondidos pelo perito a apenas os formulados pelo juiz; f) convenção para escolha do perito; etc.

Em relação à prova oral, sua produção ocorre em audiência especificamente designada para esse fim³¹⁸. É preciso analisar, porém, se as próprias partes podem convencionar acerca da produção da prova oral de forma desjudicializada, ou seja, no âmbito privado e sem nenhuma ingerência por parte do juiz, ainda que durante o curso do processo.

Inicialmente, é preciso ponderar que o fenômeno da desjudicialização do processo não é algo novo. No Brasil, por exemplo, há diversos exemplos de tutelas jurídicas alcançadas sem nenhuma intervenção do Poder Judiciário. Podem ser citados os seguintes procedimentos: a) demarcação e divisão de terras na via extrajudicial (art. 571 do CPC); b) inventário extrajudicial (art. 610, § 1º, do CPC); c) divórcio e separação consensuais pela via extrajudicial (art. 733 do CPC); d) usucapião extrajudicial (art. 216-A da Lei nº 6.015/1973); e) adjudicação compulsória extrajudicial (art. 216-B da Lei nº 6.015/1973); f) procedimento de consolidação da posse e propriedade e alienação por leilão público de bem imóvel garantido por alienação fiduciária (arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/1997).

Em países como Portugal e França, a desjudicialização da execução civil já é uma realidade, sendo realizada, mediante delegação do Poder Judiciário, por agentes de execução (Portugal) e *huissier de justice* (França)³¹⁹, a quem compete promover as diligências de comunicação (citações e notificações) e atos materiais diversos, como penhora de bens³²⁰.

A produção da prova, em geral, não é um fim em si mesma³²¹. Ela possui um caráter instrumental em relação à fase decisória, pois tem por objetivo colher os elementos necessários que possam demonstrar a verdade de uma alegação de fato e, consequentemente, subsidiar o

³¹⁸ Audiência de instrução e julgamento no Brasil (art. 361 do CPC) e audiência final em Portugal (art. 500.º do CPC).

³¹⁹ PINTO, Rui — A ação executiva. Lisboa: AAFDL, 2019. p. 77.

³²⁰ Nos termos do n.º 6 do art. 720.º do CPC português, “- O agente de execução pode, sob sua responsabilidade e supervisão, promover a realização de quaisquer diligências materiais do processo executivo que não impliquem a apreensão material de bens, a venda ou o pagamento, por empregado ao seu serviço, devidamente credenciado pela entidade com competência para tal nos termos da lei”.

³²¹ Vale registrar que o CPC brasileiro, nos moldes do art. 381 a 383, é cabível ação probatória autônoma, na qual a validade ou eficácia da prova não está condicionada à propositura de uma ação principal.

julgamento do caso pelo juiz. Por se tratar de fase que interessa predominantemente às partes — já que a finalidade da prova, no processo, é influir na convicção do juiz — e que não exclui a função decisória do órgão jurisdicional, a total desjudicialização da produção dos meios de prova por convenção processual, incluindo-se a prova oral, não pode ser descartada, especialmente no atual estágio de desenvolvimento do processo civil.

A gestão privada da prova, nesse cenário, é elevada ao seu grau máximo, pois todo o procedimento de colheita e produção da prova é realizado de forma negociada e fora do ambiente judicial. Ao juiz caberá apreciar o conjunto probatório colhido extrajudicialmente pelas partes, no tempo e modo convencionados, e proferir a sua decisão, de forma fundamentada, com base em eventuais *standards* probatórios convencionados e à luz dos critérios distributivos do ônus da prova.

O sistema processual civil inglês, durante muito tempo, fortemente influenciado pelo pensamento liberal e pautado no *adversarial system*, conferiu às partes o protagonismo na condução do processo, até que, em 1998, com o advento das *CPR*, a gestão processual foi, em grande parte, redirecionada ao tribunal. Essa mudança de paradigma, contudo, não retirou, por completo, o gerenciamento, pelas partes, do material probatório, o qual tem uma função importante na fase *pretrial*: por meio de um sistema de protocolos pré-litígio, promover a troca antecipada de informações e elementos probatórios, a fim de estimular possíveis acordos ou, ao menos, permitir que o processo se desenvolva de forma mais eficiente³²².

No que concerne à prova testemunhal, o sistema processual inglês permite que a testemunha preste o seu depoimento por escrito, o qual é apresentado às demais partes, prestando, ainda, por si ou por seu representante, uma “declaração de verdade”. O depoimento por escrito dispensa a testemunha de depor oralmente na audiência de instrução, sem prejuízo de o tribunal permitir que a testemunha complemente o seu depoimento, oralmente, em juízo. Registre-se que, mesmo no caso de depoimento oral, a testemunha responderá diretamente às perguntas do advogado da outra parte (*cross-examination*), sem que haja inquirição pelo juiz, cuja função é a de assistir à apresentação das provas pelas partes³²³.

No sistema processual norte-americano, há um protagonismo ainda maior das partes na colheita das provas na fase preliminar (*pretrial*). Trata-se da *Discovery*, fase processual que tem por objetivo divulgar (*disclosure*) e descobrir (*discovery*) provas relevantes para o julgamento. Nessa fase, é dever das partes (*duty to disclose*), independentemente de requerimento, apresentar: a) o nome e qualificação de pessoa que possa fornecer informações úteis para serem

³²² ANDREWS, *Op. cit.*, p. 205.

³²³ *Idem*, *Op. cit.*, p. 273.

utilizadas como matéria de defesa, salvo em casos de impedimento comprovado; b) cópia de todos os documentos, informações armazenadas eletronicamente e coisas tangíveis que a parte tenha em sua posse, custódia ou controle e que possam ser usados para embasar sua pretensão ou defesa; c) cálculo dos danos alegados, bem como cópia dos documentos ou outro material probatório que embasaram a apuração do valor dos danos, incluindo materiais relacionados à natureza e extensão das lesões sofridas.

A fase da *discovery* compreende: a) os depoimentos, orais ou escritos (*depositions*); b) os interrogatórios escritos com, no máximo, 25 (vinte e cinco) questionamentos específicos (*interrogatories*); c) a apresentação de documentos escritos, informações armazenadas eletronicamente, coisas tangíveis e o ingresso em propriedade para inspecionar, medir, fotografar ou experimentar o terreno; d) os exames físicos e mentais das partes ou terceiros; e e) os pedidos para que a parte admita (confesse) um fato ou a autenticidade de documento (*requests for admissions*)³²⁴.

As *Rules* 30, 31 e 32 das *FRCP* (*depositions*) permitem que uma parte, independentemente de autorização do tribunal³²⁵, obtenha depoimentos, escritos ou orais, da outra parte ou de testemunhas. No caso de depoimentos orais (*Depositions by Oral Examination*), a parte enviará intimação à pessoa que deverá prestar seu depoimento, indicando a data, hora e o local do depoimento. Quanto ao local, este, geralmente, é o escritório do advogado da parte. Na notificação, a parte indicará o método de registro do depoimento, o qual pode ser gravado por sistema de áudio, audiovisual ou estenográfico, arcando a parte notificante com os respectivos custos. O depoimento é realizado sob juramento.

A parte pode optar, ainda, por intimar a outra parte ou qualquer pessoa, por meio de um oficial nomeado³²⁶, para que preste seu depoimento de forma escrita, respondendo os questionamentos formulados, independentemente de autorização judicial (*Rule 31. Depositions by Written Questions*).

No sistema processual português, o art. 517.º do CPC prevê o interrogatório extrajudicial de testemunhas por convenção das partes. Nos termos do n.º 1 do referido artigo, “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

³²⁴ CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero — Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. Revista de Processo. São Paulo. Vol. 40, n.º 245 (jul. 2015), p. 433-434.

³²⁵ A *Rule 30(a)(2)* prevê as hipóteses em que o depoimento dependerá de autorização do tribunal.

³²⁶ Nos termos da *Rule 28*, o oficial encarregado de apresentar ao depoente as perguntas formuladas pelo requerente pode ser: a) um oficial autorizado, por lei federal ou local, a administrar juramentos; b) pessoa nomeada pelo tribunal onde tramita a ação para administrar juramento ou tomar testemunho; c) pessoa nomeada pelas partes, conforme previsão contida na *Rules 28*.

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”. Realizada a diligência, a ata de inquirição de testemunha poderá ser apresentada até o encerramento da discussão em 1.^a instância, conforme estabelece o n.º 2 do mesmo artigo.

O art. 518.^o do CPC português permite, ainda, quando se verificar impossibilidade ou grave dificuldade de comparência no tribunal, convenção processual para que o depoimento da testemunha seja prestado por escrito. Interessante notar que, embora realizado por escrito, a prova mantém a sua natureza testemunhal, tanto que, em caso de falsidade do depoimento, a testemunha incorrerá nas penas cominadas para o crime de falsidade de testemunho.

Em ambos os casos, pode o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar a renovação do depoimento na sua presença ou a prestação de esclarecimentos que se revelem necessários por escrito (art. 519.^o, n.º 4, do CPC).

No Brasil, não há norma similar. Embora a regra do sistema processual civil brasileiro seja a prática de atos processuais escritos³²⁷, o CPC de 2015 prevê que a produção da prova oral deve ocorrer na audiência de instrução e julgamento (art. 361), momento em que há contato direto do depoente com o juiz.

O princípio da oralidade tem como função precípua garantir que as declarações das partes, testemunhas, peritos e demais sujeitos ocorram mediante o emprego da voz, permitindo ao juiz, portanto, colher a prova diretamente na fonte e, conseqüentemente, de forma mais natural. Somente assim poderá o juiz, nas palavras de Jeremias Bentham, “conhecer por suas próprias observações esses caracteres de verdade tão relevantes e tão naturais que se manifestam na fisionomia, no som da voz, na firmeza, na prontidão, nas emoções de medo, na simplicidade da inocência, no embaraço da má-fé”³²⁸.

Segundo Chiovenda, “em todos os casos em que se imponha avaliar a atendibilidade das declarações de qualquer pessoa, seja parte, testemunha ou perito, o certo é que o emprego da voz possibilita ao juiz apreciar melhor o depoimento. E, se a verdade dos fatos tem de resultar de um contraditório, seja de partes, testemunhas ou peritos, o confronto perde toda a eficácia no escrito que o reproduz”³²⁹.

³²⁷ Vale lembrar que há certos procedimentos específicos nos quais prepondera o princípio da oralidade, como ocorre, por exemplo, nos Juizados Especiais, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.099/1995.

³²⁸ BENTHAM, Jeremias, *Apud* CHIOVENDA, Giuseppe, *Op. cit.*, p. 58.

³²⁹ *Idem*, *Op. cit.*, p. 62-63.

O princípio da oralidade, vale dizer, não exclui a prática de atos escritos, mas apenas pretende permitir, em consonância com o princípio da imediação, o contato direto do juiz com os elementos que servirão para formar, ao final, o seu convencimento. Quando a fonte da informação é um ser humano, melhor será que ele, em contato direto com o juiz³³⁰, exponha, oralmente e de forma natural, sua relação e suas experiências com os fatos que foram levados ao conhecimento do juiz.

A oralidade não se resume, evidentemente, aos depoimentos. Tem forte aplicação nas discussões de uma forma geral, especialmente durante as audiências³³¹. A discussão oral tem o conveniente de ser mais rápida e estimulante para quem fala e mais rápida e sugestiva para quem ouve. Por outro lado, por ser mais rápida, padece da inconveniência de dificultar a ponderação e a reflexão, tanto de quem fala quanto de quem ouve³³².

A despeito da importância dada à oralidade no século XX e da tentativa de, por meio dela, permitir ao juiz aproximar-se ainda mais da realidade dos fatos e construir uma decisão justa e racional, o fato é que, ao longo dos anos, os atos processuais, incluindo-se as declarações, passaram a ser cada vez mais documentados. Segundo Flávio Luiz Yarshell, “a idealização da oralidade às vezes algo próximo da glorificação – como elemento essencial dos sistemas processuais modernos; como ferramenta a serviço do escopo social da jurisdição; e como forma de propiciar um papel ativo do juiz na direção do processo tem encontrado óbices relevantes numa realidade que, cada vez mais, aponta para a prevalência, em concreto, de um processo essencialmente escrito”³³³.

O contato direto do julgador com as provas e discussões orais somente faz sentido em um sistema baseado no princípio da identidade física do juiz, ou seja, que impõe àquele que presidiu a instrução e os debates o dever de julgar o processo. O CPC brasileiro de 1973 adotava o referido princípio, dispondo, em seu art. 132, que “o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor”.

Tal exigência não consta no atual CPC. Além disso, a prática de atos eletrônicos, inclusive audiências virtuais – cujo processo de implantação em todo o território nacional foi

³³⁰ FREITAS, *Op. cit.*, p.195.

³³¹ Em regra, as alegações finais devem ser realizadas de forma oral. Nos termos do art. 364, *caput*, do CPC brasileiro, “finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e do réu, bem como ao membro do Ministério Público, se for o caso de sua intervenção, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por 10 (dez) minutos, a critério do juiz”.

³³² VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e, *Op. cit.*, p. 637.

³³³ YARSHELL, Flávio Luiz – Qual o futuro da oralidade? In OLIVEIRA NETO, Olavo; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro — A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. 1ª edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2013, p. 236.

acelerado como necessidade para a contenção do avanço da pandemia da COVID-19³³⁴ – diminuiu o contato direto e pessoal do juiz com a produção da prova oral.

Somam-se, ainda, outros exemplos que demonstram a total ausência de contato do órgão julgador com a prova oral, tais como o reconhecimento da ata notarial como meio de prova³³⁵; a produção de prova oral por carta precatória ou carta rogatória; a produção antecipada da prova oral realizada por outro juízo³³⁶; a admissão de prova emprestada; e a ausência de imediação do órgão recursal com as provas orais produzidas na primeira instância³³⁷.

O contato direto e pessoal do juiz com a prova oral, portanto, não garante a realização de um julgamento mais justo. De igual forma, a ausência desse contato também não deslegitima a decisão judicial.

Vale observar, ainda, que o avanço da tecnologia tem permitido o registro das audiências por meio de sistema de gravação audiovisual³³⁸. Essa forma de documentar a produção da prova oral permite a preservação de certas características desse meio de prova, tais como o tom de voz do depoente, o seu semblante e as suas manifestações corporais. O processo civil moderno, portanto, assiste a um fenômeno de virtualização do princípio da oralidade.

Nesse cenário, sobretudo diante do aumento da velocidade do tráfego jurídico, da litigância de massa e, por conseguinte, da escassez de tempo dos juízes, os sistemas de justiça estão cada vez mais preocupados com a prestação de um serviço mais eficiente e desburocratizado. Nesse contexto, vem crescendo o desenvolvimento de sistemas de

³³⁴ No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça, órgão competente para o exercício do controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, editou, em 19/11/2020, a Resolução nº 354 com o objetivo de regulamentar a realização de audiências e sessões por videoconferência e telepresenciais e a comunicação de atos processuais por meio eletrônico nas unidades jurisdicionais de primeira e segunda instâncias da Justiça dos Estados, Federal, Trabalhista, Militar e Eleitoral, bem como nos Tribunais Superiores, à exceção do Supremo Tribunal Federal.

³³⁵ A lavratura de ata notarial é uma das atribuições do tabelião de notas (art. 7º, I, da Lei nº 8.935/1994). No direito brasileiro, trata-se de um meio típico de prova consistente na atestação da existência ou modo de existir de algum fato (art. 384 do CPC). É documento público dotado de fé-pública. Por conseguinte, goza de presunção relativa (*iuris tantum*) de veracidade. Trata-se de prova produzida de forma unilateral e extrajudicial, como, por exemplo, para documentar o teor de uma conversa de texto, via aplicativo de aparelho celular, fotos, textos, áudios e vídeos constantes em redes sociais etc.

³³⁶ É o que ocorre nos casos de produção antecipada da prova (art. 381 do CPC brasileiro e art. 419.º do CPC português).

³³⁷ Yarshell, *Op. cit.*, p. 240.

³³⁸ Nos termos do n.º 1 do art. 155.º do CPC português, “a audiência final de ações, incidentes e procedimentos cautelares é sempre gravada, devendo apenas ser assinalados na ata o início e o termo de cada depoimento, informação, esclarecimento, requerimento e respetiva resposta, despacho, decisão e alegações orais”. Também se exige a gravação dos depoimentos prestados antecipadamente ou por carta (art. 422.º). No Brasil, o § 5º do art. 367 do CPC dispõe que “a audiência poderá ser integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica”.

inteligência artificial que contribuem para a otimização do serviço e para uma gestão processual mais eficiente.

No Brasil, o Poder Judiciário tem desenvolvido *softwares* para as mais diversas finalidades, tais como: a) indexação automática de processos, a fim de identificar a existência de demandas repetitivas; b) realização de triagem automática de processos e processamento de julgados envolvendo a questão jurídica para a sugestão de proposta de voto; c) leitura de recursos para identificação e vinculações aos temas de repercussão geral, com o objetivo de aumentar a velocidade de tramitação³³⁹.

Nesse cenário, a desjudicialização da prova oral por meio de convenções processuais probatórias é medida que confere maior eficiência ao processo civil. O contato imediato e pessoal do juiz com a produção da prova oral vem diminuindo cada vez mais, assim como o abandono do princípio da identidade física do juiz, razão pela qual não há como negar às partes, caso haja convenção entre elas, a gestão exclusiva da prova e sua produção em ambiente diverso da sede do juízo.

Embora o CPC brasileiro não contenha previsão expressa acerca da produção da prova oral de forma extrajudicial, sua realização pode ser convencionaada entre as partes, com fundamento na cláusula geral de negociação processual prevista no art. 190, ou seja, como convenção probatória atípica. Assim, pode-se pensar, por exemplo, na convenção para que as provas orais sejam apresentadas por escrito, no prazo pactuado, mantendo-se a natureza de prova oral (depoimento pessoal ou prova testemunhal) ou mesmo a produção da prova oral exclusivamente pelas partes fora da sede do juízo e registradas em sistema de áudio ou audiovisual, com a juntada da respectiva ata e das mídias eletrônicas no prazo convencionado.

No que tange ao controle judicial da prova, em caso de produção de forma desjudicializada pelas partes, sua realização é feita em momento posterior pelo juiz, assim como ocorre com as provas documentais. Aliás, não havendo convenção em sentido contrário, caso o juiz tenha dúvida sobre algum ponto das declarações do depoente, será possível sua intimação, conforme o caso, para que esclareça a questão apontada ou, ainda, para que renove, em juízo, o seu depoimento³⁴⁰.

A gestão privada da prova oral lança, a um grau bastante elevado, a concretização da autonomia da vontade no campo processual. Garante, ainda, uma atuação mais ativa e

³³⁹ NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho — Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista de Processo*. São Paulo. Vol. 43, n. 285 (nov. 2018), p. 424

³⁴⁰ MÜLLER, *Op. cit.*, p. 234.

igualitária das partes na condução do processo e reforça o viés democrático e coparticipativo do processo civil contemporâneo.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou investigar se, no atual estágio de desenvolvimento do processo, é possível admitir a gestão privada da prova pelas partes. A pesquisa exigiu a revisão de questões que sempre foram pauta de debates intensos, tais como as influências político-ideológicas no processo civil e a divisão de tarefas entre juiz e partes, assim como temas mais contemporâneos, como as convenções probatórias e limites à atividade instrutória do juiz.

Inicialmente, pretendeu-se analisar a gestão processual na perspectiva do modelo constitucional de processo. Para tanto, debruçou-se sobre as relações entre processo e ideologia, a evolução dos sistemas processuais, a problemática envolvendo a divisão de tarefas entre juiz e partes e as experiências de alguns países acerca da gestão processual.

A passagem do modelo de Estado liberal para o modelo de Estado social promoveu importantes transformações no campo processual: sistemas processuais privatísticos deram

lugar a sistemas processuais publicísticos, nos quais o juiz assume uma função ativa na direção do processo, notadamente no campo probatório. A partir da segunda metade do século XX, o processo deixa de ser compreendido dentro de uma visão meramente publicista-instrumental e transforma-se em instrumento garantidor de direitos fundamentais.

Com efeito, a divisão de tarefas entre juiz e partes deve ser repensada. No atual estágio de desenvolvimento, o maior ou menor poder do juiz na direção do processo representa opção política, a qual não retira das partes a autonomia conferida pela Constituição para, consensualmente, e conforme os seus interesses materiais e processuais, definirem ou flexibilizarem regras processuais. Países como Brasil e Portugal, por exemplo, embora possuam um sistema processual que confere ao juiz, expressamente, o poder-dever de gestão processual, admitem a celebração de negócios jurídicos processuais, o que demonstra que, em verdade, não há um sistema puramente adversarial ou puramente inquisitorial.

O atual modelo constitucional de processo é cooperativo. Um modelo de equilíbrio que confere poderes de direção do processo ao juiz, sem, contudo, retirar das partes a ampla e efetiva participação na gestão processual. Dizendo por outras palavras, no modelo cooperativo, a gestão processual é coparticipativa e dialógica.

Nas últimas décadas, diversos sistemas processuais passaram a conferir maior poder de gestão processual às partes, inclusive para adaptar o procedimento às especificidades da causa. Não se trata de retorno ao privatismo processual, apenas a compreensão de que o sistema processual, ainda que tenha um viés predominantemente publicístico, deve respeitar a autonomia privada como direito fundamental que concretiza – ou instrumentaliza – o princípio da liberdade.

Os negócios jurídicos processuais são convenções celebradas pelas partes objetivando criar, modificar ou extinguir uma situação jurídica, podendo versar sobre poderes, deveres, faculdades e ônus processuais, permitindo não apenas a flexibilização do conteúdo e forma dos atos processuais, como também a criação de regras procedimentais próprias.

Países como França e Inglaterra permitem convenções processuais. O CPC português de 2013 estabelece uma série de negócios jurídicos processuais típicos. O CPC brasileiro, por sua vez, além de prever negócios jurídicos típicos, foi além, para instituir uma cláusula geral de negociação processual (art. 190), ou seja, para, expressamente, permitir a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos.

As convenções processuais devem ser compreendidas à luz da teoria geral dos negócios jurídicos. Há um espelhamento, no direito processual, do instituto previsto no direito material. Por conseguinte, devem ser observados os mesmos pressupostos de validade: a)

agente capaz; b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; c) forma livre, salvo quando a lei estabelecer de forma diversa.

Em relação à capacidade do agente, esta abrange não apenas os absolutamente capazes, mas também entes despersonalizados com capacidade judiciária. Além disso, a depender da situação processual, será exigida capacidade postulatória. É preciso, ainda, que a declaração do agente seja livre, sob pena de ferir a própria autonomia. Com efeito, se o negócio jurídico for de adesão e a cláusula for abusiva, forçoso será reconhecer a sua ineficácia.

Quanto ao objeto, ele pode ser definido pelo legislador, prévia e abstratamente, ou pelas partes. Nos negócios processuais típicos, o objeto é definido pela lei. Já nos negócios processuais atípicos, a definição é feita pelas partes. Ademais, o objeto deve ser determinado ou determinável, tanto no aspecto quantitativo quanto no aspecto qualitativo. Em outras palavras, objeto determinado é objeto não genérico.

No que tange à forma, o sistema processual estabelece, com regra, a liberdade das formas dos atos processuais (art. 188 do CPC brasileiro e art. 131.º, n. 1, do CPC português). Viu-se que, muito embora os negócios processuais observem a forma escrita, também é possível a celebração de negócio verbal, como ocorre, por exemplo, com as convenções processuais celebradas oralmente durante uma audiência, sessão de julgamento ou inspeção judicial, hipótese em que deverá ser reduzida a termo.

A presente pesquisa identificou, ainda, interessante discussão sobre a relação entre o negócio jurídico processual e o objeto litigioso do processo. Uma análise mais apressada da questão pode dar a falsa sensação de que somente será admitida convenção processual quando o direito discutido no processo for disponível. Ocorre que a indisponibilidade no campo material não gera, necessariamente, a indisponibilidade no campo processual quanto ao conteúdo e forma dos atos processuais.

De uma forma geral, a doutrina defende que deve ser admitida a celebração de convenção processual também nas hipóteses em que o direito litigioso for indisponível, mas transigível. Contudo, viu-se que, ainda que o direito litigioso não admita autocomposição, nada impede que as partes celebrem convenções processuais.

Assim como ocorre no campo do direito material, os negócios jurídicos processuais também recebem da doutrina uma importante classificação, destacando-se as seguintes: a) negócios jurídicos processuais unilaterais, bilaterais e plurilaterais; b) negócios jurídicos processuais dispositivos e negócios jurídicos processuais obrigacionais; c) negócios jurídicos processuais prévios e negócios jurídicos processuais incidentais; d) negócios jurídicos

processuais gratuitos e negócios jurídicos processuais onerosos; e e) negócios jurídicos processuais típicos e negócios jurídicos processuais atípicos.

Para os fins desta investigação, o exame acerca dos negócios jurídicos processuais típicos e atípicos mostrou-se de grande relevância, pois somente a partir de suas premissas é que se pode avançar para o estudo das convenções probatórias. Constatou-se que embora tanto no Brasil quanto em Portugal os negócios jurídicos processuais típicos já fossem uma realidade, o CPC brasileiro de 2015 promoveu um grande avanço, ao estabelecer uma cláusula geral de negociação processual (art. 190), de modo a admitir, expressamente, a celebração de convenções processuais atípicas.

Tendo em vista o modelo constitucional de processo adotado nesses dois países e a preocupação desses sistemas com a autonomia privada, concluiu-se que o fato de um determinado sistema processual, como o português, não possuir uma cláusula geral de negociação processual não impede a celebração de convenções processuais atípicas.

Os negócios jurídicos processuais, sejam típicos ou atípicos, vinculam os sujeitos que dele participam, e o juiz. A produção dos efeitos da convenção não depende de prévia homologação judicial, salvo nos casos expressamente previstos em lei. Quanto à vinculação do juiz, o fundamento reside no dever jurídico de não intervenção do Estado na autonomia privada. Todavia, a convenção processual não está imune ao controle judicial de legalidade, cabendo ao órgão judicial, por exemplo, examinar o preenchimento dos pressupostos de validade.

Discute-se, ainda, se o juiz pode ser parte no negócio jurídico processual. Um dos fundamentos que buscam negar a inserção do juiz como parte conveniente é o fato de que ele não poderia ser, a um só tempo, sujeito do negócio e órgão de controle e fiscalização. Concluiu-se, contudo, que não há tal incompatibilidade, pois o controle e a fiscalização decorrem do poder estatal conferido ao órgão judicial, que o coloca, na relação negocial, em grau de superioridade, assimetria encontrada, por exemplo, nos contratos administrativos.

Acerca das convenções probatórias, a presente pesquisa buscou analisar, inicialmente, os aspectos gerais acerca do direito probatório, tais como a relação entre prova e verdade; a prova como direito fundamental; conceito, finalidade e valoração da prova; distinção entre direito probatório material e direito probatório processual; e ônus da prova.

Prova é o elemento capaz de demonstrar a veracidade de uma alegação de fato. Não há, propriamente, uma prova do fato, e muito menos verdades absolutas. As razões da decisão fundam-se em elementos de convicção suficientes acerca das proposições apresentadas pelas partes. Assim, a decisão de mérito considerará as alegações tidas por provadas no processo, ainda que não seja possível assegurar, de forma absoluta, que os fatos estão provados.

No processo, a prova funciona como meio de influir eficazmente na convicção do juiz, razão pela qual negar tal direito à parte é negar-lhe acesso à justiça e ao devido processo legal. É exatamente por isso que tem se defendido a existência de um direito fundamental à prova. Nessa perspectiva, o ordenamento jurídico deve possuir um sistema racional de valoração da prova.

Embora os sistemas da prova legal (ou tarifada) e da livre (ou íntima) convicção tenham sido adotados em determinados momentos da história, boa parte dos ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro e o português, adotam, hoje, o sistema da persuasão racional (convencimento racional ou livre convencimento motivado). Por meio dele, o juiz aprecia, de forma independente, a prova, sem que tenha que observar uma escala de hierarquização previamente definida pelo legislador. Nesse sistema, cabe ao juiz, ao julgar o caso concreto, justificar, de forma racional e contextualizada, a sua decisão com base nos elementos probatórios constantes nos autos. Evita-se, com isso, uma postura solipsista do juiz.

Ao analisar o acervo probatório, deverá o juiz considerar a distribuição do ônus da prova, ou seja, se a parte a quem incumbia o ônus produziu provas suficientes para que suas alegações de fato sejam consideradas verdadeiras. Nesse contexto, viu-se que o ônus da prova deve ser compreendido sob dupla dimensão. A primeira é a dimensão subjetiva, que funciona como uma regra de procedimento, pois as partes, desde o início do processo, já sabem quais fatos devem ser provados por cada um. A segunda é a dimensão objetiva, que funciona como regra de julgamento, pois se projeta para o juiz, o qual, ao decidir, considerará a suficiência ou insuficiência da prova produzida por cada uma das partes, à luz do ônus que lhes incumbia. Tal dimensão tem por escopo evitar o *non liquet*.

O sistema probatório é, decerto, compatível com os negócios jurídicos processuais. Muito embora haja na doutrina autores, como Chiovenda, que rechaçam qualquer possibilidade de convenções processuais em matéria probatória, ou, como Goldschmidt, que só as admitem nas hipóteses em que as partes estabelecem determinados meios de prova como necessários para a demonstração de certos fatos, tais convenções já são uma realidade nos sistemas processuais hodiernos.

O grande desafio, contudo, diz respeito às convenções probatórias atípicas, ou seja, aquelas não previstas expressamente na lei e que, portanto, o objeto é determinado exclusivamente pela vontade das partes. Em tais casos haverá, naturalmente, limitação à atividade instrutória do juiz.

Com efeito, verificou-se que a limitação dos poderes do juiz é um efeito natural de qualquer convenção processual, típica ou atípica. Decorre da prevalência da máxima *in dubio*

pro libertate e do caráter subsidiário da norma legal em face da norma criada pelas partes. Ademais, a limitação aos poderes instrutórios do juiz também se harmoniza com a nova roupagem da jurisdição, a qual sofre substanciais impactos das convenções celebradas entre os particulares, quer através da instituição de um órgão jurisdicional não estatal (árbitro), quer através da flexibilização do processo judicial por negócio processual.

Não se pode negar que os limites estabelecidos por uma convenção probatória geram, em maior ou menor grau, um limite à atividade decisória. Tal limite é inerente ao sistema. Aliás, a própria lei, em alguns casos, limita o campo de exercício da cognição judicial. Todavia, dentro do campo delineado pelas próprias partes e, eventualmente, do *standard* de prova convencionalmente criado, o juiz terá liberdade para apreciar as provas produzidas e, por conseguinte, formar o seu convencimento, atentando-se para as regras de distribuição do ônus da prova.

Importante destacar, ainda, que, muito embora as partes tenham autonomia para celebrar convenções probatórias, devem observar certos limites. Em primeiro lugar, deve-se observar os pressupostos de validade de qualquer negócio jurídico processual (agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma livre, salvo disposição legal em sentido contrário). Em segundo lugar, quando o direito discutido no processo for indisponível, há uma preponderância do interesse público, razão pela qual não será admitida a convenção quando esta limitar ou restringir a atividade das partes ou os poderes do juiz. Em terceiro lugar, a convenção probatória encontra limites nas hipóteses de tarifação legal da prova, pois, em tais casos, o legislador vincula o juiz e as partes ao valor dado à determinadas provas. Em quarto lugar, as convenções probatórias encontram limites na proibição de utilização de provas ilícitas.

Por fim, e a partir das questões investigadas, debruçou-se sobre as convenções probatórias relacionadas à prova oral. Inicialmente, verificou-se que a desjudicialização do processo é um fenômeno presente tanto no Brasil quanto em Portugal e que a gestão privada da prova oral é uma realidade, por exemplo, no direito inglês, no direito norte-americano e no próprio direito português.

Especificamente em Portugal, o CPC de 2013 permite, expressamente, o interrogatório extrajudicial de testemunhas por convenção das partes, a ser realizado no domicílio dos mandatários de qualquer das partes (art. 517.º), bem como que o depoimento da testemunha seja prestado por escrito (art. 519.º).

Com efeito, é preciso atribuir ao princípio da oralidade e ao princípio da imediação um novo significado, a fim de que sejam considerados os novos desafios e a nova realidade do Poder Judiciário. Em primeiro lugar, em diversos casos, o juiz responsável pelo julgamento da

causa – em primeiro ou em segundo grau de jurisdição – não tem contato direto e pessoal com a prova oral. Em segundo lugar, o avanço da tecnologia tem permitido o registro das audiências por meio de sistema de gravação audiovisual. Em terceiro lugar, tem crescido a busca por tecnologias de inteligência artificial, a fim de conferir maior eficiência na prestação da atividade jurisdicional.

Concluiu-se, assim, que, ainda que o sistema processual brasileiro não preveja regra específica sobre a produção da prova oral de forma desjudicializada, ou seja, fora da sede do juízo, o atual estágio de desenvolvimento do processo é absolutamente compatível com esse tipo de convenção probatória, o qual, além de lançar, a um grau bastante elevado, a concretização da autonomia da vontade no campo processual, garante uma atuação mais ativa e igualitária das partes na condução do processo e reforça o viés democrático e coparticipativo do processo civil contemporâneo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende — **A Contratualização do Processo: das convenções processuais no processo civil**. São Paulo: LTr, 2015. ISBN 978-85-361-3171-9.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende — *Case Management* Inglês: um sistema maduro?. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Vol. VII, nº 7 (2011), p. 287-235. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21127> [Consult. 04 marc. 2022].

ALVES, Tatiana Machado — **Gerenciamento processual no novo CPC: mecanismos para gestão cooperativa da instrução**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. ISBN 978-85-442-2864-7.

ALVIM, Arruda — **Manual de direito processual civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes**. 18ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. ISBN 978-85-5321-315-3

ANDRADE, Manuel A. Domingues de — **Noções Elementares de Processo Civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1976.

- ANDREWS, Neil — **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra** (trad. do Inglês). 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. ISBN 978-85-203-4339-5
- ANDREWS, Neil — Identifying fundamental principles of civil justice. **Revista de Processo**. Vol. 34, n.º 178, p. 107-121 (dez. 2009). ISSN 0100-1981.
- AROCA, Juan Montero — Sobre el Mito Autoritario de la “Buena Fé Procesal”. **Revista Boliviana de Derecho**. Santa Cruz. n.º 2 (2006), p. 87-133. ISSN 2070-8157.
- BARBI, Celso Agrícola — **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. I, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- BARROSO, Luís Roberto — Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. V. 240 (2005). Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618> [Consult. 02-03-2022].
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos — **Direito e processo**. 6ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011. ISBN 978-85-7420-958-6.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos — **Poderes instrutórios do Juiz**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2004.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer — **Prova e verdade no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7431-3.
- BERIZONCE, Roberto Omar — Ideologías y proceso. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 11, v. 18, n.º 2 (Mai. – Ago. 2017), p. 470-515. ISSN 1982-7636.
- BONAVIDES, Paulo — **Do estado liberal ao estado social**. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. ISBN 85-392-0082-1
- CABRAL, Antonio do Passo — **Convenções processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. ISBN 978-85-442-0770-3.
- CABRAL, Antonio do Passo — Convenções sobre os custos da litigância (II): introdução ao seguro e ao financiamento processuais. **Revista de Processo**. São Paulo. Vol. 43, n.º 277 (mar. 2018), p. 47-78.

- CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique — **Negócios processuais**. Vol. 1. Tomo 2. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. ISBN 978-85-442-3052-7
- CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique — **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015. ISBN 978-85-442-0395-8.
- CADIET, Loïc — **Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 85-2037-300-3
- CADIET, Loïc — Les conventions relatives au procès en droit français Sur la contractualisation du règlement des litiges. **Revista de Processo**. Vol. 33, n.º 160 (jun. 2008), p. 61-82. ISSN 0100-1981
- CALAMANDREI, Piero — **Instituições de direito processual civil**. Volume I. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2003. ISBN 857468195-4.
- CÂMARA, Helder Moroni — **Negócios jurídicos processuais: condições, elementos e limites**. São Paulo: Almedina, 2018. ISBN 978-85-8493-276-4
- CAMBI, Eduardo — O direito à prova no processo civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Vol. 34, 2000, p. 143-159.
- CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero — Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. **Revista de Processo**. São Paulo. Vol. 40, n.º 245 (jul. 2015), p. 425-444.
- CAMPOS, Diogo Leite de — A arbitragem voluntária nas relações tributárias: o modelo português. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 50. Ano 13 (jul-set. 2016), p. 467-473.
- CARNACCHIONI, Daniel — **Manual de Direito Civil: volume único**. 5ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. ISBN 978-65-5680-716-4.
- CARNELUTTI, Francesco — **Sistema de direito processual civil: introdução e função do processo civil**. Vol. I. 1ª edição (trad. do italiano). São Paulo: Classic Book, 2000. ISBN 85-87657-058-4.
- CARNELUTTI, Francesco — **Sistema de direito processual civil: composição do processo**. Vo. II. 1ª edição (trad. do italiano). São Paulo: Classic Book, 2000. ISBN 85-87657-06-2.

- CARNELUTTI, Francesco — **Instituciones del proceso civil**. Vol. I. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 1997. ISBN 950-826-022-X.
- CAPPELLETTI, Mauro — **La testimonianza della parte nel sistema dell’Oralità: contributo all’analisi della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile**. Parte prima. Milano: Drotto. A. Giuffrè Editore, 1962.
- CHIOVENDA, Giuseppe — **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2000. ISBN 85-7468-066-4
- CHIOVENDA, Giuseppe — **Instituições de direito processual civil**. Vol. II. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2000. ISBN 85-7468-067-2.
- CORDEIRO, António Menezes — **Tratado da Arbitragem: Comentários à Lei 63/2011 de 14 de Dezembro**. Coimbra: Almedina. 2015.
- COUTURE, Eduardo J — **Fundamentos del derecho procesal civil**. Primeira Edición. Caracas: Editorial Atenea, 2007.
- DIDIER JR., Fredie — **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil: parte geral e processo de conhecimento**. 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. ISBN 978-85-442-0353-8
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria — **Curso de direito processual civil: tutela da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. Vol. 2. 10ª edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. ISBN 978-85-442-0351-4.
- DIDIER JR., Fredie — Cláusulas gerais processuais. **Revistas Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Vol. 8, n.º 44 (set./out. 2011), p. 31-41. ISSN 1807-0930
- DIDIER JR., Fredie — Produção antecipada da prova. **Revistas Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Vol. 11, n.º 65 (mar./abr, 2015), p. 5-17.
- DINAMARCO, Cândido Rangel — **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. 4ª edição, revista, atualizada e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004. ISBN 85-7420-556-7.
- DINAMARCO, Cândido Rangel — **Instituições de direito processual civil**. Vol. III. 4ª edição, revista, atualizada e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004. ISBN 85-7420-657-1.

- DOMINGOS, Bernardo — Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o n.º 4/2021, de 17 de setembro de 2021 [Consult. 08 de julho de 2022]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3549606c7c9b6ffa80258626002e5a90?OpenDocument>.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia — Controle de constitucionalidade na Europa. **Revista de Direito Público**. Nº 84, ano XX (out. / dez. 1987).
- FARIA, Guilherme Henrique Lage — **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. 2ª ed. rev., atual e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. ISBN 978-85-442-3019-0.
- FARIA, Paulo Ramos — **Regime processual civil experimental comentado**. Coimbra: Almedina. 2010. ISBN 978-972-40-4111-7.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson — **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 14ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. ISBN 978-85-442-0733-8.
- FERREIRA, Pinto — Os princípios dispositivo e da livre investigação no direito processual. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. Rio de Janeiro. Ano IX, nº 8 (1995), p. 192-203.
- FREITAS, José Lebre de — **Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código**. 4ª edição. Coimbra: Gestlegal, 2017. ISBN 978-989-99824-1-3.
- FREITAS, José Lebre de — Gestão processual, princípio da cooperação e garantias das partes. In PIMENTA, Paulo – **II Colóquio de processo civil de Santo Tirso**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 77-87. ISBN: 978-972-40-6739-1.
- FREITAS, José Lebre de — Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem. **Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço**. Volume II, Coimbra: Almedina, 2002.
- FREITAS, José Lebre de — **A ação declarativa comum**. 4ª edição. Coimbra: Gestlegal, 2017. ISBN 978-989-99824-2-0
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de — **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4ª edição, revista, atualizada e reformada. Rio de Janeiro: Forense, 2021. ISBN 978-68-596-4022-5.

- GENSLER, Steven S. — **Judicial case management: caught in the crossfire**. Disponível em: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/steven_s._gensler_caught_in_the_crossfire.pdf. [Consult. em 18-03-2022].
- GODINHO, Robson Renault — A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, nº 56, (abr./jun. 2015), p.191-199.
- GOLDSCHMIDT, James — **Direito processual civil**. Tomo I. 1ª edição. Campinas: Bookseller, 2003. ISBN 85-7468199-7 GOMES, Orlando. **Contratos**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 1981.
- GRECO, Leonardo — **Instituições de processo civil**. Vol. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GRECO, Leonardo — Privatismo e publicismo no processo civil. **Revista de Processo Civil**. São Paulo: RT, vol. 33, n. 164 (out. 2008), p. 29-56.
- GOUVEIA, Mariana França — Os poderes do juiz cível na acção declarativa em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. **Julgar**. Nº 1. 2007.
- HÁVILA, Humberto — **Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória**. Revista de Processo. São Paulo. Vol. 43, n.º 282, p. 113-139 (ago. 2018).
- HESSE, Konrad — **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2009. ISBN 978-85-020-8147-5.
- HIRSCH, Alan; SCHWARZER, William W. — **The elements of case management: a pocket guide for judges**. Thrid edition. Washington: FJC (jun. 2017). Disponível em: <https://www.fjc.gov/content/323373/elements-case-management-third-edition>. [Consult. em 12-03-2022].
- HOBBS, Thomas — **Leviatã**. 4ª edição. [sl]. Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2009.
- JOLOWICZ, J. A. — A reforma do processo civil inglês: uma derrogação ao “adversary system”. **Revista de Processo**. São Paulo. Volume 19, n.º 75, (jul. set/1994), p. 64-75.
- JOLOWICZ, J. A. — Adversarial and inquisitorial models of civil procedure. **Internacional & Comparative Law Quarterly**. Volume 53. Parte 2 (april 2003), p. 286-288. ISSN 0020-5893.

- JUNOY, Joan Picó i — **O Juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secuncum allegata et probata, non secundum conscientizam* e sua repercussão atual.** 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. ISBN 978-85-69538-80-6.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes — **Direito das obrigações: introdução da constituição das obrigações.** Vol. I. 9ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- LIEBMAN, Enrico Tullio — **Manual de direito processual civil.** Vol. I. Tocantins: Intelectus. 2003.
- LIEBMAN, Enrico Tullio — **Manual de direito processual civil.** Vol. II. Tocantins: Intelectus. 2003.
- LOPES JR, Jaylton Jackson de Freitas — **Manual de processo civil.** 2ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2022. ISBN 978-85-442-3570-6.
- OLIVEIRA NETO, Olavo; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro — **A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes.** 1ª edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.
- LUIZ, Fernando Vieira — **Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Fernando Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. ISBN: 978-85-7348-829-6
- MAFFESONI, Behlúa — **Convenções Processuais Probatórias e Poderes Instrutórios do Juiz.** Salvador: Editora JusPodivm, 2021. ISBN 978-65-5680-180-3.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel — **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil.** Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. ISBN 978-85-203-5956-3
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO — **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum.** Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. ISBN 978-85-203-5957-0.
- MARQUES, José Frederico — **Instituições de direito processual civil.** Vol. I. 1ª edição. Campinas: Millennium Editora, 2000. ISBN 85-86833-09-6
- MARQUES, José Frederico — **Instituições de direito processual civil.** Vol. II. 1ª edição. Campinas: Millennium Editora, 2000. ISBN 85-86833-10-x.

- MARQUES, José Frederico — **Instituições de direito processual civil**. Vol. III. 1ª edição. Campinas: Millennium, 1999. 85-86833-11-8.
- MEIRELLES, Hely Lopes — **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. ISBN:978-85-7420-792-6
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de — **Curso de Direito Administrativo**. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. ISBN: 978-85-392-0040-5
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978-85-472-0367-2.
- MENDONÇA, Luís Correia de — Juízes gestores. **O Direito**. Coimbra. Ano 151.º (2019), IV, p. 731-769.
- MENDONÇA, Luís Correia de — Vírus autoritário e processo civil. **Revista julgar**. Nº 1 (2007), p. 67-98
- MESQUITA, Miguel — **Código de processo civil**. 37ª edição. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN: 978-972-40-7477-1.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de — **Comentários ao código de processo civil**. Tomo III. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de — **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2000
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de — **Tratado de Direito Privado**. Tomo II. Campinas: Bookseller, 2000.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de — **Tratado de Direito Privado**. Tomo III. Campinas: Bookseller, 2000.
- MITIDIERO, Daniel — A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. **Revista de processo comparado**. São Paulo. Vol. 1, n.º 2 (jul. dez. 2015).
- MITIDIERO, Daniel — **Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2ª edição. São Paulo: RT, 2011.
- MITIDIERO, Daniel — **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. ISBN 978-85-5321-612-3.

- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de — **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes. 2000. ISBN 85-336-0553-6.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa — Duelo e processo. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro. Vol. 49, n.º 24 (set. 2003), p. 41-56.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa — O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1989. ISBN 8502005251.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa — Convenções das partes sobre matéria processual. **Temas de Direito Processual: terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa — **Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo**. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa — Neoprivatismo no processo civil. In: **Temas de Direito Processual**. 9. Série. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MÜLLER, Julio Guilherme — **Negócios jurídicos processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção — **Código de Processo Civil Comentado**. 6ª edição, rev. e atual. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. ISBN 978-65-5680-320-3.
- NUNES, Dierle — Reformas processuais: estatismo ou privatismo? Por um modelo participativo. **Revista brasileira de direito processual-RBDPro**. Belo Horizonte. Ano 24, n.º 90 (abr. jun. 2015), p. 145-152.
- NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho — Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. **Revista de Processo**. São Paulo. Vo. 43, n. 285 (nov. 2018), p. 421-447.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de — O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista da Ajuris**, v. 33, nº 104, (dez. 2006), p. 55-77.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de — **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; COSTA-NETO, João — **Direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. ISBN 978-65-5964-444-5.

- PASSOS, J. J. Calmon de — **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. ISBN: 8530909186
- PEIXOTO, Ravi — **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. São Paulo: Editora JusPodvim, 2021. ISBN 978-65-5680-216-9.
- PIMENTA, Paulo — **Processo civil declarativo**. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5726-2.
- PINTO, Rui — **A ação executiva**. Lisboa: AAFDL, 2019.
- PRATA, Ana — **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina. 2017. ISBN 978-972-40-6184-9.
- RAATZ, Igor — **Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodvim, 2019. ISBN 978-85-442-3060-2.
- RADBRUCH, Gustav — **Filosofia do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1997. ISBN 978-972-62-8010-1
- RANGEL, Rui Manuel de Freitas — **O ónus da prova no processo civil**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-2928-X.
- RÁO, Vicente — **Ato jurídico**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 153-154. ISBN 9788520314890.
- RAVAGNANI, Giovanni — **Provas Negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. ISBN 978-65-5065-363-7.
- RODRIGUES, Silvio — **Direito civil: parte geral**. 32ª edição, atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN 85-02-03506-1.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques — **O contrato social**. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro — **Altos estudos sobre a prova no processo penal**. Salvador: JusPodvim, 2020.
- SANTOS, Moacyr Amaral — **Comentário ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça — **Preclusão processual civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2006. ISBN 85-224-4434-X.

- SILVA, Paula Costa e — **Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. ISBN 972-32-1162-9.
- SILVA, Paula Costa e — Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. Ano 48, n.º 190 (abr. jun. 2011).
- STRECK, Lenio Luiz — **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. ISBN 9788537505618
- TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues — **Curso avançado de processo civil**. Vol. 1. 16ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.
- TARUFFO, Michele — **A prova** (trad. do Italiano). 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. ISBN 978-85-66722-14-7
- TARUFFO, Michele — Evidence, truth and the rule of law. **Revista de Processo**. Vol. 39, n.º 238 (dez. 2014), p. 87-98.
- TARUFFO, Michele — Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. **Revista de Processo-REPRO**. Vol. 110 (abr. 2003), p. 141-158.
- TARUFFO, Michele — **Cultura y proceso en páginas sobre la justicia civil**. Madri: Marcial Pons, 2009. ISBN 978-84-9768-685-3
- TARUFFO, Michele — Verdade negociada?. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Vol. XIII XIII (jan. – jun. 2014), p. 638-639. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/828> [Consult. em 10-07-2022].
- TELLES, Inocência Galvão — **Manual dos contratos em geral**. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora. 1965.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto — **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. 60ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 978-85-309-8350-5.
- TUCCI, José Cruz e — Espírito do processo civil moderno na obra de Rudolf Von Ihering. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**. 1992 [Consult. 02 mar. 2022]. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67165>

- VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e — **Manual de processo civil.** 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- WALD, Arnaldo — **Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos.** 13ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998. ISBN 85-203-1596-8
- WAMBIER, Luiz Rodrigues — **Curso Avançado de Processo Civil.** 16ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. Vol. 1. ISBN: 978-85-2036-698-1.
- XAVIER, Rita Lobo; FOLHADELA, Inês; CASTRO, Gonçalo Andrade e — **Elementos de direito processual civil: teoria geral, princípios e pressupostos.** 2ª edição. Porto: Universidade Católica Editora, 2018. ISBN 978-989-8835-50-5.
- ZUCKERMAN, Adrian — **Civil procedure: principles of practice.** Second edition. London: Sweet & Maxwell, 2006.