

**GIOVANI DOS SANTOS RAVAGNANI**

**CONVENÇÕES PROCESSUAIS EM MATÉRIA PROBATÓRIA  
NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Paulo Henrique dos Santos Lucon

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo – SP**

**2019**



**GIOVANI DOS SANTOS RAVAGNANI**

**CONVENÇÕES PROCESSUAIS EM MATÉRIA  
PROBATÓRIA NO PROCESSO CIVIL**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração de Direito Processual, sob a orientação do Professor Associado Paulo Henrique dos Santos Lucon.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo – SP**

**2019**



Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ravagnani, Giovani dos Santos

Convenções processuais em matéria probatória no Processo Civil.

Giovani dos Santos Ravagnani; orientador Paulo Henrique dos Santos  
Lucon – São Paulo, 2019. G. S. Ravagnani, 2019.

283p, 30cm.

Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2019.

Orientador: Prof. Paulo Henrique dos Santos Lucon.

Notas de rodapé.

Inclui bibliografia.

1. Direito Processual. 2. Direito Processual Civil. 3. Autonomia da vontade  
das partes. 4. Flexibilidade procedimental. 5. Convenções processuais.

Para a banca examinadora:

---

---

---



Quando estiver em dúvida sobre o que fazer com um homem e sua liberdade, apele para o adágio universal: *in dubiis libertas*. Na dúvida, a liberdade (Flávio Morgenstern).





Para João, Irene, Jorge e Ada.



## AGRADECIMENTOS

Antes de qualquer coisa, gostaria de agradecer aqueles que sentiram com minha ausência durante o período de gestação do presente trabalho. Para Marina, aos meus familiares queridos, meus amigos do peito, meus companheiros de longa data, deixo aqui o meu sincero agradecimento e o meu mais sincero pedido de desculpas. Me desculpem por não ter estado tão presente nos últimos tempos. Ainda que a vida acadêmica seja uma jornada solitária, estar com Vocês em pensamento fez desse caminho uma tarefa menos árdua. Que eu possa compensar minha momentânea ausência em um futuro próximo.

Professor Paulo Henrique dos Santos Lucon, meu preclaro orientador, obrigado por ter acreditado em mim e por me ter recebido de portas abertas em sua vida. Obrigado por ter sido o mestre que eu precisei ao desbravar a vida acadêmica nas Arcadas. Que seja apenas o começo de nossa parceria – pessoal, profissional e acadêmica – e que possamos, em conjunto, trilhar inúmeros outros capítulos de nossas vidas. Que seja a vontade de Deus!

Marina, obrigado pelo amor, paciência, compreensão e parceria. A vida seria impossível de ser vivida sem que Você estivesse ao meu lado.

Mãe e Pai, espero que entendam as escolhas que fiz na minha vida e que entendam a minha ausência como parte do ônus do caminho que estou trilhando. A vida acadêmica vale a pena. Que a minha formação possa representar a herança que Vocês sempre sonharam em deixar. Tudo que faço é por Vocês (e por Você também, Gabi!). *Que a família comece e termine sabendo onde vai.*

Ronaldo Vasconcelos e João Paulo Hecker da Silva, agradeço a Deus pela nossa amizade. Obrigado pelas lições e ensinamentos que Vocês têm me dado ao longo dos últimos anos. Saibam que Vocês são mais do que meus professores acadêmicos, mas são professores da vida. Que consigamos desfrutar bons momentos juntos.

Um agradecimento especial aos amigos que me auxiliaram nas intermináveis leituras e revisões da dissertação, bem como nas discussões e divagações sobre as conclusões apresentadas aqui: Igor Bimkowski Rossoni, Francisco de Mesquita Laux, Thiago Fernandes Chebatt, Daniel Pinheiro Longa, Matheus Carneiro Lima, Evair Aparecido Paulino, Gustavo Fávero Vaughn, Felipe Rodrigues, Ana Carolina Beneti, Rafael Bartharsar, João Marcos Luciano Terra, Manoela Alice Pires, Gabriela Ferreira, Diego de Lima Gualda, Lucas Cazarim e Eduardo Pereira Rodrigues.

Agradeço aos amigos da 99, que suportaram meu péssimo humor e os almoços chatérrimos em que tivemos conversas monotemáticas sobre o mestrado e minha dissertação: Karen Simon, Fernanda Dipp, Matheus Cangussu, Anna Carolina, Mariana Vendramini, Ana Guerrini, Paulo Dallari e Miguel Jacob.

Por estarem do meu lado do começo ao fim, compartilhando minhas aflições diárias desde a inscrição no mestrado até o depósito desta dissertação (e com certeza até a realização da banca!), devo agradecer com ênfase aos meus amigos e irmãos: Frederico Sabbag Andrade Grilo, Daniel Battaglia de Nuevo Campos, Thiago Fernandes Chebatt, Júlio Malafaia, Fernando Del Picchia Maluf, Guilherme Geraldi, Bruno Haack-Vilar, Rômulo Mariani e José Augusto Machado. Obrigado por tudo, mesmo.

Pela amizade que nasceu em meio a essa jornada, com evidente e incondicional apoio ao meu mestrado, agradeço aos meus também amigos e companheiros de depósito, pela força transmitida: Pedro Jesus, Danyelle Galvão, Cássio Drummond Mendes de Almeida, Nathália Cassola Zugaibe, Rafael Rodrigues, Lucas Buril de Macêdo, Marceley Ferreira Rodrigues. Um viva aos sobreviventes da vida acadêmica!

## RESUMO

RAVAGNANI, Giovani dos Santos Ravagnani. Convenções processuais em matéria probatória no Processo Civil, 283 páginas. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

O objetivo do presente trabalho é analisar as convenções processuais em matéria probatória no direito processual civil brasileiro, demonstrando seu cabimento e sua compatibilidade com o sistema brasileiro, uma vez que alinhada aos escopos da jurisdição e ao modelo cooperativo de processo. Superada a questão do cabimento, o presente trabalho se prestará à análise das características e idiossincrasias de tal instituto, propondo o conceito de convenção processual probatória. As convenções probatórias serão analisadas, de forma metodológica, em duas espécies, quais sejam típicas e atípicas, à luz do princípio dispositivo e dos poderes instrutórios do juiz. Por fim, o ensaio em questão também se prestará a demonstrar quais são os limites para as convenções processuais sobre provas.

Palavras-chave: Provas – Convenções Processuais – Princípio da Cooperação – Autorregramento da Vontade – Princípio Dispositivo – Poderes Instrutórios do Juiz – Convenções Processuais sobre prova.

## **ABSTRACT**

RAVAGNANI, Giovanni dos Santos Ravagnani. Procedural Agreements on Evidence in Civil Procedure, 283 pages. Master's Degree - Law School of the University of São Paulo, São Paulo, 2019.

The purpose of this paper is to analyze the procedural agreement on evidentiary matters in Brazilian civil procedural law, demonstrating their appropriateness and their compatibility with the Brazilian system, since it is aligned with the jurisdictional scopes and the cooperative process model. Once the issue of compliance has been overcome, the present work will be devoted to the analysis of the characteristics and idiosyncrasies of such an institute, proposing the concept of procedural evidence agreement. Evidences agreements will be analyzed, in a metodological way, in two species, both typical and atypical, in the light of the instructive powers of the judge. Finally, this paper will also demonstrate the limits to the procedural agreements on evidence.

Key words: Evidence - Procedural Agreements - Cooperation - Self-Willingness - Judicial Instructional Powers - Procedural Agreements on Evidence.





## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	6
<b>PRIMEIRA PARTE: CONVENÇÕES PROCESSUAIS NO PROCESSO CIVIL .....</b>	<b>15</b>
1. Cooperação processual e autorregramento da vontade no Código de Processo Civil de 1973 e no Código de Processo Civil de 2015: por um processo menos autoritário.....	15
2. Teoria do fato jurídico processual: noções gerais sobre o negócio jurídico processual.....	28
3. Flexibilidade procedimental, a influência do direito material e as convenções processuais.....	37
4. Cláusula geral de negociação: o artigo 190 do CPC 2015.....	45
5. O que os negócios processuais podem aprender com a arbitragem?.....	52
<b>SEGUNDA PARTE: NOÇÕES SOBRE PROVA, ÔNUS E CONVICÇÃO NO PROCESSO CIVIL .60</b>	<b>60</b>
1. Noções gerais sobre prova.....	60
2. Modelos de processo sob o prisma da prova.....	61
3. Direito à prova e seu caráter autônomo. ....	66
4. Noções acerca do ônus da prova.....	70
5. Partes, juiz e ônus da prova: convicção íntima do juiz; <i>standards</i> de prova e livre convencimento motivado.....	74
6. Verdades no processo civil: verdade negociada? .....	79
<b>TERCEIRA PARTE: CONVENÇÃO PROCESSUAL EM MATÉRIA PROBATÓRIA. ....</b>	<b>86</b>
1. O que são as convenções processuais em matéria probatória? .....	87
2. Convenções probatórias típicas.....	92
2.1. Convenção sobre o ônus da prova (parágrafos 3º e 4º do artigo 373 do CPC/15). 92	
2.2. Saneamento consensual (artigo 357, §2º, do CPC/15). ....	95
2.3. Acordo para retirar dos autos o documento cuja falsidade foi arguida (artigo 432, parágrafo único, do CPC/15). ....	98

2.4. Substituição da perícia por prova técnica simplificada (artigo 464, §2º, do CPC/15).....	99
2.5. Escolha consensual de perito (artigo 471 do CPC/15). .....	101
3. Convenções probatórias atípicas.....	105
3.1. Limitação consensual das provas que serão produzidas ao longo do processo e renúncia conjunta de meio de prova. ....	105
3.2. Quando as partes desejam realizar uma prova e o Juiz entende ser ela desnecessária. ....	113
3.3. Alteração do momento de produção e realização de provas.....	114
3.4. Flexibilização consensual da perícia.....	115
3.4.1. Substituição da perícia por laudo das partes.....	116
3.4.2. Dispensa consensual de assistentes técnicos.....	117
3.4.3. Escolha procedimental do <i>hot-tubbing</i> pericial. ....	117
3.4.4. Admissão da possibilidade de <i>third party funding</i> da prova pericial. ....	119
3.4.5. Escolha pela utilização de prova estatística. ....	121
3.4.6. Demais formas de flexibilização da perícia.....	122
3.5. Opção pelos <i>dispute boards</i> : um negócio jurídico processual probatório? ....	124
3.6. Negócio jurídico sobre prova oral e os procedimentos da audiência de instrução e julgamento. ....	127
3.6.1. Vedação conjunta ao depoimento pessoal de uma ou mais partes ou da oitiva de uma testemunha em específico.....	127
3.6.2. Desjudicialização da prova oral por vontade das partes. ....	128
3.6.3. Realização de acareação de testemunhas por vontade das partes. ....	132
3.6.4. Acordo para alterar o limite legal de testemunhas. ....	132
3.6.5. Acordo para ouvir testemunhas anônimas. ....	134
3.6.6. Escolha por utilização de prova ou audiência por vídeo conferência.....	134
3.6.7. Estabelecimento das regras para a preparação de testemunhas. ....	136
3.6.8. Admissão consensual de ampla flexibilidade na oitiva das testemunhas. ..	137

<b>3.7. Negócios jurídicos probatórios sobre prova documental.</b> .....	138
<b>3.7.1. Criação de procedimento específico para preservar o sigilo de documento.</b> 138	
<b>3.7.2. Declaração consensual de veracidade de documentos.</b> .....	139
<b>3.7.3. Utilização da <i>discovery</i> no processo civil brasileiro por vontade das partes.</b> 142	
<b>3.7.4. Responsabilidade pela guarda e gestão de documentos.</b> .....	146
<b>3.7.5. Acordos sobre exibição de documentos.</b> .....	147
<b>3.7.6. Acordo para que o lastro em <i>blockchain</i> seja requisito de validade para a utilização das provas documentais eletrônicas.</b> .....	148
<b>3.8. Convenções sobre ações probatórias autônomas e condicionamento do ajuizamento de ação principal à conclusão de ação probatória prévia.</b> .....	149
<b>3.9. Acordo sobre empréstimo de prova.</b> .....	151
<b>3.10. Utilização da <i>IBA Rules on the taking of evidence</i> no processo civil estatal brasileiro por opção das partes.</b> .....	153
<b>3.11. Ampliação consensual dos poderes instrutórios do Juiz na condução probatória do processo em detrimento do direito à prova das partes: a aplicação estatal das Regras de Praga.</b> .....	155
<b>3.12. Convenção processual sobre inspeção judicial.</b> .....	156
<b>3.13. Convenção sobre o ônus financeiro da prova.</b> .....	156
<b>3.14. Escolha pela criação de hierarquia entre provas e/ou utilização de prova tarifada.</b> .....	158
<b>3.15. Cláusula que estabelece que a ausência de impugnação às alegações fáticas não ensejará presunção de veracidade ou autenticidade.</b> .....	159
<b>3.16. Permissão de livre valoração de todos os meios de prova quando a lei expressamente preveja só um modo de comprovação do fato.</b> .....	160
<b>3.17. Negócio jurídico processual que admite a prova ilícita.</b> .....	160
<b>3.19.1 Acordo para a admissão de carta psicografada como prova.</b> .....	161

3.19.2	Convenção para utilização civil de escuta/interceptação telefônica criminal.	162
3.18.	Aceitação consensual de determinada prova como elemento autorizador da tutela da evidência.....	163
3.19.	A cláusula estatutária que define a participação de um notário em todas as deliberações assembleares de uma sociedade anônima. ....	166
3.20.	Negócios processuais sobre a prova escrita que fundamenta a ação monitória.	166
3.21.	Negócio jurídico probatório na cláusula de <i>hardship</i> . ....	167
3.22.	Negócios jurídicos probatórios na locação: revisional de aluguel e ação renovatória.....	169
3.23.	Convenções probatórias no contrato de empreitada. ....	171
4.	Descumprimento da convenção probatória por uma das partes. ....	172
QUARTA PARTE: CONTROLE E LIMITES ÀS CONVENÇÕES PROCESSUAIS SOBRE PROVA.		
.....		176
1.	Existência, validade e eficácia.....	176
2.	Limites das convenções probatórias. ....	177
2.1.	Direitos que admitam autocomposição. ....	179
2.2.	Capacidade das partes.....	181
2.3.	Objeto lícito, possível, determinado ou determinável; que tratem sobre ônus, faculdades, poderes e deveres processuais.....	182
2.4.	Forma prescrita ou não defesa em lei. ....	185
2.5.	Vulnerabilidade das partes e inserção em contratos de adesão.....	186
2.6.	Momento da celebração da convenção probatória. ....	186
2.7.	Paralelo sobre os limites das convenções processuais probatórias e os limites da convenção de arbitragem. ....	187
3.	Vinculação do Juiz às convenções probatórias e seus poderes instrutórios: uma análise à luz do princípio dispositivo.....	189
4.	Para quem se destinam as provas? .....	201

<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>204</b>
<b>ANEXO - I.....</b>	<b>206</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>209</b>

## INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

O presente estudo tem como objeto central as convenções processuais em matéria probatória no direito processual civil<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> O tema da dissertação de mestrado em questão é resultado (i) das disciplinas cursadas como aluno ouvinte, aluno especial e aluno efetivo no programa de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; (ii) das incontáveis conversas mantidas com meu orientador e com alguns amigos processualistas que conheci durante minha jornadas acadêmica; e (iii) das experiências profissionais vividas como advogado de contencioso cível e arbitragem em grandes bancas na cidade de São Paulo. Alguns dos artigos que me conduziram ao tema da dissertação foram publicados em diversas obras e revistas acadêmicas e serão mencionados aqui para referência. Tais artigos traduzem a evolução do objeto de estudo e da vertente acadêmica do autor: RAVAGNANI, Giovani dos Santos. Negócios Jurídicos Processuais: uma nova perspectiva. In: ABDO, Helena Najjar; FELITTE, Beatriz Valente; BRAGA, Carlos David Albuquerque. (Org.). Contencioso Empresarial na Vigência do Novo Código de Processo Civil. 1ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, v. 1, p. 169-190; RAVAGNANI, Giovani dos Santos, VAUGHN, Gustavo Fávero, BRASIL, Renato Caldeira Grava. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do Juiz. Revista dos Tribunais | vol. 989/2018 | p. 377 - 404 | Mar / 2018 | DTR2018\10317; RAVAGNANI, Giovani. Regras da IBA sobre ‘taking of evidence’: compatibilidade com as normas processuais brasileiras. Revista de Processo | vol. 283/2018 | p. 565 - 606 | Set / 2018; RAVAGNANI, Giovani dos Santos. Automação da advocacia, gestão de contencioso de massa e a atuação estratégica do grande litigante. Revista de Processo, v. 265, p. 219-256, 2017; RAVAGNANI, Giovani dos Santos; VICTORIO, Wilson Rodrigues. Nulidade de Cláusula de Testamento que Obriga os Sucessores a se Valerem de Juízo Arbitral. Revista Nacional De Direito de Família e Sucessões, v. 8, p. 166-171, 2015; RAVAGNANI, Giovani dos Santos; CHEBATT, Thiago Fernandes. Considerações sobre a prova testemunhal no novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre; Didier Jr, Fredie; de Macêdo, Lucas Buriel; e PEIXOTO, Ravi. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - v.3 - Processo de conhecimento – Provas. Juspodivm Salvador, 2015; e RAVAGNANI, Giovani; CARDOSO, Igor Guillen. Análise Comparada entre a Ação Monitoria no Código de Processo Civil de 1973 e no Novo Código de Processo Civil. In: Alexandre Freire; Fredie Didier Jr; Lucas Buriel Macedo; Ravi Peixoto. (Org.). Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - v.4 - Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório. 1ªed.Salvador: Juspodivm, 2015, v. 4, p. 571-588; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovani dos Santos; RODRIGUES, Felipe Roberto; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; FERREIRA, William Santos. Migalhas de peso: A Defesa na Produção Antecipada de Provas – Uma leitura constitucional do artigo 382, § 4º, do novo CPC. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16.MI245536.41046-A+Defesa+na+Producao+Antecipada+de+Provas+Uma+leitura+constitucional>, acesso em 31 de dezembro de 2018, às 19h28min; RAVAGNANI, Giovani dos Santos Ravagnani. A lei mineira de arbitragem como declaração de vontade do poder público em indicar o método adequado de resolução de conflitos em um contrato, o qual foi pré-aprovado para publicação na Revista dos Tribunais nº 1001 (março/2019); e RAVAGNANI, Giovani dos Santos. A causa como elemento essencial do negócio jurídico. Trabalho de conclusão de curso, como requisito para a obtenção do título de bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2010.

<sup>2</sup> “O negócio jurídico é uma criação do povo. Ele é, antes de mais nada, um fato social. Não é o direito posto, o direito formalmente constituído pelo Estado legislador, que cria o negócio jurídico. Não é ele, também, uma construção teórica, doutrinária, realizada, através de progressiva abstração, por grandes juristas; o máximo que se pode dizer é que, em determinado momento histórico, alguns estudiosos tomaram consciência de sua existência e, a partir daí, - isto é, de duzentos anos pra cá, começaram a teorizar sobre ele.”. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação de declaração negocial. 1986.Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, pp. 3-4. Disponível em: <http://bdpi.usp.br/single.php?id=000734188>, acesso em 28 de dezembro de 2018, às 15h45min. Mais: “O negócio jurídico processual é uma grande promessa, tem gerado uma quantidade grande de papéis, alguns imprestáveis, bons livros, boas ideias, mas certamente nada disso vai passar para o mundo dos vivos, porque os advogados certamente não vão utilizar o negócio jurídico processual para coisa nenhuma, a não ser para aquele “rame-rame”, que é o de sempre e os advogados estão acostumados, porque afinal de contas o negócio jurídico processual, que não depende de homologação, vai vincular o juiz e o juiz não gosta de ser vinculado”. CARMONA, Carlos Alberto. Palestra sobre negócios jurídicos processuais na arbitragem, organizada pela CBar e pelo Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, ocorrida no dia 2 de julho de

Ainda que presentes nas discussões doutrinárias nacionais desde os anos 80<sup>3</sup>, foi apenas no Código de Processo Civil de 2015 que a figura dos negócios processuais foi expressamente reconhecida por lei, permitindo-se que as partes pudessem modular o procedimento, convencionando sobre seus ônus, poderes, deveres e faculdades processuais<sup>4</sup>.

Para além do artigo 190, o Código de Processo Civil de 2015 também privilegiou os princípios do autorregramento da vontade das partes<sup>5</sup> e da cooperação processual<sup>6</sup>. Nesse sentido, o tema objeto dessa dissertação de mestrado será analisado sob a perspectiva

---

2016. Degravação disponível em <http://www.ciesp.com.br/wp-content/uploads/2017/06/eletronicanegocios-juridicos-processuais-na-arbitragem.pdf>. Acesso em 25 de dezembro de 2018, às 07h19min.

<sup>3</sup> Barbosa Moreira defendia a existência das convenções das partes em matéria processual desde o início dos anos 80. Por sua vez, Roque Komatsu, em texto publicado no ano de 1991, afirmava que tais acordo não seriam possíveis no ordenamento jurídico: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *Revista de Processo* | vol. 33/1984 | p. 182 - 191 | Jan - Mar / 1984 *Doutrinas Essenciais de Processo Civil* | vol. 3 | p. 151 - 163 | Out / 2011 | DTR\1984\9; e KOMATSU, Roque. Da invalidade no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, pp. 140-141.

<sup>4</sup> “Acordo de alterações de procedimento. Acrescentado pelo substitutivo da Câmara ao projeto original do Senado, o propósito do dispositivo, segundo o RSCD (pp. 229-230), dentro do escopo maior do CPC de promover a solução mais rápida e satisfatória dos litígios, é de abrir espaço à participação das partes na construção do procedimento, tornando-o mais democrático, mas ao mesmo tempo evita que tais pactos funcionem como instrumento de opressão, pois não admite que essa possibilidade de ‘negociação’ de direitos ocorra quando haja qualquer desigualdade entre as partes ou a lide diga respeito a direitos que não admitam autocomposição. (...) Arbitragem: Os termos nos quais são permitidos o acordo de procedimento e a estipulação de um calendário processual são muito assemelhados ao que já é previsto para a arbitragem, com a diferença de que não se pode fazer com que o juiz de direito julgue por equidade fora das hipóteses legalmente permitidas. V. LArb 2º.” JUNIOR, Nelson Nery. *Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC – Lei 13.105/2015*. Editora RT, São Paulo, página 201. “Os arts. 190 e 191 do NCPC tratam do negócio jurídico processual. Há, na nova codificação processual civil, firme propósito de realçar esta possibilidade de pacto jurídico tendo por objeto temas atinentes ao processamento da causa. A autorregulação entre as partes mediante celebração de negócios jurídicos processuais acerca de aspectos procedimentais da ação judicial que porventura mantenham entre si vê-se prestigiada nestes arts. 190 e 191 em exame.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil, Artigo por artigo*. 1ª edição. São Paulo: FT, 2015, p. 351. Sobre o texto legal: Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. 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.

<sup>5</sup> “A liberdade é um dos principais e mais antigos direitos fundamentais (art. 5º, caput, CF/1988). (...) O novo CPC consagra, no particular, um sistema coerente e que reforça a existência de um princípio comum a diversas outras normas: o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. (...) O sistema do direito processual civil brasileiro é, enfim, estruturado no sentido de estimular a autocomposição. Não por acaso, no rol das normas fundamentais do processo civil, estão os §§2º e 3º do art. 3º do CPC.” (DIDIER JR, Fredie. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 57, p. 167-172, jul./set. 2015. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/98637>, acesso em 31 de dezembro de 2018, às 18h25min). A corroborar com a ideia de Didier está o artigo 200 do Código de Processo Civil de 2015: “os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.”

<sup>6</sup> Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

cultural-ideológica<sup>7</sup> em que conflitam publicismo e o privatismo processual<sup>8</sup>. Outrossim, o será analisado o grau de influência que o Poder Estatal exerce sobre as partes no âmbito do processo<sup>9</sup>.

Referido tema será abordado à luz de uma análise estrutural dos fatos jurídicos processuais<sup>10</sup> (existência, validade e eficácia), revisitando e reanalisando algumas das principais premissas e conceitos referentes à ordem probatória.

---

<sup>7</sup> Aqui talvez seja interessante colocar algumas ideias do antigo CPC e que naturalmente demonstrarão a evolução proporcionada pelo Código de Processo Civil de 2015. Uma ideia interessante nesse contexto: Direito é cultura, e ela é marcada pela alteração de valores preponderantes que são objetivados num dado momento histórico. É mediante a cultura que se dá a efetivação de valores até então tidos como ideais, o que se reflete no direito. Talvez isso esteja diretamente ligado às inovações do Código de Processo Civil de 2015 tratadas no trabalho. LACERDA, Galeno. Processo e cultura. Revista de Direito Processual Civil, São Paulo, v. 3, p. 74-86, jan./jun. 1961.

<sup>8</sup> Cabral refere-se às convenções processuais como uma “terceira via”, incorporando a flexibilização formal e adaptações dialogais ao procedimento no seio da própria justiça estatal.” Confirma-se o seguinte trecho de sua obra: “Nossa intenção não é ‘privatizar’ o processo ou eliminar o Estado da relação jurídica processual, o que sequer seria possível. O objetivo aqui é revitalizar o ‘contrato’, o ‘acordo’, como opções de configuração normativa para o direito processual, de maneira que o processo judicial volte a ser um instrumento atrativo e eficiente de solução de controvérsias em inúmeros casos em que os litigantes talvez não quisessem optar pelo procedimento padronizado, ordinarizado, rígido, e tampouco fosse possível ou adequada a arbitragem” CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, JusPodivm, 2018, p. 224; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. Leituras complementares de processo civil. 7ª Ed.. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 197-198; e CAMBI, Eduardo. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da lei 11.690/2008. Revista de Processo | vol. 167/2009 | p. 25 - 51 | Jan / 2009 | DTR\2009\125. Mais: GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. Revista de Processo | vol. 164/2008 | p. 29 - 56 | Out / 2008 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 1 | p. 1221 - 1254 | Out / 2011 | DTR\2008\642; CORREA, Rafael Motta e. Poderes instrutórios do juiz e as novas diretivas da norma processual. Revista de Processo | vol. 194/2011 | p. 323 - 350 | Abr / 2011 | DTR\2011\1343; TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos Negócios Jurídicos Processuais no Novo Código de Processo Civil: Aspectos teóricos e práticos. Revista de Processo | vol. 254/2016 | p. 91 - 109 | Abr / 2016 | DTR\2016\19687; GUERRERO, Luis Fernando. Arbitragem e jurisdição: premissa à homologação de sentença arbitral estrangeira. Revista de Processo | vol. 159/2008 | p. 9 - 34 | Maio / 2008 | DTR\2008\310.

<sup>9</sup> Esse objetivo impõe -se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes. Aceitas essas premissas axiológicas, cumpre afastar a incapacidade para o diálogo estimulada pela atual conformação do processo judicial brasileiro, assentado em outros valores. OLIVERA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Revista Processo e Constituição, Porto Alegre, v. 1, p. 89-121, 2004. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf), acesso em 26.11.2018, às 21h10min. Mais: “Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito. MITIDIERO, Daniel Francisco.” O processualismo e a formação do Código Buzaid. Revista de Processo | vol. 183/2010 | p. 165 - 194 | Maio / 2010 | DTR\2010\331.

<sup>10</sup> DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 59-60; BRAGA, Paula Sarno. *Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual*: plano de existência. Revista de processo, ano 32, n. 148, jun./2007, p. 312; e CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira. (Org.). *Negócios processuais*. 3ªed.Salvador: JusPodivm, 2017, p. 39-74.



Pretende-se ainda, ao longo do presente trabalho, sob um enfoque pragmático, estudar as implicações oriundas das convenções processuais em matéria probatória<sup>11</sup>, seus reflexos diante da nova sistemática e dos novos valores impostos pelo Código de Processo Civil de 2015 e, além de tudo, suas limitações e os seus mecanismos de controle, se confrontados com poderes instrutórios do Juiz<sup>12</sup>.

Ao fim, o presente ensaio proporá modelos e espécies de negócios jurídicos processuais em matéria probatória a serem utilizados no mundo processual civil brasileiro.

Pois bem. O Código de Processo Civil de 2015<sup>13</sup> recolocou o assunto das convenções processuais no mapa<sup>14</sup>. Tal assunto, atrelado à gritante necessidade e à campanha de que o direito material deve ser sempre atendido<sup>15</sup>, que o direito processual é

---

<sup>11</sup> TARUFFO, Michele. Verdade negociada? Revista Eletrônica de Direito Processual, volume nº 13, 2014. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11928>, acesso em 31 de dezembro de 2018, às 18h53min; SILVA, Beclate Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. IN CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) Negócios Processuais. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 383-406, p. 401; 403.

<sup>12</sup> o autorregramento do processo pelas partes é, de fato, uma maneira de limitar os poderes instrutórios do juiz. Mas isso não significa algo negativo, tampouco que a maior participação dos litigantes torna o processo uma coisa das partes, na visão do modelo privatista. O pacto de procedimento, em geral, incluindo aqueles que versem sobre meios de prova, apenas coloca a lógica consensual no âmbito do Poder Judiciário, modificando a forma de relacionamento entre as partes e o juiz. Essa modificação se dá a partir do afastamento da perspectiva vertical (impositiva) em detrimento da horizontal (colaborativa), e, com isso, prestigia os poderes das partes, que atualmente podem acordar sobre situações procedimentais, em concreto, num determinado processo. VAUGHN, Gustavo Fávero, BRASIL, Renato Caldeira Grava. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do Juiz. Revista dos Tribunais | vol. 989/2018 | p. 377 - 404 | Mar / 2018 | DTR\2018\10317; e A valoração das provas, no Estado Democrático de Direito, é fruto da persuasão racional do magistrado. Assim, a decisão judicial não deve decorrer da aplicação irrefletida dos fatos às normas. Deve-se refletir os esforços produzidos pelas partes para convencer o julgador (razão dialética processual). Os argumentos, trazidos pelas partes e valorados pelo juiz, tornam-se a expressão pública da reflexão. CAMBI, Eduardo. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da lei 11.690/2008. Revista de Processo | vol. 167/2009 | p. 25 - 51 | Jan / 2009 | DTR\2009\125.

<sup>13</sup> “A possibilidade de convenção das partes em matéria processual não é algo propriamente novo no sistema.”. YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?. in CABRAL, Antônio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coordenadores), Negócios jurídicos processuais, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 63. Incontáveis artigos e trabalhos foram publicados sobre o assunto nos últimos dez anos. Apenas no Departamento de Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, conseguimos as seguintes excelentes obras: CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, JusPodivm, 2018; COSTA, Marília Siqueira da. Convenções processuais sobre intervenção de terceiros. 1ª edição, Salvador, Juspodivm, 2018; BERTÃO, Rafael Calheiros. Limites às convenções processuais. 2018. 283p. Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018; e FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. O juiz e a contratualização dos litígios. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

<sup>14</sup> RAVAGNANI, Giovanni dos Santos. Negócios Jurídicos Processuais: uma nova perspectiva. In: ABDON, Helena Najjar; FELITTE, Beatriz Valente; BRAGA, Carlos David Albuquerque. (Org.). Contencioso Empresarial na Vigência do Novo Código de Processo Civil. 1ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, v. 1, p. 169-190.

<sup>15</sup> “Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução

um escravo da necessidade de resolução dos conflitos<sup>16</sup>, mostra-se como mais uma ferramenta importante que as partes têm na defesa e no regramento de seus direitos e pretensões, seja perante o Poder Judiciário ou seja em qualquer outro palco. Trata-se de mais uma porta que se abre no sistema multiportas de resolução de conflitos<sup>17</sup>.

O direito processual não está totalmente fora do direito substancial<sup>18</sup>, porque em toda a ordenação vital está prevista a hipótese de não ser cumprido o ordenamento posto. Sem otimismo exagerado, embora se admita que em vários casos as próprias partes cumpram o que combinaram, ou reparem os problemas que causaram, é preciso prever que em muitos outros tal não sucederá, muitas vezes o Poder Estatal e suas instituições precisam interceder para pacificar o conflito e preservar o Estado Democrático de Direito<sup>19</sup>.

---

dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente da realização do direito material. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. Revista de Processo | vol. 105/2002 | p. 181 - 190 | Jan - Mar / 2002 | DTR\2002\77.

<sup>16</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 74.

<sup>17</sup> “A possibilidade genérica de celebração de convenções processuais representa o terceiro modelo, da flexibilização legal voluntária - que antes se verificava, por exemplo, na arbitragem -, e o quarto, segundo os autores, é o da flexibilização judicial do procedimento, que, da mesma forma que ocorria no Código de Processo Civil revogado, não está positivado, sendo norma implícita que se extrairia da análise sistêmica do Código” FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. O juiz e a contratualização dos litígios. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 108. No mesmo sentido, sobre o sistema multiportas: “A liberdade de contratar indica a possibilidade de celebrar ou não um negócio jurídico, e, no caso dos MASCs [Método Adequado de Solução de Controvérsia], a ei permite que as partes deles se valham para solucionar seus conflitos”. GUERRERO, Luis Fernando. Efetividade das estipulações voltadas à instituição dos meios multiportas de solução de litígios. Orientador: Prof. Associado Carlos Alberto de Salles. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2012, p. 45. GUERRERO, Luis Fernando. Os Métodos de Solução de Conflitos e o Processo Civil. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1. 176p.; FALECK, Diego; ALVES, Rafael Francisco. Concordar em discordar: por quê, o quê e como negociar o procedimento arbitral. Revista de Direito Empresarial | vol. 1/2014 | p. 249 | Jan / 2014 | DTR\2014\586; FALECK, Diego; SALLES, Carlos Alberto de. Desenho de sistemas de disputas: criação de arranjos procedimentais consensuais adequados e contextualizados para gerenciamento e resolução de controvérsias. 2017. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017; e FALECK, Diego. Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Editora Lumen Juris(www.lumenjuris.com.br). Edição do Kindle.

<sup>18</sup> “Será que o direito à tutela jurisdicional é apenas o direito ao procedimento legalmente instituído, não importando a sua capacidade de atender de maneira idônea o direito material? Ora, não tem cabimento entender que há direito fundamental à tutela jurisdicional, mas que esse direito pode ter a sua efetividade comprometida se a técnica processual houver sido instituída de modo incapaz de atender ao direito material. Imaginar que o direito à tutela jurisdicional é o direito de ir a juízo através do procedimento legalmente fixado, pouco importando a sua idoneidade para a efetiva tutela dos direitos, seria inverter a lógica da relação entre o direito material e o direito processual. Se o direito de ir a juízo restar na dependência da técnica processual expressamente presente na lei, o processo é que dará os contornos do direito material. Mas, deve ocorrer exatamente o contrário, uma vez que o primeiro serve para cumprir os desígnios do segundo. Isso significa que a ausência de técnica processual adequada para certo caso conflitivo concreto representa hipótese de omissão que atenta contra o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.” MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2004.

<sup>19</sup> SILVA, Clóvis V. do Couto E. Direito Material e Processual em tema de prova. Revista de Processo | vol. 13/1979 | p. 135 - 146 | Jan - Mar / 1979. Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 35 - 50 | Out / 2011 | DTR\1979\8.

Fazer do procedimento<sup>20</sup> uma arma para melhor adequação do conflito às especificidades do direito material apenas contribui para a consolidação da democracia e do devido processo legal (ou devido processo convencional?<sup>21</sup>) e para que, ao final da disputa, as partes satisfaçam suas pretensões. Também para que os escopos jurisdicionais do processo sejam atingidos<sup>22</sup>. As convenções processuais são o caminho para que se possa ter um processo *tailor made* para as necessidades de cada conflito<sup>23</sup>.

A chamada guinada privatista do processo aponta para um novo racional e para uma nova forma de interagir com os entes públicos. O objetivo do presente trabalho é analisar os avanços e retrocessos de tal ferramenta (as convenções processuais) no mundo do direito probatório.

Para abordar os assuntos acima pontuados, o trabalho será desenvolvido em quatro capítulos: (i) convenções processuais no processo civil; (ii) noções gerais sobre prova, ônus e convicção no processo civil; (iii) convenções processuais em matéria probatória; e (iv) controle e limites às convenções processuais sobre prova.

---

<sup>20</sup> “A tutela jurisdicional normalmente através do procedimento comum (sumário ou ordinário), onde o grau de cognição exercido pelo juiz é amplo, tanto em extensão quanto em profundidade, admitindo, portanto, grande amplitude de debates e de produção de provas. (...) A tutela diferenciada, no entanto, distancia-se desse tradicional modelo, para que, em virtude das características especiais do direito material a ser aplicado, possa ser mais eficaz do que a tutela comum, ou seja, na tutela diferenciada busca-se especial proteção do direito material a ser aplicado, adotando-se, em termos procedimentais ou de limitação de cognição, uma relação mais adequada entre direito e processo.”: PROENÇA, José Marcelo Martins; BONIZZI, Marcelo José Magalhães . Proposta de uma nova tutela jurisdicional diferenciada: o processo societário brasileiro. In: Flávio Luiz Yarshell; Guilherme Setoguti J. Pereira. (Org.). Processo societário. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, v. 1, p. 437-446.

<sup>21</sup> Ainda que não concordemos plenamente com a expressão em questão – uma vez que se a própria previsão dos negócios jurídicos processuais decorre de lei (190 do Código de Processo Civil de 2015), o cumprimento das convenções processuais também será o cumprimento do devido processo legal – faz-se importante destacar algumas citações sobre o conceito, ao tratar das convenções internacionais celebradas pelas no mundo diplomático: “o Poder Judiciário, em sua atuação no processo, não está imune à obrigatoriedade de desobediência às normas convencionais”. FONSÊCA, Vitor. Revista de Processo | vol. 194/2011 | p. 35 - 54 | Abr / 2011 | Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos | vol. 6 | p. 495 - 516 | Ago / 2011 | DTR\2011\1336; e SILVA, Ticiano Alves. O devido processo convencional: levando a sério os direitos humanos processuais. Revista de Processo | vol. 259/2016 | p. 55 - 78 | Set / 2016 | DTR\2016\22768.

<sup>22</sup> “Há de se reconhecer, assim, que o principal escopo da jurisdição é o de promover a justa tutela dos direitos dos jurisdicionados, o que empresta também ao processo um caráter fortemente privado”. PANTOJA, Fernanda Medina. Convenções pré-processuais para a concepção de procedimentos preliminares extrajudiciais. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157.

<sup>23</sup> “A flexibilidade da arbitragem permite que as partes criem o procedimento arbitral “sob medida” para as necessidades da disputa que se busca resolver (na expressão inglesa comumente utilizada, um procedimento *tailor made*.”. FALECK, Diego; ALVES, Rafael Francisco. Concordar em discordar: por quê, o quê e como negociar o procedimento arbitral. Revista de Direito Empresarial | vol. 1/2014 | p. 249 | Jan / 2014 | DTR\2014\586.

A primeira parte será dedicada ao estudo estrutural da teoria geral dos fatos jurídicos processuais, sob a perspectiva dos três grandes planos: existência, validade e eficácia. Nesse capítulo, as espécies de fatos jurídicos processuais serão abordadas, uma a uma, de forma a delimitar e justificar o objeto de estudo da dissertação, qual seja, as convenções processuais em matéria probatória. Em linhas gerais, também serão apresentadas as características e elementos gerais das convenções processuais.

A segunda parte do trabalho focará em analisar as noções sobre prova e convicção no processo civil, abordando os modelos de processo<sup>24</sup> sob os prismas da prova; quanto aos sujeitos ou fontes; quanto ao objeto; e quanto ao momento de produção. Abordaremos também o direito à prova como um direito autônomo<sup>25</sup> e as discussões gerais sobre o conceito de verdade<sup>26</sup> no processo civil. Além disso, a segunda parte do trabalho fixará as premissas referentes ao ônus da prova no processo civil, passando pelas noções de ônus<sup>27</sup>, valoração<sup>28</sup>, admissão e produção de prova. Neste tópico, também se analisará o ônus da prova sob a ótica dos *standards* probatórios do Juiz<sup>29</sup> e das teorias de distribuição dinâmica do ônus da prova.

---

<sup>24</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. in Temas de direito processual – nona série, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 40.

<sup>25</sup> Sobre o assunto, a obra clássica: YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 60, 68-69. “Ademais: o direito à prova constitui um prolongamento dos direitos de ação e defesa, constituindo a forma na qual estes se transmudam após posta em movimento a engrenagem processual.” SANTOS, Silas Silva; COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. Considerações críticas acerca do valor do depoimento do agente policial no Processo Penal. Revista dos Tribunais | vol. 901/2010 | p. 449 - 485 | Nov / 2010 | Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 3 | p. 1343 - 1382 | Jun / 2012 | DTR\2010\888.

<sup>26</sup> Aceitar uma teoria da verdade como correspondência, em detrimento da verdade como coerência, significa dar prevalência ao aspecto demonstrativo da prova sobre sua vertente persuasiva. Não se nega que as partes do processo judicial possam ter uma visão persuasiva da prova, mas a função da prova em relação ao juiz é demonstrar como os fatos se passaram, permitindo-lhe conhecer a verdade empírica do que julga. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. São Paulo, 2018. Tese de Titularidade apresentada perante o Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito de São Paulo, p. 110.

<sup>27</sup> “O ônus se assemelha muito com o dever, porque ambos estão ligados a atos de adimplemento processual. Mas o ônus difere-se do dever porque, enquanto no ônus o interesse a ser satisfeito é aquele do próprio agente, nos deveres a satisfação refere-se a um interesse alheio”. CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 334. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

<sup>28</sup> A valoração das provas, no Estado Democrático de Direito, é fruto da persuasão racional do magistrado. CAMBI, Eduardo. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da lei 11.690/2008. Revista de Processo | vol. 167/2009 | p. 25 - 51 | Jan / 2009 | DTR\2009\125.

<sup>29</sup> “A partir de seus elementos comuns, podemos definir os standards de prova como: a) critérios ou parâmetros; b) relacionados à atividade probatória e ao convencimento do julgador; c) relacionados à aceitação de uma hipótese fática como verdadeira.”. LIMA, Matheus Carneiro. Standards de prova no direito brasileiro. 2018. 132 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

Depois de fixadas todas as premissas necessárias ao desenvolvimento do estudo em comento, o terceiro capítulo enfrentará as questões referentes ao próprio objeto da dissertação de mestrado propriamente dito, as convenções processuais probatórias. O capítulo demonstrará que a prova, como um direito autônomo e uma faculdade processual das partes, pode ser objeto de convenção entre as partes, fazendo um paralelo com as experiências vividas na arbitragem<sup>30</sup>.

Ademais, o terceiro capítulo dividirá o estudo dos negócios jurídicos processuais<sup>31</sup> em matéria probatória de acordo com sua previsão legal<sup>32</sup>: (i) convenções probatórias típicas (artigos 190; 357, § 2º; 432, parágrafo único; 464, § 2º; 471 do Código de Processo Civil de 2015); e (ii) convenções probatórias atípicas, não previstas expressamente nos diplomas legais processuais, como a limitação consensual das provas que serão produzidas no processo, a flexibilização consensual da perícia (admitindo-se, por exemplo, a dispensa conjunta dos assistentes técnicos ou o *hot-tubbing* pericial), a desjudicialização da prova oral, acordo para limitar o número de testemunhas e a oitiva de determinadas testemunhas, a utilização da *discovery* no processo civil brasileiro, por exemplo.

O último capítulo, por sua vez, irá abordar o controle e os limites às convenções probatórias, sob à ótica da teoria tridimensional dos negócios jurídicos (existência, validade e eficácia), bem como diante do papel do magistrado e de seus respectivos poderes instrutórios. Apresentaremos, outrossim, as consequências do descumprimento da convenção probatória – pelas partes ou pelo juiz.

De forma objetiva, a presente dissertação de mestrado se prestará a responder as indagações abaixo destacadas:

- É possível admitir a existência de negócios jurídicos processuais em matéria probatória?

---

<sup>30</sup> “O julgador não é o único destinatário da prova”. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A Contratualização do Processo (Página 173). Edição do Kindle.

<sup>31</sup> Mais exemplos e conceitos em: RAVAGNANI, Giovani dos Santos. Negócios Jurídicos Processuais: uma nova perspectiva. In: ABDO, Helena Najjar; FELITTE, Beatriz Valente; BRAGA, Carlos David Albuquerque. (Org.). Contencioso Empresarial na Vigência do Novo Código de Processo Civil. 1ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, v. 1, p. 169-190.

<sup>32</sup> Confira-se: BERTÃO, Rafael Calheiros. Limites às convenções processuais. 2018. 283 p. Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018; e BERTÃO, Rafael Calheiros. Negócios jurídicos processuais: a ampliação das hipóteses típicas pelo novo Código de Processo Civil. IN DIDIER JR., Fredie et al (coord.). Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada: parte geral. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1347-1376, p. 1362-1365.

- Quais são os requisitos e qual é o conceito da convenção processual probatória?
- Em que medida as convenções processuais sobre prova podem limitar a atividade jurisdicional e os poderes instrutórios do Juiz?
- Quais são os limites dos negócios jurídicos processuais em matéria probatória?

## **PRIMEIRA PARTE: CONVENÇÕES PROCESSUAIS NO PROCESSO CIVIL**

Tal qual explicado acima, a primeira parte do trabalho será dedicada ao estudo estrutural da teoria geral dos fatos jurídicos processuais, sob a perspectiva dos três grandes planos: existência, validade e eficácia. Nesse capítulo, as espécies de fatos jurídicos processuais serão abordadas, uma a uma, de forma a delimitar e justificar o objeto de estudo da dissertação, qual seja, as convenções processuais em matéria probatória. Em linhas gerais, também serão apresentadas as características e elementos gerais das convenções processuais.

Para compreender o tópico a seguir, é importante que se tenha em vista que o Código de Processo Civil de 2015 é um diploma principiológico, que possui regras que viabilizam e estruturam a prestação da jurisdição em todo território brasileiro<sup>33</sup>.

### **1. Cooperação processual<sup>34</sup> e autorregramento da vontade<sup>35</sup> no Código de Processo Civil de 1973 e no Código de Processo Civil de 2015: por um processo menos autoritário.**

Para falar do princípio<sup>36</sup> da cooperação, é necessário que nunca se esqueça que a aplicação de tal mandamento será realizada dentro de um contexto nada amistoso: litígio,

---

<sup>33</sup> “É um Código principiológico, no sentido de achar-se estruturado sobre proposições lógicas fundamentais, adequadas a apoiar todo o sistema jurídico de realização da prestação jurisdicional. É, ainda, um Código sistêmico, no sentido de não se resumir a mero aglomerado de regras instrumentais, mas de se achar organizado coerentemente por meio de um complexo de elementos ordenados e concatenados segundo uma ordem estabelecida com vistas à produção de certo resultado: a promoção da justa composição dos conflitos jurídicos.” JÚNIOR, Humberto Theodoro. Visão principiológica e sistemática do Código de Processo Civil de 2015. Revista de Processo | vol. 285/2018 | p. 65 - 88 | Nov / 2018 | DTR\2018\20756; e “Enquanto os princípios fundamentais do procedimento ainda podem estar inseridos, expressamente, em lei, para maior certeza quanto à orientação adotada, os princípios informativos do processo surgem quando os dispositivos devam ser interpretados para a devida aplicação, mesmo sem nunca aparecerem como texto legal; mas, nem por isso, deixam de reger o processo em seus fins como garantia das instituições sociais.” LIMA, Alcides de Mendonça. Os princípios informativos no Código de Processo Civil. Revista de Processo | vol. 34/1984 | p. 9 - 19 | Abr - Jun / 1984 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 1 | p. 151 - 164 | Out / 2011 | DTR\1984\10.

<sup>34</sup> Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. “O sistema processual não trabalha mais com um único centro, um único protagonista. Em verdade, far-se-á necessária a percepção do policentrismo processual e da necessária participação de todos os sujeitos processuais.” NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, 1. ed. 4.ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012, p. 258.

<sup>35</sup> Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.

<sup>36</sup> “Todos os ramos jurídicos estão subordinados a princípios próprios, que lhes servem de diretrizes, indispensáveis à elaboração, interpretação e aplicação de suas respectivas normas.” LIMA, Alcides de Mendonça. Os princípios informativos no Código de Processo Civil. Revista de Processo | vol. 34/1984 | p. 9 - 19 | Abr - Jun / 1984 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 1 | p. 151 - 164 | Out / 2011 | DTR\1984\10.

briga, duelo<sup>37</sup>, contenda, conflito. Sua implementação faz-se em um ambiente de interesses antagônicos e divergentes, o que torna difícil sua consolidação.

O mandamento da cooperação processual mostra-se como um limite, um *standard*, imposto ao exercício dos direitos processuais, especialmente, ao contraditório<sup>38</sup>. Limite que é, no mínimo, tão velho quanto a Constituição Federal de 1988 (e no CPC/73), mas que agora reaparece no Código de Processo Civil de 2015<sup>39</sup>.

Na aplicação da cooperação, nunca se encontrará um cenário afável, onde as partes demonstrarão amizade, parcimônia, prontas para tomar um café e discutirem amenidades<sup>40</sup>. Isso não significa, no entanto, que as partes não devem agir de forma cortês, privilegiando a boa-fé e a lealdade processual. Ainda que com objetivos materiais diametralmente opostos, as partes devem buscar uma decisão justa e uma jurisdição célere<sup>41</sup>.

Ao privilegiar o autorregramento da vontade e a cooperação processual, o Código de Processo Civil de 2015 incentiva a solução consensual dos conflitos<sup>42</sup> e fortalece o princípio do autorregramento da vontade<sup>43</sup>. Quando partem para o litígio, as partes estão

---

<sup>37</sup> “O duelo judiciário, que durou séculos, revestia-se de formalismo ritualístico. Os nobres combatiam com espadas, os servos com bastões. Quem não podia lutar pessoalmente, como em geral as mulheres, era representado por um campeão, à maneira da heroína wagneriana. Apesar dos olhos desfavoráveis com que a hierarquia eclesial via o costume, as armas eram habitualmente abençoadas por sacerdotes, antes da pugna, para que se neutralizasse eventual força demoníaca ou artimanha de feitiçaria, de que qualquer delas houvesse sido impregnada” MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e Processo. Revista de Processo | vol. 112/2003 | p. 177 - 185 | Out - Dez / 2003 | DTR/2003/837.

<sup>38</sup> “Processo é procedimento em contraditório”. FAZZALLARI, Elio. Processo (Teoria Generale). Novissimo Digesto Italiano. Torina: UTET, 1966, v.13, p. 1067-1076; Idem, Istituzioni di diritto processuale. 5. Ed. Padova: Cedam, 1989, p. 58. Apud BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. São Paulo, 2018. Tese de Titularidade apresentada perante o Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito de São Paulo, p. 34.

<sup>39</sup> “Não necessariamente. A cooperação não busca o processo civil dos ursinhos carinhosos. Não.” MACHADO, Marcelo Pacheco. Princípio da cooperação e processo civil arco-íris: onze exemplos para entender. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-principio-da-cooperacao-e-processo-civil-do-arco-%C2%ADirís-27042015>, acesso em 23 de dezembro de 2018, às 22h41min.

<sup>40</sup> “Não se trata de invocar imagens de amizade, com juiz e partes se divertindo com o processo enquanto bebericam chá”. FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. O juiz e a contratualização dos litígios. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

<sup>41</sup> “A inviabilidade do “processo civil do arco-íris” fica clara com uma análise das posições das partes. É legítimo – faz parte do jogo – que o litigante não regule sua atuação imediata na busca de uma decisão justa ou mesmo de uma Jurisdição célere.” MACHADO, Marcelo Pacheco. Princípio da cooperação e processo civil arco-íris: onze exemplos para entender. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-principio-da-cooperacao-e-processo-civil-do-arco-%C2%ADirís-27042015>, acesso em 23 de dezembro de 2018, às 22h41min.

<sup>42</sup> Art. 3º. § 2º. O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

<sup>43</sup> A valorização dos meios adequados – ou alternativos – de solução de conflitos apenas reforça a ideia do autorregramento da vontade e da cooperação. DINAMARCO, Cândido Rangel. O Novo Código de Processo



prontas para a batalha. No entanto, se uma das partes oferecer paz, o Código de Processo Civil de 2015 incentiva e apoia a resolução auto compositiva dos conflitos<sup>44</sup>. A inclusão de tais elementos nos diplomas legais brasileiros é um movimento que reage ao publicismo processual, em detrimento do aumento do poder privado no processo<sup>45</sup>.

A inflação do Estado no século XX decorreu dos problemas causados pelas guerras mundiais e pelo período da grande recessão econômica<sup>46</sup>. Sob o pretexto de garantir direitos humanos mínimos, o Estado agigantou-se ao redor do mundo. No Brasil, por conta do processo político, o Estado foi inchando e se deformando ainda mais – sobretudo por conta dos períodos de exceção<sup>47</sup> vivenciados aqui<sup>48</sup>, seja durante o período militar<sup>49</sup>, seja durante o período Vargas. Esse inchaço também resvalou no Poder Judiciário<sup>50</sup>, que

---

Civil e a ordem processual civil vigente. Revista de Processo | vol. 247/2015 | p. 63 - 103 | Set / 2015 | DTR\2015\13199.

<sup>44</sup> “Se quer guerra, terá. Se quer paz, quero em dobro.” RACIONAIS MC’s. Vida Loka Parte I. Trata-se de uma canção do grupo brasileiro de rap Racionais MC's, lançado no álbum Nada como um Dia após o Outro Dia, em 2002. Definição em Wikipedia ([https://pt.wikipedia.org/wiki/Vida\\_Loka\\_I](https://pt.wikipedia.org/wiki/Vida_Loka_I)), acesso em 09 de dezembro de 2018, às 11h30min.

<sup>45</sup> “Não se vislumbra retorno ao privatismo, nem fortalecimento sistêmico do protagonismo das partes no processo civil em razão da existência da cláusula de negócio processual”, mas é um movimento que não pode ser ignorado e desvalorizado pelo Poder Judiciário. FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. O juiz e a contratualização dos litígios. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

<sup>46</sup> “Depois dos brutais choques tectônicos da Primeira Guerra e da Grande Depressão, em quase todo o mundo o Estado se expandiu, ocupando boa parte do espaço em que vigorava a autorregulação preferida pelos regimes liberais.” CAMPOS, Roberto. LIBERALISMO: Roberto Campos em sua melhor forma (Coleção Economia Política). Lebooks Editora. Edição do Kindle.

<sup>47</sup> “Nós somos na América Latina herdeiros do triste legado de paternalismo estatal, de hipossuficiência e falta de autoconfiança dos governados que nos deixaram os nossos colonizadores”. GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. Revista de Processo | vol. 164/2008 | p. 29 - 56 | Out / 2008 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 1 | p. 1221 - 1254 | Out / 2011 | DTR\2008\642.

<sup>48</sup> “Neles as carências são proporcionalmente mais intensas, e o poder da máquina pública se torna especialmente importante, tanto para distribuir benesses como para arbitrar disputas distributivas. No caso brasileiro, as dimensões do aparelho federal não são grandes, por comparação com o que existe em outras partes. Claro que havia o que podar e, ainda mais, o que rearrumar. Não é essa, porém, a “causa causarum” dos desequilíbrios das contas públicas. O grande fator negativo foram as estatais, e têm continuado a ser Estados e municípios, com os respectivos Legislativos e Judiciários”. CAMPOS, Roberto. LIBERALISMO: Roberto Campos em sua melhor forma (Coleção Economia Política). Lebooks Editora. Edição do Kindle.

<sup>49</sup> Comentário do de Nelson Nery Júnior, que nos faz refletir sob o quanto a cultura influencia o direito processual: “A medida foi introduzida no direito positivo brasileiro em plena vigência da ditadura militar que se instaurou no país a partir de 1 de abril de 1964. Autoritária, a suspensão de segurança caracteriza-se como braço da ditadura para manutenção da força do Estado em detrimento dos direitos fundamentais dos cidadãos. Com efeito, ainda que o juiz reconhecesse que a autoridade pública ameaçara ou praticara ato ilegal ou abusivo, que causara lesão a direito líquida e certo do administrado, concedendo, portanto, a liminar ou a segurança mesmo, ainda assim esse ato jurisdicional, jurídico e constitucional, poderia ter sua eficácia suspensa se a autoridade alegasse uma das causas da lei n. 4348/64.” NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição federal. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 118-119.

<sup>50</sup> “O direito ‘judiciário’ civil viveu, desde as origens e por muitos séculos, sob o manto do direito privado e considerado mero apêndice deste, ou ‘adjetivo’ que o qualifica quando submetido às vicissitudes da vida judiciária. Foi assim cultivado no direito comum e no canônico e, sem qualquer suspeita de sua autonomia sistemática, assim chegou até o século XIX, quando a segura afirmação de uma relação jurídica processual, distinta da de direito privado, abalou os alicerces do sincretismo até então incontestado”. DINAMARCO,

abraçou a doutrina do processo publicista<sup>51</sup> e seus respectivos escopos<sup>52</sup>, tornando o juiz um sujeito processual mais ativo, para a busca da “concreta aplicação da lei”, destinada a obter a efetiva “pacificação social.”<sup>53</sup>.

Ressalta-se que os escopos processuais principais (escopos principais: social, político, jurídico), defendidos por Dinamarco<sup>54</sup>, tornaram-se uma verdadeira missão de vida para o Juiz e para o processo publicista<sup>55</sup>. No exercício de suas atribuições, o Estado-Juiz deve mobilizar forças para assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos<sup>56</sup>, não

---

Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.49. Mais: LIMA, Alcides de Mendonça. Os princípios informativos no Código de Processo Civil. Revista de Processo | vol. 34/1984 | p. 9 - 19 | Abr - Jun / 1984 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 1 | p. 151 - 164 | Out / 2011 | DTR\1984\10.

<sup>51</sup> Nesse sentido: O processo civil inicia-se por um ato volitivo da parte e também por manifestações de vontade pode se encerrar. Essa é uma realidade tão trivial que se mostra insuficiente, em boa medida, para questionar a assertiva de que a manifestação de uma vontade privada é incompatível com a natureza pública do processo estatal. A doutrina acostumou-se com a fantasia de que a vontade das partes é irrelevante no processo. (...). A autonomia privada – não é exagerado afirmar – vem recebendo no processo civil estatal uma intolerância automática, uma resistência irrefletida ou uma indiferença constate, como se, ao iniciar o processo, as partes renunciassessem à liberdade jurídica” GODINHO, Robson Renault. Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 111-112. Confirma-se também os seguintes textos que confirmam a existência de uma tradição publicista no direito processual brasileiro: MARIN, Jeferson Dytz. Coisa julgada no processo ambiental: a transição para uma matriz publicista. Revista de Direito Ambiental | vol. 69/2013 | p. 193 - 224 | Jan - Mar / 2013 | DTR\2013\1852; DEL NERO, João Alberto Schützer. Do Estado Liberal ao Estado Social – o caso do direito privado? Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 41/2002 | p. 97 - 115 | Out - Dez / 2002 | DTR\2002\450; TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. Revista de Processo | vol. 284/2018 | p. 371 - 396 | Out / 2018 | DTR\2018\19905; TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos Negócios Jurídicos Processuais no Novo Código de Processo Civil: Aspectos teóricos e práticos. Revista de Processo | vol. 254/2016 | p. 91 - 109 | Abr / 2016 | DTR\2016\19687; GUERRERO, Luis Fernando. Arbitragem e jurisdição: premissa à homologação de sentença arbitral estrangeira. Revista de Processo | vol. 159/2008 | p. 9 - 34 | Maio / 2008 | DTR\2008\310; CORREA, Rafael Motta e. Poderes instrutórios do juiz e as novas diretivas da norma processual. Revista de Processo | vol. 194/2011 | p. 323 - 350 | Abr / 2011 | DTR\2011\1343; RAVAGNANI, Giovani dos Santos, VAUGH, Gustavo Fávero, BRASIL, Renato Caldeira Grava. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do Juiz. Revista dos Tribunais | vol. 989/2018 | p. 377 - 404 | Mar / 2018 | DTR\2018\10317; e ARAÚJO, Justino Magno. Os poderes do juiz no processo civil moderno. Revista de Processo | vol. 32/1983 | p. 94 - 106 | Out - Dez / 1983 | DTR\1983\75; e GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal acusatório. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 27/1999 | p. 71 - 79 | Jul - Set / 1999 | Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 4 | p. 25 - 37 | Jun / 2012 | DTR\1999\287.

<sup>52</sup> CORREA, Rafael Motta e. Poderes instrutórios do juiz e as novas diretivas da norma processual. Revista de Processo | vol. 194/2011 | p. 323 - 350 | Abr / 2011 | DTR\2011\1343.

<sup>53</sup> “O interesse do Estado-juiz passa de mero espectador passivo do acompanhamento do exercício de faculdades, ônus e prerrogativas das partes dentro do processo, assumir feição mais ativa, destinada a realizar um bem maior, calcado na aproximação de certeza dos fatos necessária à aplicação concreta da lei, com vistas a propiciar a pacificação social. Tem-se, portanto, a necessidade de uma participação mais ativa do juiz, destinada a obter o resultado desejado pelo instrumento, que reside, em síntese, na realização da vontade concreta da lei.” CASTRO, Daniel Penteado. Contribuições ao estudo dos poderes instrutórios do juiz no processo civil. Fundamentos, interpretação e dinâmica. 2010. Dissertação de Mestrado em Direito Processual. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p.75).

<sup>54</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>55</sup> LIMA, Matheus Carneiro. Standards de prova no direito brasileiro. 2018. 132 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

<sup>56</sup> “Afim de contas, o messiânico protagonismo judicial redundava em ilustrativas onipotência e onisciência

perdendo de vista, entretanto, que a sua intervenção não pode pôr em risco a própria liberdade.

No atual processo civil, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, destaca-se que o caráter publicístico do processo não pode se distanciar, nem subverter a hierarquia de valores do próprio diploma processual, quais sejam, o autorregramento da vontade e a cooperação processual<sup>57</sup>. Por outro lado, é importante que se diga que não se condena a existência do poder estatal. O Estado é o único mecanismo formal de poder na sociedade, pelo qual é possível compelir as pessoas seguirem determinadas regras<sup>58</sup>. O Poder Estatal deve ser balanceado de acordo com as liberdades individuais<sup>59</sup>. Sem o Estado, se viveria a anarquia e o reino da autotutela. Com muito estado, vivemos a ditadura.

E dentro do processo civil, é o princípio dispositivo<sup>60</sup> que aparece como termômetro regulador da temperatura do poder estatal. As partes modularão, na fase postulatória e na fase instrutória do processo, os limites de atuação do juiz (inclusive com relação às provas que devem ser produzidas<sup>61</sup>).

---

do julgador de um lado e, de outro, em partes atrofiadas, carentes de salvação pelos imaculados escritos materializados na sentença. Por óbvio, tal modelo de processo não conseguia sequer dialogar com a expressão “negócio jurídico” no campo processual. O rótulo negocial decididamente não se compadecia com a estatalidade da jurisdição.” CAVACO, Bruno de Sá Barcelos. Negócios processuais. Um velho conhecido? Disponível em [https://www.academia.edu/13895306/Neg%C3%B3cios\\_Processuais.\\_Um\\_Velho\\_Conhecido](https://www.academia.edu/13895306/Neg%C3%B3cios_Processuais._Um_Velho_Conhecido), acesso em 23 de dezembro de 2018, às 23h19min.

<sup>57</sup> “O caráter publicístico do processo, e a outorga de dito poder, no entanto, não podem se desvencilhar do sistema político geral que inspira os diversos institutos jurídicos da Nação, nem pode subverter a hierarquia dos diversos valores que informam o direito como um organismo geral e particularmente se refletem sobre o ramo do direito processual civil.” JÚNIOR, Humberto Theodoro. Princípios gerais do Direito Processual Civil. Revista de Processo | vol. 23/1981 | p. 173 - 191 | Jul - Set / 1981 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 1 | p. 63 - 86 | Out / 2011 | DTR\1981\17.

<sup>58</sup> “Para liberais, o Estado é apenas um mal necessário. Tem de ser freado por checks e balances para não se tornar um predador”. CAMPOS, Roberto. LIBERALISMO: Roberto Campos em sua melhor forma (Coleção Economia Política). Lebooks Editora. Edição do Kindle.

<sup>59</sup> “Ao se falar em cooperação, busca-se a alteração da relação que se estabelece entre o juiz e as partes, e vice-versa, sem que se chegue ao limite de cercear de maneira absoluta a liberdade das partes no processo”. TUNALA, Larissa Gaspar. Comportamento processual contraditório – a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro, Salvador, Juspodium, 2015, pp. 132-133.

<sup>60</sup> “Com efeito, ao lado do princípio dispositivo, fala-se do ‘princípio do debate’ (Verhandlungsgrundsatz), também referido como ‘princípio dispositivo em sentido processual’, que seria o princípio regente da autonomia e liberdade dos sujeitos do processo não apenas no que toca à disponibilidade sobre o direito material, mas também sobre as situações processuais. Dele decorrem as faculdades de alegar fatos e produzir provas, por exemplo.” CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 156.

<sup>61</sup> “A busca da verdade real e a iniciativa probatória do juiz são frutos de uma visão autoritária do processo e de um sentimento de desconfiança em relação ao advogado.” CIPRIANI, Fraco. El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas. In: Juan Montero Aroca (Coord.). Proceso civil e ideologia, p. 59-60. Apud GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. Revista de Processo | vol. 164/2008 | p. 29 - 56 | Out / 2008 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 1 | p. 1221 - 1254 | Out / 2011 | DTR\2008\642.

É dentro dessa perspectiva, de que as partes estão em juízo defendendo seus próprios interesses, que elas devem colaborar com o juiz na elucidação dos fatos que elas próprias alegaram, já que disso pode ocasionar a melhora das suas chances de êxito ao final<sup>62</sup>.

Não se sabe ao certo por qual motivo, razão ou circunstância o privatismo processual ressurgiu. Parte da doutrina chega a arriscar que, reconhecendo sua incapacidade de gerir o processo, o Estado tenha tentado ceder espaço para a iniciativa privada na condução do litígio<sup>63</sup>. Ademais, o legislador do Código de Processo Civil também vive um período totalmente diferente daquele que legislou o CPC/73<sup>64</sup>. Hoje há democracia plena.

Essa mistura – entre privatismo e publicismo – indica um equilíbrio entre a incidência da autonomia privada no processo e a eficiência do processo em relação aos escopos jurisdicionais (sociais, políticos e jurídicos)<sup>65</sup>. O renascimento do autorregramento da vontade<sup>66</sup> processual não se trata de uma adesão aos escopos processuais dos sistemas de *common law*<sup>67</sup>, mas em uma forma de trazer ainda mais recursos para a consecução da jurisdição pelos atores processuais.

---

<sup>62</sup> BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro. Revista de Processo | vol. 190/2010 | p. 210 - 230 | Dez / 2010 | DTR\2010\910.

<sup>63</sup> BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 2/2018 | p. 1323 - 1333 | Revista de Processo | vol. 269/2017 | p. 139 - 149 | Jul / 2017 | DTR\2017\1815.

<sup>64</sup> “o marco teórico que o jurista está inserido hodiernamente é outro se comparado ao tempo em que o nosso antigo Código de Processo Civil de 1973 foi editado.” AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do Magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. Revista de Processo | vol. 246/2015 | p. 219 - 238 | Ago / 2015 | DTR\2015\13217.

<sup>65</sup> CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. Revista de Processo | vol. 228/2014 | p. 359 - 376 | Fev / 2014 | DTR\2014\316. Sobre o assunto, confira-se: CORREA, Rafael Motta e. Poderes instrutórios do juiz e as novas diretivas da norma processual. Revista de Processo | vol. 194/2011 | p. 323 - 350 | Abr / 2011 | DTR\2011\1343. Mais: “A jurisdição não tem um escopo, mas escopos (plural); é muito pobre a fixação de um escopo exclusivamente jurídico, pois o que há de mais importante é a destinação social e política do exercício da jurisdição. Ela tem, na realidade, escopos sociais (pacificação com justiça, educação), políticos (liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento) e jurídico (atuação da vontade concreta do direito)” DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 374.

<sup>66</sup> “O novo sistema processual inaugurado com a Lei 13.105/2015 dá um passo adiante: cuida com mais vigor de temas que permitem às partes se conduzirem de forma mais livre durante o iter procedimental, por decorrência de algo a que se pode denominar de autogerência parcial do processo”. NERY, Rosa Maria de Andrade. Fatos Processuais. Atos Jurídicos Processuais Simples. Negócio Jurídico Processual (unilateral e bilateral). Transação. Revista de Direito Privado | vol. 64/2015 | p. 261 - 274 | Out - Dez / 2015 | DTR\2016\129.

<sup>67</sup> “Vê-se que o reducionismo da Common Law americana quanto aos escopos processuais, tratando o método de trabalho jurisdicional como algo destinado unicamente a solucionar o problema entre particulares, faz com que esse instrumento se revista com características privatistas, abandonando a justiça da decisão e consequentemente a busca da verdade dos fatos.” RIGUETTI, Gabriel Felipe Roqueto. Processo e verdade: brevíssimas considerações sobre funções e conceitos. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol.

Em sendo o processo o instrumento pelo qual a jurisdição tradicionalmente se opera<sup>68</sup>, a cooperação processual é mais um recurso para sua consecução. Ainda que não se trate de uma novidade propriamente dita (e ainda que vários doutrinadores entendam irrelevante a vontade no processo civil)<sup>69</sup>, uma vez que também presentes em algumas formas no CPC/73<sup>70</sup>, mesmo quando não havia uma cláusula geral de negociação, o Código de Processo Civil de 2015 deixa claro que suas regras e sua importância estão muito mais amplas.

A cooperação processual é a incorporação de ideias e sistemáticas do direito civil material – ela existe fora do processo e, até mesmo fora do direito – dentro do sistema de resolução de conflitos. As convenções processuais – objeto da presente dissertação – são, em princípio, mera extensão desse fenômeno para dentro do processo civil<sup>71</sup>. Na celebração de negócios jurídicos processuais, as partes devem sempre agir de acordo com os princípios da boa-fé e da cooperação. O descumprimento do dever de cooperação poderá invalidar o negócio celebrado, se uma das partes não tiver agido com boa-fé e lealdade<sup>72</sup>.

O princípio da cooperação, frise-se, atinge todos os atores processuais – partes e juiz – e os obriga<sup>73</sup> –, a conduzir a demanda em prol da resolução do conflito em concordância com os escopos jurisdicionais. A única diferente para com o regime do CPC/73 é que o Código de Processo Civil de 2015 outorgou uma relativa liberdade<sup>74</sup> para

---

1/2018 | Revista de Processo | vol. 250/2015 | p. 61 - 90 | Dez / 2015 | DTR\2015\17055.

<sup>68</sup> DINANARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; e CINTRA, Antonio Carlos Araújo. Teoria geral do processo, 23ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 275. É bem verdade que a Professora Ada, no fim de sua vida, passou a defender a superação de tal conceito de jurisdição, reconhecendo que a jurisdição pode se dar, inclusive, na resolução consensual de litígios: Se, conforme nosso pensamento, a jurisdição compreende a justiça estatal, a justiça arbitral e a justiça consensual, é evidente que fica superado o conceito clássico de jurisdição. Definida como poder, função e atividade, verifica-se que não há exercício de poder na justiça consensual, onde o conflito é dirimido exclusivamente pelas partes. GRINOVER, Ada Pellegrini. Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 18-19. No mesmo sentido, destacando a doutrina de Ada, confira-se o texto: VASCONCELOS, Ronaldo. Tributo à professora Ada Pellegrini Grinover: jurisdição, perspectivas e justiça consensual. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16.MI264251.61044-Tributo+a+professora+Ada+Pellegrini+Grinover+jurisdicao+perspectivas>, acesso em 1º de janeiro de 2019, às 19h14min.

<sup>69</sup> ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais - existência, validade e eficácia - campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. Revista de Processo | vol. 244/2015 | p. 393 - 423 | Jun / 2015 DTR\2015\9713.

<sup>70</sup> BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 2/2018 | p. 1323 - 1333 | Revista de Processo | vol. 269/2017 | p. 139 - 149 | Jul / 2017 | DTR\2017\1815.

<sup>71</sup> FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. O juiz e a contratualização dos litígios. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

<sup>72</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais. Salvador: Juspodivm, 201. p. 318.

<sup>73</sup> GREGER, Reinhard; e KOCHER, Ronaldo. Cooperação como princípio processual. Revista de Processo | vol. 206/2012 | p. 123 - 134 | Abr / 2012 | DTR\2012\2690.

<sup>74</sup> “A liberdade é também a possibilidade do indivíduo de agir eficazmente para a consecução dos próprios

as partes alterarem o procedimento legal<sup>75</sup>, franqueando a possibilidade de um modelo diferente para cada caso<sup>76</sup>.

A cooperação processual rechaça a relação hierarquizada que imperou no processo civil brasileiro nos últimos anos – em que as partes se submetem e pedem bênçãos ao juiz superpoderoso<sup>77</sup>. A participação estatal compõe o contraditório e o diálogo democrático da jurisdição<sup>78</sup>. Ao cooperar com o magistrado, as partes o auxiliam na tarefa do livre convencimento e na construção das balizas da sentença<sup>79-80</sup>. Estrutura-se, assim, um modelo de processo a que se denominou cooperativo, que serve como elemento estruturante do direito fundamental ao processo justo<sup>81</sup>.

A colaboração é um modelo que visa a organizar o papel das partes e do juiz<sup>82</sup>. Tal ideia se contrapõe às assertivas de que o “gerenciamento” processual preconiza a ampliação dos poderes do juiz na condução do processo, permitir ao juiz a adaptação do procedimento ao caso concreto<sup>83</sup>. Pelo contrário, a doutrina também afirma que a

---

objetivos. De todos os sentidos que comumente se emprestam à palavra liberdade, este é certamente um dos mais belos, senão o mais belo, pois por ele se exprime toda a força criadora do homem. É a grande mola que move o universo humano. A liberdade do indivíduo, neste sentido, se exprime em um agir, em um comandar a si próprio e aos demais.”. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. O princípio da liberdade na prestação jurisdicional in Teses, estudos e pareceres de processo civil, v. 2, Revista dos Tribunais, 2005, p. 36.

<sup>75</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. O Novo Código de Processo Civil e a ordem processual civil vigente. Revista de Processo | vol. 247/2015 | p. 63 - 103 | Set / 2015 | DTR\2015\13199.

<sup>76</sup> MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. Revista de Processo Comparado | vol. 2/2015 | p. 83 - 97 | Jul - Dez / 2015 | DTR\2016\40.

<sup>77</sup> “A tendência de aumentar os poderes do juiz pode trazer sérios gravames para a iniciativa das partes.”. ARAÚJO, Justino Magno. Os poderes do juiz no processo civil moderno. Revista de Processo | vol. 32/1983 | p. 94 - 106 | Out - Dez / 1983 | DTR\1983\75.

<sup>78</sup> AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do Magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. Revista de Processo | vol. 246/2015 | p. 219 - 238 | Ago / 2015 | DTR\2015\13217

<sup>79</sup> THAMAY, Renna Faria Kruger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro. Uma primeira análise constitucional sobre os princípios no Novo Código de Processo Civil. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros; FREIRE, Alexandre (org.). Provas. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

<sup>80</sup> ANDREWS, Neil. Relações entre a corte e as partes na era do case management. Traduzido por PANTOJA, Fernanda Medina; FARIA, Marcela Kohlbach; e MENEZES, Paula Bezerra. Revista de Processo | vol. 217/2013 | p. 181 - 203 | Mar / 2013 | DTR\2013\1849. O título original do trabalho é: Relations between the Parties and the Court in the Managerial Age. As tradutoras utilizaram como parâmetros as notas de tradução e o glossário da obra: O moderno processo civil, também de autoria de Andrews.

<sup>81</sup> MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 53. Mais: “A participação dos sujeitos no processo não permite apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição.” GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 4/1993 | p. 60 - 69 | Out - Dez / 1993 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 1071 - 1086 | Out / 2011 | Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 3 | p. 25 - 40 | Jun / 2012 | DTR\1993\448.

<sup>82</sup> Como modelo, a colaboração rejeita a jurisdição como polo metodológico do processo civil, ângulo de visão evidentemente unilateral do fenômeno processual, privilegiando em seu lugar a própria ideia de processo como centro da sua teoria, concepção mais pluralista e consentânea à feição democrática ínsita ao Estado Constitucional. MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. Revista de Processo Comparado | vol. 2/2015 | p. 83 - 97 | Jul - Dez / 2015 | DTR\2016\40.

<sup>83</sup> ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da ‘contratualização’ do processo. Revista de Processo | vol. 193/2011 | p. 167 - 200 | Mar / 2011 | DTR\2011\1236.

cooperação processual privilegia o exercício do contraditório pelas partes, em algum detrimento do controle pelo juiz<sup>84</sup>.

Evidente, pois, que se estruturou um novo modelo de processo a que se denominou cooperativo, que serve como elemento estruturante do direito fundamental ao processo justo<sup>85</sup>, que decorre de uma leitura do princípio do contraditório e da constitucionalização do processo. “O contraditório passa também a abranger fortemente o juiz como um dos seus sujeitos”<sup>86</sup>. É este cenário que legitima os acordos processuais<sup>87</sup>.

A aproximação entre colaboração e a convenções processuais se dá sob o enfoque do empoderamento das partes: “os sujeitos parciais aceitam divisão diferenciada do trabalho no processo, assumindo as rédeas do procedimento ou dispondo sobre suas posições jurídicas para preparar a decisão de mérito de acordo com regras próprias que, segundo o seu entendimento qualificado pelo interesse que possuem no desfecho justo da demanda, sejam mais adequadas às peculiaridades do caso”<sup>88</sup>. Por exemplo, em uma ação revisional de um contrato, as partes podem discutir a relevância da produção da prova técnica e ajustá-la aos seus interesses econômicos e financeiros<sup>89</sup>. Há, portanto, um devido processo<sup>90</sup>, cooperativo ou negociado<sup>91</sup>, que decorre do devido processo legal, segundo o qual, inclusive, o juiz pode rechaçar uma convenção processual sob o fundamento de não

---

<sup>84</sup> TAKAHASHI, Bruno. Entre a liberdade e a autoridade: os meios consensuais no Novo Código de Processo Civil. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 2/2018 | p. 75 - 99 | Revista de Processo | vol. 264/2017 | p. 497 - 522 | Fev / 2017 | DTR\2016\25039.

<sup>85</sup> MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 53.

<sup>86</sup> PEIXOTO, Ravi. O princípio da cooperação e a construção de um sistema comunicativo das nulidades sob a ótica da teoria do Fato Jurídico Processual. Revista de Direito Privado | vol. 60/2014 | p. 99 - 125 | Out - Dez / 2014 | DTR\2014\17897.

<sup>87</sup> “A mera noção de negócio jurídico processual traz, em si, paradoxo aparente: convenção é acordo, processo é desacordo. (...) A contradição é apenas ilusória. (...) ao manifestarem suas vontades de maneira convergente na forma de convenção processual, os sujeitos processuais dão concretude ao seu dever de cooperação, atuando-o na prática em grau máximo.” FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. O juiz e a contratualização dos litígios. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018; e CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodium, 2018, p. 156.

<sup>88</sup> FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. O juiz e a contratualização dos litígios. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

<sup>89</sup> FELITTE, Beatriz Valente. Os Limites dos Poderes do Juiz na Revisão de Contratos. 2018. 395 p., Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 341.

<sup>90</sup> MÜLLER, Julio Guilherme. A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica. 2016. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 259.

<sup>91</sup> MÜLLER, Julio Guilherme. A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica. 2016. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, 87.

possuir meios de fazer cumprir este negócio jurídico processual<sup>92</sup> (meios tecnológicos, por exemplo).

Ademais, entende-se que os acordos processuais se legitimam pelo princípio da cooperação, bem como pelo princípio dispositivo, o qual regulamenta a autonomia e a liberdade dos sujeitos parciais no processo, para além do direito material<sup>93</sup>. Ora, são as partes que retiram o Estado da situação de inércia e são as partes que limitam até onde a jurisdição precisa agir, exercendo sua liberdade e seu livre arbítrio. O princípio dispositivo atribui às partes não só o exercício do direito de ação, mas dá ampla liberdade para atuação no processo<sup>94</sup>

As convenções processuais, nesse sentido, são fruto da autonomia privada<sup>95</sup> e implicam a liberdade de celebração, de estipulação e, principalmente, de autorregulação. Os participantes das convenções processuais podem criar, modificar ou extinguir relações jurídicas a partir da adequação das normas processuais<sup>96</sup>. Isso aproxima o Estado-juiz dos jurisdicionado e torna o processo menos autoritário e facilita o acesso à ordem jurídica

---

<sup>92</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Palestra sobre negócios jurídicos processuais na arbitragem, organizada pela CBar e pelo Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, ocorrida no dia 2 de julho de 2016. Degravação disponível em <http://www.ciesp.com.br/wp-content/uploads/2017/06/eletronicanegocios-juridicos-processuais-na-arbitragem.pdf>. Acesso em 25 de dezembro de 2018, às 07h19min.

<sup>93</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 156.

<sup>94</sup> “A atividade probatória do julgador reflete uma das principais diferenças entre os modelos publicista e liberal de processo, haja vista representar para o segundo uma grave violação do princípio basilar do sistema, isto é, o princípio dispositivo, consubstanciado na inércia da jurisdição, seja para vedar ao julgador a veiculação da pretensão, seja para desautorizá-lo a utilizar-se de ferramentas de busca da verdade”. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de.. A Contratualização do Processo (Página 74). Edição do Kindle. Mais: “A doutrina acostumou-se com a fantasia de que a vontade das partes é irrelevante no processo. Godinho, Robson Renault. Negócios Processuais Sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil- São Paulo Editora: Revista dos Tribunais, 2015, p. 111.

<sup>95</sup> “Ampliar o poder de autorregramento das partes não implica eliminação da atividade do juiz, porquanto o paradigma do processo cooperativo está na repartição do poder na condução do processo, prevalecendo a regra do equilíbrio”. CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais – entre publicismo e privatismo. Tese de Livre Docência. USP. 2015, p. 240.

<sup>96</sup> VAUGHN, Gustavo Fávero; COLETO DOS SANTOS, Guilherme Pizzotti; SÁ, Lucas Fernandes de. Um paralelo entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. Disponível em [https://www.migalhas.com.br/dePeso/16\\_MI245509.11049-Um+paralelo+entre+os+negocios+juridicos+processuais+e+a+arbitragem](https://www.migalhas.com.br/dePeso/16_MI245509.11049-Um+paralelo+entre+os+negocios+juridicos+processuais+e+a+arbitragem), acesso em 25 de dezembro de 2018, às 06h34min.



justa<sup>97</sup>. Ao inserir tal mecanismo no diploma processual, o ordenamento jurídico brasileiro flerta com o princípio condutor da arbitragem, a autonomia da vontade<sup>98</sup>.

A cooperação processual e a autonomia da vontade<sup>99</sup>, conforme se verá nesse estudo, atingem também a fase instrutória do processo<sup>100</sup>. A não interferência do juiz no acordo das partes sobre provas evita questionamento sobre uma suposta violação da imparcialidade e de que o processo estaria sido conduzido de forma autoritária<sup>101</sup>. Em havendo convenção probatória, os poderes instrutórios<sup>102</sup> devem obedecer ao comando das

---

<sup>97</sup> CAMBI, Eduardo; e NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no Novo Código de Processo Civil. Revista de Direito Privado | vol. 64/2015 | p. 219 - 259 | Out - Dez / 2015 | DTR\2016\130. Mais: “Tanto o juiz quanto as partes têm interesse na solução da demanda, porém somente ao juiz interessa uma solução justa. Aos litigantes, ao contrário, interessa um resultado favorável aos seus interesses, pouco importando se estarão adequados à ordem jurídica justa.”. CÂMARA, Marcela Regina Pereira. A contratualização do processo civil? Revista de Processo | vol. 194/2011 | p. 393 - 414 | Abr / 2011; e “No tocante ao princípio da colaboração ou da cooperação, não se pode deixar de perceber que a extensão dos poderes do juiz vincula-se estreitamente à natureza e à função do processo civil e à maior ou menor eficiência desse instrumento na realização de seus objetivos.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A.%20A.%20de%20Oliveira%20-%20formatado.pdf>, acesso em 22 de dezembro de 2018, às 20h01min.

<sup>98</sup> Alan Redfern e Martin Hunter, Law and practice of international commercial arbitration, p. 315; Emmanuel Gaillard e John Savage, Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration, pp. 633 e 648; e Carlos Alberto de Salles, A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública, pp. 57-60. Mais: “Party autonomy is the cornerstone of international arbitration”. MOHMEDED, Shadat Ssemakula Mutyab. Party autonomy doctrine is the cornerstone of arbitral provisional measures. International Academic Journal of Law and Society, 1 (1), 28-43. Disponível em [http://www.iajournals.org/articles/iajls\\_v1\\_i1\\_28\\_43.pdf](http://www.iajournals.org/articles/iajls_v1_i1_28_43.pdf), acesso em 1º de janeiro de 2019, às 12h24min.

<sup>99</sup> “O autorregramento da vontade se define como um complexo de poderes que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada, de acordo com ordenamento jurídico”. DIDIER JR. Fredie, Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil, in ANTONIO DO PASSO CABRAL, PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA, Negócios processuais, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, JusPodium, 2015, p. 20

<sup>100</sup> BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro. Revista de Processo | vol. 190/2010 | p. 210 - 230 | Dez / 2010 | DTR\2010\910.

<sup>101</sup> GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre s poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe no ‘Leito de Procusto’. Revista de Processo | vol. 235/2014 | p. 85 - 117 | Set / 2014 | DTR\2014\9808.

<sup>102</sup> Contra a tese defendida: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A Contratualização do Processo (Página 94). Edição do Kindle. A favor: PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. In: AROCA, Juan Montero (coord.). Proceso civil e ideologia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 125.

partes<sup>103</sup> e ser complementar<sup>104</sup>, subsidiário<sup>105</sup> E supletivo<sup>106</sup>, evitando-se a ditadura do magistrado no processo<sup>107</sup>.

Ainda que a busca pela verdade acabe por limitada ou dificultada em virtude de convenção das partes<sup>108</sup>, este é o procedimento que deve ser seguido pelo magistrado, para que possa ser proferida decisão com justeza<sup>109</sup>. E é de interesse do Estado e da sociedade

---

<sup>103</sup> “É lícito ao juiz, a certa altura da fase instrutória, verificando que as partes não estão colaborando, declarar encerrada essa fase através de decisão interlocutória muito bem fundamentada, proferida antes da sentença, para que as partes tenham tempo de explicar as suas condutas e, quem sabe, conseguir convencer o juiz a rever sua decisão e dar continuidade à fase instrutória que havia sido encerrada”. BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro. Revista de Processo | vol. 190/2010 | p. 210 - 230 | Dez / 2010 | DTR\2010\910.

<sup>104</sup> GAVIORNO, Gracimeri Vieira Soeiro de Castro. O contraditório, as partes e o juiz. Revista de Processo | vol. 148/2007 | p. 283 - 292 | Jun / 2007 | DTR\2007\363; e LOPES, João Batista. O ônus da prova no processo penal. Revista de Processo | vol. 11/1978 | p. 147 - 153 | Jul - Dez / 1978 | DTR\1978\44.

<sup>105</sup> “A resistência aos acordos processuais em sentido amplo possui inegavelmente uma dimensão ideológica, na medida em que há que se depurar a atividade probatória para que o ato de julgar não receba outras interferências e seja proferido de maneira solipsista. Na realidade, os contratos ou acordos probatórios não servem para entorpecer a ação do julgador, nem para premiar a chicana e mentira processual. Os negócios probatórios são acordos ou convenções processuais pelos quais as partes regulam o modo de produção da prova, podendo incidir sobre o ônus ou sobre os meios de prova. Trata-se de uma repercussão da autonomia privada no processo, indubitavelmente, mas não é algo a se rechaçar aprioristicamente e muito menos considerar por resolvido se houver consagração legislativa, já que se trata de uma questão estrutural e que deve ser analisada a partir de um modelo de processo compatível com a conformação constitucional”. GODINHO, Robson. Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil. São Paulo, Editora: Revista dos Tribunais, 2015, p. 227. Mais: KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. Revista de Processo | vol. 17/1980 | p. 50 - 60 | Jan - Mar / 1980 | Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 5 | p. 1213 - 1228 | Out / 2010 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 745 - 760 | Out / 2011 | DTR\1980\19.

<sup>106</sup> A atuação do juízo seria, portanto, supletiva, não seria autônoma. Esse nos parece ser o entendimento mais acertado. Nesse sentido, TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. A prova emprestada no CPC/15. DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Direito probatório*. V. 5, 2ª ed. rev., atual. e ampl.. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 467; MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. A atuação do juiz na direção do processo. BARBOSA, Andrea Carla et al.; FUX, Luiz (coord.) *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil)*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 207 e 209. Mais: “a iniciativa instrutória do juiz deve ser apenas supletiva e realizada por situações excepcionais justificadas. Mesmo assim, passa inexoravelmente pela abertura de diálogo e contraditório com as partes, a respeito da prova que o juiz pretenda ver produzida”. MÜLLER, Julio Guilherme. A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica. 2016. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, 262.

<sup>107</sup> PEIXOTO, Ravi. O princípio da cooperação e a construção de um sistema comunicativo das nulidades sob a ótica da teoria do Fato Jurídico Processual. Revista de Direito Privado | vol. 60/2014 | p. 99 - 125 | Out - Dez / 2014 | DTR\2014\17897. Mais: LOPES, João Batista. Iniciativas probatórias do juiz e os artigos 130 e 333 do CPC. Revista dos Tribunais | vol. 716/1995 | p. 41 - 47 | Jun / 1995 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 1123 - 1133 | Out / 2011 | DTR\1995\258.

<sup>108</sup> STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a verdade real? – Uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de Terrae Brasilis. Revista dos Tribunais | vol. 921/2012 | p. 359 - 392 | Jul / 2012 | DTR\2012\44823.

<sup>109</sup> “A oralidade e a concentração, o impulso processual oficial, o ativismo judicial especialmente em matéria probatória, relegando a segundo plano a iniciativa das partes e a responsabilidade dos advogados, a busca da verdade material e da realização da justiça a qualquer preço, mesmo com o sacrifício da imparcialidade do julgador, e a exaltação de uma utópica boa-fé processual são características do processo civil como instrumento da concretização de escopos sociais ou publicísticos, muito ao gosto de regimes autoritários”. GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. Revista de Processo | vol. 164/2008 | p. 29 - 56 | Out / 2008 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 1 | p. 1221 - 1254 | Out / 2011 | DTR\2008\642.

que sejam produzidas decisões justas<sup>110</sup>. Obedecer ao procedimento ordinário e às regras das partes<sup>111</sup> é condição para decisão justa. Daí a necessidade de que o Estado coopere com os sujeitos parciais do processo em prol da consecução de seus objetivos, que é a pacificação do conflito pelo método escolhido para tal.

O Estado<sup>112</sup> poderá intervir nas convenções processuais, no entanto, nas hipóteses previstas no parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 (tema que abordaremos com mais detalhes no final do presente trabalho), garantindo as condições mínimas para o exercício de tal liberdade<sup>113</sup>, protegendo aqueles que estejam em posição de vulnerabilidade<sup>114</sup>, privilegiando a boa-fé<sup>115</sup> e as escolhas justas das partes<sup>116</sup>.

Não se diga, outrossim, que o juiz deveria ultrapassar as convenções probatórias em razão do princípio da cooperação<sup>117</sup>. Fazer isso seria agir de forma totalmente contraditória e desleal<sup>118</sup>. Assim, cabe ao Juiz abrir espaço para que os sujeitos parciais

---

<sup>110</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de.. A Contratualização do Processo (Página 172). Edição do Kindle.

<sup>111</sup> “A participação de ambas as partes no processo garante um melhor desenvolvimento deste”. GAVIORNO, Gracimeri Vieira Soeiro de Castro. O contraditório, as partes e o juiz. Revista de Processo | vol. 148/2007 | p. 283 - 292 | Jun / 2007 | DTR\2007\363.

<sup>112</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A.%20A.%20de%20Oliveira%20-%20formatado.pdf>, acesso em 22 de dezembro de 2018, às 20h01min.

<sup>113</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 366.

<sup>114</sup> LOPES, João Batista. Iniciativas probatórias do juiz e os artigos 130 e 333 do CPC. Revista dos Tribunais | vol. 716/1995 | p. 41 - 47 | Jun / 1995 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 1123 - 1133 | Out / 2011 | DTR\1995\258. Mais: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Juiz e a prova. Revista de Processo | vol. 35/1984 | p. 178 - 184 | Jul - Set / 1984 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 1101 - 1109 | Out / 2011 | DTR\1984\37.

<sup>115</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 364.

<sup>116</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 363.

<sup>117</sup> Nesse sentido, AURELLI, Arlete Inês. Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015. DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Direito probatório*. V. 5, 2ª ed. rev., atual. e ampl.. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 493. Em STRECK, Lenio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto, disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>, há duras críticas ao que o autor denomina de pan-principiologismo, “verdadeira usina de produção de princípios despídos de normatividade”. Diversos dos chamados de princípios por muitos, dentre eles, o da cooperação processual, seriam despídos de sentido normativo, intrínseco e essencial aos princípios. Acesso em 27.12.2016. São partidários da possibilidade TALAMINI, Eduardo. *Prova emprestada no processo civil e penal*. São Paulo: Revista de Processo, vol. 91, 1998; AMARAL, Paulo Osternack. *Prova emprestada no processo civil*. Coleção Novo CPC – doutrina selecionada, vol 3: provas. DIDIER JR., Fredie (coord. geral). MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (organizadores). 2ª edição revista e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 477; MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. A atuação do juiz na direção do processo. BARBOSA, Andrea Carla et al.; FUX, Luiz (coord.) *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil)*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 208.

<sup>118</sup> FERRADEIRA, Mariana. A prova emprestada como objeto de negócio jurídico processual. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ;

atuem na defesa de seus interesses<sup>119</sup>, evitando-se condutas autoritárias<sup>120</sup> e que busque tornar efetivo os direitos materiais dos cidadãos.

## **2. Teoria do fato jurídico processual: noções gerais sobre o negócio jurídico processual.**

Parta da doutrina clássica entende que os fatos jurídicos são “aqueles fatos a que o direito atribui relevância jurídica, no sentido de mudar as situações anteriores a eles e de configurar novas situações, a que correspondem novas qualificações jurídicas”<sup>121</sup>. Ou seja, o fato jurídico é a concretização da entrada (fenômeno da juridicização) de determinado fato ou complexo de fatos da vida no mundo do direito – plano da existência<sup>122-123</sup>.

Respeitados os posicionamentos em contrário<sup>124</sup>, com o advento da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, foi integralmente superado o dogma da irrelevância da vontade das partes no âmbito do processo. À luz dos artigos 190 e 200<sup>125</sup> do Código de Processo Civil de 2015, pode-se dizer que a vontade – habitualmente inserida

---

APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157.

<sup>119</sup> FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. O juiz e a contratualização dos litígios. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

<sup>120</sup> PEDRON, Flávio Quinaud; SILVA, Diogo Bacha e; MORAES BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de. Uma (re)construção jurídico-política do Direito Processual Civil Brasileiro: o Código de Processo Civil de 2015 como superação de certa tradição autoritária do processo. Revista de Processo | vol. 271/2017 | p. 49 - 69 | Set / 2017. “É autoritário exigir que o advogado sacrifique o interesse do seu cliente em benefício da busca da justiça, assim como impor à parte o dever de afirmar tudo o que conhece, de apresentar os meios de prova que lhe são prejudiciais ou de renunciar a aproveitar-se dos erros do adversário”. GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. Revista de Processo | vol. 164/2008 | p. 29 - 56 | Out / 2008 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 1 | p. 1221 - 1254 | Out / 2011 | DTR\2008\642.

<sup>121</sup> BETTI, Emílio. Teoria geral do negócio jurídico. Tomo I. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 12.

<sup>122</sup> COSTA, Marília Siqueira da. Convencões processuais sobre intervenção de terceiros. 1ª edição, Salvador, Juspodivm, 2018; e DIDIER JR, Fredie; e NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. cit., p. 34.

<sup>123</sup> MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil, II. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, p. 14.

<sup>124</sup> Por todos: SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 1, p. 321-326; e “DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 6a ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 2, p. 484.

<sup>125</sup> (...) o Código de Processo Civil de 2015 reproduz a regra do art. 158 do CPC/73 no art. 200, reafirmando que os atos negociais das partes produzem efeitos desde logo no processo, independentemente de deferimento ou homologação judicial; o CPC/2015 estimula também a autocomposição, dispondo, logo no âmbito das normas fundamentais, no sentido de que cabe ao Estado incentivar soluções consensuais (art. 3º parágrafo 3º) (...). CABRAL, Antonio do Passo. Convencões processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 159.

em outras searas da ciência jurídica – passa a ser elemento relevante para o processo, com a indiscutível existência de fatos jurídicos processuais<sup>126-127</sup>.

Nessa linha de raciocínio, pode-se conceituar como fato jurídico processual aquele que decorre da incidência de uma norma jurídica processual em um fato da vida<sup>128</sup>, que poderá ser desde uma conduta composta pelo exercício do poder de autorregramento da vontade até um fenômeno da natureza, desde que se refira a um procedimento atual ou futuro<sup>129</sup>.

Segundo destaca Paula Sarno Braga<sup>130</sup>, em estudo baseado na teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda<sup>131</sup>, os fatos processuais (sentido amplo) podem ser divididos em **(i)** fatos processuais (em sentido estrito), que seriam aqueles que não decorrem da conduta humana (exemplo: morte, desastres naturais)<sup>132</sup>; **(ii)** os atos processuais<sup>133</sup>,

---

<sup>126</sup> LIMA, Bernardo Silva de. “Sobre o negócio jurídico processual”. Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. Fredie Didier Jr.; Marcos Ehrhardt Jr. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 318.

<sup>127</sup> “Antes, o sistema processual civil brasileiro era governado pela ideia de tipicidade estrita, da qual decorria a indisponibilidade das normas processuais por convenção dos sujeitos do processo, salvo raras exceções. Tratava-se, em suma, de uma visão do fenômeno processual sob uma ótica extremamente publicista e pautada numa acepção tradicional da legalidade, segundo a qual as partes só poderiam fazer, em juízo, o que o ordenamento lhes autorizava. Agora, pode-se dizer que o art. 190 ‘inverteu o sinal’ da legalidade, ao investir as partes o amplo e atípico poder de ‘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’, salvo disposição em contrário do ordenamento. Se o esforço da doutrina, anteriormente ao art. 190, era o de identificar em que situações as partes poderiam convencionar sobre as normas processuais, a partir do advento desse dispositivo em nosso ordenamento, a doutrina recebeu a missão de identificar em que situações as partes não poderão fazê-lo”. SICA, Heitor Vitor Mendonça. In BUENO, Cassio Scarpinella (coord.), Comentários ao Código de Processo Civil, v. 1, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 748.

<sup>128</sup> “No plano do Direito Processual, há fatos jurídicos *stricto sensu* processuais. A morte é o exemplo característico, mas não o único. O evento morte referido a um procedimento existente (v.g. falecimento de uma das partes, ou do advogado de uma delas) gera um fato jurídico processual do qual surgem situações jurídicas processuais (v.g. direito à suspensão do processo, conforme o art. 265 do CPC-1973)”. NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais, 2ª edição, revista e atualizada, Salvador, Juspodium, 2016.

<sup>129</sup> “O fato jurídico adquire o qualificativo de processual quando é tomado como *fattispecie* (suporte fático) de uma norma jurídica processual e se refira a algum procedimento atual ou futuro” DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. v. 1. 17. ed. Salvador: Juspodium, 2015, p. 373-374. MaisÇ COSTA, Marília Siqueira da. Convenções processuais sobre intervenção de terceiros. 1ª edição, Salvador, Juspodium, 2018.

<sup>130</sup> BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. Revista de Processo. vol. 148. p. 304. São Paulo: Ed. RT, 2007. No mesmo sentido: NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais, 2ª edição, revista e atualizada, Salvador, Juspodium, 2016.

<sup>131</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Campinas: Bookseller, 2000. t. II e III.

<sup>132</sup> “A opção adotada até aqui foi de uma definição ampla de fato processual, que por si engloba, ou é capaz de englobar, certos acontecimentos (fatos humanos ou não), ainda que extraprocedimentais, mas que se revelem ligados ao processo, porque daqueles eventos resultam situações jurídicas exercitáveis no âmbito do procedimento”. NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais, 2ª edição, revista e atualizada, Salvador, Juspodium, 2016.

<sup>133</sup> “O ato jurídico processual é o ato jurídico que produz ou é apto a produzir efeitos em um processo, sendo irrelevante se praticado durante a litispendência e dentro da relação processual (critério da *sede* em que praticado) ou se praticado pelo Estado-juiz ou pelas partes (por *quem* praticado)”. CABRAL, Antonio do

decorrentes da conduta humana e com a presença diferenciadora de um elemento volitivo, ou seja, têm a vontade como elemento indispensável para a caracterização de seu suporte fático<sup>134</sup> (ex.: petição inicial); e **(iii)** os atos-fatos processuais, que apesar de decorrerem da conduta humana, não possuem a vontade como elemento relevante<sup>135</sup>.

Esclareça-se: o fato jurídico deve se referir a um processo, *atual* ou *futuro*, para receber a qualificação como processual, mas, para existir, não depende da efetiva produção de efeitos, logo, os efeitos jurídicos dele decorrentes não compõem o seu conceito. A apreensão de um determinado fato da vida por uma norma processual não requer que seja ele praticado necessariamente por um sujeito da relação processual ou dentro do processo<sup>136</sup>.

---

Passo. *Convencões processuais*. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 47 e 48.

<sup>134</sup> CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. Ato-Fato Processual: Reconhecimento e consequências. Doutrinas essenciais - Novo Processo Civil, Vol. 2/18, p. 1177-1193

<sup>135</sup> Exemplos de atos processuais: “o adiantamento das custas processuais, o preparo, a revelia, a execução provisória da sentença posteriormente reformada etc” NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais, 2ª edição, revista e atualizada, Salvador, Juspodium, 2016.; MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 141; “Para diferenciar o ato jurídico stricto sensu do negócio jurídico, a doutrina em geral afirma que no primeiro a vontade é simples (realizar ou não o ato) e no segundo, por sua vez, é qualificada (realizar ou não o ato e escolher o conteúdo/efeito do ato), ou seja, no ato jurídico stricto sensu os efeitos são previstos em lei, ao passo que no negócio jurídico alguns efeitos decorrem das leis, podendo outros efeitos ser acordados entre as partes”. GOUVEIA, Lúcio Grassi; GADELHA, Marina Motta Benevides. Negócios Jurídicos Processuais: “Libertas Quæ Sera Tamen”. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro | Belo Horizonte, ano 24, n. 96, p. 153-172, out./dez. 2016. Mais: “Entre os fatos jurídicos em geral, os negócios jurídicos destacam-se como espécie de atos jurídicos lato sensu. A nota característica do negócio jurídico é a manifestação da vontade direcionada para a composição do suporte fático de determinada categoria jurídica, escolhida pelo interessado, com o objetivo de alcançar efeitos jurídicos que poderão ser predeterminados pelo sistema jurídico ou definidos pelas partes. Diferentemente ocorre com os atos jurídicos em sentido estrito, em relação aos quais a manifestação da vontade não escolhe a categoria jurídica, produzindo somente os efeitos necessários, preestabelecidos nas normas jurídicas e invariáveis”. MACEDO, Elaine Harzheim; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Negócios jurídicos processuais e políticas públicas: tentativa de superação das críticas ao controle judicial. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 2/2018 | p. 1195 - 1218 | Revista de Processo | vol. 273/2017 | p. 69 - 93 | Nov / 2017 | DTR\2017\6545; SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de direito civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 2000. vol. I, p. 42; “os efeitos jurídicos, no negócio jurídico, resultariam da vontade, ao passo que, no ato jurídico, os efeitos estariam estabelecidos em lei, não decorrendo da vontade”. CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. Disponível em [https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios\\_jur%C3%ADdicos\\_processuais\\_no\\_processo\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro), acesso em 15 de dezembro de 2018, às 10h44min; “Os fatos jurídicos são os fatos (da vida) que são capturados pelas normas jurídicas e, assim, qualificados como jurídicos”. BONFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antônio. Negócios processuais. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 343; e “Nesta esteira, tendo em vista o caráter público do Direito Processual Civil, é certo que o princípio do respeito ao autorregramento da vontade não tem, na esfera processual, a mesma roupagem e amplitude verificada, por exemplo, na esfera do Direito Civil, eis que envolve o exercício de uma função pública, a jurisdição. Isso não impede, entretanto, que lhe seja dada a devida importância e destaque”. HATOUM, Nida Saleh; BELINETTI, Luiz Fernando. Aspectos relevantes dos negócios jurídicos processuais previstos no artigo 190 do CPC/2015. Revista de Processo | vol. 260/2016 | p. 49 - 71 | Out / 2016 | DTR\2016\24001.

<sup>136</sup> COSTA, Marília Siqueira da. Convencões processuais sobre intervenção de terceiros. 1ª edição, Salvador, Juspodivm, 2018.

Com efeito, é suficiente que ele se refira a um procedimento atual ou futuro e esteja descrito no suporte fático de uma norma processual, aquela cujo conseqüente normativo determina a estrutura ou atos do procedimento ou cria, modifica ou extingue situações jurídicas processuais, será o fato jurídico decorrente de sua incidência qualificado como processual. É com fundamento neste raciocínio que se defende que fatos da vida ocorridos antes mesmo de iniciado o processo poderão vir a ser qualificados como processuais, se eles compuserem o suporte fático de uma norma jurídica processual<sup>137</sup>.

Consigne-se que, entre os fatos jurídicos processuais que podem se referir a processos futuros podem ser citados, justamente, os negócios jurídicos processuais (firmados no momento anterior à propositura da ação) que disciplinem ônus ou elejam o perito designado conjuntamente pelas partes<sup>138</sup>. De acordo com José Rogério Cruz e Tucci, o negócio jurídico processual divide-se em duas espécies: (i) negócio jurídico processual (*stricto sensu*)<sup>139</sup>, diretamente ligado ao direito substancial; (ii) convenção processual, sobre os ajustes das partes sobre matéria processual<sup>140</sup>.

Vale recordar, sobre os negócios jurídicos de forma geral, que para Marcos Bernardes de Melo, o negócio jurídico é uma espécie de fato jurídico, cujo elemento

---

<sup>137</sup> COSTA, Marília Siqueira da. Convencões processuais sobre intervenção de terceiros. 1ª edição, Salvador, Juspodivm, 2018.

<sup>138</sup> Como destaca Adriano Soares da Costa, “os negócios jurídicos sobre produção e ônus da prova celebrados antes do processo têm natureza de direito material, porém, devem atender às normas processuais para terem eficácia no processo”. COSTA, Adriano Soares da. Para uma teoria dos fatos jurídicos processuais. Doutrinas essenciais - Novo Processo Civil, Vol. 2/18, pp. 959 – 996; “o negócio jurídico processual é fato jurídico processual cujo suporte fático tem como elemento nuclear exteriorização de vontade do sujeito, mediante exercício de autorregramento da vontade, dentro dos limites preestabelecidos pelo sistema, para escolher entre categorias jurídicas processuais e, no que for possível, escolher o conteúdo e estruturação das relações jurídicas processuais.<sup>138</sup> A exteriorização de vontade do sujeito que implica no exercício de um poder de regular, em maior ou menor medida, o conteúdo de situações jurídicas processuais significa a existência de um negócio jurídico processual”. BONFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antônio. Negócios processuais. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 343; SCALETSCKY, Fernanda Sirotsky; AZEVEDO, Marcelo Cândido; SERPA, Pedro Ricardo. Existência, validade e eficácia da convenção arbitral. Revista de Direito Empresarial | vol. 3/2014 | p. 321 - 351 | Maio - Jun / 2014 | DTR\2014\2689; GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual. p. 7. Rio de Janeiro, out.-dez. 2007. A complementar: HATOUM, Nida Saleh; BELINETTI, Luiz Fernando. Aspectos relevantes dos negócios jurídicos processuais previstos no artigo 190 do CPC/2015. Revista de Processo | vol. 260/2016 | p. 49 - 71 | Out / 2016 | DTR\2016\24001.

<sup>139</sup> No mesmo sentido: NAZO, Georgette Nacarato. Contrato judicial. Revista dos Tribunais RT 399/36 jan./1969. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos | vol. 4 | p. 95 - 108 | Jun / 2011 | DTR\2012\1303.

<sup>140</sup> “as convenções processuais, amplamente admitidas pelo art. 190 do novo Código de Processo Civil, que ostentam natureza e conteúdo estritamente processual, não têm qualquer identidade dogmática com os negócios jurídicos processuais, de cunho substancial e que têm por objeto o direito controvertido”. TUCCI, José Rogério Cruz e. Natureza e objeto das convenções processuais. IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 23- 29, p. 26.

essencial é a manifestação consciente da vontade<sup>141</sup>. Tal conceito também se aplica às relações processuais, também possuindo a vontade como elemento essencial<sup>142</sup>. A sistemática é a mesma utilizada há anos na arbitragem<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> “Negócio jurídico é o fato jurídico, cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites pré-determinados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 14. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 189. Mais: “Trata-se de conceito que surgiu para abranger o poder da vontade humana de criar, extinguir e modificar direitos, pretensões, ações, ou exceções, tendo por finalidade esse acontecimento no mundo jurídico”. PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. Tomo 3. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 3-4; Antonio Junqueira de Azevedo sustenta que o negócio jurídico pode ser estruturalmente definido como categoria (fato jurídico abstrato) ou como fato (fato jurídico concreto). Enquanto categoria o conceitua como “hipótese de fato jurídico (às vezes dita ‘suporte fático’), que consiste em uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias (as circunstâncias negociais) que fazem com que socialmente essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos”. Já enquanto fato jurídico concreto, define-o como “todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”. Para o referido autor, na concepção estrutural, o negócio jurídico não é percebido como um mero ato de vontade do agente, mas sim um ato que, socialmente, é visto como ato de vontade destinado a produzir efeitos. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico, existência, validade e eficácia*, 4<sup>a</sup> ed. atualizada de acordo com o Novo Código Civil, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16-21; “Negócio processual é o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático, descrito em norma processual, esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou de estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*, 2<sup>a</sup> edição, revista e atualizada, Salvador, Juspodium, 2016; “A vontade é relevante para o processo. O que é a ausência do pedido, senão um vício que contamina o ato inicial do processo, o qual, por conta disso, deve ser invalidado? O que é a cláusula de eleição de foro senão um encontro de vontades das partes para convencionar sobre a competência? O que é a contestação senão um ato de vontade da parte demandada e que, portanto, deve ser interpretado de acordo com a regra segundo a qual mais vale a intenção do que aquilo que gramaticalmente está dito?”. SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

<sup>142</sup> “Sem igualdade, não há condições mínimas para exercício da liberdade porque as disposições convencionais terão sido assumidas num quadro em que o consentimento não foi livre e esclarecido, e portanto, fora de um espaço real e efetivo para o exercício da liberdade. E a própria disciplina legal da cláusula geral de convencionalidade no CPC/2015 preocupou-se com a isonomia dos acordantes, estabelecendo expressamente, no art. 190, parágrafo único, a proteção da parte vulnerável”. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2<sup>a</sup> edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodium, 2018, p. 366; “De início, deve-se deixar claro que as partes de um acordo processual são aqueles que se vinculam voluntariamente, em razão de sua capacidade negocial, pelas disposições contidas no instrumento convencional. (...) A convenção processual vincula as partes que a firmaram.” CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2<sup>a</sup> edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodium, 2018, pp. 247-248; “A pressuposição tradicional do liberalismo é de que uma convenção é justa se for aceita livremente”. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2<sup>a</sup> edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodium, 2018, p. 363; FUX, Ministro. *Law and development: the role of the judiciary in Brazil*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 77, julho-setembro 2017, pp. 15-21, item 2; “O negócio jurídico existe quando é causado. Quando, potencialmente, tem aptidão para produzir os efeitos decorrentes de sua função jurídica, delimitada segundo a sua essência. Compõem o negócio jurídico, constituindo-se em elementos necessários à sua existência: a) o agente (qualidade de ser sujeito de direito); b) a vontade; c) a causa; d) o ato ou o negócio em si mesmo”. N. NERY JR. e R. M. de ANDRADE NERY, Código Civil (LGL\2002\400) Comentado, 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo, RT, 2005, coment. 4 CC 104, p. 222; CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *Ato-fato processual: reconhecimento e consequências*. Revista de Processo | vol. 254/2016 | p. 75 - 90 | Abr / 2016.

<sup>143</sup> JAMBARDI, Cristina Saiz. “Extensão” da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional: o caso dos grupos societários. Dissertação de Mestrado, São Paulo, USP, 2009;



O negócio jurídico processual, para Robson Renault Godinho, é todo ato bilateral (ou multilateral), que dispõe sobre questões do processo, subtraindo-as da apreciação judicial<sup>144</sup>. Os negócios jurídicos processuais também podem ser entendidos como as declarações de vontade feitas pelas partes para disciplinar algum aspecto da relação jurídica processual<sup>145</sup>. Para além dos conceitos acima apresentados, destaca-se o entendimento de que a vontade também se presta à limitação dos efeitos da convenção<sup>146</sup>.

---

SCALETSCY, Fernanda Sirotsky; AZEVEDO, Marcelo Cândido; SERPA, Pedro Ricardo. Existência, validade e eficácia da convenção arbitral. *Revista de Direito Empresarial* | vol. 3/2014 | p. 321 - 351 | Maio - Jun / 2014 | DTR\2014\2689; BAPTISTA, Luiz Olavo. Cláusula compromissória e compromisso. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos* | vol. 6 | p. 977 - 988 | Jun / 2011; “A flexibilidade da arbitragem permite que as partes criem o procedimento arbitral “sob medida” para as necessidades da disputa que se busca resolver (na expressão inglesa comumente utilizada, um procedimento “tailor made”)”. FALECK, Diego; ALVES, Rafael Francisco. Concordar em discordar: por quê, o quê e como negociar o procedimento arbitral. *Revista de Direito Empresarial* | vol. 1/2014 | p. 249 | Jan / 2014 | DTR\2014\586; COSTA, Amanda Dallmann. Produção de prova documental na arbitragem internacional: análise sobre a possibilidade de utilização de discovery em uma arbitragem internacional. Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito no ano de 2017, sob a orientação do professor Ronaldo Vasconcelos.

<sup>144</sup> “Assim entendidos todos os atos bilaterais [ou multilaterais] praticados no curso do processo ou para nele produzirem efeitos, que dispõem sobre questões do processo, subtraindo-as da apreciação judicial ou condicionando o conteúdo de decisões judiciais subsequentes. O que caracteriza as convenções processuais ou é a sede do ato – ato integrante da relação processual, praticado no processo -, ou é a sua finalidade de produzir efeitos em determinado processo, presente ou futuro”. Godinho, Robson Renault. *Negócios Processuais Sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil*- São Paulo Editora: Revista dos Tribunais, 2015, p. 110; “O ingrediente novo, de qualquer modo, fica por conta do art. 190 do NCPC, que trata do *negócio jurídico processual*, gerando a possibilidade – pelo menos em tese – de as partes tomarem alguma decisão que possa afetar a regra (até agora tida como pétrea) do emprego do português”. CARMONA, Carlos Alberto. A língua no processo estatal e no processo arbitral: um diálogo com Vincenzo Vigorti. In 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz, coordenação por CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; e MARTINS, Pedro Batista, 1. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597013276/cfi/6/10/4/24@0:34.9>, acesso em 22 de dezembro de 2018, às 18h24min; “fato jurídico voluntário em cujo suporte fático, descrito em norma processual, esteja conferindo ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais*. cit., p. 137; “Modificações convencionais atinentes ao rito, aos atos dispositivos concordantes e às disposições sobre direitos processuais”. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil*. Tese de Doutorado em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. p. 44; PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 73.

<sup>145</sup> “Entende-se por negócio jurídico processual as declarações de vontade feitas pelas partes, cujo objetivo seja disciplinar algum aspecto da redação jurídica processual ou do procedimento judicial”. AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p. 134; SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 297-334, p. 300; “negócio jurídico processual é o negócio jurídico que decorre da incidência de uma norma de natureza processual e que se refere a algum processo, ou melhor, que tem valor para o processo”. MOUZALAS, Rinaldo; e ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Distribuição do ônus da prova por convenção processual. *Revista de Processo* | vol. 240/2015 | p. 399 - 423 | Fev / 2015 | DTR\2015\815.

<sup>146</sup> “O negócio jurídico processual, aquele em que a vontade das partes é não apenas elemento nuclear de seu suporte fático, mas, ainda, delimitador dos efeitos do ato, como já conceituado na apresentação da teoria do fato jurídico processual, é a espécie dos atos processuais que gera maior polêmica doutrinária.” BERTÃO, Rafael Calheiros. *Limites às convenções processuais*. 2018. 283p. Mestrado - Faculdade de Direito,

Antonio do Passo Cabral também define a convenção processual como o “negócio jurídico plurilateral pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais ou alteram o procedimento<sup>147</sup>.” A convenção é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem a necessidade de intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento<sup>148</sup>.

Ressalta-se, assim, a diferença entre as convenções processuais e os atos processuais conjuntos das partes, o quais se materializam por requerimentos por petição, diferem-se das convenções processuais, uma vez que produzirão efeitos apenas após decisão judicial<sup>149</sup>.

---

Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018; “A voluntariedade é relevante não apenas na prática do ato em si, mas na obtenção e definição das suas consequências. Ou seja, o conteúdo e conseqüentemente os efeitos do ato não são todos preestabelecidos em lei, mas delineados, quando menos em substancial parcela, pela vontade do(s) sujeito(s) que pratica(m) o ato.” TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Disponível in <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151020-17.pdf>, acesso em 23 de dezembro de 2018, à 00h09min; BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. RePro 148/312. São Paulo: Ed. RT, 2007; “a essência do negócio jurídico estaria na vontade de tal sorte que os seus vícios deveriam acarretar a nulidade e não a simples anulabilidade do negócio jurídico”. SILVA, Clóvis V. do Couto e. Para uma história dos conceitos no Direito Civil e no Direito Processual Civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow). Revista de Processo | vol. 37/1985 | p. 238 - 270 | Jan - Mar / 1985 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 1 | p. 705 - 750 | Out / 2011 | DTR\1985\6.

<sup>147</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 74.

<sup>148</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 1ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 68. Mais: “O que caracteriza as convenções processuais ou é a sede do ato – ato integrante da relação processual, praticado no processo -, ou é a sua finalidade de produzir efeitos em determinado processo, presente ou futuro.” Godinho, Robson Renault. *Negócios Processuais Sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil*- São Paulo Editora: Revista dos Tribunais, 2015, p. 110.

<sup>149</sup> “Os atos processuais conjuntos (que normalmente são requerimentos), diferem-se frontalmente das convenções processuais porque são atos estimulantes (postulativos ou indutivos), que não atingem por si só uma situação processual e que têm seus efeitos produzidos somente após decisão judicial”. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 75; “A diferença essencial entre os dois grupos de figuras consiste em que, nas do segundo, as declarações sucessivas não são dirigidas por uma parte à outra, nem se fundem num ato uno: há sempre dois atos distintos e unilaterais, dirigidos ao órgão judicial. Impossível, assim, identificar aí num acordo de vontades a fonte dos efeitos a cuja produção se visa: deferido o requerimento pelo juiz, é à decisão deste que se liga a eficácia”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das partes sobre matéria processual*. Revista de Processo | vol. 33/1984 | p. 182 - 191 | Jan - Mar / 1984 Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 3 | p. 151 - 163 | Out / 2011 | DTR\1984\9; “Negócios processuais e convenções processuais são, de um modo geral, as expressões mais largamente utilizadas. Entendemos que é possível a utilização de qualquer uma daquelas expressões (convenção, negócio, acordo, ajuste, pacto ou contrato) como sinônimas para a comunicação e compreensão do mesmo fenômeno originário do autorregramento do processo pela vontade das partes. E, neste trabalho utilizaremos para fins didáticos a expressão negócios ou convenções processuais para também tratar daqueles celebrados antes do processo, mas cujo objeto se refira a temas processuais”. MÜLLER, Julio Guilherme. *A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica*. 2016. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito,

No bojo da conceituação dos negócios jurídicos processuais, destaca-se a importante consideração: a vontade se manifesta em tal ato processual para que as partes modulem o procedimento para o formato que entendem ser o melhor em prol da resolução do conflito de direito material<sup>150</sup>, o que reforça a essência instrumental do processo em detrimento do direito substancial<sup>151</sup>.

Pois bem. Em sendo a vontade o ente regulador da existência, da validade e da eficácia dos negócios jurídicos processuais, será viciada sentença baseada em convenção

---

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 29; “Ato negocial em que é possível que as vontades sejam direcionadas, por um interesse comum ou convergente, a um escopo singular a ambas as partes. Trata-se, assim, de termos mais afins às particularidades do sistema processual”. BERTÃO, Rafael Calheiros. Limites às convenções processuais. 2018. 283 p. Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018; e “Podemos conceituar negócio jurídico processual como sendo a possibilidade de as partes criarem certos regramentos processuais para si, sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico (NCPC art. 190)”. RODOVALHO, Thiago. CPC perdeu chance de colocar Brasil na vanguarda em processos com arbitragem. Disponível em Consultor Jurídico: [https://www.conjur.com.br/2016-mai-15/thiago-rodovalho-cpc-perdeu-chance-avancar-arbitragem-brasileira#\\_ftnref9](https://www.conjur.com.br/2016-mai-15/thiago-rodovalho-cpc-perdeu-chance-avancar-arbitragem-brasileira#_ftnref9), acesso em 25 de dezembro de 2018, às 07h01min.

<sup>150</sup> “Trata-se de instituto que permite aos litigantes modular aspectos processuais ou o próprio iter processual conforme sua vontade, estabelecendo-se efeitos que repute importantes para a dissolução da controvérsia”. MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 4/2018 | Revista de Processo | vol. 241/2015 | p. 463 - 487 | Mar / 2015 | DTR\2015\2135. Mais: “Processo ineficaz é processo ultrapassado. O direito processual, nas últimas décadas, obteve avanços de alta magnitude no que tange à efetividade e instrumentalidade do processo, na busca incessante de criar instrumentos de salvaguarda da higidez das relações intersubjetivas e da ordem jurídica positiva. Não podemos assistir apaticamente, à erosão deste movimento forjado para maximizar a eficácia do processo”. CABRAL, Antonio do Passo. A eficácia probatória das mensagens eletrônicas. Revista de Processo | vol. 135/2006 | p. 97 - 131 | Maio / 2006 | Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 5 | p. 759 - 798 | Out / 2010 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 657 - 696 | Out / 2011 | DTR\2006\326; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexo das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 222-238; e THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. 1, 56ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 68.

<sup>151</sup> “Note-se que se tornou possível construir o procedimento adequado não só a uma particular necessidade de tutela do direito material, mas também às circunstâncias do caso concreto”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 54. Mais: “O ideal é colocar a técnica processual a serviço do direito material e dos fins últimos do processo, limitando-se o mínimo possível o desempenho dos sujeitos processuais, de modo que a regulação contenha apenas o indispensável para uma condução bem organizada e proporcionada do feito. Além disso, a par da maior eficiência do aparelho estatal, mostra-se desejável hoje o desiderato de obter-se índice sempre mais intenso de democratização do processo, incrementando-se, assim, a efetiva acessibilidade das partes e dos demais participantes do serviço judiciário, facilitando-se-lhes ao mesmo tempo o uso do aparelho estatal”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 173. Segue: “O que se percebe, porém, é a possibilidade de submissão do litígio ao Poder Judiciário, mas com adaptações procedimentais que tornem a jurisdição tão ou mais atrativa do que a arbitragem. Vale dizer, a possibilidade dessa liberdade contratual também no método oferecido pelo Estado. E a forma encontrada é a convenção relativa ao processo e ao procedimento”. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A contratualização do procedimento: das convenções processuais no processo civil. São Paulo, Ltr, 2015, p. 109. Mais: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 63.

processual que macule a vontade<sup>152</sup>. É preciso superar a intolerância da vontade das partes no processo estatal, em prol da consolidação do modelo de processo cooperativo<sup>153</sup>.

Com relação aos sujeitos das convenções processuais, entende-se que somente as partes são seus titulares<sup>154</sup>, de modo que ao Juiz caberia a simples função de dar cumprimento e garantir a execução do negócio jurídico processual<sup>155</sup>.

Sobre a forma, o negócio jurídico processual deve ser obrigatoriamente escrito<sup>156</sup> (se oral, deve ser reduzido a termo<sup>157</sup>). Não há necessidade de reconhecimento de firma, nem que seja celebrado por instrumento público (ao menos que a lei assim exija). Basta que haja o acordo entre as vontades das partes<sup>158</sup>.

---

<sup>152</sup> FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. O juiz e a contratualização dos litígios. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018; e DI SPIRITO, Marco Polo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual – Parte I. Revista de Processo | vol. 247/2015 | p. 137 - 176 | Set / 2015 DTR\2015\13184.

<sup>153</sup> “As partes não são meras provocadoras iniciais ou simples observadoras incapazes de interferir no procedimento”; pelo contrário, podem participar de forma assídua do processo, em pé de igualdade com o magistrado, cujos poderes “devem ser conjugados com as prerrogativas das partes, com equilíbrio, equivalência e coordenação, não numa ultrapassada relação de hierarquia e supremacia”. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 192.

<sup>154</sup> “De início, devemos perquirir se o magistrado seria um sujeito cuja vontade e consentimento seriam exigidos para a própria formação do acordo. Assim, sustentam alguns autores, para os quais o juiz tem capacidade negocial e seria parte da convenção ou pelo menos de algumas delas. Sua vontade se somaria àquela dos demais interessados como elemento essencial para a celebração do acordo. Assim não pensamos. Como afirma Kelsen, a capacidade negocial é o poder jurídico conferido pela ordem jurídica aos indivíduos para, em conformidade com as normas jurídicas gerais e com base em sua autonomia e liberdade, produzirem normas jurídicas individuais. Nesse sentido, a capacidade negocial não é própria da função jurisdicional. Somente os sujeitos que falam em nome de algum interesse possuem capacidade negocial para estipular regras do procedimento ou criar, modificar e extinguir situações jurídicas processuais. Acordos processuais são celebrados por sujeitos que toma parte a favor de interesses, e não pelo Estado Juiz.” (...) Sob esse ponto de vista, o negócio jurídico é fonte de norma jurídica processual e, assim, vincula o órgão julgador, que, em um Estado de Direito, deve observar e fazer cumprir as normas jurídicas válidas, inclusive as convencionais. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Juspodivm, 2016, ps. 220/224.

<sup>155</sup> Conforme se verá ao longo do presente trabalho, com relação ao juiz, de forma geral, a própria lei processual dispensa os negócios jurídicos processuais de homologação. Quando a intervenção judicial se faz necessária, o Código de Processo Civil manifesta tal exigência expressamente, como nas disposições que tratam do calendário processual.

<sup>156</sup> “Nada impede, v.g., em nossa opinião, que o autor e réu se comprometam validamente a não indicar assistentes técnicos, deixando ao exclusivo encargo do perito a realização da diligência”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. Revista de Processo | vol. 33/1984 | p. 182 - 191 | Jan - Mar / 1984 Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 3 | p. 151 - 163 | Out / 2011 | DTR\1984\9.

<sup>157</sup> Sobre o assunto, Yarshel também diz que se o negócio processual apresentado na forma oral (em audiência, por exemplo), deve ser reduzido a termo e incorporado ao processo na forma escrita YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo à uma nova era? In *Negócios Jurídicos Processuais*, coordenação CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique. Juspodivm, 2016, 2ª edição, p. 85.

<sup>158</sup> TALAMINI, Eduardo. (In)Alienability of Public Interest: Procedural Consequences (Agreements in Court, Procedural Prerogatives, Arbitration, Procedural Agreements and Judicial Enforcement of Non-Executory Written Instruments) – Updated Version According to Brazilian Civil Procedure Law of 2015. Revista de Processo | vol. 264/2017 | p. 83 - 107 | Fev / 2017.

Com relação ao momento da celebração, o negócio jurídico processual pode, inclusive, ser celebrado antes do litígio ou durante o litígio<sup>159</sup>. Antes do litígio, o negócio jurídico processual pode ser inserido no próprio contrato que fundamenta a relação de direito material entre as partes, tal qual uma cláusula compromissória ou uma cláusula de eleição de foro<sup>160</sup>.

Assim, após a celebração do negócio jurídico processual, o Juiz, de acordo com o artigo 190 do Código de Processo Civil, estará vinculado à convenção das partes, devendo comprometer-se com o seu cumprimento e execução<sup>161</sup>, sem que haja necessidade de qualquer tipo de homologação perante o Juiz<sup>162</sup>.

Apresentadas as considerações conceituais sobre os negócios jurídicos processuais e as convenções processuais, passemos à análise do conceito e características da flexibilidade procedimental, instituto apto a sustentar as ideias defendidas na presente dissertação de mestrado.

### **3. Flexibilidade procedimental, a influência do direito material e as convenções processuais.**

---

<sup>159</sup> “O fato de o negócio jurídico processual poder ser previamente estabelecido em um contrato pelos advogados das partes viabiliza que tal recurso seja utilizado de forma mais abrangente, possibilitando um maior grau de adequação, o qual culminará, no fim das contas, na prestação da melhor tutela jurisdicional possível para o litígio. O negócio jurídico processual é uma forma autocompositiva de se resolver um litígio pela via heterocompositiva.” (...) “O fato de o negócio jurídico processual poder ser previamente estabelecido em um contrato pelos advogados das partes viabiliza que tal recurso seja utilizado de forma mais abrangente, possibilitando um maior grau de adequação, o qual culminará, no fim das contas, na prestação da melhor tutela jurisdicional possível para o litígio. O negócio jurídico processual é uma forma autocompositiva de se resolver um litígio pela via heterocompositiva.”. RAVAGNANI, Giovani dos Santos. Negócios Jurídicos Processuais: uma nova perspectiva. In: ABDO, Helena Najjar; FELITTE, Beatriz Valente; BRAGA, Carlos David Albuquerque. (Org.). Contencioso Empresarial na Vigência do Novo Código de Processo Civil. 1ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, v. 1, p. 169-190; “O traço definidor das convenções processuais diz respeito à sua aptidão de produzir efeitos no processo, pouco importando o momento de sua celebração”. FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. O juiz e a contratualização dos litígios. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018; e TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Disponível in <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151020-17.pdf>, acesso em 23 de dezembro de 2018, à 00h09min.

<sup>160</sup> Antes do litígio, o negócio jurídico processual pode ser inserido no próprio contrato que fundamenta a relação de direito material entre as partes, tal qual uma cláusula compromissória ou uma cláusula de eleição de foro. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Juspodivm, 2016, pp. 75-80.

<sup>161</sup> “O Juiz se vincula diretamente aos negócios jurídicos processuais, seja quando relacionados ao procedimento, seja quando relacionados a ônus, poderes e deveres processuais, devendo promover a implementação dos meios necessários ao cumprimento do que foi avençado entre as partes.”. NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais no Código de Processo Civil de 2015. Juspodivm, 1ª edição, 2016, p. 229.

<sup>162</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexo das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 222-238; e PASSOS, J. J. Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 68-70.

O modelo cooperativo<sup>163</sup> de processo aproximou as partes da possibilidade de ajustar o procedimento às suas especificidades e às especificidades do direito material<sup>164</sup>. No novo processo civil, as partes podem participar de forma assídua do processo, em conjunto com o julgador, cujos poderes “devem ser conjugados com as prerrogativas das partes, com equilíbrio, equivalência e coordenação, não numa ultrapassada relação de hierarquia e supremacia.”<sup>165</sup>

Instrumento para tornar possível o exercício de tal direito são as convenções processuais<sup>166</sup>, que se inserem no contexto de autorregramento da vontade das partes<sup>167</sup> no processo judicial, que podem ser entendidas como “todos os atos bilaterais praticados no curso do processo ou para nele produzirem efeitos, que dispõem sobre questões do processo, subtraindo-as da apreciação judicial ou condicionando o conteúdo de decisões judiciais subsequentes<sup>168</sup>.” As convenções processuais não visam a retirar do juiz sua posição de centro de poder; o que se busca, em realidade, é o meio termo, para que o processo não seja visto nem como coisa sem partes, nem como coisa das partes<sup>169</sup>.

---

<sup>163</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 192.

<sup>164</sup> Remo Caponi enumera dois fatores fenomenológicos da história para explicar o que ele considera “a relação de tensão entre acordos de partes e processo, entre autonomia privada e disciplina do instrumento institucional de composição das controvérsias.” Primeiro fator: “o desenho do Estado moderno entre o século XVII e o século XVIII, de se apropriar da função de fazer justiça e de reivindicar para si o monopólio da legislação em matéria processual, na tentativa de remediar a degeneração do processo romano-canônico”, que marginalizaria uma dimensão de justiça não estatal. Segundo fator, cujo epicentro deu-se na Alemanha na metade do século XIX: “o abandono do leito do *ius privatum* e a clara escolha em favor da colocação do Direito Processual Civil no *ius publicum*” - Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. trad. Pedro Gomes de Queiroz. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. XIII, p. 735.

<sup>165</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador, JusPodivm, 2016, pp. 136-137.

<sup>166</sup> Este trabalho adota a terminologia “convenção processual” mencionada por Barbosa Moreira como sendo mais técnica e mais aderente a linguagem do direito positivo (Temas de direito processual, Terceira Série. São Paulo, Saraiva, 1984, p. 89). Não há pretensão de discussão a respeito de qual locução seria a correta (ou mais adequada) para ser utilizada.

<sup>167</sup> *Negócios jurídicos processuais*. 2ª ed. Salvador, JusPodivm, 2017, p. 137.

<sup>168</sup> GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Quaestio Iuris*. Vol. 4, nº 1, p. 722. Para Fredie Didier Jr. existe até mesmo “um verdadeiro microsistema de proteção do exercício livre da vontade no processo”: “O princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo visa, enfim, à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas. De modo mais simples, esse princípio visa tornar o processo jurisdicional um espaço propício para o exercício da liberdade. O direito de a parte, ora sozinha, ora com a outra, ora com a outra e com o órgão jurisdicional, disciplinar juridicamente as suas condutas processuais é garantido por um conjunto de normas, subprincípios ou regras, espalhadas ao longo de todo o Código de Processo Civil. A vontade das partes é relevante e merece respeito. Há um verdadeiro microsistema de proteção do exercício livre da vontade no processo” (Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 15, nº 1250, 2015).

<sup>169</sup> Cabral refere-se às convenções processuais como uma “‘terceira via’, incorporando a flexibilização formal e adaptações dialogais ao procedimento no seio da própria justiça estatal.” Confirma-se o seguinte trecho de sua obra: “Nossa intenção não é ‘privatizar’ o processo ou eliminar o Estado da relação jurídica processual, o que sequer seria possível. O objetivo aqui é revitalizar o ‘contrato’, o ‘acordo’, como opções de configuração normativa para o direito processual, de maneira que o processo *judicial* volte a ser um

Assim, de acordo com o que fora sustentado em *As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do Juiz*<sup>170</sup>, o fortalecimento da autonomia privada, a partir das convenções processuais, contribui para que se tenha mais flexibilidade no procedimento judicial<sup>171</sup>. Os procedimentos flexíveis podem trazer bons frutos aos escopos do processo, dando mais legitimidade para a decisão heterocompositiva que será proferida<sup>172</sup>. Esse é o racional da arbitragem<sup>173</sup> e também um de seus atrativos.

O artigo 190 do Código de Processo Civil constitui um ótimo exemplo de flexibilização procedimental voluntária<sup>174</sup> que, “além de conferir às partes condições de dividir com o juiz a posição de protagonistas do processo, estimula o diálogo entre todos os sujeitos processuais sem prejudicar as garantias constitucionais processuais” e

---

instrumento atrativo e eficiente de solução de controvérsias em inúmeros casos em que os litigantes talvez não quisessem optar pelo procedimento padronizado, ordinarizado, rígido, e tampouco fosse possível ou adequada a arbitragem” (*Convenções processuais*, cit., p. 209). Mais: “Essa nova disposição é um culto à liberdade das partes e à adaptabilidade do procedimento, que foi uma postulação de antiga e muito nobre fonte doutrinária (Piero Calamandrei) – e o princípio da adaptabilidade é também valorizado pelo art. 139, VI, do NCPC, ao conceder ao juiz o poder-dever de ‘dilatir 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.’” DINAMARCO, Cândido Rangel. O Novo Código de Processo Civil e a ordem processual civil vigente. *Revista de Processo* | vol. 247/2015 | p. 63 - 103 | Set / 2015 | DTR\2015\13199.

<sup>170</sup> RAVAGNANI, Giovanni dos Santos, VAUGH, Gustavo Fávero, BRASIL, Renato Caldeira Grava. *As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do Juiz*. *Revista dos Tribunais* | vol. 989/2018 | p. 377 - 404 | Mar / 2018 | DTR\2018\10317.

<sup>171</sup> Com razão Cabral: *Convenções processuais*, cit., pp. 162-163.

<sup>172</sup> Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Carlos Alberto Carmona, 2007, p. 151). A tese de doutoramento em referência foi publicada sob o título *Flexibilização Procedimental* (São Paulo, Atlas, 2008).

<sup>173</sup> Ver Carlos Alberto Carmona, *O processo arbitral*. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 1. São Paulo, Editora RT, 2004, p. 21.

<sup>174</sup> Fernando Gajardoni fala em quatro espécies de flexibilidade procedimental: legal genérica; legal alternativa; judicial e voluntária (*Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, cit., pp. 160-243). “Será que o direito à tutela jurisdicional é apenas o direito ao procedimento legalmente instituído, não importando a sua capacidade de atender de maneira idônea o direito material? Ora, não tem cabimento entender que há direito fundamental à tutela jurisdicional, mas que esse direito pode ter a sua efetividade comprometida se a técnica processual houver sido instituída de modo incapaz de atender ao direito material. Imaginar que o direito à tutela jurisdicional é o direito de ir a juízo através do procedimento legalmente fixado, pouco importando a sua idoneidade para a efetiva tutela dos direitos, seria inverter a lógica da relação entre o direito material e o direito processual. Se o direito de ir a juízo restar na dependência da técnica processual expressamente presente na lei, o processo é que dará os contornos do direito material. Mas, deve ocorrer exatamente o contrário, uma vez que o primeiro serve para cumprir os desígnios do segundo. Isso significa que a ausência de técnica processual adequada para certo caso conflitivo concreto representa hipótese de omissão que atenta contra o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004; Assim Fernando Gajardoni: “(...) pelo modelo da flexibilidade procedimental voluntária, competiria às partes eleger o procedimento processual adequado, ou ao menos parte dos atos processuais da série. Neste regime, naturalmente excepcional, o papel do juiz seria mais passivo, eis que a deliberação sobre o encaminhamento do caso seria dos litigantes, inclusive no tocante a parcela dos prazos” (*Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, cit., p. 248); e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 74.

“aproxima o Estado-juiz dos destinatários da prestação jurisdicional, torna o processo mais democrático, contribuiu para a maior eficiência do Poder Judiciário, facilita a autocomposição endoprocessual e a concretização do acesso à ordem jurídica justa.”<sup>175</sup>.

O procedimento é a base estrutural para o deslinde e a realização sucessiva dos atos processuais<sup>176</sup>: o processo se desenvolve seguindo a linha daquilo que fora estabelecido como regra procedimental, seja estabelecido por lei, seja estabelecido pela vontade das partes<sup>177</sup>.

Como relação jurídica de direito público<sup>178</sup>, o processo é a estrada que liga o ponto A ao ponto B, sendo o ponto A crise de direito material e o ponto B a efetiva e definitiva prestação da tutela jurisdicional. O procedimento são etapas contidas na estrada e no deslocamento. Há sempre um caminho e um veículo ordinário para se chegar no ponto B. Todavia, a lei ou as partes podem incrementar e adaptar essa jornada. Imagine-se que um indivíduo quer se deslocar, com seu próprio carro, do estádio Allianz Parque, localizado no bairro da Pompéia, na cidade São Paulo para o estádio Walter Ribeiro, localizado no bairro de Santa Rosália, na cidade de Sorocaba.

O caminho habitual para fazer o percurso é deslocar-se até a Marginal Tietê, sentido Rodovia Castello Branco, ingressar na Rodovia Castello Branco sentido interior, até o quilômetro 79, adentrar à Rodovia Antonio Ermírio de Moraes, sentido Sorocaba e dirigir até o seu término. Ao término da Rodovia, o motorista deve ingressar na Avenida Marginal Dom Aguirre, convergindo à direita na Avenida Pereira da Silva, por onde deve andar cerca de três quilômetros, até chegar ao destino, o Estádio Walter Ribeiro. Este percurso terá alguns custos ordinários, como o combustível do veículo e os pedágios localizados em ambas rodovias. Este é o procedimento ordinário, estabelecido por lei.

---

<sup>175</sup> CAMBI, Eduardo; e NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no Novo Código de Processo Civil. Revista de Direito Privado | vol. 64/2015 | p. 219 - 259 | Out - Dez / 2015 | DTR\2016\130.

<sup>176</sup> “Por sua vez, o “procedimento” é entendido como um conjunto complexo de atos encadeados em sequência lógica, pelo qual se exterioriza o processo. O procedimento é documentado pelos “autos”.” SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. Revista de Processo | vol. 208/2012 | p. 61 - 89 | Jun / 2012 | DTR\2012\44731.

<sup>177</sup> RAVAGNANI, Giovani dos Santos, VAUGH, Gustavo Fávero, BRASIL, Renato Caldeira Grava. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do Juiz. Revista dos Tribunais | vol. 989/2018 | p. 377 - 404 | Mar / 2018 | DTR\2018\10317.

<sup>178</sup> Sobre o conceito de processo, importante destacar o conceito histórico de Hélio Fazzalari, em que processo é procedimento em contraditório. FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual. Trad. 8ª ed. Elaine Nassif. 1ª ed. Campinas/SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006, p. 37. Mais: “relação jurídica de caráter público, desenvolvida sob o signo do contraditório, autônoma com respeito à relação jurídica de direito material existente entre os litigantes, e cujo objetivo é a pacificação do litígio, a aplicação do direito objetivo e a afirmação do poder soberano estatal.”. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. Revista de Processo | vol. 208/2012 | p. 61 - 89 | Jun / 2012 | DTR\2012\44731.



O procedimento flexível, neste contexto, é exemplificado pela utilização do aplicativos *Waze* ou *Google Maps*. As aplicações de *internet* indicarão o melhor caminho e a melhor forma de se deslocar de acordo com as orientações que vierem a ser apresentadas usuário. A depender dos critérios estabelecidos pelas partes, sugerirão outro caminho em virtude do trânsito (como a escolha pela Rodovia Raposo Tavares, por exemplo), outra forma de locomoção, como o ônibus da Viação Cometa ou o deslocamento via bicicleta, se o critério de escolha se tratar de desejo da prática de atividade física. Os aplicativos ainda poderão incorporar paradas estratégicas em *shoppings centers*, pontos turísticos, postos de gasolina etc.

Para além do *Waze* ou do *Google Maps*, o indivíduo poderá ainda escolher ir de carona com algum colega, utilizar os serviços e aplicativos de carona compartilhada (*BlaBlaCar*, por exemplo), organizar um fretamento coletivo de ônibus via aplicativo *Buser*, socorrer-se ao à aviação civil e partir do aeroporto localizado no Campo de Marte. A imaginação é o limite.

A flexibilidade procedimental está para o processo, assim como a multimodalidade está para a mobilidade urbana<sup>179</sup>. Cada um deve ter o direito de escolher o melhor veículo e o melhor instrumento para chegar ao seu destino final, seja o caminho ordinário, seja uma combinação de todas outras possibilidades existentes na ida ao trabalho, caminhar até o ponto de ônibus, tomar um ônibus até a estação de metrô, após utilizar o metrô, realizar a baldeação para a linha de trem, desembarcando na estação de trem solicitar um carro por aplicativo – Uber ou 99 – e, enfim, chegar ao local de trabalho.

No processo acontece a mesma coisa, as partes podem dispor sobre o objeto da demanda, sobre as provas que pretendem produzir, sobre os prazos processuais, sobre o ingresso ou não de terceiros etc. No silêncio das partes, o procedimento previsto em lei, com a condução estará lá, apto a conduzir às partes no desafio da satisfação da crise de direito material<sup>180</sup>.

Pois bem. Da mesma maneira que o processo serve o direito material, o procedimento também deve fazê-lo. Nosso atual sistema processual já foi, inclusive, concebido de modo a propiciar, em determinadas situações, um procedimento específico

---

<sup>179</sup> Mais em <https://medium.com/para-onde-vamos/mobilidade-integrada-em-cidades-compartilhadas-1220dd9037c9>, acesso em 9 de janeiro de 2019, às 04h34min.

<sup>180</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. Revista de Processo | vol. 105/2002 | p. 181 - 190 | Jan - Mar / 2002 | DTR\2002\77.

para determinado conflito de direito material. Esse é o caso das tutelas jurisdicionais diferenciadas (ações possessórias, prestação de contas, processos societários e etc.)<sup>181</sup> e da própria arbitragem<sup>182</sup>. Esta também é a experiência que abstrai das pesquisas em direito comparado<sup>183</sup>.

Ocorre que, contudo, em determinadas situações, o formalismo excessivo<sup>184</sup> e o excesso de regras e de circunstâncias burocráticas podem prejudicar o íter processual,

---

<sup>181</sup> YARSHEL, Flávio Luiz; e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Apresentação a Processo societário*, São Paulo, Quartier Latin 2012. BONÍCIO, Marcelo José Magalhães; e PROENÇA, José Marcelo Martins. Proposta de uma nova tutela jurisdicional diferenciada: o processo societário brasileiro. In *Processo Societário* (coordenadores Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira, São Paulo, Quartier Latin, 2012. Ademais: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo José Carneiro da . Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

<sup>182</sup> “A autonomia das partes em decidirem os procedimentos a serem seguidos, além da flexibilidade dos procedimentos, são vantagens da arbitragem em relação ao procedimento estabelecidos na jurisdição estatal (um procedimento engessado). Uma vez que as partes acordam no que diz respeito aos procedimentos, estes devem ser seguidos pelo tribunal arbitral (pois, novamente, os poderes deste emanam, primordialmente, do acordo de vontade das partes)”. COSTA, Amanda Dallmann. Produção de prova documental na arbitragem internacional: análise sobre a possibilidade de utilização de discovery em uma arbitragem internacional. Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito no ano de 2017, sob a orientação do professor Ronaldo Vasconcelos; “A possibilidade de escolher as regras procedimentais é, de certa forma, tão útil quanto poder escolher seu árbitro”. JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Flexibilidade do Procedimento Arbitral e Poderes Instrutórios dos Árbitros na Arbitragem Brasileira: Possibilidade de Restringir os Poderes Instrutórios dos Árbitros em Nome da Autonomia da Vontade. *Revista Brasileira de Arbitragem*, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2011, Volume VIII Issue 31) pp. 29 – 58; FALECK, Diego; ALVES, Rafael Francisco. Concordar em discordar: por quê, o quê e como negociar o procedimento arbitral. *Revista de Direito Empresarial* | vol. 1/2014 | p. 249 | Jan / 2014 | DTR\2014\586; Cf. Daniela Bessone Barbosa Moreira; A convenção arbitral em estatutos e contratos sociais in ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). *Arbitragem interna e internacional (questões de doutrina e da prática)*. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2003, p. 370; ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas. p. 42; GONÇALVES NETO, Francisco. Convenção de arbitragem e renúncia da jurisdição estatal. *Revista de Direito Privado* | vol. 15/2003 | p. 201 - 211 | Jul - Set / 2003 | DTR\2003\376; “Por outro lado, o momento da proposição e admissão das provas se dará de acordo com procedimento acordado pelas partes”. FARIA, Marcela Kohlbach. A produção de prova no procedimento arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 32/2012 | p. 207 - 226 | Jan - Mar / 2012.

<sup>183</sup> “A respeito do direito inglês, as *Civil Procedure Rules*, logo em seu item 1.1., dispõem expressamente a respeito da necessidade de se possibilitar ao Judiciário “a administração de casos de maneira justa e a um custo proporcional”. Para as CPR, tratar um caso de tal maneira significa, dentre outras medidas, economizar despesas; tratar o caso de maneira proporcional ao valor financeiro envolvido, à importância do caso, à complexidade das questões envolvidas e à capacidade econômica de cada parte; e atribuir ao caso uma quantia adequada de recursos do Tribunal, levando em consideração a necessidade de alocação de recursos em outros casos”. Íntegra do item 1.1 das CPR inglesas: The overriding objective. 1.1. (1) These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost. (2) Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable – (a) ensuring that the parties are on an equal footing; (b) saving expense; (c) dealing with the case in ways which are proportionate – (i) to the amount of money involved; (ii) to the importance of the case; (iii) to the complexity of the issues; and (iv) to the financial position of each party; (d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; (e) allotting to it an appropriate share of the court’s resources, while taking into account the need to allot resources to other cases; and (f) enforcing compliance with rules, practice directions and orders. Mais: ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 112.

<sup>184</sup> Galanter afirma que a a flexibilidade dos meios alternativos não pode ser confundida com informalismo,

afetando também a prestação da tutela jurisdicional e a dissolução da crise de direito material posta em Juízo<sup>185</sup>. Isso porque o legislador não é capaz de prever, de forma completa, quais serão as demandas encaminhadas pelos cidadãos ao Judiciário, afastando-se a tese de que o procedimento rígido traria segurança e conforto emocional<sup>186</sup>. Não é possível a produção de leis que contenham, com perfeição, os procedimentos adequados para todas as situações cotidianas. A flexibilização procedimental aparece como um mecanismo dirigido para a redução de eventuais incompatibilidades entre o procedimento e as especificidades do caso concreto<sup>187</sup>.

---

existindo, na realidade, um formalismo de forma breve. Introduction: compared to what? Assessing the quality of dispute resolution. *Denver University Law Review*, v. 66, n. 3, 1989, p. XIII-XIV. GALANTER, Marc. Introduction: compared to what? Assessing the quality of dispute resolution. *Denver University Law Review*, v. 66, n. 3, 1989, p. XIII-XIV.

<sup>185</sup> “Ora o procedimento não precisa ser tão cartesiano como pinta a lei! A necessária racionalidade jurídica não se apresenta como assepsia lógica, tendo, pois, o direito brasileiro, plenas condições, dentro de sua perspectiva histórica e cultural, de apresentar soluções procedimentais mais adequadas do que modelos rituais rigidamente previstos em lei. De fato, o exercício da jurisdição pelo Estado sempre foi uma manifestação de soberania, com aspectos de desejada solenidade, da qual o rito sempre foi importante figura. Hoje, todavia, o tema da tutela dos direitos substanciais surge como conteúdo prevalente da função jurisdicional, de modo que a forma vem dia-a-dia perdendo destaque. As sociedades, em resumo, toleram uma quantidade limitada de procedimentos formais e, se não são pode desprezá-los, ‘que pelo menos estas regras sejam reduzidas, céleres, flexíveis’, pois as formas, de fato, são necessárias, mas o formalismo é uma deformação.” (...) “Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quiçá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique – nem mesmo, quero crer, no pensamento desses próprios autores – hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.” GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade Procedimental*. Tese apresentada para obtenção de título de Doutor perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, acesso em 28.11.2016. Disponível em [http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008-152939/publico/FERNANDO\\_TESE\\_COMPLETA\\_PDF.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008-152939/publico/FERNANDO_TESE_COMPLETA_PDF.pdf). No mesmo sentido: RAVAGNANI, Giovani dos Santos. *Negócios Jurídicos Processuais: uma nova perspectiva*. In: ABDO, Helena Najjar; FELITTE, Beatriz Valente; BRAGA, Carlos David Albuquerque. (Org.). *Contencioso Empresarial na Vigência do Novo Código de Processo Civil*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, v. 1, p. 169-190.

<sup>186</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Provas atípicas*. *Revista de Processo* | vol. 76/1994 | p. 114 - 126 | Out - Dez / 1994; e JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. *Flexibilidade do Procedimento Arbitral e Poderes Instrutórios dos Árbitros na Arbitragem Brasileira: Possibilidade de Restringir os Poderes Instrutórios dos Árbitros em Nome da Autonomia da Vontade*. *Revista Brasileira de Arbitragem*, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2011, Volume VIII Issue 31) pp. 29 – 58.

<sup>187</sup> ONO, Taynara Tiemi. *A flexibilização procedimental: uma comparação entre os sistemas jurídicos brasileiro, inglês e português*. *Revista de Processo* | vol. 254/2016 | p. 407 - 427 | Abr / 2016 | DTR\2016\19696; “A flexibilização procedimental não atenta contra a ordem jurídica, pois: (a) não há violação à garantia do devido processo legal; (b) não é o procedimento que legitima a decisão judicial, mas sim a participação das partes no procedimento adotado; (c) nos moldes adotados no NCPC, não se fere a segurança jurídica e, tampouco, causa perda da previsibilidade dos atos processuais, posto que a flexibilização procedimental condiciona-se ao exercício do contraditório pleno, à existência de finalidade específica e à motivação da decisão judicial que a determina; (d) a possibilidade de adaptar o procedimento legalmente estabelecido se justifica pela ponderação de valores e a sua relevância para a efetivação da garantia constitucional de acesso à ordem jurídica justa; (e) não faria sentido permitir ao juiz a valoração da prova de acordo com a sua persuasão racional motivada e impedi-lo de interferir na condução do procedimento, assim

Assim, as convenções ou os negócios processuais despontam como mais uma medida de flexibilização e de adaptação procedimental. Fala-se em um sistema multiportas de resolução de conflito<sup>188</sup>, é possível que se entendam as convenções processuais como mais uma porta que se abre para a resolução de conflitos, uma vez que adequada o processo à realidade do caso submetido à análise judicial<sup>189</sup>.

Ora, o processo deve ser adequado à realidade do direito material, valendo dizer que o procedimento previsto em lei para determinado processo deve atender às finalidades e a natureza da demanda. É preciso, enfim, haver uma adequação do processo às particularidades do caso concreto<sup>190</sup>. O Judiciário deve concentrar suas energias nas questões de mérito e não nos aspectos formais secundários<sup>191</sup>.

À guisa de conclusão do presente tópico, destaca-se que se o procedimento é um dos fatores legitimadores da atividade judicial, o afastamento das iniquidades da rigidez procedimental contribui para que as partes aceitem o produto do procedimento, a sentença

---

como representaria incoerência grosseira permitir ao árbitro a adaptabilidade do procedimento e rechaçá-lo ao magistrado”. RAVAGNANI, Giovani dos Santos. Negócios Jurídicos Processuais: uma nova perspectiva. In: ABDO, Helena Najjar; FELITTE, Beatriz Valente; BRAGA, Carlos David Albuquerque. (Org.). Contencioso Empresarial na Vigência do Novo Código de Processo Civil. 1ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, v. 1, p. 169-190. Mais: CAMBI, Eduardo; e NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no Novo Código de Processo Civil. Revista de Direito Privado | vol. 64/2015 | p. 219 - 259 | Out - Dez / 2015 | DTR\2016\130.

<sup>188</sup> “O sistema multiportas é a implementação efetiva do princípio da adequação, porquanto parte da premissa de que existem vantagens e desvantagens na utilização de cada um dos processos de solução de conflitos e, por conseguinte, oferece ao interessado as diversas opções existentes”. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. Revista de Processo | vol. 195/2011 | p. 185 - 208 | Maio / 2011.

<sup>189</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. Disponível em [https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios\\_jur%C3%ADdicos\\_processuais\\_no\\_processo\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro), acesso em 15 de dezembro de 2018, às 10h44min.

<sup>190</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 68-69; e CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. Disponível em [https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios\\_jur%C3%ADdicos\\_processuais\\_no\\_processo\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro), acesso em 15 de dezembro de 2018, às 10h44min.

<sup>191</sup> “O ideal é colocar a técnica processual a serviço do direito material e dos fins últimos do processo, limitando-se o mínimo possível o desempenho dos sujeitos processuais, de modo que a regulação contenha apenas o indispensável para uma condução bem organizada e proporcionada do feito. Além disso, a par da maior eficiência do aparelho estatal, mostra-se desejável hoje o desiderato de obter-se índice sempre mais intenso de democratização do processo, incrementando-se, assim, a efetiva acessibilidade das partes e dos demais participantes do serviço judiciário, facilitando-se-lhes ao mesmo tempo o uso do aparelho estatal”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 173; e CAMBI, Eduardo; e NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no Novo Código de Processo Civil. Revista de Direito Privado | vol. 64/2015 | p. 219 - 259 | Out - Dez / 2015 | DTR\2016\130.

definitiva que resolve o conflito<sup>192</sup>. O caminho também importa, posto que os meios justificam e legitimam os fins.

#### 4. Cláusula geral de negociação: o artigo 190 do CPC 2015.

Quase a totalidade dos textos sobre o Código de Processo Civil de 2015, que fazem referência às convenções processuais, mencionam o artigo 190 como uma espécie de cláusula geral de negociação processual<sup>193</sup>, segundo a qual as partes plenamente capazes poderiam, em se tratando de direito que admita autocomposição<sup>194</sup>, dispor sobre o processo,

---

<sup>192</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008, p. 97; e CAMBI, Eduardo; e NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no Novo Código de Processo Civil. Revista de Direito Privado | vol. 64/2015 | p. 219 - 259 | Out - Dez / 2015 | DTR\2016\130.

<sup>193</sup> “O art. 190 do CPC/2015 é a norma de habilitação que atua empoderando as partes, i.e. autorizando que sua vontade convencional seja fonte de juridicidade. – pag. 165 (...) o Código de Processo Civil de 2015 reproduz a regra do art. 158 do CPC/73 no art. 200, reafirmando que os atos negociais das partes produzem efeitos desde logo no processo, independentemente de deferimento ou homologação judicial; o CPC/2015 estimula também a autocomposição, dispondo, logo no âmbito das normas fundamentais, no sentido de que cabe ao Estado incentivar soluções consensuais (art. 3º parágrafo 3º) (...)” CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 165; “Conquanto se manifeste com muito maior amplitude do âmbito do direito privado, que tem como uma de suas fundamentais características a autonomia das vontades, o negócio jurídico pode dar-se também no âmbito das relações processuais. Trata-se de categoria mais rarefeita dos negócios jurídicos: os negócios jurídicos processuais, por intermédio dos quais podem ser criadas, extintas ou modificadas relações de direito no âmbito do processo (...) Os arts. 190 e 191 do NCPC, contudo, representam normas que, a par de reforçar a possibilidade de serem pactuados negócios jurídicos processuais, ampliam suas hipóteses de manejo: com efeito, com o advento dos artigos em análise, o negócio jurídico processual poderá ter por conteúdo o procedimento, os ônus, os poderes, as faculdades e os deveres processuais, sendo 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. (...) O art. 190 do NCPC contém, por assim dizer, uma espécie de norma geral de autorização dos negócios jurídicos de caráter processual, vale dizer, serve de autorização geral para que as partes pactuem, observadas as condições estipuladas no artigo em referência, negócios jurídicos que reflitam no processamento da ação.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil, Artigo por artigo*. 1ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 352; “a admissão genérica das convenções processuais, extraída do art. 190 do CPC/2015, poderá permitir uma renovada interpretação das disposições legais existentes em torno do princípio in dubio pro libertate”. CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais: entre publicismo e privatismo. 2015. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, p. 151; “A mencionada regra foi instituída pelo art. 190 do CPC/2015, que autoriza a celebração de negócios jurídicos processuais pelas partes e consagra a cláusula geral dos negócios processuais, ressaltando a primazia da vontade no campo processual. Desta forma, sempre que o processo versar sobre direitos que admitam autocomposição, as partes poderão estipular mudanças no procedimento e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo, dentro ou fora dele”. MOREIRA, Victória Hoffmann; e PEIXOTO, Juliene de Souza. Negócios jurídicos processuais e poderes instrutórios do juiz. In: MARCATO, Ana (Org.); GALINDO, Beatriz (Org.); GÓES, Gisele (Org.); BRAGA, Paula Sarno. (Org.); APRIGLIANO, R. (Org.); NOLASCO, R. D. (Org.). *Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro*. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017; RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003. p. 559; e ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais - existência, validade e eficácia - campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. Revista de Processo | vol. 244/2015 | p. 393 - 423 | Jun / 2015 DTR\2015\9713.

<sup>194</sup> Sobre o objeto do acordo processual, veja o que diz Fredie Didier Jr.: “Mas é preciso que se deixe claro um ponto: o direito em litígio pode ser indisponível, mas admitir solução por autocomposição. É o que

estipulando mudanças no procedimento de modo a ajustá-lo às especificidades da controvérsia e, ainda, “convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”<sup>195</sup>, sem a necessidade de homologação judicial<sup>196</sup>.

A cláusula geral é uma técnica legislativa que permite uma abertura do sistema jurídico a valores ainda não expressamente definidos legislativamente, viabilizando a sua sistematização por meio de máximas de conduta<sup>197</sup>. Tratam-se de mandamentos genéricos que relembram as regras pormenorizadas ao casuísmo, ou melhor, uma verdadeira caixa de ferramentas, apta a permitir a construção de técnicas *tailor made* para cada tipo de situação processual<sup>198</sup>.

---

acontece com os direitos coletivos e o direito aos alimentos. Assim, ‘a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual’ (Enunciado 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). Por isso o texto legal fala em ‘direito que admita autocomposição’ e não ‘direito indisponível’” (Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. Vol. 1. São Paulo, Editora RT, 2016, pp. 66-67).

<sup>195</sup> “Mas é no art. 190 do CPC que se encontra uma mudança fundamental no processo civil brasileiro. Preenchidos determinados requisitos, as partes podem convencionar sobre situações jurídicas processuais ou sobre procedimento. Com regras processuais que serão aplicadas para resolver o seu litígio”. AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p. 133; e CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, JusPodivm, 2018, p. 331.

<sup>196</sup> “No caso, o controle do juiz reside, basicamente, em verificar a possibilidade das partes regularem o procedimento da forma como desejam. Os requisitos estão postos no caput do art. 190: (a) o objeto do processo deve ser direito disponível, ou seja, aqueles que admitem autocomposição, excluindo-se desde já as ações sobre o estado de pessoas, os direitos de incapazes, etc.; (b) partes plenamente capazes, retirando daqueles que devem atuar em juízo com representação ou assistência a possibilidade de ser sujeito no negócio jurídico processual de alteração do procedimento.<sup>23</sup>; (c) o negócio deve ser firmado antes ou durante o processo, devendo-se entender, por lógica, que a convenção deve tratar de atos procedimentais ainda não praticados, mesmo que já iniciado o processo”. AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do Magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo* | vol. 246/2015 | p. 219 - 238 | Ago / 2015 | DTR\2015\13217.

<sup>197</sup> “A cláusula geral é uma técnica legislativa que vem sendo cada vez mais utilizada, exatamente porque permite uma abertura do sistema jurídico a valores ainda não expressamente protegidos legislativamente, a ‘standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de condutas não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada, de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo. A técnica das ‘cláusulas gerais’ contrapõe-se a técnica casuística. Não há sistema jurídico exclusivamente estruturado em cláusulas gerais (que causariam uma sensação perene de insegurança) ou em regras casuísticas (que tornariam o sistema sobremaneira rígido e fechado, nada adequado à complexidade da vida contemporânea)”. DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. Disponível em [www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais](http://www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais), acesso em 25 de dezembro de 2018, às 14h58min.

<sup>198</sup> DI SPIRITO, Marco Polo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual – Parte III. *Revista de Processo* | vol. 249/2015 | p. 141 - 172 | Nov / 2015 | DTR\2015\16571; REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: Necessidade de rompimento com o sistema do Código de Processo Civil de 1973 para a adequada compreensão da inovação do Código de Processo Civil de 2015. In: Didier Jr., Fredie; Cabral, Antonio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 272; DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 8, n. 12, p. 118-130, jan./dez. 2010; Sobre a ductilidade dos sistemas jurídicos contemporâneos, cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. 8ed. Editorial Trotta: Madri, 2008. Apud. BONFIM, Daniela Santos. A legitimidade

De acordo com as premissas que estão sendo sustentadas nesse trabalho, o fortalecimento da autonomia privada contribui para que se tenha mais flexibilidade no procedimento judicial, rompendo-se com o formalismo excessivo<sup>199</sup>, de modo que os tais artigos 190 e 200 do Código de Processo Civil de 2015 constituem um ótimo exemplo de flexibilização procedimental<sup>200</sup> de natureza voluntária<sup>201</sup>. As convenções processuais, por decorrerem do princípio do debate<sup>202</sup>, apenas equilibram os poderes dos atores processuais, dando destaque ao poder das partes<sup>203</sup>, em cumprimento aos escopos do processo cooperativo<sup>204</sup>. Tal qual insertos em nossa legislação processual, e por meio de uma

---

extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antônio. Negócios processuais. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 343; e “Assim, essa evolução normativa e principiológica contribuiu sobremaneira para a idealização de uma legislação mais condizente com a nossa realidade social, política, e jurídica, afetando, por conseguinte, a ciência processual, que tem como inspiração a satisfação do jurisdicionado e a pacificação social. Nesse contexto, verificam-se as novas espécies de flexibilização do procedimento, que serão admitidas pela futura legislação processual e que deverão ser cada vez mais objeto de estudos pelos operadores do direito, a fim de que sua correta utilização alcance a eficiência necessária à solução efetiva e adequada dos conflitos judicializados”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções em matéria processual. Revista de Processo | vol. 241/2015 | p. 489 - 516 | Mar / 2015 | DTR\2015\2136.

<sup>199</sup> Com razão Cabral: CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, JusPodivm, 2018, pp. 162-163.

<sup>200</sup> Fernando Gajardoni fala em quatro espécies de flexibilidade procedimental: legal genérica; legal alternativa; judicial e voluntária (Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, cit., pp. 160-243).

<sup>201</sup> Assim Fernando Gajardoni: “... pelo modelo da flexibilidade procedimental voluntária, competiria às partes eleger o procedimento processual adequado, ou ao menos parte dos atos processuais da série. Neste regime, naturalmente excepcional, o papel do juiz seria mais passivo, eis que a deliberação sobre o encaminhamento do caso seria dos litigantes, inclusive no tocante a parcela dos prazos” (Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, cit., p. 248); e “além de conferir às partes condições de dividir com o juiz a posição de protagonistas do processo, estimula o diálogo entre todos os sujeitos processuais sem prejudicar as garantias constitucionais processuais”, ao mesmo tempo em que “aproxima o Estado-juiz dos destinatários da prestação jurisdicional, torna o processo mais democrático, contribuiu para a maior eficiência do Poder Judiciário, facilita a autocomposição endoprocessual e a concretização do acesso à ordem jurídica justa.” Eduardo Cambi e Aline Regina das Neves, Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. Revista de Direito Privado. Vol. 64. São Paulo, Editora RT, 2015, p. 233.

<sup>202</sup> ABREU, Rafael Sirangelo. “Customização processual compartilhada”: o sistema de adaptabilidade do Novo CPC. Revista de Processo | vol. 257/2016 | p. 51 - 76 | Jul / 2016 | DTR\2016\21700; e CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 156.

<sup>203</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os ‘acordos processuais’ no novo CPC: aproximações preliminares. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 4, n. 39, p. 103-117, abr. 2015. Edição especial. Disponível em <https://hdl.handle.net/20.500.12178/91542>, acesso em 23 de dezembro de 2018, às 15h34min.

<sup>204</sup> Cabral refere-se às convenções processuais como uma “‘terceira via’, incorporando a flexibilização formal e adaptações dialogais ao procedimento no seio da própria justiça estatal.” Confira-se o seguinte trecho de sua obra: “Nossa intenção não é ‘privatizar’ o processo ou eliminar o Estado da relação jurídica processual, o que sequer seria possível. O objetivo aqui é revitalizar o ‘contrato’, o ‘acordo’, como opções de configuração normativa para o direito processual, de maneira que o processo *judicial* volte a ser um instrumento atrativo e eficiente de solução de controvérsias em inúmeros casos em que os litigantes talvez não quisessem optar pelo procedimento padronizado, ordinarizado, rígido, e tampouco fosse possível ou adequada a arbitragem” (*Convenções processuais*, cit., p. 209); “Sem igualdade, não há condições mínimas para exercício da liberdade porque as disposições convencionais terão sido assumidas num quadro em que o consentimento não foi livre e esclarecido, e portanto, fora de um espaço real e efetivo para o exercício da liberdade. E a própria disciplina legal da clausula geral de convencionalidade no CPC/2015 preocupou-se

interpretação teleológica, os negócios processuais permitem uma interpretação mais democrática do processo, oxigenando o procedimento<sup>205</sup>.

As regras contidas nos artigos 190 e 200<sup>206</sup>, atreladas ao princípio da cooperação<sup>207</sup> processual e às normas que fomentam e disciplinam a resolução consensual de conflitos compõem um microsistema de negociação processual: “percebe-se a existência de um conjunto de normas que buscam disciplinar a resolução pacífica, amigável e consensual do litígio, não apenas pela mera transação do direito em disputa, mas, ainda, na formulação do método resolutivo<sup>208</sup>. Trata-se, por certo, de um verdadeiro microsistema de negociação processual<sup>209</sup>.

---

com a isonomia dos acordantes, estabelecendo expressamente, no art. 190, parágrafo único, a proteção da parte vulnerável”. CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 366; e Para Estefânia Côrtes, o artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 representaria uma regra de cunho liberal, voltado à proteção da vontade das partes e ao princípio do autorregramento dos sujeitos no processo”. CÔRTEES, Estefania. A possibilidade de limitação dos poderes instrutórios do juiz pelos negócios jurídicos processuais. Disponível em JusBrasil (<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/400578969/a-possibilidade-de-limitacao-dos-poderes-instrutorios-do-juiz-pelos-negocios-juridicos-processuais>), acesso em 22 de dezembro de 2018, às 20h15min.

<sup>205</sup> DUARTE, Antônio Aurélio Abi Ramia. Negócios processuais e seus novos desafios. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 2/2018 | p. 1021 - 1037 | Revista dos Tribunais | vol. 955/2015 | p. 211 - 227 | Maio / 2015 | DTR\2015\3721.

<sup>206</sup> “O artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 – que, a nosso ver, pode ser enxergado como um desdobramento do artigo 200 do mesmo diploma legal – surge para abolir todos os questionamentos acerca da possibilidade ou não de se celebrarem negócios processuais atípicos”. GOUVEIA, Lúcio Grassi; GADELHA, Marina Motta Benevides. Negócios Jurídicos Processuais: “Libertas Quæ Sera Tamen”. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro | Belo Horizonte, ano 24, n. 96, p. 153-172, out./dez. 2016.

<sup>207</sup> THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco e PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC: fundamentos e sistematização. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 71-72.

<sup>208</sup> “Em verdade, ao permitir a realização de negócios processuais atípicos, e também ao incentivar a autocomposição, o novo CPC demonstra uma preocupação maior com a resolução do conflito do que propriamente com o seu julgamento, ensejando um redimensionamento do papel do Poder Judiciário e a sua democratização no que se refere ao exercício tradicional da jurisdição, mitigando o distanciamento e o formalismo em prol de um prestígio maior da autonomia da vontade das partes”. MACEDO, Elaine Harzheim; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Negócios jurídicos processuais e políticas públicas: tentativa de superação das críticas ao controle judicial. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 2/2018 | p. 1195 - 1218 | Revista de Processo | vol. 273/2017 | p. 69 - 93 | Nov / 2017 | DTR\2017\6545; “Há, no CPC/15, uma valorização do consenso e uma preocupação em criar um ambiente apropriado para resolução de conflitos e não apenas de julgamento, como está claro nos §§2º e 3º do art. 3º, dentre outros, do citado diploma”. FERRADEIRA, Mariana. A prova emprestada como objeto de negócio jurídico processual. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157; “Liberdade. Ao que nos parece, esta é a palavra de ordem do Código de Processo Civil/2015, tendo dois eixos principais de sustentação: celebração de negócios processuais típicos e atípicos pelas partes e estímulo à utilização dos métodos alternativos de solução de controvérsias”. LIPIANI, Júlia; e SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre mediação e conciliação. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157. Art. 190, parágrafo único, do CPC/2015.

<sup>209</sup> Bertão sustenta que o tal microsistema de negociação processual já poderia até ser identificado no CPC/73: o microsistema de negociação processual já existia à luz do revogado diploma processual de 1973, como já aduzido em sede introdutória. Isso porque, ao se analisar o CPC/73, percebesse-se: (i) uma norma



Tal qual disposto no Código de Processo Civil de 2015, o microsistema de negociação processual sugere que a finalidade do princípio do contraditório deixou de ser a apresentação de defesa pelo réu, para tornar-se a influência no desenvolvimento do processo como um todo<sup>210</sup>.

Pois bem. De acordo com o Código de Processo Civil de 2015<sup>211</sup>, os requisitos de das convenções processuais são os seguintes: (i) capacidade processual<sup>212</sup>; (ii) competência e imparcialidade do juiz, quando este for sujeito do negócio; (iii) ausência de manifesta situação de vulnerabilidade da parte celebrante; (iv) não inserção abusiva em contratos de adesão; (v) a causa deve versar sobre direitos passíveis de autocomposição<sup>213</sup>; (vi) respeito ao formalismo processual, inclusive quanto à observância dos limites ao exercício do autorregramento da vontade no processo na existência de regra jurídica cogente em confronto com o ato que reflita o exercício do autorregramento da vontade<sup>214</sup>; (vii) não inserção em contrato de adesão.

---

geral, insita no art. 158 daquele diploma, da qual, através de processo hermenêutico compatível com o neoprocessualismo, é possível se extrair a convencionalidade atípica; (ii) várias hipóteses típicas de convenções processuais; (iii) normas incentivadoras da convencionalidade em geral (dentre outras, os seus arts. 125, IV, 277, 331, 448 e 740. BERTÃO, Rafael Calheiros. Limites às convenções processuais. 2018. 283 p. Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018; e “Há um conjunto de normas que disciplinam a negociação sobre o processo. Esse conjunto pode ser considerado um microsistema. O art. 190 e o art. 200 do CPC são o núcleo de microsistema e devem ser interpretados conjuntamente, pois restabelecem o modelo dogmático da negociação sobre o processo no direito processual civil brasileiro”. DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 105-125, p. 112.

<sup>210</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil. Coimbra: Almedina, 2012. p. 58; CUNHA, Leonardo Carneiro da. A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil. Coimbra: Almedina, 2012. p. 58; e ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da ‘contratualização’ do processo. Revista de Processo | vol. 193/2011 | p. 167 - 200 | Mar / 2011 | DTR\2011\1236.

<sup>211</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 232.

<sup>212</sup> “O requisito da capacidade destina-se a identificar os sujeitos que detêm aptidão para celebrar validamente o negócio jurídico, adquirindo direitos ou contraindo obrigações. (...) A validade do negócio jurídico processual pressupõe “partes plenamente capazes” (art. 190, caput)”. AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p. 138; “Neste sentido, a capacidade negocial não é própria da função jurisdicional. Somente os sujeitos que fala em nome de algum interesse possuem capacidade negocial para estipular regras do procedimento ou criar, modificar e extinguir situações jurídicas processuais”. CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 252; “mesmo em processos que envolvem questões relativas ao estado e à capacidade de pessoas, desde que capazes as partes, afigura-se admissível o negócio processual”. YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? Coleção Grandes temas do Novo CPC: Negócios Processuais, (Coord. Fredie Didier Jr.), vol.1, 2a ed., Salvador, Jus Podivm, 2016, p. 82.

<sup>213</sup> AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p. 142.

<sup>214</sup> “a cláusula geral do art. 190 do CPC/2015 guarda em si um potencial de interferir e modificar na função e eficácia de diversos institutos e mecanismos (regras de competência, legitimidade, intervenção de terceiros, atividade probatória, saneamento processual, recursos liquidação, execução, medidas de urgência, dentre outros)”. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Convenções processuais e poder público. Salvador:

A partir do Código de Processo Civil de 2015, se conclui que as convenções processuais podem ser celebradas de modo expresso ou tácito, podendo resultar de atos comissivos ou omissivos<sup>215</sup>, não se exigindo a presença do advogado como requisito de validade<sup>216</sup>, antes ou durante o processo<sup>217</sup>.

Com lastro no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, as convenções processuais podem criar novas obrigações e deveres às partes, não podendo, contudo, ser afastados os deveres decorrentes de normas cogentes<sup>218</sup>, tais quais a lealdade e a boa-fé processual<sup>219</sup> e demais princípios contidos nos artigos de 1 a 10 do Código de Processo Civil de 2015<sup>220</sup>. As partes, contudo, não podem afastar as prerrogativas do juiz mediante convenção processual<sup>221</sup>.

No campo da eficácia, é importante deixar claro que cláusula geral de negociação processual e o microsistema por ela incluídos afastaram a necessidade de homologação

---

Juspodivm, 2017, p. 199; AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p. 142.

<sup>215</sup> RIVITTI, Maria Augusta da Matta; e HAENSEL, Taimi. Apontamentos sobre negócio processual e valores mobiliários. Revista de Direito Empresarial | vol. 12/2015 | p. 207 - 236 | Nov - Dez / 2015 | DTR\2016\104.

<sup>216</sup> “A presença de advogado não é requisito de validade do negócio jurídico processual”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. Revista de Processo | vol. 33/1984 | p. 182 - 191 | Jan - Mar / 1984 Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 3 | p. 151 - 163 | Out / 2011 | DTR\1984\9.

<sup>217</sup> TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos Negócios Jurídicos Processuais no Novo Código de Processo Civil: Aspectos teóricos e práticos. Revista de Processo | vol. 254/2016 | p. 91 - 109 | Abr / 2016 | DTR\2016\19687; FARIA, Marcela Kohlbach. A produção de prova no procedimento arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 32/2012 | p. 207 - 226 | Jan - Mar / 2012; e “Nada impede que a flexibilização quanto ao procedimento seja ajustada na fase pré processual, ou seja, antes mesmo da existência da demanda. Em todo caso convenção firmada antes ou após o processo – ainda que a lei não exija a homologação do juiz, é possível que este controle a sua validade (art. 190, parágrafo único)”. PERIM, Evandro. Negócios jurídicos processuais no campo probatório. Disponível em JusBrasil, <https://evandroperim.jusbrasil.com.br/artigos/534117974/negocios-juridicos-processuais-no-campo-probatorio>, acesso em 08 de dezembro de 2018, às 16h35min.

<sup>218</sup> “Contudo, não se pode olvidar que é plenamente possível a realização de negócios jurídicos processuais atípicos, na vigência do CPC/1973, e a doutrina apresenta fartos exemplos desses negócios. O que não se pode é negociar onde o CPC/1973 impõe vedação (v.g., negociar quanto aos prazos peremptórios – art. 181 do CPC/1973), o que, ao ver deste articulista, também não é possível diante do CPC/2015”. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais - existência, validade e eficácia - campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. Revista de Processo | vol. 244/2015 | p. 393 - 423 | Jun / 2015 DTR\2015\9713

<sup>219</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, pp. p 334.

<sup>220</sup> “Primeiramente cumpre observar que os negócios jurídicos processuais não podem ser analisados isoladamente, sem se atentar para os artigos 1.º a 10, que dispõem sobre as normas fundamentais do processo civil, ressaltando-se, dentre outros, o comportamento dos participantes consoante a boa-fé, a cooperação, a paridade de tratamento das partes, o contraditório, o atendimento aos fins sociais e às exigências do bem comum, a promoção e resguardo da dignidade da pessoa humana, a observância da proporcionalidade, da razoabilidade, da legalidade, a publicidade, da eficiência”. RIVITTI, Maria Augusta da Matta; e HAENSEL, Taimi. Apontamentos sobre negócio processual e valores mobiliários. Revista de Direito Empresarial | vol. 12/2015 | p. 207 - 236 | Nov - Dez / 2015 | DTR\2016\104.

<sup>221</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 256.

judicial<sup>222</sup>. Ou seja, a partir do momento da declaração de vontade, imediatamente, essa passa a produzir efeitos<sup>223</sup>.

É bem verdade que a expressão “direitos que admitem autocomposição” pode nos levar a crer que as convenções processuais somente seriam aceitas em casos de direitos eminentemente patrimoniais e de direitos estritamente disponíveis<sup>224</sup>. Em um caso em que pais brigam pela guarda de um filho – caso clássico de direito indisponível – as partes poderiam, por exemplo, decidir que a oitiva do filho – objeto da disputa – seria feita em sua residência, com acompanhamento de um psicólogo forense, de modo a minimizar o sofrimento e o estresse emocional do menor envolvido<sup>225</sup>. As circunstâncias do negócio processual indicarão a ilegalidade de seu objeto. Sobre o tema, trataremos com mais profundidade no tópico sobre os limites da convenção processual.

Reputa-se de grande importância a possibilidade de redução de custos<sup>226</sup>, uma vez que as partes podem limitar o número de atos processuais, abrir mão de recursos, optar pela

---

<sup>222</sup> CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Flexibilização do Procedimento e Calendário Processual no Novo CPC. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios Processuais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 501, de forma acertada, elenca algumas questões sobre os poderes do juiz no CPC/2015 e sobre os limites dos acordos processuais. Nas palavras do autor: “Afinal, no novo CPC, aparentemente inverte-se a atual situação e as partes passam a ter mais poderes que o juiz, que somente poderia flexibilizar o procedimento de dois modos, na fixação de prazos e de ordem das provas, enquanto as partes poderiam convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres. A ser assim, quais os limites objetivos para os acordos processuais? O que poderá ser neles pactuados? São eles uma fonte normativa de legitimação extraordinária, ativa e passiva como sustenta Fredie Didier Jr.? Poderão ser objeto de acordo quais os atos processuais deverão ser realizados, sua forma, sua conveniência e oportunidade, sua ordem sequencial e todo e qualquer tipo de procedimento? Mesmo a previsão de controle de validade das convenções, pelo juiz, é vazada em termos vagos, com referência a casos de nulidade, não especificados, e à inserção abusiva em contratos de adesão ou situações de manifesta vulnerabilidade de uma das partes.”; e CAMBI, Eduardo. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da lei 11.690/2008. Revista de Processo | vol. 167/2009 | p. 25 - 51 | Jan / 2009 | DTR\2009\125.

<sup>223</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. Revista de Processo | vol. 33/1984 | p. 182 - 191 | Jan - Mar / 1984 Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 3 | p. 151 - 163 | Out / 2011 | DTR\1984\9.

<sup>224</sup> FELITTE, Beatriz Valente. Os Limites dos Poderes do Juiz na Revisão de Contratos. 2018. 395 p., Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 204.

<sup>225</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Das convenções processuais no processo civil. Rio de Janeiro: Tese de Doutorado da UERJ, 2014, p. 177/178.

<sup>226</sup> “Os negócios processuais, sem sombra de dúvidas, abrem inúmeras possibilidades para as partes, na medida em que permitem que o procedimento seja amplamente flexibilizado, no afã de melhor atender aos interesses dos litigantes. No que tange à possibilidade de redução de custos do processo por meio dos negócios processuais, um bom exemplo seria a possibilidade de as partes convencionarem a renúncia ao direito de interposição de recursos contra a sentença final de mérito, contentando-se com o que restar decidido em 1ª instância.” FELÍCIO, Vinícius Mattos; e MAGALHÃES, Guilherme Vinícius. Os negócios processuais, suas vantagens econômicas e a redução de custo do processo. Crise Econômica e Soluções Jurídicas | num. 37/2015 | Dez / 2015 | DTR\2015\16497.

não realização de audiências etc. Trata-se de benefício que encontra guarida nos escopos do processo judicial cooperativo<sup>227</sup>.

Os próximos tópicos, atrelados às premissas acima pontuadas, demonstrarão a possibilidade e o cabimento de acordos processuais sobre provas<sup>228</sup>.

## 5. O que os negócios processuais podem aprender com a arbitragem?

André Abbud, em sua obra sobre regras de *softlaw* na arbitragem internacional<sup>229</sup>, comenta pesquisa feita, no ano de 2006, pela *Queen Mary University of London* e pela *PriceWaterhouseCoopers* com diversos usuários de arbitragem ao redor do mundo<sup>230</sup>, que constatou que para a comunidade arbitral a grande vantagem da arbitragem residiria no fato na liberdade das partes poderem definir as regras e o procedimento no caso concreto<sup>231</sup>. As

---

<sup>227</sup> “Em um cenário que revela a morosidade na tramitação dos processos, o abarrotamento dos Tribunais Superiores, as altas custas que devem ser suportadas pelos litigantes, a instabilidade das decisões judiciais e o crescente aumento de demandas, especialmente envolvendo relações de consumo, a preocupação com o acesso à justiça, a eficácia da prestação jurisdicional e a solução alternativa de litígios torna-se cada vez mais relevante e necessária. Como é impossível que o ordenamento jurídico regule todas as situações submetidas ao crivo do Poder Judiciário, a possibilidade de convenção de procedimento, de acordo com as peculiaridades de cada lide, se propõe a prestigiar o princípio do respeito ao autorregramento da vontade, estimulando a efetiva solução de conflitos. Assim, este estudo visa à análise das primeiras e mais relevantes impressões sobre o instituto previsto no art. 190 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), bem como quais serão os limites que deverão ser observados pelas partes quando da realização de convenção de procedimento”. HATOUM, Nida Saleh; BELINETTI, Luiz Fernando. Aspectos relevantes dos negócios jurídicos processuais previstos no artigo 190 do CPC/2015. Revista de Processo | vol. 260/2016 | p. 49 - 71 | Out / 2016 | DTR\2016\24001.

<sup>228</sup> “É a vontade das partes que faz nascer o procedimento arbitral, limitadora, inclusive da própria atuação do árbitro, através da delimitação do objeto da arbitragem, do procedimento arbitral e das leis aplicáveis na resolução da controvérsia, ou até mesmo a estipulação da solução através de um juízo de equidade”. FARIA, Marcela Kohlbach de Faria. A produção de prova no procedimento arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 32/2012 | p. 207 - 226 | Jan - Mar / 2012; “Nada impede que, previamente ao litígio, as partes estabeleçam que em caso de desavença quais provas serão produzidas, quem será o técnico a atuar como perito etc. São atos dispositivos prévios a respeito de futuro e incerto processo e, por isso, representam técnicas de equacionar um processo adequado, que venha a atender às particularidades de discussão que pode surgir entre as partes. Essas medidas podem ser denominadas de atos de disposição processual futura ou, ainda, negócio jurídico processual celebrado antes mesmo de eclodir o litígio”. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Prova pericial no CPC/2015. Revista de Processo | vol. 267/2017 | p. 211 - 223 | Maio / 2017 | DTR\2017\1034.

<sup>229</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas.

<sup>230</sup> Disponível em <https://www.pwc.co.uk/assets/pdf/pwc-international-arbitration-2008.pdf>, acesso em 27 de dezembro de 2018, às 21h47min.

<sup>231</sup> “Nesse sentido, as partes podem se valer da *soft law* ao negociarem, proporem ao tribunal ou mesmo já no momento de praticarem certos atos do procedimento. Da mesma forma, árbitros podem lançar mão da *soft law* para guiarem o procedimento a ser seguido ou decidirem *ad hoc* questões processuais surgidas no curso da arbitragem. Por exemplo, se o objetivo é controlar ou adotar parâmetros objetivos para a produção de documentos eletrônicos, pode-se recorrer às Diretrizes do ICDR para os Árbitros Relativas ao Intercâmbio de Informações ou ao Protocolo para *E-Disclosure* em Arbitragem do CI Arb. Se o objetivo é disciplinar a tomada de depoimentos e a oitiva de testemunhas, as Regras da IBA sobre Produção de Provas oferecem orientações úteis. A *soft law* compõe assim a “caixa de ferramentas” que partes e árbitros carregam consigo para construir o procedimento a ser adotado em cada disputa”. ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Softlaw e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2008.

convenções processuais abrem, no processo judicial ordinário, semelhante possibilidade (ou benefício)<sup>232</sup>, colocando-se como um meio termo entre os dois tipos de jurisdição<sup>233</sup>.

A Arbitragem, processo que decorre da autonomia da vontade<sup>234</sup> das partes, traz um procedimento flexível<sup>235</sup>, que será modulado pelas partes e árbitros<sup>236</sup>, nos termos do artigo 22 da Lei 9.307/1996<sup>237</sup>. No fundo, o grande objetivo do processo – arbitral ou judicial – é a discussão de mérito da causa. A discussão processual é acessória e serve às especificidades do direito material em discussão. É importante dizer tanto partes, como

---

<sup>232</sup> “Explica-se: uma vez celebrada convenção processual, manifestação de vontade das partes passa a reger, dentro de determinados limites, a atividade jurisdicional, limitando-a e guiando-a (de maneira bastante evidente, art. 191, CPC)”. FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. O juiz e a contratualização dos litígios. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018; e “A autonomia privada também se materializa na arbitragem, sendo um elemento vital no instituto. É com esteio nela que se forma o negócio jurídico voltado para a eleição da arbitragem como meio de resolução de disputas decorrentes de um contrato, no qual a cláusula compromissória está inserida ou a ela faz referência”. NANNI, Giovanni Ettore. Notas sobre os negócios jurídicos da arbitragem e a liberdade de escolha do árbitro à luz da autonomia privada. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 49/2016 | p. 263 - 284 | Abr - Jun / 2016 | DTR\2016\20523.

<sup>233</sup> “Tal amplitude já vigorava no âmbito do processo arbitral e a abertura agora incorporada ao CPC 2015 sugere um meio-termo entre as duas citadas modalidades de jurisdição”. YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?. in CABRAL, Antônio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coordenadores), Negócios jurídicos processuais, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 64.

<sup>234</sup> “O pilar essencial em que se funda a arbitragem é a autonomia da vontade (2) , a qual permite às partes não apenas eleger o método em si para a solução de litígios que digam respeito a matérias disponíveis, como também o de determinar e definir inúmeros aspectos do procedimento. Entre outros, merece destaque a possibilidade de regular a produção de provas, o que abrange desde a delimitação de meios probatórios, a definição dos momentos e da ordem em que a instrução poderá se dar, até a regulamentação detalhada sobre cada modalidade de prova admitida no procedimento.” APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. O Controle Judicial sobre a Limitação à Produção Probatória Determinada pelos Árbitros. Violação ao Devido Processo Legal ou Revisão Indevida do Mérito?, Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International 2015, Volume XII Issue 45) pp. 58 - 81 Mais: BOSCO LEE, João; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. A arbitragem no Brasil. 1. ed. Programa CACB-BID de fortalecimento da arbitragem e da mediação comercial no Brasil. Brasília, 2001. p. 21.

<sup>235</sup> Sobre o assunto, uma das melhores obras que existe no mercado editorial jurídico brasileiro é fruto da tese de doutorado de Fernando Gajardoni: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC (LGL\1973\5). São Paulo: Atlas, 2008. No mesmo sentido: “não existe um procedimento arbitral que sirva para todos os litígios submetidos à arbitragem. Em cada arbitragem pode ser moldado um procedimento que melhor atenda as necessidades do caso concreto, das especificidades do direito material em disputa, de algum aspecto particular das partes envolvidas etc.”. MONTORO, Marcos André Franco. Flexibilidade do procedimento arbitral. Tese de Doutorado. Orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona. São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2010.

<sup>236</sup> BIANCHI, Beatriz Homem de Mello. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 59/2018 | p. 213 - 244 | Out - Nov / 2018 | DTR\2018\22476.

<sup>237</sup> “A cláusula arbitral tem natureza jurídica de negócio jurídico processual, visto que a vontade das partes, ao eleger a via privada, nega a estatal para a solução dos litígios (efeito negativo) e atribui poderes jurisdicionais ao árbitro para apreciá-lo e julgá-lo (efeito positivo). O compromisso arbitral também tem a natureza de negócio jurídico processual, porque os interessados em resolver um litígio que verse sobre direitos disponíveis deferem a sua solução a terceiros, com caráter vinculativo, afastando a jurisdição estatal, organizando o modo através do qual deverá se processar o juízo arbitral”. GOLÇALVES NETO, Francisco. Convenção de arbitragem e renúncia da jurisdição estatal. Revista de Direito Privado | vol. 15/2003 | p. 201 - 211 | Jul - Set / 2003. DTR\2003\376.

árbitros poderão ajustar o procedimento – estes, no entanto, limitados pela convenção de arbitragem e pela vontade das partes.

Tendo em vista que se trata de uma prática recorrente nas arbitragens ao redor do mundo, o presente trabalho abordará os pontos de contato<sup>238</sup> principiológicos entre a arbitragem e as convenções processuais, de modo a poder autorizar as práticas – ou pelo menos partes delas – da arbitragem no processo judicial convencional<sup>239</sup>. É com base no sucesso da arbitragem que se pretende justificar o novo sistema processual civil que emerge<sup>240</sup>.

A doutrina indica algumas situações em que verifica a semelhança entre arbitragem e negócios processuais, quais sejam: (i) prevalência dos princípios da autonomia privada e da livre manifestação de vontade das partes<sup>241</sup>; (ii) poderes de autorregramento e

---

<sup>238</sup> “Se essa é a lógica da arbitragem, isso se dá não só porque a lei assim determina, restringindo o objeto aos direitos “disponíveis” (art. 1º da Lei nº 9.307/96), mas sobretudo porque a arbitragem representa uma abertura muito maior para a autonomia da vontade, e o legislador houve por bem relacionar essa quase total liberdade no plano procedimental com a disponibilidade dos direitos no plano material”. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 340.

<sup>239</sup> Sobre essa relação estado-arbitragem, confira-se: “without considering the implications of contract procedure it is difficult to gauge the ramifications of other forms of private involvement in dispute resolution, including arbitration and post-dispute procedural stipulations. (...) contract procedure functions as a form of privatization – the outsourcing of government functions – and that it implicates the structure and design of public institutions”. KEVIN E. DAVIS, HELEN HERSHKOFF, *Contracting for procedure*, William & Mary Law Review, 53:2011, pp. 511 e 512. Disponível em <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol53/iss2/7>, acesso em 24 de dezembro de 2018, às 16h34min; e “A lei ampliou consideravelmente a possibilidade de disposição das partes em matéria processual perante a jurisdição estatal, ao permitir ‘mudanças no procedimento’ para ajustá-los às ‘especificidades da causa’ e ao abrir campo para a convenção sobre ‘ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo’. Tal amplitude já vigorava no âmbito do processo arbitral e a abertura agora incorporada ao CPC 2015 sugere um meio-termo entre as duas citadas modalidades de jurisdição – ainda que se considere não ser possível colocar em pé de estrita igualdade, para esse fim específico, o juiz estatal e o árbitro”. YARSHELL, Flávio Luiz. “Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?” *Coleção grandes temas do novo CPC: negócios processuais*, vol. 01, 2ª ed., Salvador: Juspodivum, 2016, p. 76.

<sup>240</sup> MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve diálogo entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. *Revista de Processo* | vol. 237/2014 | p. 223 - 236 | Nov / 2014.

<sup>241</sup> “A arbitragem se funda na autonomia da vontade das partes, que a ela se vinculam através da convenção de arbitragem, sendo sua instituição exigível judicialmente, por meio de tutela específica. À vontade das partes se submete, também, a escolha ou montagem do procedimento a ser seguido para a obtenção da sentença arbitral e a lei aplicável ao caso, inclusive com a possibilidade de permitir a decisão por equidade. É exatamente essa base consensual da arbitragem que a torna menos disruptiva da relação entre as partes, propiciando facilidades para o prosseguimento do relacionamento entre elas, bem como para o cumprimento voluntário da decisão. Assim, a autonomia da vontade apresenta-se como um dos principais valores a servir de base para a constituição da arbitragem. Afinal, dela emanam ou a ela estão relacionadas as principais características da arbitragem na forma como ela é pensada presentemente.” SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*, São Paulo, Método, 2011; e “A consensualidade na eleição da via arbitral para obtenção de uma solução terminativa para a controvérsia, cometida a um ente privado, capaz jurídica e profissionalmente de dizer o direito que norteia o fato sub arbitragem, não exige que se estabeleçam condições rígidas de procedimento, cabendo-as à liberdade dos postulantes em escolher uma arbitragem ad hoc ou institucional; nesta última com adesão plena ao regulamento da instituição escolhida para processar a arbitragem, franqueando-se-lhes a escolha dos árbitros, assim como eventuais adaptações das regras ao fato; na ad hoc, especialmente preparada para atender às necessidades e conveniência dos postulantes, se lhes

autorregulação; (iii) flexibilidade procedimental; (iv) existência de jurisdição — estatal ou arbitral —; (v) controle de validade dos acordos procedimentais firmados; e (vi) caráter voluntário<sup>242</sup>.

Pois bem. A própria arbitragem nasce da celebração de um negócio processual<sup>243</sup>. A convenção de arbitragem é um acordo entre as partes que retira o poder jurisdicional do Estado e transfere a terceiros. Após seu nascimento, a arbitragem avança e caminha por meio de outras convenções processuais (o termo de arbitragem<sup>244</sup>, a definição das regras para a audiência, o calendário processual etc.). Assim, não se tem dúvida que a arbitragem tem caráter voluntário<sup>245</sup> – assim como as convenções processuais – e se pauta, essencialmente, pela escolha consensual das partes. Ambos institutos são regidos pela autonomia da vontade<sup>246</sup>.

---

permite, a par da autonomia na escolha dos árbitros, modelar o procedimento como a todos os interessados lhes parecer melhor.” Almeida Salles, Marcos Paulo de. Efeitos da judicialização da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 13/2007 | p. 30 - 37 | Abr - Jun / 2007 | Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 1/2014 | p. 1049 - 1060 | Set / 2014 | DTR\2007\876.

<sup>242</sup> VAUGHN, Gustavo Fávero; COLETO DOS SANTOS, Guilherme Pizzotti; SÁ, Lucas Fernandes de. Um paralelo entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245509,11049->

[Um+paralelo+entre+os+negocios+juridicos+processuais+e+a+arbitragem](https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245509,11049-Um+paralelo+entre+os+negocios+juridicos+processuais+e+a+arbitragem), acesso em 25 de dezembro de 2018, às 06h34min. Carmona, em palestra organizada pela CBar e pelo Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, mencionou que Fernando Gajardoni, em uma “palestra em Foz do Iguaçu, fazendo uma brincadeira, disse que o artigo 190 do Código de Processo Civil instauraria entre nós a “arbitragem de pobre”, uma vez que, sem os exorbitantes custos da arbitragem, as partes poderiam fazer o mesmo no processo civil do Judiciário, o que só reforça que as premissas fundamentais entre os dois recursos são convergentes. CARMONA, Carlos Alberto. Palestra sobre negócios jurídicos processuais na arbitragem, organizada pela CBar e pelo Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, ocorrida no dia 2 de julho de 2016. Degravação disponível em <http://www.ciesp.com.br/wp-content/uploads/2017/06/eletronicanegocios-juridicos-processuais-na-arbitragem.pdf>. Acesso em 25 de dezembro de 2018, às 07h19min.

<sup>243</sup> APRIGLIANO, Ricardo. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. *Revista do Advogado*. n. 116. jul. 2012. AASP. p. 176; e CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas: 2009. p. 79.

<sup>244</sup> “O padrão procedimental após a assinatura do termo de arbitragem pode ser ilustrado da seguinte maneira: alegações iniciais, resposta, réplica e especificação de provas, audiência para oitiva de testemunhas e eventual perícia, seguida de alegações finais e, finalmente, a sentença. Não raro, é apenas no momento do proferir a sentença arbitral que os árbitros analisam e decidem, por exemplo, se é o caso de bifurcar o procedimento (prolatando, assim, uma sentença parcial)”. FALECK, Diego; ALVES, Rafael Francisco. Concordar em discordar: por quê, o quê e como negociar o procedimento arbitral. *Revista de Direito Empresarial* | vol. 1/2014 | p. 249 | Jan / 2014 | DTR\2014\586.

<sup>245</sup> “considerando-se que o testamento é um ato unilateral, tem-se por certo que inexiste, no testamento, um acordo de vontades apto a produzir efeitos no mundo jurídico. No mesmo sentido, em decorrência de tal circunstância, inexiste, no ato unilateral, um acordo de vontade apto a poder instituir a arbitragem.”. RAVAGNANI, Giovani dos Santos; VICTORIO, Wilson Rodrigues. Nulidade de Cláusula de Testamento que Obriga os Sucessores a se Valerem de Juízo Arbitral. *Revista Nacional De Direito de Família e Sucessões*, v. 8, p. 166-171, 2015.

<sup>246</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *Negócios Processuais*, CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.), Salvador: JusPodivm, 2015, p. 63; e

Nesse contexto, Talamini chega a afirmar que a arbitragem foi fonte de inspiração para o legislador instituir a cláusula geral dos negócios jurídicos, destacando o seguinte racional: “se as partes podem até mesmo retirar do Judiciário a solução de um conflito, atribuindo-a a um juiz privado em um processo delineado pela vontade delas, não há porque impedi-las de optar por manter a solução do conflito perante o juiz estatal, mas em um procedimento e (ou) processo também por elas redesenhado<sup>247</sup>.”

Pois bem. De acordo com o Código de Processo Civil de 2015, as partes podem dispor acerca das regras de ônus da prova, por exemplo, situação que é comumente praticada em procedimentos arbitrais<sup>248</sup>. Tal circunstância é um elemento que comprova a aproximação entre arbitragem e convenções processuais, do ponto de vista da flexibilidade procedimental<sup>249</sup>. Em ambas situações, a autonomia da vontade é pedra fundamental para o procedimento e para o devido processo<sup>250</sup>.

O aproveitamento de alguns conceitos da arbitragem no processo convencional – e vice-versa – é benéfico para ambos sistemas<sup>251</sup>. Isso ocorre porque, o processo jurisdicional – seja estatal ou arbitral – permanece como instrumento de objetivos que

---

<sup>247</sup> “A arbitragem foi a fonte de inspiração – ou fator de incentivo – para o legislador instituir essa possibilidade de ampla formatação voluntária do processo judicial.” TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Disponível in <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151020-17.pdf>, acesso em 23 de dezembro de 2018, à 00h09min.

<sup>248</sup> QUEIROZ, Caique Bernardes Magalhães; TORTORELLA, Eduardo; e BANFIELD, Jéssica Scott. O negócio jurídico processual como instrumento de aproximação entre os procedimentos arbitrais e judiciais no Brasil. *Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil* | vol. 2/2018 | p. 1119 - 1155 | *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 55/2017 | p. 73 - 107 | Out - Dez / 2017 | DTR\2017\6789.

<sup>249</sup> “Uma vez que, na arbitragem, existe grande amplitude de flexibilização do procedimento, o aprendizado doutrinário daquela experiência acaba motivando aprendizados que garantem uma nova forma de se observar a jurisdição estatal. Inclusive, destaca a doutrina, que a ampla participação das partes na moldagem do procedimento, seria um dos fatores que geram o elevado índice de “efetivo cumprimento das sentenças arbitrais.”. MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. *Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil* | vol. 4/2018 | *Revista de Processo* | vol. 241/2015 | p. 463 - 487 | Mar / 2015 | DTR\2015\2135.

<sup>250</sup> “Logo, em termos puramente processuais, a autonomia exerce dupla finalidade, não apenas como pressuposto do processo arbitral. Sem ela, ou estando viciada, o próprio processo não pode transcorrer higidamente com ela, é forma com que o processo arbitral se autorreferencie em termos de procedimento, se autorregule. Por essa abordagem procedimental, que baliza a regulação pelo seu sistema, a autonomia da vontade é princípio do processo arbitral”. PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo, Atlas, 2012.

<sup>251</sup> “While the public system can and should be flexible, it should not give up its distinctive values in an effort to compete with private alternatives. Litigation may draw on lessons learned in alternative methods of dispute resolution; ADR, in turn, may draw on lessons learned from centuries of experience with traditional litigation. Decisions about procedure should not, however, be made irrevocably based on pre-dispute bargaining power, behind a veil of ignorance, by parties considering only themselves. THORNBURG, Elizabeth. *Designer Trials*, *Journal of Dispute Resolutions*, 2006:2006. Disponível em [www.heinonline.com](http://www.heinonline.com), acesso 25 de dezembro de 2018, às 15h21min, p. 211.



também idênticos e que são igualmente públicos: a atuação do direito objetivo e a pacificação social<sup>252</sup>.

Como se vê, pode-se afirmar que os acordos sobre procedimento nos processos estatais são uma espécie de decorrência da cultura dos meios alternativos de solução de conflitos<sup>253</sup>, na medida em que, muito embora o meio seja o mesmo, o procedimento é alternativo àqueles estabelecidos de forma ordinária no Código de Processo Civil de 2015. Tudo isso bem amparado na manifestação de vontade das partes envolvidas nesses litígios<sup>254</sup>.

Assemelham-se negócios processuais da arbitragem por ocasião de alguns dos seus requisitos de validade com relação ao objeto<sup>255</sup>. Na arbitragem, direitos patrimoniais disponíveis. Nas convenções processuais, direitos que admitam autocomposição. Há

---

<sup>252</sup> YARSHELL, Flávio Luiz.. Que futuro está reservado para as convenções das partes em matéria processual? Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/que-futuro-esta-reservado-para-as-convencoes-das-partes-em-materia-processual/17175>, acesso em 24 de dezembro de 2018, às 16h37min.

<sup>253</sup> “A autocomposição deve ser entendida como o conjunto de técnicas por intermédio das quais as partes podem atingir a solução da controvérsia entre si estabelecida sem que exista a prolação de uma decisão judicial de accertamento de direitos. Em outras palavras, as partes, por intermédio da autocomposição, chegam à solução do problema que mantêm entre si em virtude de consenso que estabelecem a respeito, fazendo-o por intermédio da conciliação, da mediação ou mesmo da negociação direta (...)”. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 353/354.

<sup>254</sup> BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 2/2018 | p. 1323 - 1333 | Revista de Processo | vol. 269/2017 | p. 139 - 149 | Jul / 2017 | DTR\2017\1815.

<sup>255</sup> “Há um elemento comum entre autonomia privada e direito subjetivo, que é justamente a ideia de liberdade. Ela é fundamento da autonomia privada e, ao mesmo tempo, materializa-se na ideia de direito subjetivo como limitação à esfera de atividade do outro. Embora o direito subjetivo tenha sido construído a partir da ideia de poder e, já na pandectística alemã, de vontade, ele é, sem dúvida, uma categoria estática que tem no seu cerne uma posição de vantagem atribuída ao sujeito pelo ordenamento jurídico. Ainda que, dessa situação de vantagem atribuída ao sujeito possam emanar situações dinâmicas, como o seu exercício e a faculdade de defendê-lo em juízo, isso não faz com que o direito subjetivo materialize a noção de poder como aptidão para criar normas jurídicas. O direito subjetivo tem natureza estática, enquanto que a autonomia privada possui uma perspectiva dinâmica, no sentido de que, a partir dela, o ordenamento continua em evolução”. RAATZ, Igor. Autonomia privada e processo civil – negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto, Salvador, Juspodium, 2016, p. 190.

diferença<sup>256</sup>: direitos que admitem autocomposição formam categoria mais ampla que os direitos disponíveis<sup>257</sup>.

Ainda que não sejam idênticos, a semelhança entre os objetos facilita e propicia o compartilhamento de experiências entre os dois sistemas, arbitragem e convenções processuais. A esse respeito, cumpre destacar e exemplificar inúmeros negócios processuais da arbitragem que servem de guia para os negócios processuais: (i) os ajustes sobre a prova oral, subdividida no depoimento da parte, das testemunhas e do expert *witness*<sup>258</sup>; (ii) procedimentos para escolha dos árbitros<sup>259</sup>; (iii) a opção entre arbitragem de direito ou de equidade (artigos 2.º, caput e 11, II); (iv) a escolha do local da arbitragem e onde ela será desenvolvida (artigos 10, IV e 11, I); (v) ampliação consensual dos mecanismos de prova da arbitragem<sup>260</sup>; etc.

Assim como na arbitragem – que tem esteio na autonomia da vontade das partes –, as convenções processuais devem ser abordadas e estudadas de modo a evitar a discricionariedade dos árbitros na condução do procedimento. Na dúvida, deve-se

---

<sup>256</sup> “não obstante o direito subjetivo a alimentos seja indisponível, na medida em que é irrenunciável, e, por isso, não possa ser submetido à arbitragem, comporta transação quanto ao valor, vencimento e forma de satisfação, sendo passível de ser objeto de acordo processual entre partes capazes”. VAUGHN, Gustavo Fávero; COLETO DOS SANTOS, Guilherme Pizzotti; SÁ, Lucas Fernandes de. Um paralelo entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245509,11049-Um+paralelo+entre+os+negocios+juridicos+processuais+e+a+arbitragem>, acesso em 25 de dezembro de 2018, às 06h34min.

<sup>257</sup> “Direito disponível é o alienável, transmissível, renunciável, transacionável. A disponibilidade significa que o titular do direito pode aliená-lo; transmiti-lo inter vivos ou causa mortis; pode, também, renunciar ao direito; bem como, pode, ainda, o titular transigir seu direito.”. NETO, Antônio José de Mattos. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem. Revista de Processo | vol. 122/2005 | p. 151 - 166 | Abr / 2005 | Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2/2014 | p. 413 - 432 | Set / 2014 | DTR\2005\845.

<sup>258</sup> BIANCHI, Beatriz Homem de Mello. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 59/2018 | p. 213 - 244 | Out - Nov / 2018 | DTR\2018\22476.

<sup>259</sup> BORN, Gary. 'Chapter 12: Selection, Challenge and Replacement of Arbitrators in International Arbitration', in, International Commercial Arbitration (Second Edition), 2nd edition (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2014) pp. 1636 - 1961

<sup>260</sup> Franzetti, Érica Vanessa Pavan. U.S. judicial discovery in private international arbitration: outlook remains uncertain. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 26. p. 168. São Paulo: Ed. RT, jul. 2010.

privilegiar a autonomia da vontade das partes<sup>261</sup>. Qualquer tipo de análise estatal sobre as convenções processuais deve ser realizada de modo a não destruir ou mitigar o instituto<sup>262</sup>.

Evidente, pois, que a ampla autonomia das partes no manejo do processo arbitral influenciará – e bastante – aquilo que se entenderá como convenção processual no processo civil convencional<sup>263</sup>. É com essas premissas em mente que o tema da presente dissertação deve ser enfrentado. A arbitragem pode ensinar muito aos operadores do direito no exercício desse novo instituto no processo civil convencional.

---

<sup>261</sup> Assim, qualquer imposição de limitação à atuação das partes na arbitragem deve sempre cuidar para não corroer esse princípio basilar que é ínsito a um processo onde apenas direitos disponíveis estão em jogo. JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Sentenças Arbitrais Estrangeiras: Homologar, Naturalizar ou Executar?, Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2013, Volume X Issue 40) pp. 19 – 53. Mais: JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Flexibilidade do Procedimento Arbitral e Poderes Instrutórios dos Árbitros na Arbitragem Brasileira: Possibilidade de Restringir os Poderes Instrutórios dos Árbitros em Nome da Autonomia da Vontade. Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2011, Volume VIII Issue 31) pp. 29 – 58.

<sup>262</sup> “El arbitraje es una criatura del consenso. Como tal, se origina en la voluntad de las partes de separarse de la justicia ordinaria, moldear el proceso a sus expectativas y escoger quiénes decidirán la disputa. Sin embargo, esa libertad también puede ser ejercida de manera irresponsable. De esta manera, puede derivar en la designación de un árbitro que no cumple con las calificaciones (carece de tiempo, conocimientos, formación, experiencia o habilidades para administrar el proceso) o, peor aún, en el nombramiento de un árbitro tóxico que promete lealtad y “asegura” el resultado del proceso, alegando a favor de quien lo nombró o bloqueando el arbitraje”. PLAZA, José María de la Jara; HUAMÁN, Julio Olórtégui. La pandemia arbitral Los árbitros tóxicos y la contaminación de las deliberaciones', Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International 2016, Volume XIII Issue 51) pp. 133 – 141. No mesmo sentido – e também poderia ser traduzido como os sete pecados dos juízes na sistemática cooperativa do Código de Processo Civil de 2015: CARMONA, Carlos Alberto. Os sete pecados capitais do árbitro. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 52/2017 | p. 391 - 406 | Jan - Mar / 2017 DTR\2017\499

<sup>263</sup> “A ampla autonomia das partes no manejo do processo arbitral permite-lhes, entre tantas oportunidades de construir o procedimento mais adequado para o caso concreto, a escolha do idioma que será utilizado na arbitragem. Tal autonomia está animando também o processo estatal, já que o art. 190 do NCPC permite que as partes façam algumas escolhas relativas ao procedimento judicial que querem fazer seguir. E não se descarta, mesmo em sede judicial, a possibilidade de escolha de idioma estrangeiro no âmbito do negócio jurídico processual”. CARMONA, Carlos Alberto. A língua no processo estatal e no processo arbitral: um diálogo com Vincenzo Vigortí. In 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz, coordenação por CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; e MARTINS, Pedro Batista, 1. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597013276/cfi/6/10!/4/24@0:34.9>, acesso em 22 de dezembro de 2018, às 18h36min.

## SEGUNDA PARTE: NOÇÕES SOBRE PROVA, ÔNUS E CONVICÇÃO NO PROCESSO CIVIL

### 1. Noções gerais sobre prova.

A prova, no processo civil, não passa de mais um argumento retórico para convencimento do julgador<sup>264</sup>. Dentre tantos elementos para convencer o juiz, a prova é um elemento central que se insere no contexto da batalha entre interesses no processo. A finalidade da prova é, pois, convencer o julgador da sua versão para os fatos litigiosos<sup>265</sup>.

A prova também é um direito subjetivo das partes, que pode ser exercido de forma autônoma, dentro ou fora do processo, antes, durante ou depois do litígio<sup>266</sup>. Tamanha é a importância de tal consideração que, por opção metodológica, este trabalho trabalhará o conceito do direito autônomo e subjetivo à prova em tópico em separado, deixando ao presente tópico a abordagem das principais características da prova.

Mais do que possuir a finalidade de convencer o juiz sobre suas alegações, as partes devem exercer o direito à prova de forma plena, na produção, seleção das provas, no interrogatório das testemunhas etc.<sup>267</sup>. O direito à prova é amplo e se faz vivo por todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive aqueles não tipicamente positivos na legislação. Por meio de prova, entenda-se qualquer elemento que possa ser utilizado para estabelecer a verdade dos fatos da causa<sup>268</sup>. Ou seja, não havendo ilicitude, as partes podem usar todo e qualquer elemento para persuadir o juiz.

Dentro dos estudos da prova, é importante destacar a possibilidade de, no modelo cooperativo de processo, o juiz poder determinar a produção de um meio de prova de ofício, o qual deve ser subsidiário à atividade instrutória das partes e, nos termos do Código de Processo Civil de 2015, estará limitado às convenções das partes sobre as provas do processo<sup>269</sup>.

---

<sup>264</sup> WOLKART, Erik Navarro. A busca da verdade no processo civil (ou o ‘o ouro de tolo’). Revista de Processo | vol. 222/2013 | p. 315 - 323 | Ago / 2013 | DTR\2013\7223.

<sup>265</sup> BIANCHI, Beatriz Homem de Mello. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 59/2018 | p. 213 - 244 | Out - Nov / 2018 | DTR\2018\22476.

<sup>266</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito à prova no processo penal, São Paulo: RT, 1997, p.84.

<sup>267</sup> “No sistema processual anglo-americano, o *right to evidence* é conatural ao estilo competitivo do processo, em que a iniciativa probatória das partes, sendo reconhecida como direito fundamental de ser ouvido em juízo, engloba o direito a apresentar provas e interrogar as testemunhas trazidas pelo adversário”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. São Paulo, 2018. Tese de Titularidade apresentada perante o Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito de São Paulo, p. 21.

<sup>268</sup> TARUFFO, Michele. A prova. Tradução por João Gabriel Couto. São Paulo, Marcial Pons, 2014, p. 15.

<sup>269</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. São Paulo, 2018. Tese de Titularidade apresentada perante o Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito de São Paulo, p. 18.

Recebidas as provas pelo juiz, o magistrado poderá exercer seu convencimento de forma livre: a valoração das provas encontra espaço no livre convencimento do juiz, de modo que a decisão judicial deve refletir os esforços produzidos pelas partes para convencer o julgador. “Os argumentos, trazidos pelas partes e valorados pelo juiz, tornam-se a expressão pública da reflexão<sup>270</sup>”.

Dentre alguns conceitos importantes no âmbito da prova, destaque-se a figura das presunções e dos indícios. As presunções serão as ilações que o julgador retira de um ou mais fatos, para firmar um fato desconhecido. Por exemplo, a revelia enseja a presunção relativa dos fatos alegados pelo autor no processo<sup>271</sup>. Os indícios, por sua vez, se definem como um vestígio ou um sinal de um determinado fato ou determinada alegação<sup>272</sup>.

## 2. Modelos de processo sob o prisma da prova.

Ao redor do mundo, existem dois os modelos tradicionais de processo sob o prisma da prova: adversarial ou acusatório, comum no mundo anglo-saxão (*common law*)<sup>273</sup>, e dispositivo ou inquisitorial, caro aos países de cultura romano-germânica (*civil law*)<sup>274</sup>.

---

<sup>270</sup> CAMBI, Eduardo. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da lei 11.690/2008. Revista de Processo | vol. 167/2009 | p. 25 - 51 | Jan / 2009 | DTR\2009\125.

<sup>271</sup> “Presunções serão assim as ilações que o julgador tira de um ou mais fatos conhecidos, desde que logicamente encadeados, numa relação de causalidade, para firmar um fato desconhecido. Na medida em que, nas presunções judiciais ( *praesumptio hominis*) o fato desconhecido será provado mediante a ligação que, segundo certas regras, as chamadas máximas de experiência, se estabelece entre ele e os fatos conhecidos, aparecem estes como fatos auxiliares; em relação ao *thema probandum* não têm, considerados em si mesmo, isto é, intrinsecamente, grande valor, senão quando postos em correlação com o fato principal, desconhecido, o *thema probandum* por meio da presunção”. CAMBI, Eduardo. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da lei 11.690/2008. Revista de Processo | vol. 167/2009 | p. 25 - 51 | Jan / 2009 | DTR\2009\125.

<sup>272</sup> CAMBI, Eduardo. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da lei 11.690/2008. Revista de Processo | vol. 167/2009 | p. 25 - 51 | Jan / 2009 | DTR\2009\125.

<sup>273</sup> Sobre tal dicotomia: FELITTE, Beatriz Valente. Os Limites dos Poderes do Juiz na Revisão de Contratos. 2018. 395 p., Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 325.. Ademais: “O sistema adversarial, praticado nos EUA - já discutido neste trabalho -, é fortemente marcado por uma ampla participação das partes do início ao fim do processo. Exercem nele verdadeiro protagonismo no seu desenvolvimento e controle”. FABBI, Alessandro. Privatizing civil justice through procedural agreements: a comparative law analysis. Disponível em <http://www.law.nyu.edu/>, acesso em 27 de dezembro de 2018, às 18h20min.

<sup>274</sup> Taruffo sugere uma outra classificação, que nos parece mais acertada, embora o artigo faça referências à classificação tradicional: sistemas *centrados nas partes*, nos quais a produção das provas depende principal ou exclusivamente da atividade das partes; e sistemas *centrados no juiz*, nos quais há um papel ativo desempenhado pelo juiz na atividade instrutória. TARUFFO, Michele. A counsel's guide to examining and preparing witnesses in international arbitration. Kluwer Law International, 2015, disponível em: <http://www.kluwerarbitration.com/book-toc?title=A+Counsel%27s+Guide+to+Examining+and+Preparing+Witnesses+in+International+Arbitration>. Acesso em 2 de janeiro de 2019, às 10h20min. Mais sobre o assunto em: RAVAGNANI, Giovani dos Santos, VAUGH, Gustavo Fávero, BRASIL, Renato Caldeira Grava. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do Juiz. Revista dos Tribunais | vol. 989/2018 | p. 377 - 404 | Mar / 2018 | DTR\2018\10317.

O *adversarial system* flerta com o privatismo processual, democracia, igualdade e impulso pelos sujeitos parciais do processo<sup>275</sup>. No sistema adversarial, o processo nasce como atividade livre das partes, em que, a rigor, “o juiz não possui qualquer papel ativo a desempenhar na produção da prova”, cabendo-lhe decidir apenas com aquilo que as partes levarem ao processo, sendo a verdade encarada como probabilidade<sup>276</sup>. Os poderes do juiz estariam voltados apenas à condução do processo<sup>277</sup>, “não lhes sendo lícito influenciar, solicitar ou indicar a sua produção”, devendo a atuação do magistrado, na fase probatória, ser a mais neutra possível<sup>278</sup>. Nessa perspectiva privatista, o processo é coisa das partes<sup>279</sup>.

Neste modelo de processo – *adversary system* – são as partes (por meio de seus advogados) que controlam o modo de litigar, no gozo e exercício pelo no princípio dispositivo<sup>280</sup>, em contraponto à visão tradicional latina, de que o juiz atua exclusivamente para decidir questões discutidas, as mais das vezes questões de direito e de procedimento<sup>281</sup>.

---

<sup>275</sup> “O procedimento probatório está caracterizado por dois aspectos principais: a) desenvolvimento por diálogo entre as partes (conhecido atualmente no common law como adversary system); b) ocorrer diante de um juiz passivo. Este modelo pode ser assim definido como isonômico, porque as partes se encontram em pé de igualdade. O juiz apenas verifica da admissibilidade da prova”. ZANETTI JUNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. Revista de Processo | vol. 116/2004 | p. 334 - 371 | Jul - Ago / 2004 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 171 - 212 | Out / 2011 | DTR\2004\452; e JÚPITER, Hércules, Hermes: três modelos de juiz. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 14, Alicante, 1993.

<sup>276</sup> ZANETTI JUNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. Revista de Processo | vol. 116/2004 | p. 334 - 371 | Jul - Ago / 2004 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 171 - 212 | Out / 2011 | DTR\2004\452.

<sup>277</sup> Interessante a seguinte transcrição: “Na essência desse sistema, diz-se que não há uma preocupação maior com a obtenção da verdade, lançada à sorte das partes e à habilidade técnica de seus defensores, mas acima de tudo seu objetivo é promover um equilíbrio na disputa. Considera-se que a passividade do juiz é condição inalienável de sua imparcialidade e, portanto, da justiça de sua decisão. Afirma-se, ainda, que a posição passiva do juiz confere à sua decisão maior força moral e maior probabilidade de ser aceita pelas partes, assim como evita sua influência ou condicionamento sobre a decisão do júri. A intervenção judicial, nesse contexto, deve limitar-se ao estritamente necessário, pois conforme sugere um conhecido brocardo apregoado em defesa desse sistema ‘A judge who opens his mouth closes his mind’, o que bem sintetiza, ademais, as bases da ideologia que o sustenta.” CUNHA, Marcelo Garcia da. Notas comparativas entre o sistema adversarial norte-americano e o sistema inquisitorial: qual sistema está mais direcionado a fazer justiça? Revista de Processo | vol. 249/2015 | p. 451 - 468 | Nov / 2015 | DTR\2015\16588.

<sup>278</sup> Márcio Louzada Carpena, Os poderes do juiz no *common law*. *Revista de Processo*. Vol. 180. São Paulo, Editora RT, 2010, p. 207.

<sup>279</sup> CARVALHO, Samantha de Araújo. Análise crítica acerca do negócio processual para renúncia de determinadas provas: uma (des) necessidade de participação do juiz?. Revista CEJ, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 78-92, jan./abr. 2017. Disponível em <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/download/2223/2119>, acesso em 2 de janeiro de 2019, às 10h41min.

<sup>280</sup> “Ou seja, firme restando o princípio da demanda, pelo qual incumbe à parte a propositura da ação, o processo se desenvolve por impulso oficial”. GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal acusatório. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 27/1999 | p. 71 - 79 | Jul - Set / 1999 | Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 4 | p. 25 - 37 | Jun / 2012 | DTR\1999\287. Mais: CAMBI, Eduardo. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da lei 11.690/2008. Revista de Processo | vol. 167/2009 | p. 25 - 51 | Jan / 2009 | DTR\2009\125;

<sup>281</sup> No original: “The main feature of the adversary system that influences the development of particular procedures is that the parties (or their lawyers) control and shape the litigation. The traditional view is that

“O *adversary system* presume que a verdade triunfará no fim porque tanto os acusadores quanto os advogados de defesa apresentarão seus argumentos nos mais fortes termos possíveis<sup>282</sup>. A confiança na exatidão definitiva do *adversary system* nasce da crença profunda no valor do espírito competitivo - da 'teoria desportiva da justiça.’”<sup>283</sup>.

Embora ainda persista<sup>284</sup>, a adoção do modelo adversarial<sup>285</sup>, com ampla autonomia das partes e mínima intervenção estatal, tem sido enfraquecida ao longo dos tempos e dando espaço a um modelo – diga-se – cooperativo. Há quem diga que tal modelo se afastaria dos escopos da jurisdição<sup>286</sup>. Para Taruffo, as concepções modernas do processo civil como instrumento público para a proteção dos jurisdicionados e o papel do juiz como o agente estatal que provê tal proteção (publicização do processo) justificaria a tendência.

A mesma tendência também poderia ser verificada na crescente necessidade de direção e de controle judicial sobre o procedimento e a exigência de complementar as

---

the judge sits solely to decide disputed questions, most commonly questions of law and procedure”. FRIEDENTHAL-KANE-MILLER. Civil Procedure. 3. ed. 1. reimpr., St. Paul, 2001. p. 2). Apud MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e Processo. Revista de Processo | vol. 112/2003 | p. 177 - 185 | Out - Dez / 2003 | DTR\2003\837.

<sup>282</sup> “The adversary system assumes that the truth will triumph in the end because both prosecutors and defense attorneys will present their cases in the strongest possible terms. Confidence in the ultimate accuracy of the adversary system stems from a deep belief in the value of the competitive spirit - the 'sporting theory of justice' (...)” SAMAHA. Criminal Procedure. Belmont, 1998. p. 7. Apud MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e Processo. Revista de Processo | vol. 112/2003 | p. 177 - 185 | Out - Dez / 2003 | DTR\2003\837.

<sup>283</sup> Aspas oriundas de: RAVAGNANI, Giovanni dos Santos, VAUGH, Gustavo Fávero, BRASIL, Renato Caldeira Grava. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do Juiz. Revista dos Tribunais | vol. 989/2018 | p. 377 - 404 | Mar / 2018 | DTR\2018\10317.

<sup>284</sup> É no ordenamento jurídico norte-americano que se vê, de forma mais acentuada, as características do sistema adversarial, nada obstante as críticas formuladas contra esse modelo. O direito inglês, atrelado ao *common law*, passou, com os anos, a não refletir tão marcadamente as características do aludido sistema. Essa diferença dá-se, em certa medida, em razão da cultura estadunidense, enraizada num puro modelo adversarial, como pode se inferir pela premissa introdutória adotada por Taruffo em obra destinada justamente a estudar o sistema adversarial norte-americano: “Diversamente da quanto accade ad es. in Inghilterra, è negli Stati Uniti che i diversi aspetti del modello *adversary* sono oggetto di numerosi studi e di vivaci dibattiti nella dottrina non solo processualistica, ma anche filosofica, politica e sociologica. Ancora tipiche della cultura giuridica americana sono, inoltre, le teorizzazioni dell’*adversary system* come modello ideale di processo, ma anche le frequenti affermazioni dell’opportunità di abbandonarlo o modificarlo radicalmente per fare del processo un efficace strumento di *social justice*. Non a caso, infine, si verificano negli Stati Uniti le più rilevanti deviazioni da tale modello, sotto la spinta dei problemi che il *Welfare State* e la società di massa creano all’amministrazione della giustizia” (*Il processo civile adversary nell’esperienza americana*. Cedam – Padova, 1979).

<sup>285</sup> LIMA, Alcides de Mendonça. Os princípios informativos no Código de Processo Civil. Revista de Processo | vol. 34/1984 | p. 9 - 19 | Abr - Jun / 1984 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 1 | p. 151 - 164 | Out / 2011 | DTR\1984\10.

<sup>286</sup> “Tal visão privatista do processo não se compatibiliza com as premissas do processo instrumental, devendo, pois, ser afastada”. RIGUETTI, Gabriel Felipe Roqueto. Processo e verdade: brevíssimas considerações sobre funções e conceitos. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 1/2018 | Revista de Processo | vol. 250/2015 | p. 61 - 90 | Dez / 2015 | DTR\2015\17055; e COSTA NETO, José Wellington Bezerra da; e COSTA, Leonardo Dantas. A prova emprestada no direito processual brasileiro. Revista de Processo | vol. 277/2018 | p. 197 - 233 | Mar / 2018 | DTR\2018\8986.

iniciativas probatórias das partes diante de eventual ineficiência para provar os fatos<sup>287</sup>. Bermudes, sobre o assunto, afirma que mesmo nos países de *common law*, a ideia duelística do processo teria cedido a vez ao entendimento publicístico<sup>288</sup>.

Por outro lado, existem incontáveis sistemas jurídicos em que o juiz é investido em totais poderes para conduzir o processo – sobretudo na fase instrutória<sup>289</sup>. Nesses sistemas, que muito nos lembra o sistema brasileiro<sup>290</sup>, o juiz tem papel efetivo no desenvolvimento da fase de instrução, com faculdades para determinar a produção de meios de prova diversos daqueles protestados pelas partes<sup>291</sup>. Esse modelo, chamado de acusatório, é adotado por legislações processuais calcadas numa visão publicista do processo<sup>292</sup>.

O Código de Processo Civil de 2015 parece conduzir o ordenamento jurídico para um terceiro modelo de processo, sob o prisma da prova, o processo cooperativo<sup>293</sup>: “a

---

<sup>287</sup> Mais sobre o assunto em: RAVAGNANI, Giovani dos Santos, VAUGH, Gustavo Fávero, BRASIL, Renato Caldeira Grava. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do Juiz. *Revista dos Tribunais* | vol. 989/2018 | p. 377 - 404 | Mar / 2018 | DTR\2018\10317.

<sup>288</sup> “Enquanto se viu o processo só do ângulo do interesse dos litigantes – o que aconteceu, na Europa, até a sexta década do século XIX e, no Brasil, até meados deste século –, ele foi considerado, sob fortíssima influência romana, um negócio das partes, e aí está a concepção privatística do processo. Distinguido, entretanto, o interesse social nele dominante, prevaleceu a concepção publicística do processo, instrumento do exercício de uma das funções do Estado e, por isso, regido por normas e princípios de interesse público, que deixam pouco espaço para que as partes disponham dele em consonância com a sua vontade, como acontece nos negócios comuns de ordem privada. A ideia duelística do processo – um confronto entre as partes, desenvolvido conforme regras que elas estabelecem, e assistido pelo juiz, que sentencia afinal – cedeu a vez ao entendimento publicístico, segundo o qual o processo é negócio dele próprio, sempre com o fim de atuar o direito, na busca da realização do seu mais alto objetivo: a paz social.” BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 73.

<sup>289</sup> Esclareça-se que, ao falar-se em postura ativa do magistrado na condução da instrução, não se está defendendo o ativismo judicial enquanto fenômeno em que se manifesta a discricionariedade judicial, aludido por Georges Abboud. Somos adversos ao pernicioso ativismo judicial, por meio do qual, “no Brasil, os pré-compromissos democráticos (Constituição e leis) são suspensos pelo julgador e substituídos por sua subjetividade/discricionariedade” (Processo constitucional brasileiro. São Paulo, Editora RT, 2016, p. 709).

<sup>290</sup> “Modelo contemporâneo (ordenamento brasileiro) onde a prova tem sido entendida como demonstração baseada em uma concepção que vê o Direito Processuale o direito material em dois planos distintos. O trabalho do juiz consiste apenas na busca da verdade dos fatos através da prova”. ZANETTI JUNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. *Revista de Processo* | vol. 116/2004 | p. 334 - 371 | Jul - Ago / 2004 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 171 - 212 | Out / 2011 | DTR\2004\452.

<sup>291</sup> “O fortalecimento dos poderes do juiz justifica-se, nas palavras de João Batista Lopes, “pela necessidade de restabelecer o equilíbrio processual quebrado pela desigualdade econômica e pelo individualismo materialista.” LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo, Editora RT, 1999, p. 164.

<sup>292</sup> “O maior ou menor grau de poderes instrutórios conferidos ao órgão judicial varia de acordo com cada ordenamento jurídico, podendo se falar em compêndios normativos que garantem ao magistrado amplos poderes na direção da atividade probatória, ao passo que há aqueles que atribuem papel relativamente menos ativo ao julgador, sem, todavia, negar a existência dos poderes instrutórios.” RAVAGNANI, Giovani dos Santos, VAUGH, Gustavo Fávero, BRASIL, Renato Caldeira Grava. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do Juiz. *Revista dos Tribunais* | vol. 989/2018 | p. 377 - 404 | Mar / 2018 | DTR\2018\10317.

<sup>293</sup> Robson Godinho, Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. *Revista de Processo*. Vol. 235. São



relevância da contribuição a ser trazida pelas partes é dado irrefutável, sendo, mesmo, inadequada a investigação solitária do órgão judicial, por mais que ao mesmo se reconheça papel relevante nessa seara.”<sup>294</sup>. Conforme tópico apresentado acima, destaque-se que a temática cooperativa é fundamental para a democratização do processo, tal qual encampado pelo Código de Processo Civil de 2015 em seu art. 6º<sup>295</sup>.

O modelo cooperativo de processo<sup>296</sup> implica em juiz e partes ativos, em um ponto de sinergia e equilíbrio, na busca pela satisfação da crise de direito material, de modo “de modo a se legitimar plenamente o exercício da Jurisdição mediante melhor e mais acabada comunicação do órgão judicial com os atores do processo e pela procura de um razoável equilíbrio dos poderes do juiz em relação aos poderes das partes e de seus representantes<sup>297</sup>”.

No meio das discussões sobre os modelos de processo sob o prisma da prova, entendemos ser impossível, na prática, a existência de um sistema puro<sup>298</sup> – adversarial ou inquisitivo<sup>299</sup>, razão pela qual entendemos que o sistema cooperativo nos parece o mais adequado. A regra é a cooperação. Todavia, dentro desse sistema que se autorregula, as partes podem se utilizar das convenções processuais<sup>300</sup> para conduzir a demanda e

---

Paulo, Editora RT, 2014, p. 91.

<sup>294</sup> Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova, cit., p. 166.

<sup>295</sup> “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

<sup>296</sup> PEIXOTO, Ravi. Rumo à construção de um processo cooperativo. Revista de Processo | vol. 219/2013 | p. 89 - 114 | Maio / 2013 | DTR\2013\2692.

<sup>297</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Fonte: <<http://www.abdpc.org.br>>, p. 5. Daniel Mitidiero dá maior peso ao papel do juiz no modelo cooperativo: “O papel do juiz na condução do processo é alterado no modelo cooperativo. As partes, porém, não tem deveres recíprocos por força da colaboração. Ação e defesa são posições antagônicas que denotam diferentes interesses diante da causa. O conflito existente entre as partes impede que se estruture um processo civil a partir de deveres cooperativos entre as partes. ... Essa é a razão pela qual quem está gravado pelo dever de cooperar na condução do processo é o juiz. As partes não têm o dever de colaboração entre si” (*Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed. São Paulo, Editora RT, 2015, pp. 68-71). Dierle Nunes: “The adoption of a cooperative conception (Kooperationsmaxime) wouldn’t be allowed to authorize a search for the truth by the protagonist judge, but a relationship between subjects that respects the division of roles and the resulting polycentrism” (What is left of Klein? Procedural reforms: statism or privatism? For a co-participative model on the new Brazilian CPC. *Civil Procedure Review*. Vol. 6, nº 3, 2015, p. 51).

<sup>298</sup> “É a extensão dos poderes do magistrado e das partes que vai servir de medida para se saber se o sistema processual possui, quantitativamente, mais características inquisitórias ou dispositivas (ou acusatórias)”. CAMBI, Eduardo. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da lei 11.690/2008. Revista de Processo | vol. 167/2009 | p. 25 - 51 | Jan / 2009 | DTR\2009\125.

<sup>299</sup> “À evidência, jamais existiu e com certeza jamais existirá ordenamento processual 'quimicamente puro': todos cominam, em variável dosagem, elementos de ambos os tipos”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo in Temas de direito processual – nona série, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 40. Apud FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. O juiz e a contratualização dos litígios. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

<sup>300</sup> BRAGA, Paula Sarno. Competência legislativa dos Estados-Membros em torno dos negócios processuais. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1.

aproximá-la de qualquer um dos tipos de processo – limitando ou expandindo os poderes do juiz.

### 3. Direito à prova e seu caráter autônomo.

O Código de Processo Civil de 2015 colocou uma pá de cal nas discussões sobre a existência de um verdadeiro direito à prova<sup>301</sup>, com a criação da figura jurídica da ação probatória autônoma (artigos 381 e 382). Antes mesmo da vigência do Código de Processo Civil de 2015, ainda que houvesse divergência doutrinária, diversos autores já reconheciam o direito à prova como um direito autônomo<sup>302</sup>, afastando a ideia de que esse direito não seria única e exclusivamente instrumental ao processo: “não parece estar necessária e diretamente vinculada ao exercício da ação e da defesa no contexto de um processo instaurado para se declarar o direito no caso concreto. Em outras palavras, se o assim denominado direito à prova, visto como desdobramento da ação e da defesa, pode abranger as prerrogativas de buscar e de obter a prova, essas mesmas prerrogativas não estão necessariamente vinculadas à declaração do direito dirigida a uma dada relação de direito material<sup>303</sup>.”

---

ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157.

<sup>301</sup> “O destaque seriam as prerrogativas de busca e obtenção da prova e seu nexa com a análise das partes de suas perspectivas de vitória em uma *possível* batalha judicial em torno do direito material a ser evidenciado. A prova produzida não serviria, necessariamente, de fundamento para julgamento de outro direito, cujos fatos se buscam provar. É essa separação entre o direito à prova e o direito cujos fatos se pretende provar que confere ao primeiro boa dose de autonomia. Poder-se-ia falar em um ‘direito à investigação’, que muito se assemelha, a propósito, àquele exercido pelo Ministério Público em sede de inquérito civil (malgrado seja este procedimento administrativo e não jurisdicional).” Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga, *Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação*. *Revista de Processo*. Vol. 218. São Paulo, Editora RT, 2013, p. 18.

<sup>302</sup> “Existem argumentos para considerar que a ação autônoma de produção de provas requeira prestação jurisdicional. Ao se analisar exclusivamente o direito autônomo à prova, como faziam autores antes mesmo do NCP (LGL\2015\1656), conclui-se que a satisfação desse direito poderia ser buscada da mesma forma que qualquer outra pretensão material, ou seja, requerendo provimento jurisdicional para pacificar a disputa.” ZAKIA, José Victor Palazzi; e VISCONTI, Gabriel Caetano. *Produção antecipada de provas em arbitragem e jurisdição*. *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 59/2018 | p. 195 - 211 | Out - Nov / 2018 | DTR\2018\22475.

<sup>303</sup> “a prerrogativa de busca e de obtenção de certa prova sugere a existência de um direito de pedir ao Estado que intervenha tão-somente para permitir a pesquisa e o registro de certos fatos. E, se isso é correto, o direito à prova pode ser entendido, então, como direito simplesmente à obtenção de certa providência de instrução, sem a necessária vinculação direta com o direito de ação exercido para se pleitear a declaração do direito (ou com o exercício da defesa no processo instaurado nesses termos) relativamente a uma dada situação substancial”. YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 210.

Não obstante o fundamento e a estrutura constitucional<sup>304</sup> (há quem o considere como direito fundamental, inclusive<sup>305</sup>), o direito à prova, como direito autônomo, apenas foi reconhecido com o advento do Código de Processo Civil de 2015. O direito à prova foi reconhecido como condição para que as partes possam se defender no processo e, de forma plena, exercer o direito de ação<sup>306</sup>, independentemente da atividade instrutória do juiz<sup>307</sup>. O Código de Processo Civil de 2015 fez com que pudéssemos virar a página conceitual sobre as características do direito à prova e passar a estudar sua estrutura, suas raízes e seus escopos.

O direito à prova é tema de suma importância no processo civil<sup>308</sup> e elemento essencial para o atingimento da efetividade do processo<sup>309</sup>, “observado o equilíbrio entre os valores *segurança e celeridade*, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material.”<sup>310</sup>. Cândido Dinamarco, sobre o tema, afirma que o direito à prova é um conjunto de oportunidades oferecidas para as partes, a fim de que possam demonstrar a veracidade dos fatos relevantes para o julgamento da lide. Dinamarco também expõe que tal direito é exercido mediante o emprego de fontes de prova legitimamente obtidas e a regular aplicação das técnicas representadas pelos meios de prova. A imensa importância da prova

---

<sup>304</sup> SANTOS, Silas Silva. Considerações críticas acerca do valor do depoimento do agente policial no Processo Penal. *Revista dos Tribunais* | vol. 901/2010 | p. 449 - 485 | Nov / 2010 | Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 3 | p. 1343 - 1382 | Jun / 2012 | DTR\2010\888.

<sup>305</sup> “O direito à prova é direito fundamental, corolário das garantias constitucionais ao contraditório e ao acesso à justiça, consagrados na Constituição”. FARIA, Marcela Kohlbach. A produção de prova no procedimento arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 32/2012 | p. 207 - 226 | Jan - Mar / 2012. Ademais: VALENTE, Natasha Rocha; BORGES, Felipe Garcia Lisboa. Conteúdo e limites aos poderes instrutórios do Juiz no Processo Civil contemporâneo. *Revista de Processo* | vol. 243/2015 | p. 109 - 132 | Maio / 2015 | DTR\2015\7906; PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo* | vol. 285/2018 | p. 121 - 156 | Nov / 2018 | DTR\2018\20777; e CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 166.

<sup>306</sup> “O direito à prova, além de constituir cláusula inserta no conceito de devido processo legal (right to evidence), ostenta a mesma natureza dos direitos de ação e de defesa, a saber, direito subjetivo público ou cívico. A bem ver, o direito à prova constitui um prolongamento dos direitos de ação e defesa, constituindo a forma na qual estes se transmudam após posta em movimento a engrenagem processual”. SANTOS, Silas Silva; COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. Considerações críticas acerca do valor do depoimento do agente policial no Processo Penal. *Revista dos Tribunais* | vol. 901/2010 | p. 449 - 485 | Nov / 2010 | Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 3 | p. 1343 - 1382 | Jun / 2012 | DTR\2010\888.

<sup>307</sup> “A atividade instrutória deve se concentrar em suas mãos, não nas do juiz”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. São Paulo, 2018. Tese de Titularidade apresentada perante o Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito de São Paulo, p. 23.

<sup>308</sup> José Carlos Barbosa Moreira considera a prova, “as mais das vezes, a encruzilhada decisiva do processo.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Juiz e a prova. *Revista de Processo* | vol. 35/1984 | p. 178 - 184 | Jul - Set / 1984 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 1101 - 1109 | Out / 2011 | DTR\1984\37.

<sup>309</sup> Eduardo Cambi, O direito à prova no processo civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Vol. 34, 2000, p. 143.

<sup>310</sup> José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 49.

na experiência do processo elevou o *direito à prova* como parte integrante do devido processo legal, tornando-se um dos fundamentais pilares do sistema processual<sup>311</sup>.

A prova é, além de tudo, elemento viabilizador do atingimento da pacificação da crise de direito material<sup>312</sup>. Provar é atividade que faz com que a jurisdição atinja seus escopos sociais e políticos<sup>313-314</sup>. A descoberta da verdade pelos meios de prova pode ser vista como uma maneira de resolver a crise de direito material<sup>315</sup>. É somente por meio da prova é que o magistrado poderá acessar os elementos fáticos da demanda e, de tal maneira,

---

<sup>311</sup> *Instituições de direito processual civil*. Vol. III. 4ª ed. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 47. Veja também: VAUGHN, Gustavo Fávero, BRASIL, Renato Caldeira Grava. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do Juiz. *Revista dos Tribunais* | vol. 989/2018 | p. 377 - 404 | Mar / 2018 | DTR\2018\10317.

<sup>312</sup> Sobre o tema: “As partes buscam o Judiciário a fim de ter o litígio resolvido, para tanto, apresentam suas alegações, sendo necessário que as comprovem por qualquer meio de prova admitido em direito.” VALENTE, Natasha Rocha; BORGES, Felipe Garcia Lisboa. Conteúdo e limites aos poderes instrutórios do Juiz no Processo Civil contemporâneo. *Revista de Processo* | vol. 243/2015 | p. 109 - 132 | Maio / 2015 | DTR\2015\7906.

<sup>313</sup> *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed. São Paulo, Malheiros, 2011, p. 73. “O almejado resultado pelo direito material, a que se fez menção no parágrafo inaugural, é atingido no processo a partir da resolução da crise na esfera de direito das partes em conflito. Trata-se, aqui, do escopo jurídico do processo, que engloba os vieses social e político. A real dimensão do direito processual é “a de instrumento voltado para fora de seu próprio sistema, pois tem o escopo imediato de conferir eficácia a outro direito – o material (escopo jurídico), para, a final, atingir seus escopos últimos e mediatos, que se confundem com os objetivos das demais funções do Estado (escopos social e político).” E isso faz com que as decisões judiciais proferidas em conformidade com as regras de direito material sejam aptas a pacificar e afirmar a autoridade do Estado, “salvo nos casos excepcionais em que o próprio ordenamento substancial não corresponda à realidade social de seu tempo.” VAUGHN, Gustavo Fávero, BRASIL, Renato Caldeira Grava. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do Juiz. *Revista dos Tribunais* | vol. 989/2018 | p. 377 - 404 | Mar / 2018 | DTR\2018\10317.

<sup>314</sup>

<sup>315</sup> Não se defende, neste trabalho, que o escopo do processo seja a busca da verdade. O processo visa a resolução da crise de direito material; porém, o objetivo do direito probatório é descobrir a verdade dos fatos, o que contribui, é certo, para tal resolução. Lucas Britto Mejias: “E não é, mesmo, escopo do processo encontrar a verdade em uma controvérsia fática. A controvérsia fática, pensada em si, é irrelevante para o processo. A sua existência sequer garantiria à parte interesse processual. O que importa é resolver a crise na esfera de direitos dos litigantes. Isso não significa, no entanto, que a busca pela verdade deva ser abandonada. Afinal, justamente nos casos em que determinada controvérsia fática gera uma crise de certeza na esfera de direito de determinadas partes – ou ao menos colabora para o seu estabelecimento –, a investigação da verdade assume relevante papel para a consecução dos escopos da jurisdição, tornando-se o mais natural caminho para que sejam atingidos” (*Relação entre busca da verdade, deveres instrutórios do juiz e regras de atribuição de ônus probatório. Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. BEDAQUE, José Robertos dos Santos et al. [coords.]. Brasília, Gazeta Jurídica, 2016, p. 449).

construir uma espécie de verdade processual<sup>316</sup>. A prova, nesse contexto, além de ser um direito autônomo, também é instrumento viabilizador da tutela jurisdicional justa<sup>317</sup>.

Dentre as dimensões, características e divisões elencadas pela doutrina sobre o direito à prova, entendemos ser importante destacar as seguintes facetas: (i) o direito de produzir provas; (ii) o direito de participar da produção da prova; (iii) direito de apresentar ao juiz uma valoração dos elementos de prova, isto é, a faculdade de argumentar; (iv) o direito que o magistrado examine as provas produzidas; (v) direito de obter uma decisão rápida e motivada a respeito do requerimento de admissão dos meios de prova postulados; e (vi) à parte contrária assegura-se a admissão de prova que tenha por objeto o mesmo fato sobre o qual se alega<sup>318</sup>.

Oportunamente, ao escrever sobre o assunto, afirma-se que sob este prisma, as partes têm, em igualdade de condições, oportunidade de postular a produção de provas<sup>319</sup>, direito de participar da sua realização, direito à valoração da prova e direito de manifestar-se acerca dos resultados obtidos mediante a prova<sup>320</sup>, conceitos que utilizaremos na presente dissertação.

---

<sup>316</sup> Sobre verdade processual, ver: Sandoval Alves da Silva, Acesso à justiça probatória: negativa de tutela jurisdicional como consequência de negativa de convicção judicial. *Revista de Processo*, Vol. 232. São Paulo, Editora RT, 2014, pp. 37-65; “The administration of justice is interested in discovering what actually occurred in the real world of facts and behaviors, since it is to such facts and behaviors that the rule of law has to be applied by the judge in his final decision. As abovementioned, the law is correctly enforced if, and only if, it is applied to the facts to which specific legal consequences are ascribed. Then these facts need to have actually occurred and to be established in a truthful way.” TARUFFO, Michele. Evidence, truth and the rule of law. *Revista de Processo* | vol. 238/2014 | p. 87 - 98 | Dez / 2014 | DTR\2014\19825. Barbosa Moreira: “a probabilidade de atingir-se uma decisão justa cresce na razão direta do rendimento dos mecanismos probatórios. (...) quanto mais abundantes e mais seguros subsídios se puderem obter das provas, tanto menor a margem de erro a que ficará sujeito o órgão judicial, na hora de sentenciar.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Revista de Processo* | vol. 53/1989 | p. 122 - 133 | Jan - Mar / 1989.

<sup>317</sup> CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 166

<sup>318</sup> DIDIER JR, Fredie; e BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas. *Revista de Processo* | vol. 218/2013 | p. 13 - 45 | Abr / 2013 | DTR\2013\2497; e SANTOS, Silas Silva; COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. Considerações críticas acerca do valor do depoimento do agente policial no Processo Penal. *Revista dos Tribunais* | vol. 901/2010 | p. 449 - 485 | Nov / 2010 | Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 3 | p. 1343 - 1382 | Jun / 2012 | DTR\2010\888.

<sup>319</sup> “As partes têm direito à produção ou à aferição da veracidade da prova, antes e independentemente do processo”. TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo* | vol. 260/2016 | p. 75 - 101 | Out / 2016 | DTR\2016\23994.

<sup>320</sup> VAUGHN, Gustavo Fávero, BRASIL, Renato Caldeira Grava. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do Juiz. *Revista dos Tribunais* | vol. 989/2018 | p. 377 - 404 | Mar / 2018 | DTR\2018\10317; e AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ª ed. São Paulo, Editora RT, 2017, p. 32. Yarshell fala em “direito autônomo à prova” (*Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo, Malheiros, 2009); Paulo Amaral defende um “direito fundamental à prova” (*Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ª ed. São Paulo, Editora RT, 2017). Noutro giro, mas com ideias convergentes, a favor do direito à prova, Eduardo Cambi (*Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo, Editora RT, 2001); e Bedaque (*Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. São Paulo, Editora RT, 2009, pp. 22-25) referem-se a “direito constitucional à

#### 4. Noções acerca do ônus da prova.

De maneira bem direita, o ônus da prova pode ser entendido como um instrumento<sup>321</sup> utilizado para definir quem é a pessoa responsável por sustentar algum fato dentro da demanda judicial<sup>322</sup>. Nos termos do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015, em regra, o ônus da prova incumbe: (i) ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; e (ii) ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor<sup>323</sup>. Em outras palavras, aquele que sustentar algo, por regra, terá o ônus de comprovar os fatos de sua alegação<sup>324</sup>. O ônus da prova é a necessidade de provar para vencer a causa<sup>325</sup>: aquele que não provar suas alegações, verá suas pretensões rejeitadas<sup>326</sup>.

---

prova.”. José Frederico Marques: “O Direito Processual Civil tem por pressupostos os princípios jurídicos da Constituição, não só no que tange com a atividade judiciária e a estrutura dos respectivos órgãos, como também no que diz respeito às relações do indivíduo com o poder estatal em que se encarnam as funções jurisdicionais” (*Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. 1ª ed. atual. por Ovidio Rocha Barros Sandoval. Campinas, Millennium Editora, 2000, p. 11).

<sup>321</sup> “Assim, se bem aplicada, a técnica de distribuição dinâmica do ônus da prova é um importante instrumento de fomentação da atividade probatória, que permite uma aproximação do julgador à realidade do caso concreto, suprimindo eventuais desigualdades, de modo a permitir, antes de tudo, o acesso ao Poder Judiciário, muitas vezes inviabilizado pela carga probatória que pesa sobre determinada parte, bem como um julgamento em maior consonância com os efeitos pretendidos pela regra de direito material violada, e, portanto, a concessão da tutela jurisdicional de maneira mais justa e segura”. MALAGÓ, Fábio Machado. Distribuição dinâmica do ônus da prova. 2014. 260 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 247.

<sup>322</sup> “o objetivo do ônus da prova: permitir uma decisão definitiva, mesmo nos casos onde não haja convicção de certeza”. MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 4/2018 | Revista de Processo | vol. 241/2015 | p. 463 - 487 | Mar / 2015 | DTR\2015\2135.

<sup>323</sup> ARENHART, Sérgio Cruz et al. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 54, n. 343, p. 25-60, maio 2006.

<sup>324</sup> KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. Revista de Processo | vol. 17/1980 | p. 50 - 60 | Jan - Mar / 1980 | Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 5 | p. 1213 - 1228 | Out / 2010 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 745 - 760 | Out / 2011 | DTR\1980\19.

<sup>325</sup> MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil, v. II/187. Também Vicente Greco Filho, Direito Processual Civil Brasileiro, v. II/177; PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no Código de Processo Civil de 2015. Revista de Processo | vol. 285/2018 | p. 121 - 156 | Nov / 2018 | DTR\2018\20777; e ALFIERO, Mario Vítor M. Dinamização do ônus da prova e o dever de custeá-la. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 4/2018 | Revista de Processo | vol. 273/2017 | p. 149 - 167 | Nov / 2017 | DTR\2017\6554.

<sup>326</sup> Julgamento do Recurso Especial n. 1.320.295, pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, o qual teve como relatora a Ministra Fátima Nancy Andrihgi, ocorrido em 15 de outubro de 2013. O voto da relatora foi acompanhado pelos Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino; CAMBI, Eduardo. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 315-316; “portanto, o ônus de provar não é um dever, mas é empregado em proveito próprio daquele sobre o qual recai o ônus de provar determinado fato, sob pena de suportar o risco de deixar de lhe ser entregue a tutela jurisdicional na forma pretendida”. CASTRO, Daniel Penteado. Poderes Instrutórios do Juiz – Fundamentos, interpretações e dinâmica. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 148; “as partes devem atentar para a distribuição do ônus probatório e para os fatos que dependem de prova, quais sejam: (i) fatos controvertidos, (ii) fatos relevantes para a causa, e (iii) direito decorrente de leis municipais, estaduais, estrangeiras ou consuetudinárias – a chamada prova de direito (CPC, artigo 376). De outro lado, dispensam a produção de prova os fatos (i) notórios, (ii) afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, (iii) incontroversos e (iv) presumidamente verdadeiros por força de lei (CPC, artigo 374)”. FERREIRA, Mariana. A prova emprestada como objeto de negócio jurídico processual. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz

O ônus é praticamente um dever, com a diferença de que no ônus o interesse a ser satisfeito é o do próprio agente, sendo que no dever refere-se a um interesse de terceiro<sup>327</sup>. Além do mais, o ônus também difere de dever, pois este pressupõe sanção. O ônus é um imperativo do próprio interesse da parte e se impõe como necessidade de realizar algo para evitar prejuízo processual<sup>328</sup> e não uma sanção<sup>329</sup>.

É bem verdade que o direito à prova, que sustenta a noção de ônus da prova, deve ser entendido como uma faculdade, uma condição para se obter o acolhimento de suas pretensões e a vitória judicial<sup>330</sup>.

Note-se que o ônus tem caráter bilateral, o que corrobora com a estrutura dialética do processo<sup>331</sup> e com o princípio dispositivo<sup>332</sup>. Como decorrência do princípio dispositivo<sup>333</sup> e da dialeticidade do processo, entende-se que o ônus da prova possui duas

---

(Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157; Importa também destacar que as regras de ônus da prova também se aplicam aos processos e litígios arbitrais. Sobre as previsões sobre ônus da prova em arbitragem: “None of the international arbitration rules contain a provision concerning burden of proof, except for the American Arbitration Association (“AAA”) International Arbitration Rules and the United Nations Commission on International Trade Law (“UNCITRAL”) Rules. Those regulations stipulate that each party has the burden of proving the facts relied on to support its claim or defense”. Article 19 of the AAA International Rules and Article 24(1) of the UNCITRAL Rules. Mais: “it is simply unconceivable that the Claimant, after extensive discovery, has not been able to produce one single shred of documentary evidence, confirming the date when Mr. Gallo acquired ownership: no agreement, no contract, no confirmation slip, no instruction letter, no memorandum, no invoice, no email, no file note, no tax declaration, no submission to any authority – absolutely nothing”. Charles H. Brower II, Vito G. Gallo v. The Government of Canada, Award, PCA Case No. 55798, 15 September 2011, A contribution by the ITA Board of Reporters, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International).

<sup>327</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 334; BUZAID, Alfredo. Processo e verdade no direito brasileiro. Revista de Processo | vol. 47/1987 | p. 92 - 99 | Jul - Set / 1987 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 1 | p. 751 - 761 | Out / 2011 | DTR\1987\92; “A partir da diferenciação entre ônus e dever fica fácil inferir que o ônus da prova é um direito da parte de provar o que foi alegado em juízo”. PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no Código de Processo Civil de 2015. Revista de Processo | vol. 285/2018 | p. 121 - 156 | Nov / 2018 | DTR\2018\20777; e DIDIER JUNIOR, F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. Curso de direito processual civil. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2 – Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória.

<sup>328</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2005. v. III, p. 71.

<sup>329</sup> ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Do ônus da prova. Revista de Processo | vol. 71/1993 | p. 46 - 63 | Jul - Set / 1993 | Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 5 | p. 969 - 994 | Out / 2010 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 761 - 786 | Out / 2011 | DTR\1993\333.

<sup>330</sup> LOPES, João Batista. O ônus da prova no processo penal. Revista de Processo | vol. 11/1978 | p. 147 - 153 | Jul - Dez / 1978 | DTR\1978\44.

<sup>331</sup> KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. Revista de Processo | vol. 17/1980 | p. 50 - 60 | Jan - Mar / 1980 | Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 5 | p. 1213 - 1228 | Out / 2010 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 745 - 760 | Out / 2011 | DTR\1980\19.

<sup>332</sup> BUZAID, Alfredo. Processo e verdade no direito brasileiro. Revista de Processo | vol. 47/1987 | p. 92 - 99 | Jul - Set / 1987 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 1 | p. 751 - 761 | Out / 2011 | DTR\1987\92.

<sup>333</sup> ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Do ônus da prova. Revista de Processo | vol. 71/1993 | p. 46 - 63 | Jul - Set / 1993 | Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 5 | p. 969 - 994 | Out / 2010 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 761 - 786 | Out / 2011 | DTR\1993\333.

dimensões, a subjetiva e a objetiva: uma voltada para os litigantes, referente ao risco da prova frustrada (aspecto subjetivo)<sup>334</sup>; e outra, voltada para o magistrado, quem tem o dever de dar uma regra de julgamento (aspecto objetivo)<sup>335</sup>.

Dada a dimensão bilateral (subjetiva e objetiva), entende o ônus como regras, direcionadas aos sujeitos processuais, para orientá-los sobre sua atividade probatória, bem como indica aos julgadores qual dos polos deve arcar com a insuficiência probatória<sup>336</sup>. O caráter objetivo do ônus da prova faz-se necessário para evitar o arbítrio judicial, afastando-se a possibilidade de decisão do magistrado por equidade em caso de ausência de provas<sup>337</sup>.

---

<sup>334</sup> “Não se trata de uma obrigação porque não há interesse no ordenamento de que este seja cumprido, não havendo sanção em razão do inadimplemento”. LIMA, Matheus Carneiro. Standards de prova no direito brasileiro. 2018. 132 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018; e BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. Revista de Processo | vol. 27/1982 | p. 186 - 199 | Jul - Set / 1982 | DTR\1982\39.

<sup>335</sup> “Pode-se ter o onus probandi sob dois vieses, subjetivo, ou seja, regra de procedimento, servindo como norte à atividade das partes, para que se empenhem na produção das provas da *fattispecie* necessária à consecução do efeito jurídico pleiteado; ou objetivo, regra de julgamento, vislumbrada a situação de inescurecimento, o julgador atribuirá o insucesso a uma das partes, conforme a distribuição do risco”. MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 4/2018 | Revista de Processo | vol. 241/2015 | p. 463 - 487 | Mar / 2015 | DTR\2015\2135; “É vedado ao magistrado não julgar sob a justificativa de que os fatos alegados não foram provados”. VALENTE, Natasha Rocha; BORGES, Felipe Garcia Lisboa. Conteúdo e limites aos poderes instrutórios do Juiz no Processo Civil contemporâneo. Revista de Processo | vol. 243/2015 | p. 109 - 132 | Maio / 2015 | DTR\2015\7906; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. Leituras complementares de processo civil. 7ª Ed.. Salvador: JusPodium, 2009, p. 203; “Assim, o ônus da prova, enquanto regra de julgamento, dirige-se ao juiz que chega ao final do procedimento sem convicção formada a respeito de como os fatos se passaram. Na dúvida, a questão controvertida deve ser definida em desfavor da parte que não conseguiu se desincumbir do ônus respectivo. A título ilustrativo, se a incerteza do julgador recair sobre a ocorrência de fatos constitutivos do direito do autor, a decisão favorecerá o réu. A partir dessa ordem de ideias, infere-se que a regra do ônus da prova consiste em norma de aplicação subsidiária, a ser utilizada somente quando o juiz constatar a impossibilidade de formação de seu convencimento com base nos elementos de prova postos à sua disposição.”. Julgamento do Recurso Especial n. 1.320.295, pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, o qual teve como relatora a Ministra Fátima Nancy Andrighi, ocorrido em 15 de outubro de 2013. O voto da relatora foi acompanhando pelos Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino.

<sup>336</sup> THAMAY, Renna Faria Kruger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro. Uma primeira análise constitucional sobre os princípios no Novo Código de Processo Civil. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi Medeiros; FREIRE, Alexandre (org.). Provas. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2016; “Por outro lado, não atingindo o standard probatório, diante da dúvida, o juiz se valerá do ônus da prova como regra de julgamento e decidirá a favor do réu”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. São Paulo, 2018. Tese de Titularidade apresentada perante o Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito de São Paulo, p. 238; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10ª edição, Salvador: JusPodium, 2015.

<sup>337</sup> “Afirma-se que a regra do ônus da prova se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, definir o mérito. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova. Se a dúvida paira sobre o fato constitutivo, essa deve ser suportada pelo autor, ocorrendo o contrário em relação aos demais fatos”. MARINONI, Luís Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, n. 13, p. 60-72, 2006; e MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. Ônus da prova e sua dinamização. Salvador: Jus Podium, 2014.



e está presente essencialmente no momento de o juiz exarar a decisão, como regra de julgamento<sup>338</sup>.

Para além da natureza de regra de julgamento, parte da doutrina, entende que o ônus da prova pode ser entendido como regra de instrução, de procedimento, em que se indica quem deve provar o que no processo<sup>339</sup>. Ou seja, as regras que distribuem o ônus da prova são elaboradas apenas para as partes, como forma de que estas sejam informadas pelo juiz como agir para ter sucesso no processo, do ponto de vista das provas que precisarão ser produzidas<sup>340</sup>.

Em virtude do caráter dúplice do ônus da prova, pode-se entender como um ônus imperfeito no sentido geral: seu simples cumprimento não significa vitória processual imediata. Para além da comprovação dos fatos demonstrados, a prova deve ter força persuasiva suficiente para convencer o juiz<sup>341</sup>, conforme se verá com mais detalhes no tópico a seguir.

A distribuição do ônus da prova no processo civil pode ser realizada de forma diferente daquela estática indicada no *caput* artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015<sup>342</sup>. Tal característica é o que a doutrina processual entendeu bem por chamar de natureza dinâmica do ônus da prova: “nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada,

---

<sup>338</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 268/269; e KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. Revista de Processo | vol. 17/1980 | p. 50 - 60 | Jan - Mar / 1980 | Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 5 | p. 1213 - 1228 | Out / 2010 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 745 - 760 | Out / 2011 | DTR\1980\19.

<sup>339</sup> ARENHART, Sérgio Cruz et al. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 54, n. 343, p. 25-60, maio 2006.

<sup>340</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 71; LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil brasileiro. São Paulo: RT, 1999, p. 36 e ss..

<sup>341</sup> CAMBI, Eduardo. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 315-316.

<sup>342</sup> “O Código de Processo Civil adota como regra a distribuição estática do ônus da prova positiva no *caput* e incisos do art. 373. A regra estática de distribuição do ônus probandi estabelece que o autor deva provar os fatos constitutivos do seu direito e o réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor. Assim, a distribuição estática do ônus da prova é capaz de tutelar grande parte das demandas judiciais, garantindo a segurança jurídica das partes que já ingressam no processo sabendo quais os fatos elas deverão provar, sendo assim mantida como regra no CPC/2015”. PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no Código de Processo Civil de 2015. Revista de Processo | vol. 285/2018 | p. 121 - 156 | Nov / 2018 | DTR\2018\20777.

caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído” (Parágrafo 1º do artigo 373)<sup>343</sup>.

A distribuição dinâmica do ônus da prova, dentro do contexto do processo cooperativo do Código de Processo Civil de 2015, visa dividir de forma equilibrada o trabalho entre os participantes do processo, sobretudo nas situações de vulnerabilidade e hipossuficiência processual<sup>344</sup>. A inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor e nos processos trabalhistas são indicativos legislativos que corroboram com o dinamismo do ônus da prova.

## **5. Partes, juiz e ônus da prova: convicção íntima do juiz; *standards* de prova e livre convencimento motivado.**

O Estado é um mal necessário e evita a desordem<sup>345</sup>. Não fossem as instituições democráticas e o Poder Judiciário, viveríamos sob a égide da ditadura de força e da autotutela como meio resolução de conflitos. Pois bem, o Judiciário é o mecanismo forma que a democracia brasileira oferece aos seus jurisdicionados para pacificar um conflito.

Pois bem, dentro da ideia do processo como limitador da desordem, inúmeras regras foram construídas no sentido de dar fluidez e um norte ao processo judicial. Dentre tais regras, disposições sobre direito probatório e ônus probatório<sup>346</sup>. Na dinâmica probatório, é no momento de proferir a decisão que o juiz avalia se determinado enunciado foi provado ou não pela parte que o alegou<sup>347</sup>. A rigor, o juiz trabalha com critérios de probabilidade indutiva, aptos a satisfazer seu *standard* probatório<sup>348</sup> e o convencê-lo pelo direito do réu ou do autor<sup>349</sup>.

---

<sup>343</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. O Novo Código de Processo Civil e a ordem processual civil vigente. Revista de Processo | vol. 247/2015 | p. 63 - 103 | Set / 2015 | DTR\2015\13199.

<sup>344</sup> MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi. Ônus da prova e sua dinamização. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 30.

<sup>345</sup> CAMPOS, Roberto. LIBERALISMO: Roberto Campos em sua melhor forma (Coleção Economia Política). Lebooks Editora. Edição do Kindle.

<sup>346</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. São Paulo, 2018. Tese de Titularidade apresentada perante o Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito de São Paulo, p. 23.

<sup>347</sup> Tal regra também se aplica na arbitragem internacional. Confira-se trecho de sentença de arbitragem ICSID: “(...) Third, the Claimants contend that the Respondent has not been disadvantaged by any delay, observing that there exists an extensive documentary record upon which the Tribunal may decide the claims, including hundreds of documents produced as exhibits and in response to discovery requests, as well as over 30 witness statements”. Dietmar W. Prager and Samantha J. Rowe, Ioannis Kardassopoulos & Ron Fuchs v. The Republic of Georgia, Award, ICSID Case No. ARB/05/18, ICSID Case No. ARB/07/15, 3 March 2010, A contribution by the ITA Board of Reporters, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International).

<sup>348</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. São Paulo, 2018. Tese de Titularidade apresentada perante o Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito de São Paulo, p. 238; e KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 47.

<sup>349</sup> Um standard de prova consiste numa regra de decisão que indica o nível mínimo de corroboração de uma hipótese para que esta possa considerar-se provada, ou seja, possa ser aceite como verdadeira. Este critério

Na dinâmica probatória, primeiro se coloca a questão de *standard* probatório e, depois do ônus da prova. Havendo prova “além de qualquer dúvida razoável”, o juiz decidirá sem que se coloque o problema do ônus da prova<sup>350</sup>. Por outro lado, não atingindo o *standard* probatório, diante da dúvida, o juiz se valerá do ônus da prova como regra de julgamento e decidirá a favor do réu ou do autor, conforme as suas pretensões trazidas os autos<sup>351</sup>.

Nesse contexto, o *standard* deve ser objetivo e servir de guia ao juiz, indicando o que ele deve buscar em cada prova, permitindo a reconstrução dos fatos da forma mais adequada. Trata-se de uma tentativa de instruir o julgador no que tange ao grau de confiança que a sociedade concede às suas leituras sobre os fatos do processo. Matheus Lima<sup>352</sup> exemplifica que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* poderiam ser entendidos, por exemplos, como standards no direito processual brasileiro, assim como a verossimilhança da alegação e a probabilidade do direito. Paulo Lucon e Guilherme Recena elencam a prova além do razoável e o princípio do *in dubio pro reo* como *standards* probatórios<sup>353</sup>.

Pois bem. Conforme apontado acima, o objetivo prático da prova é o convencimento do juiz<sup>354</sup>. O objetivo prático do convencimento do juiz é o julgamento do caso. Os poderes instrutórios do juiz devem auxiliá-lo na formação de sua convicção, ao

---

da suficiência da prova deve pautar-se pela análise sobre a (in)existência de boas razões para justificar a decisão e não propriamente sobre a confiança do julgador. Um *standard* deve ser capaz de responder a duas perguntas: quando é que o grau de justificação é suficiente para aceitar um enunciado fático como verdadeiro e quais são os critérios objetivos que indicam que se alcançou esse grau de justificação. SOUZA, Luis Filipe Pires de. O *standard* de prova no processo civil e no processo penal. Disponível em <http://www.trf1.mj.pt/PDF/O%20standard%20de%20prova%202017.pdf>, acesso em 8 de janeiro de 2019, às 18h21min.

<sup>350</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. São Paulo, 2018. Tese de Titularidade apresentada perante o Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito de São Paulo, p. 236.

<sup>351</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. São Paulo, 2018. Tese de Titularidade apresentada perante o Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito de São Paulo, p. 238; MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 268/269; LIMA, Matheus Carneiro. Standards de prova no direito brasileiro. 2018. 132 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

<sup>352</sup> LIMA, Matheus Carneiro. Standards de prova no direito brasileiro. 2018. 132 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

<sup>353</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Guilherme Recena. A prova e a responsabilidade de terceiros contratantes com o Poder Público na ação de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. (Org.). Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 371-372; e LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Compra de votos, direito sancionador e ônus da prova. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Org.). O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. v. 1, p. 307-316.

<sup>354</sup> Julgamento do Recurso Especial n. 1.320.295, pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, o qual teve como relatora a Ministra Fátima Nancy Andrihgi, ocorrido em 15 de outubro de 2013. O voto da relatora foi acompanhando pelos Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino.

passo que as regras de ônus, como regras de julgamento, devem garantir a inafastabilidade da jurisdição, afastando o *non liquet*<sup>355</sup>.

No mais, em sendo um direito das partes<sup>356</sup>, a prova deve concentrar-se nas suas mãos e não nas mãos do juiz, em respeito ao princípio dispositivo<sup>357</sup>. De toda forma, em não havendo convenção das partes que o limite, o exercício de atividade instrutória pelo juiz é complementar ao das partes<sup>358</sup>: “ao notar que o esforço probatório das partes não se afigurou suficiente para aclarar os pontos controvertidos, o juiz está autorizado à instauração de um diálogo, no qual anuncia aos litigantes os fatos cuja verdade ainda não considera revelada no processo”<sup>359</sup>. A alteração pelas partes das regras de instrução

---

<sup>355</sup> “A certeza jurídica só surge com escolha final por parte do julgador, o qual não pode pronunciar o *non liquet*. A dúvida, ainda que necessária a todo processo decisório, é provisória, pois será necessariamente substituída por um ato de certeza definitivo. E para evitar o *non liquet*, o próprio ordenamento jurídico estabelece mecanismos, seja para evitar o surgimento de dúvidas (assim, por exemplo, a regra que exclui a prova testemunhal para comprovação de contratos acima de determinado valor), seja para a solucionar quando essa surgir (regras sobre o ônus da prova). Com isso, sempre se possibilitará a escolha entre uma das alternativas existentes”. ROSSONI, Igor Bimkowski. Verdade, certeza e processo: apontamos sobre a verdade dos fatos no processo judicial. Trabalho exigido para fins de avaliação na disciplina Fundamentos de Teoria Geral do Direito Tributário do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Disponível em [https://www.academia.edu/9573647/Verdade\\_certeza\\_e\\_processo\\_apontamentos\\_sobre\\_a\\_verdade\\_dos\\_fatos\\_no\\_processo\\_judicial](https://www.academia.edu/9573647/Verdade_certeza_e_processo_apontamentos_sobre_a_verdade_dos_fatos_no_processo_judicial), acesso em 26 de dezembro de 2018, às 15h55min; e ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Do ônus da prova. Revista de Processo | vol. 71/1993 | p. 46 - 63 | Jul - Set / 1993 | Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 5 | p. 969 - 994 | Out / 2010 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 761 - 786 | Out / 2011 | DTR\1993\333.

<sup>356</sup> “Parte-se da premissa, explícita ou implícita, de que o maior interessado em que o juiz se convença da veracidade de um fato é o litigante a quem aproveita o reconhecimento dele como verdadeiro, por decorrer daí a afirmação de um efeito jurídico favorável a esse litigante, ou a negação de um efeito jurídico a ele desfavorável. Semelhante interesse naturalmente estimula a parte a atuar no sentido de persuadir o órgão judicial de que o fato de fato ocorreu – numa palavra: de prová-lo. Todo ordenamento processual, sejam quais forem as diretrizes filosóficas ou políticas que o inspirem, contra em larga extensão a eficácia desse estímulo. O desejo de obter a vitória cria para o litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 2ª Série, 1980.

<sup>357</sup> “São as partes que determinam o que deve ser o objeto do processo. O Tribunal não está autorizado a substituir ou a completar este objeto, mesmo que isso seja útil. Ele pode sugerir às partes que alterem ou completem esse objeto (§ 139, ZPO). Naturalmente, as partes devem seguir essa recomendação”. BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. Revista de Processo | vol. 27/1982 | p. 186 - 199 | Jul - Set / 1982 | DTR\1982\39; e ANTONIO DO PASSO CABRAL, Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodium, 2018, p. 156.

<sup>358</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. Revista de Processo | vol. 255/2016 | p. 435 - 460 | Maio / 2016 | DTR\2016\4685. Em sentido contrário, a defender a ampliação dos poderes instrutórios do juiz; CASTRO, Daniel Penteado. Poderes Instrutórios do Juiz – Fundamentos, interpretações e dinâmica. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 148.

<sup>359</sup> “O autor deseja ver atendida sua pretensão veiculada na ação, enquanto o réu espera que sua resistência prevaleça. Esse é o interesse privado, de tutela jurisdicional e resolução do conflito, ao qual deve ser agregado o interesse público”. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A Contratualização do Processo (Página 93). Edição do Kindle; e ONO, Taynara Tiemi. A flexibilização procedimental: uma comparação entre os sistemas jurídicos brasileiro, inglês e português. Revista de Processo | vol. 254/2016 | p. 407 - 427 | Abr / 2016 | DTR\2016\19696.

processual pode vir a afetar o mérito da causa. Daí a proibição de sua celebração em casos cujo objeto não admita autocomposição<sup>360</sup>.

A rigor, ordinariamente, caso o magistrado não possua elementos suficientes para formar sua cognição (por incongruências nas alegações das partes ou por insuficiência de provas), antes de adotar técnicas de julgamento, o juiz deve buscar o esclarecimento, inclusive com a produção oficiosa da prova<sup>361</sup>, que decorra das provas produzidas pelas partes. Todavia, conforme apontado acima, caso haja a convenção da parte que discipline, altere ou reduza a atividade instrutória, o julgador deve se utilizar das regras de ônus da prova para resolver o caso<sup>362</sup>.

Nesse sentido, ao serem obedecidas as regras do ônus da prova e depois do transcurso da fase instrutória, cabe ao juiz manifestar seu convencimento, de forma motivada, para as partes – ainda que o juiz não tenha se convencido pelas alegações de quaisquer das partes<sup>363</sup> e ainda que as provas produzidas de ofício não o tenham conduzido a nenhuma conclusão<sup>364</sup>. De tal forma, não há que se falar em afastamento da solução da crise de direito material<sup>365</sup>.

---

<sup>360</sup> DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 105-125, p. 117; e BERTÃO, Rafael Calheiros. Limites às convenções processuais. 2018. 283 p. Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.

<sup>361</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. IN DIDIER JR., Fredie. Leituras Complementares de Processo Civil. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 369-383.

<sup>362</sup> “Em virtude disso, para a hipótese de o acervo probatório não se revelar suficiente para formação da convicção do julgador, positivou-se a regra do ônus da prova, segundo a qual, constatada a insuficiência do material probante, o julgamento desfavorecerá a parte que detinha o encargo de produzir a prova de determinado fato, mas não o fez”. Julgamento do Recurso Especial n. 1.320.295, pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, o qual teve como relatora a Ministra Fátima Nancy Andriighi, ocorrido em 15 de outubro de 2013. O voto da relatora foi acompanhado pelos Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino; “o juiz jamais se exime de julgar, seja apreciando as provas produzidas nos autos, seja aplicando as regras do onus probandi diante da incerteza dos fatos”. KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. Revista de Processo | vol. 17/1980 | p. 50 - 60 | Jan - Mar / 1980 | Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 5 | p. 1213 - 1228 | Out / 2010 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 745 - 760 | Out / 2011 | DTR\1980\19; “no campo do processo civil, embora o juiz hoje não mais se limite a assistir inerte à produção das provas, pois em princípio pode e deve assumir a iniciativa destas (CPC, arts. 130, 341 etc.), na maioria dos casos (direitos disponíveis) pode satisfazer-se com a verdade formal, limitando-se a acolher o que as partes levam ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios”. DINANARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos Araújo. Teoria geral do processo, 23ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 6; JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. 2014. 325p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

<sup>363</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Madrid, v. 7, p. 71-109, 2005.

<sup>364</sup> CAMBI, Eduardo. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da lei 11.690/2008. Revista de Processo | vol. 167/2009 | p. 25 - 51 | Jan / 2009 | DTR\2009\125.

<sup>365</sup> “O processo, o direito processual, deve refletir fielmente os desígnios do direito material. Não cabe ao processo criar nem diminuir direitos. O processo é instrumento do direito material, de modo que regras e princípios processuais jamais podem ser utilizados para adulterar ou distorcer os resultados que adviriam se

Fica evidente, portanto, que o ônus da prova se trata de elemento tão importante quanto a própria atividade instrutória exercida pelas partes<sup>366</sup>, posto que regula e garante o perfeito funcionamento da jurisdição<sup>367</sup>.

No exercício de sua atividade jurisdicional, “o juiz não precisa ‘explicar’ aquilo que o ‘convenceu’” a julgar de uma ou de outra forma. A obrigação do juiz se limita a explicitação dos motivos de sua compreensão – que podem ser traduzidos por fundamentação –, demonstrando com sua leitura é a melhor para o caso<sup>368</sup>. O juiz é livre para se convencer sobre o posicionamento das partes. No entanto, a liberdade do juiz está limitada: (i) aos *standards* probatórios; (ii) às regras de ônus da prova; (iii) às provas produzidas pelas partes no processo; e (iv) à eventual convenção processual probatória que venha limitar a atividade instrutória do juiz (tema que será abordado oportunamente no presente trabalho).

---

não estivesse sendo necessária a tramitação de um processo”. TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. Revista de Processo | vol. 264/2017 | p. 83 - 107 | Fev / 2017 | DTR\2016\25028.

<sup>366</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil: volume I, 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 429; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado, Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 643, afirma que o termo prova tem várias acepções, podendo significar: “a produção de atos tendentes ao convencimento do juiz, (...). Ou ainda a coisa ou pessoa da qual se extrai informação capaz de comprovar a veracidade de uma alegação (...)”.

<sup>367</sup> “Vê-se, então, que o ônus da prova é tão necessário quanto a própria atividade probatória em si, pois ao mesmo tempo em que regula-a, traz garantia do perfeito funcionamento da jurisdição e é, como se verá, também assegurador da igualdade das partes, além de possibilitar ao juiz o cumprimento do princípio da indeclinabilidade da jurisdição (“o juiz não se exime de sentenciar”), mesmo ante a inércia das partes”. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Do ônus da prova. Revista de Processo | vol. 71/1993 | p. 46 - 63 | Jul - Set / 1993 | Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 5 | p. 969 - 994 | Out / 2010 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 761 - 786 | Out / 2011 | DTR\1993\333.

<sup>368</sup> STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a verdade real? – Uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de Terrae Brasilis. Revista dos Tribunais | vol. 921/2012 | p. 359 - 392 | Jul / 2012 | DTR\2012\44823.

## 6. Verdades no processo civil<sup>369</sup>: verdade negociada?

A discussão sobre o conceito de verdade é histórica e praticamente interminável, sobretudo no campo da filosofia<sup>370</sup> e da teologia<sup>371</sup>. Em virtude da escolha e do corte metodológico feito por nós, deixaremos as discussões profundas sobre verdade de fora do escopo desta dissertação<sup>372</sup>. Aqui, a verdade será abordada com fins pragmáticos, como parte do exercício do direito de ação das partes, dentro do processo civil.

No processo civil, a descoberta da verdade deve ser entendida como mais uma forma de resolver a crise de direito material<sup>373</sup>, não devendo ser o processo entendido como

---

<sup>369</sup> Adota-se o termo “verdades” no plural, em adesão à escolha feita por Francisco Razzo em ‘A imaginação totalitária’: “Usei “verdades” deliberadamente no plural. Não que não devamos acreditar na Verdade com um majestático “v” maiúsculo: única, inequívoca, absoluta e universal. O mistério último, horizonte final para o qual toda vida humana tende e espera encontrar repouso, continuará sendo mistério. E não temos qualquer intenção de resolver mistérios e muito menos prever qual será o fim dessa história. Deixemos os mistérios para os astrólogos e as cartomantes.” RAZZO, Francisco. A imaginação totalitária. Editora Record. Edição do Kindle; e “Tomado por essa perspectiva objetiva, deve-se afastar, outrossim, a possibilidade de existência de outras ‘verdades’, como aquelas denominadas ‘processual’, ‘absoluta’, ‘formal’, que só fazem com que o cenário processual se afaste da busca da correta definição dos acontecimentos relevantes ou, por outro lado, diminuam sua importância, fazendo com que os operadores do processo se contentem com a mera indicação de acontecimentos, que faz com a doutrina e jurisprudência aceitem provas deficitárias e um cenário dos acontecimentos fantasioso, estimulando uma postura passiva na busca das provas dos fatos, postura essa incompatível com os anseios da nova visão processual instrumental”. RIGUETTI, Gabriel Felipe Roqueto. Processo e verdade: brevíssimas considerações sobre funções e conceitos. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 1/2018 | Revista de Processo | vol. 250/2015 | p. 61 - 90 | Dez / 2015 | DTR\2015\17055.

<sup>370</sup> “O conhecimento da verdade, no seu sentido pleno, material e formal ao mesmo tempo, é um privilégio da consciência individual humana. Pode ser repassada de um indivíduo a outros, mas cada um tem de fazer por si mesmo o esforço de apreendê-la. Não existe verdade comunitária”. CARVALHO, Olavo de. A fonte da criação. Disponível em <http://www.olavodecarvalho.org/a-fonte-da-criacao/>, acesso em 27 de dezembro de 2018, às 20h36min.

<sup>371</sup> “Rejeitar a ideia de verdade absoluta em política — que para muitos significa a correspondência exata com a realidade — não significa rejeitar a grande verdade. Significa, pelo contrário, tomar consciência dos limites humanos impostos às crenças políticas, isto é, tomar consciência de que a política não deveria se preocupar com a manutenção de verdades absolutas inegociáveis. Não cabe ao Estado ou a qualquer governante a tarefa de conduzir os indivíduos para fora do círculo das opiniões mundanas. O Estado é mundano. A verdade absoluta, pelo contrário, não”. RAZZO, Francisco. A imaginação totalitária. Editora Record. Edição do Kindle. Mais: “Disse-lhe Jesus: Eu sou o caminho, e a verdade e a vida; ninguém vem ao Pai, senão por mim.” Evangelho de João, Capítulo 14, versículo 6. Mais: Segundo o Papa João Paulo II, a fé e a razão (fides et ratio) constituem como que as duas asas pelas quais o espírito humano se eleva para a contemplação da verdade. Foi Deus quem colocou no coração do homem o desejo de conhecer a verdade e, em última análise, de conhecer a ele, para que, conhecendo-o e amando-o, possa chegar também à verdade plena sobre si próprio. Carta Encíclica Fides et Ratio. Do Sumo Pontífice João Paulo II. São Paulo. Disponível em [http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_14091998\\_fides-et-ratio.html](http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091998_fides-et-ratio.html), acesso em 23 de dezembro e 2018, às 13h56min.

<sup>372</sup> “o velho “princípio da verdade real” não passa de um álibi teórico para sustentar “verdades solipsistas” (ou, simplesmente, “verdades céticas-pragmaticistas”). Ou não passa de um enunciado performativo. Ora, não se produz prova para, a partir de uma pesquisa da tradição jurídica, afirmar o “acerto” ou o “erro” da decisão, mas, sim, para compreender - corretamente - aquilo que a tradição produziu como direito e, com isso, oferecer uma interpretação coerente (e íntegra) para o conjunto de provas que são apresentadas pelas partes. O que isso teria a ver com uma “verdade ontológica (essencialista)”?”. STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a verdade real? – Uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de Terrae Brasilis. Revista dos Tribunais | vol. 921/2012 | p. 359 - 392 | Jul / 2012 | DTR\2012\44823.

<sup>373</sup> BEDAQUE, José Robertos dos Santos et al. [coords.]. Brasília, Gazeta Jurídica, 2016, p. 449).

mecanismo ideal para se obter a verdade absoluta<sup>374</sup>. “A verdade deve ser conceituada como fator objetivo para o atendimento e necessidades do processo.”<sup>375</sup>. Fosse a verdade um conceito absoluto dentro do processo, deveríamos repelir os conceitos e institutos que privilegiam, por exemplo, as presunções relativas (preclusão e revelada, por exemplo)<sup>376</sup>. Assim, com relação ao juiz, a função da prova “é demonstrar como os fatos se passaram, permitindo-lhe conhecer a verdade empírica do que julga”.<sup>377</sup>”

Todavia, do ponto de vista cético, dentro da relação processual e dos autos do processo, um juiz jamais encontrará a verdade dos fatos, tais quais estes aconteceram<sup>378</sup>. O juiz deve ter essa consciência. O próprio fato de o juiz ter sua carga valorativa, suas idiossincrasias, seu estado psicológico, já repelem o juiz de tal possibilidade<sup>379</sup>. Ao analisar as provas produzidas em um processo, o juiz deve julgar em prol da parte que demonstrou possuir a melhor probabilidade de verdade<sup>380</sup>. O juiz não deve ser endeusado e visto como um oráculo heroico<sup>381</sup>.

---

<sup>374</sup> “O processo é um mecanismo cognitivo, para seu melhor funcionamento, necessita que as atividades voltadas para a investigação, admissão, produção, valoração da prova e a própria decisão final, sejam na máxima medida possível, voltadas para a descoberta da verdade. Em outras palavras, o processo terá que ser moldado a partir de elementos estruturais que lhe permitam funcionar como um instrumento epistêmico, com o escopo de reconstruir um fato histórico. Todavia, não se pode excluir que, em determinadas condições se a necessidade de uma correta reconstrução histórica dos fatos ou, mais diretamente, a descoberta da “verdade” entrar em rota de colisão com outros valores, que na situação concreta, se mostrem de maior relevância, possa sofrer restrições legítimas, ainda que, com isso seja comprometida a reconstrução dos fatos”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. São Paulo, 2018. Tese de Titularidade apresentada perante o Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito de São Paulo, p. 115.

<sup>375</sup> RIGUETTI, Gabriel Felipe Roqueto. Processo e verdade: brevíssimas considerações sobre funções e conceitos. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 1/2018 | Revista de Processo | vol. 250/2015 | p. 61 - 90 | Dez / 2015 | DTR\2015\17055.

<sup>376</sup> ASSAD, Gilberto Ferreira Sandra Mara Flugel. Os poderes do juiz no Processo Civil moderno. Revista de Processo | vol. 86/1997 | p. 285 - 294 | Abr - Jun / 1997 | DTR\1997\66.

<sup>377</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. São Paulo, 2018. Tese de Titularidade apresentada perante o Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito de São Paulo, p. 110.

<sup>378</sup> “Não é necessário fazer um estudo filosófico aprofundado para se constatar que, do ponto de vista prático, uma teoria cética não tem qualquer utilidade no campo probatório. Um juiz cético se torna um não juiz”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. São Paulo, 2018. Tese de Titularidade apresentada perante o Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito de São Paulo, p. 79.

<sup>379</sup> “a convicção do julgador como função ou finalidade da prova corresponde a uma concepção subjetivista de uma realidade objetiva, os fatos. Essa concepção faz do juiz um soberano absoluto e incontrolável, por mais que a lei lhe imponha exclusões probatórias, critérios pré-determinados de avaliação ou a exigência de motivação. Há sempre uma enorme margem ineliminável de arbítrio”. GRECO, Leonardo. O conceito de prova. Revista da Faculdade de Direito de campos, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 4/5, n. 4/5, p. 213-269. 2003-2004. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/13.pdf>, acesso em 26 de dezembro de 2018, às 00h43min; e GODINHO, Robson Renault. Negócios Processuais Sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil- São Paulo Editora: Revista dos Tribunais, 2015, p. 160.

<sup>380</sup> ZANETTI JUNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. Revista de Processo | vol. 116/2004 | p. 334 - 371 | Jul - Ago / 2004 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 171 - 212 | Out / 2011 | DTR\2004\452.

<sup>381</sup> “O juiz é um ser humano como qualquer outro e sujeito, conseqüentemente, a valorações subjetivas da realidade que o cerca. A figura mítica do juiz, como alguém capaz de *descobrir* a verdade sobre as coisas e, por isso mesmo, apto a fazer justiça, deve ser desmascarada. Esta fundamentação retórica de toda a doutrina processual não pode mais ter o papel de destaque que ocupa hoje. O juiz não é — mais do que qualquer outro



A verdade é muito importante para o processo, mas não é tudo<sup>382</sup>. Por óbvio, no âmbito do processo judicial, as partes e o juiz devem trabalhar para que toda sentença seja pautada naquilo que é verdade. Entretanto, nem sempre isso é possível, situação que ensejará sentenças pautadas em uma verdade que nunca ocorreu de fato, mas na verdade construída pelo exercício do contraditório<sup>383</sup>. Não há nenhuma ilegalidade nisto, é possível se conviver com tal situação<sup>384</sup>. Assim como problema não há no fato de as partes, na produção de prova, concentrarem-se no discurso jurídico que privilegia a sua própria

---

— capaz de reconstruir fatos ocorridos no passado; o máximo que se lhe pode exigir é que a valoração que há de fazer das provas carreadas aos autos sobre o fato a ser investigado não divirja da opinião comum média que se faria das mesmas provas”. ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Madrid, v. 7, p. 71-109, 2005; “O juiz é um ser humano como qualquer outro e sujeito, conseqüentemente, a valorações subjetivas da realidade que o cerca. A figura mítica do juiz, como alguém capaz de *descobrir* a verdade sobre as coisas e, por isso mesmo, apto a fazer justiça, deve ser desmascarada. Esta fundamentação retórica de toda a doutrina processual não pode mais ter o papel de destaque que ocupa hoje. O juiz não é — mais do que qualquer outro — capaz de reconstruir fatos ocorridos no passado; o máximo que se lhe pode exigir é que a valoração que há de fazer das provas carreadas aos autos sobre o fato a ser investigado não divirja da opinião comum média que se faria das mesmas provas”. ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Madrid, v. 7, p. 71-109, 2005; CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 3ª edição, 2018, p. 152.

<sup>382</sup> “Em suma, a verdade é muito importante para o processo. Mas não é tudo. É preciso entender que retirar a verdade do trono em que reinava absoluta no processo penal não dignifica desterra-la. Se a verdade não é o centro do processo penal, não há como negar, por outro lado, que a verdade exerce um papel importante no processo, sendo o seu acertamento um dos seus escopos institucionais. Não se trata, portanto, de elimina-la, mas de desloca-la do lugar de centralidade, até então ocupado para um ponto diverso, o que não significa secundário ou de pouco relevância”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. São Paulo, 2018. Tese de Titularidade apresentada perante o Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito de São Paulo, p. 116.

<sup>383</sup> ROSSONI, Igor Bimkowski. Verdade, certeza e processo: apontamos sobre a verdade dos fatos no processo judicial. Trabalho exigido para fins de avaliação na disciplina Fundamentos de Teoria Geral do Direito Tributário do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Disponível em [https://www.academia.edu/9573647/Verdade\\_certeza\\_e\\_processo\\_apontamentos\\_sobre\\_a\\_verdade\\_dos\\_fatos\\_no\\_processo\\_judicial](https://www.academia.edu/9573647/Verdade_certeza_e_processo_apontamentos_sobre_a_verdade_dos_fatos_no_processo_judicial), acesso em 26 de dezembro de 2018, às 15h55min.

<sup>384</sup> “O processo (e a sociedade), felizmente (porque senão seria o caos), convive pacificamente com uma apreciação imperfeita da realidade. Pode-se buscar a verdade material, mas, no processo, contentamo-nos com a verdade formal dos autos – id quod non est in actis non est in mundus”. JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Flexibilidade do Procedimento Arbitral e Poderes Instrutórios dos Árbitros na Arbitragem Brasileira: Possibilidade de Restringir os Poderes Instrutórios dos Árbitros em Nome da Autonomia da Vontade. Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2011, Volume VIII Issue 31) pp. 29 – 58.

narrativa da verdade<sup>385</sup>, circunstância que decorre do pleno exercício do contraditório e do devido processo legal<sup>386</sup>, materializado pelo princípio dispositivo<sup>387</sup>.

A única certeza jurídica possível é a oriunda do julgamento definitivo<sup>388</sup>. O processo deve ser apenas um método para que as “leis abstratas sejam traduzidas em sentenças, cujo conteúdo seja a justiça concreta”.<sup>389</sup> O trânsito em julgado de uma sentença faz com que aquilo que era um enunciado torne-se verdade para o processo<sup>390</sup>.

Paulo Ramos de Faria afirma que o processo nunca poderá deixar de ser um processo de descoberta da verdade<sup>391</sup>. A busca pela melhor verdade das partes também é uma busca pela verdade no processo, motivo pelo qual, as verdades subjetivas das partes

---

<sup>385</sup> “As partes, na produção da prova, concentram esforços em apenas convencer o julgador da verdade das alegações que lhes interessam. Não estão direcionadas para a demonstração da mais apurada representação do ocorrido, se isso não contribuir com o atendimento de suas pretensões. Por tal razão, me filio à doutrina que defende a possibilidade de produção de provas de ofício pelo juiz para a mais precisa revelação da existência dos fatos controvertidos”. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de.. A Contratualização do Processo (Página 95). Edição do Kindle.

<sup>386</sup> “É que se a busca da verdade se faz por caminho tão brumoso e incerto, é preciso que a livre manifestação das partes e a dialética entre elas e o juiz sirvam como fatores de legitimação da decisão final. Processo que siga esse caminho, posto que não encontre a verdade absoluta, pelo menos será decidido de acordo com a verdade processualmente validada pelo devido processo legal”. WOLKART, Erik Navarro. A busca da verdade no processo civil (ou o ‘o ouro de tolo’). Revista de Processo | vol. 222/2013 | p. 315 - 323 | Ago / 2013 | DTR\2013\7223

<sup>387</sup> “De conformidade com o princípio dispositivo, que domina o processo civil, cabe às partes atuar livremente no processo, propondo a ação com que ele se inicia, oferecendo o réu a resposta ao pedido, produzindo, ambas, as provas com que pretendem formar o convencimento judicial e recorrendo da decisão que lhe for adversa. Estes atos são ônus das partes”. BUZAID, Alfredo. Processo e verdade no direito brasileiro. Revista de Processo | vol. 47/1987 | p. 92 - 99 | Jul - Set / 1987 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 1 | p. 751 - 761 | Out / 2011 | DTR\1987\92; “Cabe, às partes, pelo princípio dispositivo, alegar e provar os fatos, cumprindo ao juiz, que deve ser estranho aos interesses em jogo (princípio da imparcialidade) e que deve desconhecer aquilo que deve ser julgado (o processo requer, por ser um instrumento público, que o juiz seja impedido de valer-se de seu conhecimento privado, quanto aos fatos debatidos, salvo se estes forem notórios), reconstruir o passado (ou melhor, os fatos controversos relevantes) e concretizar a justiça, através dos mecanismos que o Direito lhe proporciona. A sentença, pois, para ser justa, deve ser a objetivação da verdade, relativa aos métodos de conhecimento disponíveis no processo. No entanto, apesar do direito salvar o juízo da ignorância, não elimina a possibilidade de erro; por isso, o juiz não consegue se livrar do problema da verdade e da justiça e, ainda que a coisa julgada encubra os dramas psicológicos que o norteiam ao sentenciar, a consciência de quem persegue a verdade e pretende fazer a justiça só consegue ficar em paz quando se tem o melhor julgamento possível, isto é, quando se julga tal como gostaria de ser julgado”. CAMBI, Eduardo. Verdade processual objetivável e limites da razão jurídica iluminista. Revista de Processo | vol. 96/1999 | p. 234 - 249 | Out - Dez / 1999 | DTR\1999\478.

<sup>388</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A ciência do direito 2ª ed. 17. reimpr. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 88-90.

<sup>389</sup> CAMBI, Eduardo. Verdade processual objetivável e limites da razão jurídica iluminista. Revista de Processo | vol. 96/1999 | p. 234 - 249 | Out - Dez / 1999 | DTR\1999\478.

<sup>389</sup> Evangelho de João, Capítulo 14, versículo 6.

<sup>390</sup> ROSSONI, Igor Bimkowski. Verdade, certeza e processo: apontamos sobre a verdade dos fatos no processo judicial. Trabalho exigido para fins de avaliação na disciplina Fundamentos de Teoria Geral do Direito Tributário do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Disponível em [https://www.academia.edu/9573647/Verdade\\_certeza\\_e\\_processo\\_apontamentos\\_sobre\\_a\\_verdade\\_dos\\_fatos\\_no\\_processo\\_judicial](https://www.academia.edu/9573647/Verdade_certeza_e_processo_apontamentos_sobre_a_verdade_dos_fatos_no_processo_judicial), acesso em 26 de dezembro de 2018, às 15h55min; e FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A ciência do direito 2ª ed. 17. reimpr. São Paulo : Atlas, 2010. pp. 88-90.

<sup>391</sup> FARIA, Paulo Ramos de. Regime Processual Civil Experimental Comentado. Almedina, 2010, São Paulo, p. 19.

não podem ser ignoradas dentro do fardo que é a verdade no processo civil<sup>392</sup>. No fim das contas, a verdade do processo é o resultado da construção das verdades subjetivas das partes<sup>393</sup>.

Por sua vez, parte da doutrina se afasta da concepção ora defendida e milita contra as convenções processuais sobre prova, uma vez que entende que estas, no final das contas, estariam transgindo sobre a verdade, o que não seria permitido, posto que a busca pela verdade seria um mandamento de *múnus público*, um dos escopos do poder jurisdicional<sup>394</sup>.

Contudo, não há nenhuma ilegalidade no estabelecimento de critérios para a localização de um fato, dentro do processo civil. A lei, ordinariamente, já cuida disso. As convenções processuais, que também encontram guarida na lei, apenas fixam novos critérios para tal fim<sup>395</sup>. A busca pela verdade no processo depende de um contexto social e o contexto social político em que se insere o Código de Processo Civil de 2015 permite que a verdade seja “negociada”<sup>396</sup>.

As partes, com ou sem convenção processual probatória, não possuem nenhum interesse em encontrar a verdade absoluta<sup>397</sup>. Elas possuem interesse em vencer a demanda,

---

<sup>392</sup> “While we can accurately determine the result of a soccer match, the speed of a vehicle, or similar little truths of a type with which litigation is routinely concerned, the fabric of the physical world eludes our understanding. Here we can only attempt, as in differential calculus, to get nearer to the truth”. DAMASKA, Mirjan R., “Truth in Adjudication” (1998). Faculty Scholarship Series. 1575. Disponível em [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1575](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1575), acesso em 24 de dezembro de 2018, às 15h01min.

<sup>393</sup> A “verdade” não se descobre, mas se constrói, através da argumentação. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia, entre facticidade e validade*, vol. I, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 20.

<sup>394</sup> TARUFFO, Michele. Verdade negociada? Revista Eletrônica de Direito Processual, volume nº 13, 2014. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11928>, acesso em 31 de dezembro de 2018, às 18h53min.

<sup>395</sup> “não há nenhuma improbidade em estabelecer critérios para se chegar a uma assertiva sobre o fato. Não é negócio que fixa a verdade, mas um negócio que estabelece como o fato poderá ser provado. Aqui, o magistrado deve construir a norma de decisão a partir dos critérios estipulados pela lei e pelas partes. Isto não é novidade. (...) Não se negocia a verdade, mas a verdade é, segundo a prova. Esta pode ser, segundo os meios previstos em lei, ou negocialmente estabelecido pelos interessados. O negócio jurídico processual sobre a prova acaba por estipular o modo como irá ser produzida a norma de decisão. Veicula assim uma norma de estrutura, já que irá estabelecer como outras normas serão elaboradas, modificadas ou extintas”. SILVA, Beclate Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. IN CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 383-406, p. 401; 403.

<sup>396</sup> “Although the truth we seek in legal proceedings is dependent on social context-contingent rather than absolute-this does not imply that our aspiration to objective knowledge is misconceived, or quixotic”. Damaska, Mirjan R., “Truth in Adjudication” (1998). Faculty Scholarship Series. 1575. Disponível em [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1575](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1575), acesso em 24 de dezembro de 2018, às 15h01min.

<sup>397</sup> “Aos litigantes, ao contrário, interessa um resultado favorável aos seus interesses, pouco importando se estarão adequados à ordem jurídica justa” (...) “As partes não têm, a priori, nenhum interesse em encontrar a verdade. O interesse delas é, sim, negociá-la em seu próprio benefício, ainda que isso represente um processo que se arraste por anos. E por essa razão, concordamos que não é por acaso que se diz que num processo inteiramente remetido à iniciativa das partes a verdade se transforma em um objetivo impossível de se alcançar” CÂMARA, Marcela Regina Pereira. A contratualização do processo civil? Revista de Processo | vol. 194/2011 | p. 393 - 414 | Abr / 2011.

em detrimento da derrota a parte adversa, com a construção de uma narrativa e de uma verdade processual que lhe favoreça. “O fato de se admitir uma ‘verdade negociada’ deve ser entendido nesse contexto de limitação consensual à atividade probatória, não devendo causar maiores arrepios na medida em que se pode dispor sobre o próprio objeto do processo, limitando totalmente a cognição do juiz<sup>398</sup>”

Aqueles que entendem não ser possível o processo se distanciar da verdade real em detrimento da verdade possível esquecem que “a limitação na busca da verdade não é uma desvantagem unicamente processual”, mas que faz parte das buscas pela verdade todas outras áreas do conhecimento<sup>399</sup>. Por ser impossível a busca pela certeza absoluta no processo, busca-se a certeza relativa, apta a impactar na livre convicção do magistrado, que pode ter de decorrer de ajustes impostos pelas convenções processuais<sup>400</sup>.

Mesmo sem as convenções processuais, a alegação do autor já deve ser entendida com uma proposta de verdade, bem como a resposta do réu, em sentido diverso daquele apresentado na exordial<sup>401</sup>. Desde o primeiro momento do processo, as partes já dispõem da verdade dos fatos como melhor lhes convêm<sup>402</sup>. Decorre de tal circunstância o fato de inexistir nenhuma impropriedade em estabelecer critérios para se chegar a uma assertiva sobre o fato. Não é um negócio que fixa a verdade, mas um negócio que estabelece como os fatos poderão ser provados<sup>403</sup>.

---

<sup>398</sup> GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. IN CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) Negócios Processuais. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 407-416, p. 414; e BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. Revista de Processo | vol. 27/1982 | p. 186 - 199 | Jul - Set / 1982 | DTR\1982\39.

<sup>399</sup> RIGUETTI, Gabriel Felipe Roqueto. Processo e verdade: brevíssimas considerações sobre funções e conceitos. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 1/2018 | Revista de Processo | vol. 250/2015 | p. 61 - 90 | Dez / 2015 | DTR\2015\17055.

<sup>400</sup> GRECO FILHO, V. Direito processual civil brasileiro. 18. ed. São Paulo: Saraiva, v. II, p. 195–196. Apud. JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Flexibilidade do Procedimento Arbitral e Poderes Instrutórios dos Árbitros na Arbitragem Brasileira: Possibilidade de Restringir os Poderes Instrutórios dos Árbitros em Nome da Autonomia da Vontade. Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2011, Volume VIII Issue 31) pp. 29 – 58.

<sup>401</sup> GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual. p. 7. Rio de Janeiro, out.-dez. 2007. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657>, acesso em 16 de dezembro de 2018, às 23h50min.

<sup>402</sup> CÂMARA, Marcela Regina Pereira. A contratualização do processo civil? Revista de Processo | vol. 194/2011 | p. 393 - 414 | Abr / 2011.

<sup>403</sup> SILVA, Beclate Oliveira. “Verdade como objeto do negócio jurídico processual”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) Coleção grandes temas do novo CPC: negócios processuais. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 401. Mais: “outro ponto que se costuma apontar como óbice à possibilidade de negócios probatórios está relacionado como difícil tema da finalidade da prova e a busca da verdade, mas essa questão também pode ser submetida ao que foi mencionado sobre a existência de limitações à atividade probatória que naturalmente afetam a cognição. (...) A limitação negociada é apenas mais uma possibilidade que pode ser adotada livremente pelas partes se presentes os pressupostos previstos no art. 190, caput e parágrafo único, do novo CPC. O fato de se admitir uma ‘verdade negociada’ deve ser entendido nesse contexto de limitação consensual à atividade probatória, não devendo causar maiores arrepios na medida em que se pode dispor sobre o próprio objeto do processo, limitando totalmente a cognição do juiz “. GODINHO,

---

Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. IN CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) Negócios Processuais. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 407-416, p. 414.

### **TERCEIRA PARTE: CONVENÇÃO PROCESSUAL EM MATÉRIA PROBATÓRIA.**

O Código de Processo Civil de 2015 revelou o entusiasmo com as convenções processuais com a inclusão da cláusula geral de negociação processual, disposta no artigo 190, pela qual as partes plenamente capazes podem, em se tratando de direito que admita autocomposição<sup>404</sup>, dispor sobre o processo, estipulando mudanças no procedimento de modo a ajustá-lo às especificidades da controvérsia.

O fortalecimento da autonomia privada, a partir das convenções processuais, contribui para que se tenha mais flexibilidade no procedimento judicial, rompendo-se o dogma da cogência, mitigando o excessivo formalismo<sup>405</sup>. Procedimentos flexíveis, com a real participação das partes, trazem bons frutos para o escopo do processo, porque permitem aos litigantes regularem o procedimento conforme seus *interesses comuns*, o que facilita a conformação de eventual resultado final desfavorável<sup>406</sup> e confere celeridade<sup>407</sup>. Isso é comumente observado na arbitragem<sup>408</sup>. Ou seja, se a flexibilidade procedimental funciona e é um dos atrativos do processo arbitral, não há razão para que não vingue no processo estatal. O citado artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 constitui um ótimo exemplo de flexibilização procedimental<sup>409</sup>.

O exercício da prova, no processo civil, é uma faculdade das partes, decorrente do princípio do debate<sup>410</sup>. Em um processo comum qualquer, se as partes não desejarem

---

<sup>404</sup> Sobre o objeto do acordo processual, veja o que diz Fredie Didier Jr.: “Mas é preciso que se deixe claro um ponto: o direito em litígio pode ser indisponível, mas admitir solução por autocomposição. É o que acontece com os direitos coletivos e o direito aos alimentos. Assim, ‘a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual’ (Enunciado 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). Por isso o texto legal fala em ‘direito que admita autocomposição’ e não ‘direito indisponível’” (Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. Vol. 1. São Paulo, Editora RT, 2016, pp. 66-67).

<sup>405</sup> Com razão Cabral: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, JusPodivm, 2018, pp. 162-163.

<sup>406</sup> *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Carlos Alberto Carmona, 2007, p. 151). A tese de doutoramento em referência foi publicada sob o título *Flexibilização Procedimental* (São Paulo, Atlas, 2008).

<sup>407</sup> É claro que as partes podem celebrar convenções processuais para enrijecerem ainda mais o processo estatal. No entanto, não é isso que se imagina, *a priori*.

<sup>408</sup> Ver Carlos Alberto Carmona, *O processo arbitral*. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 1. São Paulo, Editora RT, 2004, p. 21.

<sup>409</sup> Eduardo Cambi e Aline Regina das Neves, *Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil*. *Revista de Direito Privado*. Vol. 64. São Paulo, Editora RT, 2015, p. 233.

<sup>410</sup> “Dele [princípio do debate], decorrem as faculdades de alegar fatos e produzir prova, por exemplo”. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 156.

produzir provas, assim não precisam fazer, sob o pena de arcarem com as respectivas consequências.

Ônus e dever são expressões que muito se aproximam: ambos estão ligados a atos de adimplemento processual. Mas “o ônus difere-se do dever porque, enquanto no ônus o interesse a ser satisfeito é aquele do próprio agente, nos deveres a satisfação refere-se a um interesse alheio”<sup>411</sup>. O direito à prova é um ônus da parte que deseja vencer a demanda, para atingir tal resultado, é necessário que exerça tal múnus. No entanto, a prova pode ser um dever: no contexto de uma Companhia, a sociedade tem o dever de provar e demonstrar todas as informações financeiras da firma para seus acionistas.

Evidente, pois, a compatibilidade do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 com o direito probatório e suas especificidades<sup>412</sup>.

### **1. O que são as convenções processuais em matéria probatória?**

Um campo farto para as convenções processuais é o direito probatório (ônus, procedimentos, regras, meios de prova etc.). O objeto de negociação, frise-se, não é a verdade, mas “a constituição da verdade sobre a alegação de um fato e o objeto da

---

<sup>411</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 334.

<sup>412</sup> “Também no plano probatório, a interpretação tradicionalmente conferida ao art. 130 do CPC de 1973 (correspondente ao art. 370 do CPC/2015) doi de que os poderes do juiz na produção de prova são autônomos em relação às faculdades das partes, atribuindo ao magistrado ampla iniciativa probatória. Afinal, se também o processo civil deve-se pautar pela “verdade real”, o juiz “não se ‘poderia contentar “ com uma decisão de que não conseguisse transportar para a sentença o que ocorreu no mundo dos fatos. A “verdade dos fatos”, a “verdade substancial”. Ora, com todas as vênias, trata-se de herança de uma visão heróica do juiz como um oráculo divino que revelaria a verdade e expressaria a “vontade da lei”. Entendemos que tal concepção é absolutamente inadequada. Apesar do caráter público do processo, não se devem desconsiderar os interesses privados das existentes não só no campo do direito material, mas também no processo. As partes não são meros provocadores iniciais ou expectadores incapazes de interferir no procedimento; as regras aplicáveis ao processo não são sempre aquelas legisladas; e nem sempre o juiz pode tudo”. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 152. “Admite-se que as partes, antes ou durante o processo, convençionem acerca de todos os aspectos da atividade processual de produção de provas. Tal afirmativa não equivale apenas ao reconhecimento da amplitude probatória no processo civil, desde que as provas sejam compatíveis com a lei e com a moral. Também não se trata de admitir a possibilidade de as partes convençionarem acerca da distribuição dos ônus da prova (CPC, art. 373, § 3.º). Tampouco se relaciona à autorização legal para que o juiz dilate prazos processuais ou altere a ordem de produção dos meios de provas, adequando-os às necessidades do conflito (CPC, art. 139, VI). (...) O art. 190 do CPC criou verdadeira cláusula geral de negociação, que terá efeitos imediatos no processo, independentemente de homologação judicial. Aplicada ao direito probatório, permite-se que as partes celebrem negócio jurídico processual que tenha por objeto, por exemplo, a definição dos meios de prova que serão admissíveis no processo, a ordem de produção de provas, eventual restrição à intervenção de assistentes técnicos e a inviabilidade da designação de audiência para a oitiva de perito. (...) O negócio processual sobre matéria probatória encontra limite no devido processo legal, especificamente no que tange ao respeito ao contraditório e à isonomia (paridade de tratamento)”. AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p. 218.

convenção processual que versa acerca da atividade probatória é o *meio* para alcançar a verdade”<sup>413</sup>.

Com fundamento no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, as partes também podem celebrar convenções processuais que envolvam seus ônus e deveres no campo probatório. Os litigantes podem também “desenhar regras do procedimento, adaptando-o às necessidades que desejam obter em termos de tutela jurisdicional e se submetendo voluntariamente ao regulamento da convenção ao invés do regramento legal<sup>414</sup>”. Robson Godinho entende que as convenções probatórias são acordos “pelos quais as partes regulam o modo de produção da prova, podendo incidir sobre o ônus ou sobre os meios de prova”, podendo versar sobre a admissibilidade, procedimento, valoração da prova e invertendo ou atenuando o ônus probatório<sup>415</sup>.

O objetivo das convenções probatórias não é enganar o julgador, nem cultivar a mentira processual<sup>416</sup>, mas adequar o procedimento das provas às especificidades do direito material e às peculiaridades das partes no processo. Trata-se de questão estrutural, que deve ser observada a partir das garantias processuais constitucionais<sup>417</sup>.

Ainda que sofram forte resistência doutrinária<sup>418</sup> (apesar de controversa, a possibilidade das convenções probatórias é reconhecida<sup>419</sup> de forma ampla na doutrina<sup>420</sup>),

---

<sup>413</sup> FERRADEIRA, Mariana. A prova emprestada como objeto de negócio jurídico processual. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157.

<sup>414</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, JusPodivm, 2018, p. 143.

<sup>415</sup> GODINHO, Robson. Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil. São Paulo, Editora RT, 2015, pp. 224 e 226.

<sup>416</sup> “A resistência aos acordos processuais em sentido amplo possui inegavelmente uma dimensão ideológica, na medida em que há que se depurar a atividade probatória para que o ato de julgar não receba outras interferências e seja proferido de maneira solipsista. Na realidade, os contratos ou acordos probatórios não servem para entorpecer a ação do julgador, nem para premiar a chicana e mentira processual.”.

<sup>417</sup> GODINHO, Robson. Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil. São Paulo, Editora RT, 2015, p. 226.

<sup>418</sup> “Por envolverem a disposição sobre normas tradicionalmente consideradas cogentes, as convenções probatórias em geral recebem forte resistência doutrinária em sua admissibilidade. (...) Acrescenta, por fim, que não se pode por meio de convenção restringir ou ampliar os meios de prova ou determinar a valoração a ser conferida para determinada prova.”. GODINHO, Robson. Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil. São Paulo, Editora RT, 2015, pp. 224 e 226; e ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Do ônus da prova. Revista de Processo | vol. 71/1993 | p. 46 - 63 | Jul - Set / 1993 | Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 5 | p. 969 - 994 | Out / 2010 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 761 - 786 | Out / 2011 | DTR\1993\333.

<sup>419</sup> MÜLLER, Julio Guilherme. A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica. 2016. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 2014.

<sup>420</sup> “o autor e o réu provam como querem e o que querem, mas isso de modo unilateral. Por que não de forma plurilateral?”. SILVA, Beclate Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. IN CABRAL,



entendemos que os negócios probatórios encontram respaldo no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, que instituiu a cláusula geral de negociação, que viabiliza a produção de efeitos imediatos no processo, independentemente de homologação judicial.

Osternack diz que, no mundo direito probatório, “permite-se que as partes celebrem negócio jurídico processual que tenha por objeto, por exemplo, a definição dos meios de prova que serão admissíveis no processo, a ordem de produção de provas, eventual restrição à intervenção de assistentes técnicos e a inviabilidade da designação de audiência para a oitiva de perito.”<sup>421</sup>

---

Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) Negócios Processuais. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 383-406, p. 402; “É possível que uma sentença, em função de uma norma convencional que altere, substancialmente, o regramento instrutório”. BERTÃO, Rafael Calheiros. Limites às convenções processuais. 2018. 283 p. Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018; “a cláusula geral do art. 190 do CPC/2015 guarda em si um potencial de interferir e modificar na função e eficácia de diversos institutos e mecanismos (regras de competência, legitimidade, intervenção de terceiros, atividade probatória, saneamento processual, recursos liquidação, execução, medidas de urgência, dentre outros.” BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Convenções processuais e poder público. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 199; DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 105-125, p. 117; e FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. O juiz e a contratualização dos litígios. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018; “Quegli accordi tra due o più parti di un negozio giuridico sostanziale, con i quali esse determinano, in relazione ad una ipotetica futura controversia tra loro relativa a quel contratto, un regime probatorio diverso da quello previsto ex lege. La ricerca si apre, ripercorrendo l'evoluzione della dottrina tedesca relativa ai patti di prova, prosegue delineando la natura e i caratteri dei patti probatori e riportando alcuni argomenti di riferimento delle tradizionali elaborazioni intorno alla liceità e all'efficacia dei patti probatori, di cui infine affronta liceità ed efficacia”. PEZZANI, Titina Maria. Il Regime Convenzionale delle Prove. Milano: Giuffrè, 2009. Disponível em <https://shop.giuffre.it/catalog/product/view/id/30808/s/il-regime-convenzionale-delle-prove/>, acesso em 26 de dezembro de 2018, às 00h10min; “Outro ponto que se costuma apontar como óbice à possibilidade de negócios probatórios está relacionado como difícil tema da finalidade da prova e a busca da verdade, mas essa questão também pode ser submetida ao que foi mencionado sobre a existência de limitações à atividade probatória que naturalmente afetam a cognição. (...) A limitação negociada é apenas mais uma possibilidade que pode ser adotada livremente pelas partes se presentes os pressupostos previstos no art. 190, caput e parágrafo único, do novo CPC. O fato de se admitir uma ‘verdade negociada’ deve ser entendido nesse contexto de limitação consensual à atividade probatória, não devendo causar maiores arrepios na medida em que se pode dispor sobre o próprio objeto do processo, limitando totalmente a cognição do juiz.” GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. IN CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) Negócios Processuais. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 407-416, p. 414.

<sup>421</sup> “Admite-se que as partes, antes ou durante o processo, convençionem acerca de todos os aspectos da atividade processual de produção de provas. Tal afirmativa não equivale apenas ao reconhecimento da amplitude probatória no processo civil, desde que as provas sejam compatíveis com a lei e com a moral. Também não se trata de admitir a possibilidade de as partes convençionarem acerca da distribuição dos ônus da prova (CPC, art. 373, § 3.º). Tampouco se relaciona à autorização legal para que o juiz dilate prazos processuais ou altere a ordem de produção dos meios de provas, adequando-os às necessidades do conflito (CPC, art. 139, VI). (...) O art. 190 do CPC criou verdadeira cláusula geral de negociação, que terá efeitos imediatos no processo, independentemente de homologação judicial. Aplicada ao direito probatório, permite-se que as partes celebrem negócio jurídico processual que tenha por objeto, por exemplo, a definição dos meios de prova que serão admissíveis no processo, a ordem de produção de provas, eventual restrição à intervenção de assistentes técnicos e a inviabilidade da designação de audiência para a oitiva de perito. (...) O negócio processual sobre matéria probatória encontra limite no devido processo legal, especificamente no que tange ao respeito ao contraditório e à isonomia (paridade de tratamento)”. AMARAL, Paulo Osternack.

As convenções probatórias, frise-se, não ofendem a legalidade, posto que em consonância com o artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015. Regular o modo como se dará a produção de provas, permitindo economia de tempo e de recursos financeiros no decorrer do processo, é regular o procedimento, o que é permitido<sup>422</sup>.

Ainda sobre permissivos legais expressos, é importante destacar que o próprio Código de Processo Civil de 2015 permitiu que as partes convençam sobre as repartições sobre o ônus da prova, por meio do artigo 373, parágrafos 3º e 4º<sup>423</sup>. Disso decorre a possibilidade de que sejam realizados inúmeros negócios probatórios<sup>424</sup>, no limite da criatividade transacional das partes (e das garantias constitucionais do processo, é claro!). A corroborar, Alexandre Câmara afirma que ao limitar ou reduzir um meio de prova – como proibir a prova documental –, as partes acabam “indiretamente convencendo sobre o próprio ônus probatório”, o qual possui permissivo legal<sup>425</sup> e, de tal modo, justifica a legalidade das convenções probatórias.

Os negócios probatórios também encontram raiz no princípio dispositivo, de onde decorrem as faculdades de alegar fatos e produzir prova<sup>426</sup>. Ora, o princípio do debate concede aos sujeitos parciais do processo o poder de disposição e renúncia, o quais devem ser obedecidos pelo juiz, em atenção ao equilíbrio entre a natureza pública da relação jurídica processual e os interesses privados<sup>427</sup>.

---

Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p. 218.

<sup>422</sup> MOREIRA, Victória Hoffmann; e PEIXOTO, Juliene de Souza. Negócios jurídicos processuais e poderes instrutórios do juiz. In: MARCATO, Ana (Org.); GALINDO, Beatriz (Org.); GÓES, Gisele (Org.); BRAGA, Paula Sarno. (Org.); APRIGLIANO, R. (Org.); NOLASCO, R. D. (Org.). Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

<sup>423</sup> § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

<sup>424</sup> “Disso decorre a possibilidade de que o negócio disponha, por exemplo, que: (i) somente será admissível a produção de prova documental; (ii) caberá todos os meios de prova, exceto a prova pericial; (iii) não caberá audiência, de modo que os depoimentos deverão ser documentados extrajudicialmente e então ser trazidos aos autos; (iv) é vedada a prova emprestada, devendo as provas constituídas serem produzidas no caso específico; (v) todas as provas devem ser trazidas aos autos com a petição inicial e a defesa, vedada dilação probatória; (vi) a ausência de impugnação às alegações fáticas ou documentos trazidos pelas partes não implicará presunção de veracidade ou de autenticidade; (vii) ampliação de prazo para os assistentes técnicos se manifestarem sobre o laudo pericial; (viii) as partes poderão formular apenas um pedido de esclarecimento em relação ao laudo pericial; (ix) vedação à participação de assistentes técnicos no processo”. AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p.143.

<sup>425</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2016, p. 125.

<sup>426</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 156.

<sup>427</sup> Uma vez bebendo da fonte da arbitragem, destaque o seguinte trecho, que explica a necessidade de equilíbrio entre interesses das partes e escopos processuais. “O árbitro deve compatibilizar a autonomia da vontade com o desempenho de sua função e da necessidade de que o procedimento respeite à ordem pública e a higidez da sentença arbitral baseada na prova produzida no decorrer do procedimento”. ZANELATO, Thiago del Pozzo. A autonomia da da vontade das partes na produção de provas em arbitragem internacional.

As convenções probatórias são aquelas que derogam<sup>428</sup> as regras legais ordinárias na produção de provas – poderes instrutórios e faculdades probatórias das partes agindo em equilíbrio e plena cooperação –, em detrimento das normas que vierem a ser estabelecidas consensualmente. A experiência arbitral esclarece – e deve influenciar a recém criada experiência estatal –, que na ausência de disposição das partes sobre, os árbitros (aqui, os juízes) são plenamente livres para exercer todos aqueles poderes investidos por lei<sup>429</sup>.

Entende-se, por fim, que as convenções probatórias são aquelas que alteram ou disciplinam as regras instrutórias ordinárias, seja na admissão, na produção ou na valoração da prova, modulando os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais com relação às provas, podendo ou não disciplinar, criar ou modificar seus os procedimentos, regras, meios, fontes, elementos e argumentos de prova<sup>430</sup>.

---

In FINKELSTEIN, Cláudio (org). Direito e Arbitragem: estudos acadêmicos, Editora Arraes, Belo Horizonte, 2017, p. 125. Mais: CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, JusPodivm, 2018, p. 155.

<sup>428</sup> “Quando as partes resolvem alterar este procedimento probatório ou regular seu poder de propor e produzir provas através de negócio processual, o modus operandi legal é substituído pelo modelo convencionado. Os atos processuais são realizados segundo a autonomia da vontade das partes, quando válido e eficaz o negócio celebrado”. MÜLLER, Julio Guilherme. A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica. 2016. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 2014; e “negócios que derogam normas processuais”. DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 381.

<sup>429</sup> “Absent a specific agreement between the parties, the arbitrators are usually free to establish, among other things, practical details concerning written submissions and evidence (number of copies, numbering of items of evidence, reference to documents), time limits for submission of documentary evidence, consequences of late submission, whether assertions about the origin and receipt of documents and the correctness of photocopies are assumed to be accurate, how to respond to a request of a party that the other party produce documentary evidence, arrangements if physical evidence is submitted and if an on-site inspection is necessary, the manner of taking evidence witness, whether the parties may present expert opinions and/or whether to appoint experts, whether to hold hearings, the order in which the parties will present their arguments and the length of the hearings”. MEHREN, George M. von; e SALOMON, Claudia T. Submitting evidence in an international arbitration: the common lawyer's guide, 20 1. Int'l Arb. 285, 286, jun. 2003. Disponível em <https://www.deepdyve.com/lp/kluwer-law-international/submitting-evidence-in-an-international-arbitration-the-common-lawyer-QBI6bVOXEf>, acesso em 27 de dezembro de 2018, às 21h09min. Mais: “as parties stipulates over matters of access and presentation of evidence, the balance is tipped in disfavor of arbitrator's flexibility. If the parties agreed upon a particular law or upon particular procedures that limit discovery, this quest for efficiency may restrict the presentation of evidence and, as a consequence, become an obstacle to the fair solution of the dispute. The issue then becomes the mandatory law of the seat of the arbitration and if it will deem enforceable an award rendered under these terms. The parties must make all these considerations when drafting the arbitration agreement to ensure that the procedural stipulations are desirable for whatever disputes may arise out of their contract”. CORRÊA, Fabio Peixinho Gomes. The presentation of evidence in international commercial arbitration: bridging gaps between evidentiary rules and free evaluation of evidence. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 21/2009 | p. 190 - 234 | Abr - Jun / 2009 | DTR\2009\834.

<sup>430</sup> Conceito inspirado nos estudos e reflexões decorrentes dos seguintes textos: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide (coordenadores), Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover, São Paulo, DPJ, 2005; YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da rgência e direito autônomo à prova, São Paulo, Malheiros, 2009, Capítulo I; TARUFFO, Michele. A prova. Tradução João Gabriel Couto (La prueba), 1a ed., São Paulo, Marcial Pons, 2014, pp. 107-108.

## 2. Convenções probatórias típicas<sup>431</sup>.

As convenções probatórias típicas são aquelas expressamente autorizadas pelo Código de Processo Civil de 2015, para além da cláusula geral, estabelecida no artigo 190. Tratam-se de disposições legais que alteram ou disciplinam as regras instrutórias ordinárias<sup>432</sup> e que acabam interferindo nos seus procedimentos, regras, meios, fontes, elementos e argumentos de prova.

Com relação às provas, o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu cinco espécies de negócios processuais, quais sejam: (i) convenções sobre o ônus da prova (parágrafos 3º e 4º do artigo 373); (ii) a substituição da perícia por prova técnica simplificada (artigo 464, §2º); (iii) escolha consensual do perito (artigo 471); (iv) saneamento consensual (artigo 357, §2º); e (v) acordo para retirar dos autos o documento cuja falsidade foi arguida (artigo 432, parágrafo único).

### 2.1. Convenção sobre o ônus da prova (parágrafos 3º e 4º do artigo 373 do CPC/15).

As convenções sobre o ônus da prova tratam-se de convenções típicas, previstas em lei, circunstância autoriza a superação da discussão sobre a possibilidade de seu cabimento no ordenamento jurídico<sup>433</sup>.

Isso quer dizer que, de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, as partes são livres para ajustar as regras sobre a distribuição do ônus da prova, bem como para

---

<sup>431</sup> Para Marco Paulo Denucci Di Spirito, “os negócios jurídicos processuais podem ser brevemente definidos como pactos firmados com o escopo de regular aspectos ou módulos procedimentais que deverão ser observados no processo pelas partes e pelo julgador, tais como disposições legais.” DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. *Controle de Formação de Conteúdo do Negócio Jurídico Processual – Parte I*. Revista de Processo | vol. 247/2015 | p. 137 - 176 | Set / 2015 | DTR\2015\13184. Antonio do Passo Cabral, em sua tese de livre-docência, afirmou que “negócio jurídico processual é o ato que produz ou pode produzir efeitos no processo escolhidos em função da vontade do sujeito que o pratica. São, em geral, declarações de vontade unilaterais ou plurilaterais admitidas pelo ordenamento jurídico como capazes de constituir, modificar e extinguir situações processuais, ou alterar o procedimento.” CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Juspodivm, 2016, ps. 48/49.

<sup>432</sup> Seja na admissão, na produção ou na valoração da prova, modulando os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais com relação às provas.

<sup>433</sup> “Cumpra assinalar que o objeto de estudo deste trabalho é uma convenção típica, devidamente prevista em lei, o que autoriza a superação de boa parte das divergências existentes no assunto, já que as possibilidades de negócios processuais atípicos são um tema, nesse particular, que ensejariam outras abordagens que agora serão superadas”. Godinho, Robson Renault. *Negócios Processuais Sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil*- São Paulo Editora: Revista dos Tribunais, 2015, p. 110; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2016, p. 125; No início dos anos 80, com se verifica, havia embates doutrinários sobre o assunto: “A distribuição convencional do ônus de provar é assunto controvertido. Separam-se os escritores em correntes pró e contra, e as legislações estrangeiras refletem essa dissidência doutrinária. Parece impossível coabitarem os princípios inquisitivos, da livre convicção do juiz e a faculdade de as partes convencionarem sobre o onus probandi”. MILHOMENS, Jônatas. *A prova no processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1982., p. 181; BUCHMANN, Adriana. *A inversão do ônus da prova oficiosa no novo CPC e a imposição de limites pela existência de convenção probatória*. Revista de Processo | vol. 266/2017 | p. 55 - 78 | Abr / 2017 | DTR\2017\599.

inverter as normas de ônus da prova<sup>434</sup>. “As convenções acerca do ônus da prova são negócios processuais que têm por objeto a distribuição específica e diferenciada da carga probatória, colocando-a de maneira distinta da regulada previamente em lei.<sup>435</sup>”

Trata-se, portanto, de verdadeiro negócio jurídico processual<sup>436</sup>, admitido na medida em que forem válidos como qualquer outro negócio jurídico (agentes capazes, objeto lícito e forma admitida em lei)<sup>437</sup>, cuja apresentação processual pode ser feita de qualquer forma, uma vez que a lei não impõe modo algum<sup>438</sup>.

Frise-se que, tal qual as convenções probatórias de forma ampla, as convenções do ônus da prova também não impedem a utilização da iniciativa probatória do magistrado<sup>439</sup>, mas apenas limitam e modulam o seu campo de projeção. Na regulação negocial do ônus da prova as partes modificam apenas o ônus subjetivo da prova, fixando situação jurídica própria de modo distinto do estabelecido legalmente, instituindo os fatos que merecem ser provados no processo<sup>440</sup>.

O objetivo de tal convenção processual é garantir uma vantagem a um dos sujeitos – ou reduzir desvantagem, propiciando uma paridade de forças de forma mecânica. No

---

<sup>434</sup> Uma vez mais faz-se referência à arbitragem, onde tal prática é comum e constantemente utilizadas. MONTORO, Marcos André Franco. Flexibilidade do procedimento arbitral. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 374. Disponível em [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082011-161411/pt-br.php](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082011-161411/pt-br.php), acesso em 25 de dezembro de 2018, às 20h15min.

<sup>435</sup> MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 4/2018 | Revista de Processo | vol. 241/2015 | p. 463 - 487 | Mar / 2015 | DTR\2015\2135.

<sup>436</sup> “De acordo com o NCPC, as partes, por meio do negócio jurídico processual e visando a uma maior efetividade dos procedimentos judiciais, podem dispor das regras sobre o ônus da prova, comumente utilizadas em procedimentos arbitrais. Esse fato evidencia a cooperação entre os institutos, que permite estender a aplicação da flexibilidade característica dos procedimentos arbitrais aos processos ajuizados perante o Judiciário”. QUEIROZ, Caique Bernardes Magalhães; TORTORELLA, Eduardo; e BANFIELD, Jéssica Scott. O negócio jurídico processual como instrumento de aproximação entre os procedimentos arbitrais e judiciais no Brasil. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 2/2018 | p. 1119 - 1155 | Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 55/2017 | p. 73 - 107 | Out - Dez / 2017 | DTR\2017\6789.

<sup>437</sup> ARENHART, Sérgio Cruz et al. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 54, n. 343, p. 25-60, maio 2006.

<sup>438</sup> SOUZA, Landolf Andrade de. Dissertação apresentada à da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Efetividade do Direito, 2013, São Paulo, p. 92.

<sup>439</sup> MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 4/2018 | Revista de Processo | vol. 241/2015 | p. 463 - 487 | Mar / 2015 | DTR\2015\2135.

<sup>440</sup> “A disposição refere-se ao ônus objetivo e não ao sujeito que deverá produzir a prova – que, como cediço, por conta do princípio da comunhão da prova, é questão irrelevante quando há suficiência probatória. É equivocada, pois acaba por tornar um negócio acerca da assunção do risco de não convencer o magistrado em um verdadeiro negócio proibitivo de atuação do juiz; atuação que é um poder-dever doutro sujeito processual, e, portanto, não pode ser validamente limitada, já que não se encontra na esfera de disposição das partes”. MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 4/2018 | Revista de Processo | vol. 241/2015 | p. 463 - 487 | Mar / 2015 | DTR\2015\2135.

entanto, tendo em vista sua amplitude, inúmeros podem ser os motivos para a concretização de tal negócio processual. O requisito de existência é apenas um: a vontade dos contratantes.

Necessário lembrar que as convenções sobre o ônus probatório não são uma novidade do Código de Processo de 2015<sup>441</sup>. Elas já existiam no regime processual antigo e estavam previstas no parágrafo único do artigo 333<sup>442</sup> do CPC/73. Hoje a previsão legal é mais técnica<sup>443</sup> e está alocada no artigo 373, parágrafos 3º e 4º do Código de Processo de 2015<sup>444</sup>, o que nos faz concluir que tal ferramenta se encaixa ao autorregramento da vontade e ao princípio da cooperação processual. Tendo vista a maior amplitude do dispositivo, ficou clara e explícita a proteção daqueles em situação de vulnerabilidade e o combate às convenções que gerem onerosidade excessiva a qualquer das partes<sup>445</sup>.

Como exemplos de tal negócio, pontua-se a convenção que vier a impor o julgamento com base na regra legal de distribuição do ônus da prova (art. 373, caput, do Código de Processo de 2015), proibindo a distribuição do ônus da prova de forma diversa (artigo 373, § 1º, do Código de Processo de 2015). Ou a situação em que uma das partes absorve o ônus probatório em detrimento do recebimento de uma quantia financeira<sup>446</sup>.

---

<sup>441</sup> MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 4/2018 | Revista de Processo | vol. 241/2015 | p. 463 - 487 | Mar / 2015 | DTR\2015\2135.

<sup>442</sup> Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

<sup>443</sup> MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 4/2018 | Revista de Processo | vol. 241/2015 | p. 463 - 487 | Mar / 2015 | DTR\2015\2135.

<sup>444</sup> § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

<sup>445</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os ‘acordos processuais’ no novo CPC: aproximações preliminares. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 4, n. 39, p. 103-117, abr. 2015. Edição especial. Disponível em <https://hdl.handle.net/20.500.12178/91542>, acesso em 23 de dezembro de 2018, às 15h34min.

<sup>446</sup> A esse respeito: “Com efeito, nada impede que a parte detentora de suposto direito disponível – por exemplo, direito a crédito – disponha de sua situação probatória confortável, por qualquer que seja a razão, em favor de sujeito que alega ser titular de direito indisponível – por exemplo, direito à saúde. Trata-se de uma norma protetiva que não pode ser utilizada para tolher a situação do sujeito que alegadamente encontra-se na situação protegida.”. MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 4/2018 | Revista de Processo | vol. 241/2015 | p. 463 - 487 | Mar / 2015 | DTR\2015\2135. “Não satisfeita com a ideia de que o julgamento fundado em verossimilhança apenas seria possível nas hipóteses em que a lei ou o juiz, considerando as especificidades de determinada situação de direito material, determinasse um grau de probabilidade suficiente, a doutrina sueca foi mais adiante, para concluir que o julgamento poderia fugir da regra do ônus da prova quando existisse um mínimo de preponderância da prova, vale dizer, um grau de 51%. Melhor explicando: se a posição de uma das partes é mais verossímil do que a da outra, ainda que minimamente, isso seria suficiente para lhe dar razão. Nessa lógica, ainda que a prova do autor demonstrasse com um grau de 51% a verossimilhança da alegação, isso tornaria a sua posição mais próxima da verdade, o que permitiria – segundo a doutrina escandinava – um julgamento mais racional e mais bem motivado do que

## 2.2. Saneamento consensual (artigo 357, §2º, do CPC/15).

Trata-se de instituto processual em que, partes e juiz<sup>447</sup>, em conjunto, podem definir os pontos controvertidos da lide, direcionando o início da fase instrutória do processo<sup>448</sup>. A sua classificação como negócio jurídico probatório reside na circunstância de que é a decisão saneadora que guia e conduz a atividade probatória no processo<sup>449</sup>.

Diferentemente das demais espécies de convenção probatória aqui abordadas, esta é uma que a lei exige a homologação judicial, posto que, no caso em análise, o juiz também pode ser entendido como parte: “as partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.” (parágrafo 2º do artigo 357 do Código de Processo Civil de 2015)<sup>450</sup>.

Por meio do saneamento consensual, cada parte examina todos os pontos afirmados e levantados no processo, por ambos os lados, definindo em conjuntos, quais deles merecem ser objeto da instrução<sup>451</sup>. “A definição consensual nessa hipótese constitui um ato de verdade. Ou seja, expressa a firme convicção de cada uma das partes acerca da

---

aquele que, estribado na regra do ônus da prova, considerasse a alegação como não provada”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

<sup>447</sup> “Assim como no calendário processual, há aqui a possibilidade de autorregulação das partes, mas com a participação do juiz no ato processual. E pelos mesmos motivos acima, a indicação dos pontos controvertidos e do objeto da prova a ser produzida deve levar em consideração a vontade manifestada pelas partes. Esta, no entanto, deve ser motivada, não podendo a parte abusar do seu direito de autorregulação, e insistir na produção de prova ou na fixação de ponto controvertido que não tenha justificativa razoável para o processo (CPC/2015, art. 370, parágrafo único). O fiel dessa balança é mais uma vez (como não poderia deixar de ser) o magistrado”. MACHADO, Marcelo Pacheco. Princípio da cooperação e processo civil arco-íris: onze exemplos para entender. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-principio-da-cooperacao-e-processo-civil-do-arco-%C2%ADiris-27042015>, acesso em 23 de dezembro de 2018, às 22h41min.

<sup>448</sup> “As partes apresentam um acordo para delimitar e estabelecer os pontos controvertidos que merecem ser examinados pelo juiz, podendo, até mesmo, delimitar consensualmente as questões jurídicas que merecem análise para solução do mérito”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 58.

<sup>449</sup> Confira-se: SICA, Heitor Vítor Mendonça. Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo* | vol. 255/2016 | p. 435 - 460 | Maio / 2016 | DTR\2016\4685; e MENDES, Anderson Cortez; e CAPIOTTO, Gabriele Mutti. Saneamento do processo no novo Código de Processo Civil. *Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil* | vol. 4/2018 | *Revista de Processo* | vol. 266/2017 | p. 79 - 97 | Abr / 2017 | DTR\2017\601.

<sup>450</sup> POMJÉ, Carolina. A mitigação da incidência do adágio iura novit curia em virtude das convenções processuais: breve análise do art. 357, §2º, do Novo Código de Processo Civil. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . *Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro*. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 65-80..

<sup>451</sup> TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Disponível in <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151020-17.pdf>, acesso em 23 de dezembro de 2018, à 00h15min.

realidade<sup>452</sup>.” Ao juiz caberá a análise da pertinência dos dados apresentados pelas partes, com a consiguiente homologação da proposta das partes<sup>453-454</sup>.

Sobre a necessidade de homologação judicial da proposta de saneamento, parte da doutrina entende que tal ato seja desnecessário e contraproducente, uma vez que as partes já teriam substituído a obrigação judicial de sanear o feito<sup>455-456-457</sup>. Por conta de se tratar de convenção plurilateral, cuja participação do juiz é necessária, também necessária seria a homologação judicial<sup>458</sup>. Somente a limitação dos fatos e dos pontos controvertidos desde o início da demanda é que limitaria a atuação do juiz, no que se refere ao saneamento. Ademais, há na doutrina quem sustente que a homologação judicial deve estar condicionada ao objeto da demanda – da disputa não cuidar de direitos indisponíveis<sup>459</sup>.

---

<sup>452</sup> TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Disponível in <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151020-17.pdf>, acesso em 23 de dezembro de 2018, à 00h15min.

<sup>453</sup> “Diante disso, cabe ao juiz examinar as questões identificadas consensualmente pelas partes e verificar se são mesmo as que permanecem controvertidas. Ou seja, o pressuposto para a homologação será a própria correção, no entender do juiz, da definição feita pelas partes. Caso ele a repute incorreta, procederá ele mesmo à delimitação das questões controvertidas. Caso ele repute correta a seleção feita pelas partes, ele irá endossá-la, assumi-la como sua.” (...) A partes “predefinem determinadas questões para serem ainda instruídas e resolvidas não porque repute que sejam as únicas que permanecem controversas, mas porque não querem discutir as demais: preferem deixá-las de lado, assumindo as consequências jurídicas da ausência de consideração dessas outras questões”. TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Disponível in <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151020-17.pdf>, acesso em 23 de dezembro de 2018, à 00h15min.

<sup>454</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A improcedência liminar do pedido e o saneamento do processo. *Revista de Processo* | vol. 252/2016 | p. 147 - 163 | Fev / 2016 | DTR\2016\216.

<sup>455</sup> AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais – já uma releitura. *Negócios Processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 367-390. p. 385.

<sup>456</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 252.

<sup>457</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. v. 01. 17. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 693.

<sup>458</sup> “não se trata apenas de *homologação* do negócio jurídico. As partes, em verdade, propõem ao magistrado o saneamento consensual, devendo aquele consentir com os termos apresentados. Veja-se, no saneamento consensual há a disposição a respeito das questões de fato que serão objeto de prova e de direito relevantes para a decisão, elementos que obviamente influenciam na atuação do juiz no processo. Cabe ao juiz apreciar as provas constantes dos autos e aplicar o direito ao caso. Daí decorre para o magistrado uma situação jurídica no processo caracterizada pelo poder-dever de julgar. Ele titulariza uma situação que tem como elemento necessário toda a matéria de fato e de direito necessárias ao seu convencimento e tomada de decisão. As partes não podem a respeito disso dispor sem que o juiz participe ativamente do negócio processual. Assim, para que o negócio seja plenamente válido, é necessário o encontro de vontades das partes e do magistrado, em típico ato negocial plurilateral, mormente porque, para que o juiz seja legitimamente “vinculado” ao saneamento consensual, é necessário que participe do saneamento consensual como sujeito do negócio.”. AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais – já uma releitura. *Negócios Processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 367-390. p. 385-386.

<sup>459</sup> “Não seria cogitável, por conseguinte, a sua incidência sobre casos que versem sobre direitos materiais marcados pela indisponibilidade.”. LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Iura novit curia no processo civil brasileiro: dos primórdios ao novo CPC*. *Revista de Processo*, vol. 251/2016, p. 127-158. Jan/2016. p. 13.



Em atenção ao princípio dispositivo, as partes podem optar por deixar alguns fatos da proposta de saneamento consensual (seja qual for o motivo, essa intenção das partes não pode ser ignorada pelo juiz na homologação), alterando-se, alternativamente, os limites objetivos da lide. Trata-se de pleno exercício da disponibilidade do direito material.

O dever de cooperação deve estar presente entre todos os atores processuais durante a implementação do saneamento consensual<sup>460</sup>. Somente assim, em um ambiente *probo*, em um cenário *fair*, é que os escopos da jurisdição podem ser alcançados em um processo participativo<sup>461</sup>. As partes devem participar o juiz do saneamento – na medida do possível –, como o juiz deve convidar as partes para auxiliar no saneamento<sup>462</sup>.

Vale ressaltar que o saneamento consensual também dialoga com as necessidades de celeridade e economia processual<sup>463</sup>. Na medida em que as partes desenham suas “necessidades”, a prática de atos processuais desnecessários e inefetivos será evitada.

Por fim, ressalta-se que a atividade do saneamento consensual é amplamente difundida na arbitragem – em geral, o ato processual naquele sistema é denominado de assinatura do termo de arbitragem ou da ata de missão (ou *terms of reference*)<sup>464</sup>, em que

---

<sup>460</sup> A função saneadora, como a própria palavra exprime, é essencialmente, uma função de controle da regularidade do processo e de correção dos seus eventuais defeitos ou desvios do seu rumo, mas na sua essência ela não é privativa do juiz no exercício da função jurisdicional, nem é típica de um determinado procedimento. Todo funcionário público, no exercício das suas funções, antes de praticar os atos ou emitir os provimentos inerentes ao seu cargo, tem o dever de verificar se a atividade por ele desempenhada e os atos por ele praticados ou a serem praticados se revestem da indispensável legalidade, regularidade e adequação aos seus fins.” PEDRON, Flávio Quinaud; COSTA, Jéssica Nayara Duarte. O saneamento no Processo Civil como instrumento de efetividade da atividade jurisdicional. Revista de Processo | vol. 274/2017 | p. 161 - 203 | Dez / 2017. Mais: “Nesse momento, o juiz deixa de ser um ser intocável, austero e, muitas vezes, temido pelas partes, cedendo lugar a um magistrado visto da maneira que ele de fato é: um funcionário do Judiciário, devendo zelar pelo procedimento e pela observância normativa plena. (...) Os juízes não davam ao saneamento a devida atenção, descumprindo seus deveres em detrimento ao procedimento”. PEDRON, Flávio Quinaud; COSTA, Jéssica Nayara Duarte. O saneamento no Processo Civil como instrumento de efetividade da atividade jurisdicional. Revista de Processo | vol. 274/2017 | p. 161 - 203 | Dez / 2017.

<sup>461</sup> “O dever de cooperação das partes com o juiz, ditado de forma genérica no art. 6.º. O art. 357, § 3.º também dispõe 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’ (saneamento compartilhado). O dever de cooperar também está explicitado em normas específicas, como acima referido”. DINAMARCO, Cândido Rangel. O Novo Código de Processo Civil e a ordem processual civil vigente. Revista de Processo | vol. 247/2015 | p. 63 - 103 | Set / 2015 | DTR\2015\13199.

<sup>462</sup> “É dever do juiz convocar as partes para participar do saneamento. Assim, no caso de causas complexas, a decisão de saneamento é um ato complexo que, para ser válido, exige a participação do magistrado e das partes em contraditório. Aqui a necessidade de participação das partes e do juiz também se encontra no plano da validade do ato, pois todos sujeitos do negócio”. AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do Magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. Revista de Processo | vol. 246/2015 | p. 219 - 238 | Ago / 2015 | DTR\2015\13217.

<sup>463</sup> ALVIM, José Manuel de Arruda. Despacho saneador. *Justitia*. São Paulo, v. 32, n. 69. abr.-jun. 1970. Disponível em <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/4a221d.pdf>, acesso em 09 de dezembro de 2018, às 15h57min.

<sup>464</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Ensaio sobre a Sentença Arbitral Parcial', Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2008,

as partes e o juiz são signatários. O saneamento consensual faz parte da praxe e das melhores práticas<sup>465</sup> da arbitragem (doméstica e internacional), sendo reconhecido e descrito (com outra nomenclatura) nos regulamentos de praticamente todas principais Câmaras de Arbitragem<sup>466</sup>. Eis mais um elemento que justifica sua utilização no processo judicial brasileiro.

### **2.3. Acordo para retirar dos autos o documento cuja falsidade foi arguida (artigo 432, parágrafo único, do CPC/15).**

Imprimindo uma interpretação teleológica do Código de Processo Civil de 2015, pode-se concluir que o texto do parágrafo único de seu artigo 432<sup>467</sup> contém a chancela para a realização de mais uma convenção processual típica, qual seja, o acordo para retirada dos autos de um documento cuja falsidade vier a ser arguida.

No CPC/73 havia previsão semelhante: no seu artigo 392, parágrafo único, era prevista a hipótese de a parte concordar em retirar dos autos o documento cuja idoneidade

---

Volume V Issue 18) pp. 7 – 26. Também a privilegiar e conceituar o termo de arbitragem: O estabelecimento de normas procedimentais pode ser feito no termo de arbitragem ou por ordem processual logo no início do procedimento. MANGE, Flávia Foz; e CANERO, Carla Amaral de Andrade Junqueira. A gestão do tempo nos procedimentos arbitrais. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo | vol. 23/2009 | p. 49 - 64 | Jan - Jun / 2009 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3/2014 | p. 117 - 132 | Set / 2014 | DTR\2011\2993. Mais: MARTINS, Amanda Athayde Linhares. 'Idioma, Sede e Lei Material Estrangeiros na Arbitragem com a Administração Pública', Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2011, Volume VIII Issue 29) pp. 74 – 107; e CORREIA, Marcelo Dos Santos Barradas. A Responsabilidade Civil do Árbitro', Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2013, Volume X Issue 39) pp. 7 – 24.

<sup>465</sup> No artigo em referência são descritas as boas práticas na celebração do termo de arbitragem: VERÇOSA, Fabiane. “Case Management em Arbitragem: Much Ado About Nothing Ou a Chave do Sucesso?” – Série de Debates CBAr – Rio de Janeiro, 12 de Julho de 2017, in João Bosco Lee and Daniel de Andrade Levy (eds), Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International 2017, Volume XIV Issue 55) pp. 186 – 190. Mais: MUNIZ, Joaquim de Paiva. Guia politicamente incorreto da arbitragem brasileira: visão crítica de vinte anos de sucesso. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 50/2016 | p. 213 - 227 | Jul - Set / 2016 | DTR\2016\23869.

<sup>466</sup> ICC: Artigo 23, Ata de Missão (Tão logo receba os autos da Secretaria, o tribunal arbitral elaborará, fundamentado em documentos ou na presença das partes e à luz das suas mais recentes alegações, documento que defina a sua missão); CAM-CCBC: Artigo 7º (Instituída a arbitragem, conforme previsto no artigo 4.14, a Secretaria do CAM-CCBC notificará as partes e os árbitros para a assinatura do Termo de Arbitragem que deverá acontecer em até 30 (trinta) dias.). CAMARB: Artigo 6º (Após a nomeação do(s) árbitro(s), a Secretaria da CAMARB elaborará a minuta do Termo de Arbitragem); CAM-FGV: Artigo 28 (Do termo de arbitragem constarão obrigatoriamente); Câmara do Mercado-B3: Artigo 4.1. (Após a nomeação dos árbitros, o Tribunal Arbitral, em conjunto com as partes, elaborará o Termo de Arbitragem); e Câmara de Conciliação, Arbitragem e Mediação CIESP/FIESP: Artigo 5º (O Termo de Arbitragem será elaborado pela Secretaria da Câmara em conjunto com os árbitros e com as partes e conterá os nomes e qualificação das partes, dos procuradores e dos árbitros, o lugar em que será proferida a sentença arbitral, autorização ou não de julgamento por equidade, o objeto do litígio, o seu valor e a responsabilidade pelo pagamento das custas processuais, Honorários dos peritos e dos árbitros, bem como a declaração de que o Tribunal Arbitral observará o disposto no Termo e neste Regulamento).

<sup>467</sup> Parágrafo único. Não se procederá ao exame pericial se a parte que produziu o documento concordar em retirá-lo [o documento cuja falsidade foi arguida].

é questionada por incidente de falsidade documental, dispensando-se a realização da perícia para apurar a autenticidade do documento<sup>468</sup>.

A lógica foi mantida no Código de Processo Civil de 2015. Muito embora pareça se tratar de negócio jurídico unilateral<sup>469</sup>, há espaço para se compreender a natureza convencional do mecanismo. Quando há a impugnação da veracidade de documento, a parte manifesta sua vontade para que (i) seja apurada a veracidade do documento pro meio de prova técnica; e (ii) em se constatando a falsidade, para que o mesmo seja excluído dos autos do processo. Ao tomar conhecimento da impugnação, a parte concorda com os pedidos da parte impugnante e aceita retirar o documento dos autos, dispensando a realização da prova pericial. Haveria, então, o encontro de vontades das partes, apto a produzir efeitos na esfera processual, materializando-se a convenção processual probatória.

#### **2.4. Substituição da perícia por prova técnica simplificada (artigo 464, §2º, do CPC/15)<sup>470</sup>.**

O que já era regra há muito tempo no sistema dos Juizados Especiais Cíveis<sup>471</sup> tornou-se possibilidade também no processo civil ordinário. De acordo com o parágrafo segundo do artigo 464, “de ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade<sup>472</sup>”.

---

<sup>468</sup> “A partir da concordância da parte em extrair o documento, sem resistência da parte contrária, determinava-se que não se procedesse ao exame pericial. Tratava-se, já então, de verdadeiro negócio jurídico bilateral, haja vista que não só a parte deveria abrir mão da prova como a parte adversa deveria deixar de resistir contra esse intuito”. (...) “Com o advento do CPC/2015, a referida norma permaneceu no ordenamento processual, mas com a peculiaridade de não mais se exigir a concordância da parte contrária. Em outras palavras, deixou tal negócio jurídico de ser bilateral para tornar-se unilateral”. PERIM, Evandro. Negócios jurídicos processuais no campo probatório. Disponível em JusBrasil, <https://evandroperim.jusbrasil.com.br/artigos/534117974/negocios-juridicos-processuais-no-campo-probatorio>, acesso em 08 de dezembro de 2018, às 16h05min.

<sup>469</sup> “Só que, em vez de bilateral, o negócio passa a ser unilateral, não sendo mais exigida a concordância da parte contrária. Com efeito, assim dispõe o parágrafo único do art. 432 do novo CPC: “Não ser procederá ao exame pericial, se a parte que produziu o documento concordar em retirá-lo”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 58 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 58.

<sup>470</sup> “O art. 464 do Código de Processo Civil, ademais, prevê hipótese de substituição da prova pericial pela produção de prova técnica simplificada. De acordo com o § 2º desse artigo, quando o ponto controvertido for de menor complexidade em relação àquele que exigiria a realização de uma prova pericial, o juiz poderá determinar a produção dessa prova, de ofício, ou a requerimento das partes”. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Prova pericial no CPC/2015. Revista de Processo | vol. 267/2017 | p. 211 - 223 | Maio / 2017 | DTR\2017\1034.

<sup>471</sup> Art. 35. Quando a prova do fato exigir, o Juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer técnico. Parágrafo único. No curso da audiência, poderá o Juiz, de ofício ou a requerimento das partes, realizar inspeção em pessoas ou coisas, ou determinar que o faça pessoa de sua confiança, que lhe relatará informalmente o verificado. Lei 9.099/1.995, Lei dos Juizados Especiais Cíveis.

<sup>472</sup> “Essa prova simplificada dispensa, portanto, a elaboração de laudo pericial e consiste apenas na inquirição de um especialista pelo juiz, que deverá ter formação acadêmica na área a respeito do ponto controvertido

A chamada prova pericial simplificada<sup>473</sup> trata-se do depoimento oral do *expert* durante a audiência de instrução e julgamento<sup>474</sup>. Nesse contexto, a prova pericial simplificada pode ser entendida como uma aproximação do sistema de *commom law*, onde a *expert witness* é um meio de prova utilizado com muito sucesso<sup>475</sup>.

---

que demande conhecimento científico ou técnico. Durante a inquirição, esse especialista poderá se valer de todos os meios técnicos que entender necessários para influenciar a formação do convencimento judicial e as partes, devidamente acompanhadas de seus respectivos assistentes técnicos, poderão requerer os esclarecimentos que entenderem necessários.”. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Prova pericial no CPC/2015. Revista de Processo | vol. 267/2017 | p. 211 - 223 | Maio / 2017 | DTR\2017\1034; “Carmona ainda aponta que “os advogados norte-americanos são bastante enfáticos ao recomendar que o depoimento documentado – cuja minuta eles mesmos encarregam de preparar- seja abrangente e limite-se a narrar fatos, evitando opiniões. É comum que o advogado da parte interessada entreviste exaustivamente o depoente, produzindo uma minuta de declaração que a testemunha é convidada a ler e conferir para ter certeza que tudo o que ali consta reflete exatamente o relato dos fatos. Estando o depoente satisfeito com a minuta, deverá assinar o documento e atestar, ao seu final, que as afirmações ali constantes são verdadeiras e exatas (falsas afirmações podem gerar demandas com base em “contempt of court”).” - CARMONA Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009, p. 321; “Declarações de testemunhas, dando ciência do fato, não são documentos, como por exemplo: ‘Assisti fulano invadir o imóvel de Beltrano e de lá expulsá-lo’. São meros depoimentos testemunhais escritos e, em consequência, sem nenhum valor, pois a prova testemunhal tem modo próprio de ser colhida. A testemunha depõe perante o juiz, depois de compromissada e advertida (art. 415), com a possibilidade de ser contraditada (art. 414, § 1º) e interrogada pela parte contrária (art. 416).” – SANTOS, Hernani Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, v. 3, nº 1.660., p. 44 e “É frequente a tentativa de apoiar-se o pedido de liminar em títulos de domínio, declarações particulares de terceiros e reprodução de peças de outros processos (prova emprestada). Nada disso, em princípio, tem força probante para autorizar a expedição do mandado liminar de que cogita o art. 928 do CPC. As declarações de terceiro, mesmo quando tomadas perante tabelião, não suprem a prova testemunhal, que só pode ser eficazmente produzida quando o depoimento é colhido diretamente pelo magistrado, dentro das regras do contraditório e do procedimento legal traçado para a produção desse tipo de prova oral.”. JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*, 18a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. III, nº 1.301, p. 146; e “Por sua vez, a *witness statement* é um meio de prova consistente no depoimento pessoal/testemunhal escrito, onde constam todas as informações a respeito de um determinado fato, subscritas e assinadas pela testemunha. Para Carlos Alberto Carmona, a *witness statement* é um documento que contém a narração de fatos relativos a uma ou mais questões debatidas em determinadas disputas. Seu propósito específico é o de produzir prova sobre os fatos controvertidos concernentes à lide. Ainda que consagrados doutrinadores sustentem a reacionária posição não admitindo a utilização da *witness statement* no processo civil brasileiro, é importante destacar que o momento história agora vivido é propício para mudanças benéficas em prol da consecução dos objetivos previstos no NCPC, uma vez que tem por finalidade, principalmente, reduzir o tempo da audiência.” RAVAGNANI, Giovani dos Santos; CHEBATT, Thiago Fernandes. Considerações sobre a prova testemunhal no novo Código de Processo Civil. In FREIRE, Alexandre; Didier Jr, Fredie; de Macêdo, Lucas Buri; e PEIXOTO, Ravi. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - v.3 - Processo de conhecimento – Provas. Juspodivm: Salvador, 2015.”.

<sup>473</sup> RAVAGNANI, Giovani dos Santos; CHEBATT, Thiago Fernandes. Considerações sobre a prova testemunhal no novo Código de Processo Civil. In FREIRE, Alexandre; Didier Jr, Fredie; de Macêdo, Lucas Buri; e PEIXOTO, Ravi. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - v.3 - Processo de conhecimento – Provas. Juspodivm: Salvador, 2015.

<sup>474</sup> “Na verdade, trata-se também de uma prova pericial, com a peculiaridade de consistir em depoimento oral do expert sobre o ponto controvertido, em vez do laudo escrito. Cuida-se de medida que tem pouca ou nenhuma aceitação na praxe forense. Submete-se à discricionariedade do juiz a caracterização da questão como “de menor complexidade” para a dispensa do laudo escrito. O perito será ouvido, via de regra, na audiência de instrução e julgamento. É prudente que se observe o rito do art. 477, §§ 3.º e 4.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015 para assegurar que o expert tenha tempo de se preparar para responder aos questionamentos realizados.”. BODART, Bruno Vinícius da Rós. Ensaio sobre a prova pericial no código de processo civil de 2015. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 4/2018 | Revista de Processo | vol. 244/2015 | p. 33 - 57 | Jun / 2015 | DTR\2015\9710.

<sup>475</sup> “No sistema norte-americano, a prova científica é produzida por meio do depoimento de uma testemunha com conhecimento especializado. Depois de admitida a prova, o perito deve comparecer ao julgamento para

Vale destacar que a prova pericial é um meio probatório típico, que possui natureza de prova constituenda. Isso quer dizer que, em regra a perícia é produzida no âmbito do processo, com a nomeação de um perito pelo juiz, que deve apresentar um laudo escrito aos autos, franqueando ampla participação das partes na produção da prova<sup>476</sup>.

A simplificação da prova pericial é uma exceção. A simplificação da prova pericial “a requerimento conjunto das partes”, sob a forma de um negócio processual, é a exceção da exceção. Enquadrar tal figura como convenção processual típica não é uma constatação unânime. Todavia, assim fazemos por meio uma leitura teleológica da disposição legal, atrelada às vontades do legislador e dos princípios informativos<sup>477</sup> do Código de Processo Civil de 2015.

### **2.5. Escolha consensual de perito<sup>478</sup> (artigo 471 do CPC/15).**

---

prestar testemunho, que difere daquele prestado por uma testemunha convencional. O perito toma conhecimento dos fatos da causa posteriormente e neles aplica a teoria ou técnica científica com a finalidade de gerar um resultado que auxilie o julgador na solução do litígio. A testemunha convencional, por sua vez, tem conhecimento direto do fato ou ato controvertido, adquirido através de seus sentidos, e depõe para atestar a sua existência.”. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Admissibilidade da prova pericial e a evolução da jurisprudência norte-americana. *Revista de Processo* | vol. 155/2008 | p. 282 - 301 | Jan / 2008 | DTR\2008\863. Sobre o assunto, confirmam-se as Federal Rules of Evidence, Rule 702: “If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise, if (...)” “A prova pericial simplificada, que se aproxima da expert witness do sistema da common law, pode ter a aptidão de tornar dispensável a prova pericial propriamente dita, mais detalhada, demorada e custosa. Até porque o art. 139, inc. VI, do Código de Processo Civil de 2015 permite que o juiz altere a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito. Tal dispositivo lança importante base para o processo jurisdicional adequado ao direito material invocado”. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Prova pericial no CPC/2015. *Revista de Processo* | vol. 267/2017 | p. 211 - 223 | Maio / 2017 | DTR\2017\1034. Mais: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 3. São Paulo: Malheiros, 2001.

<sup>476</sup> “Contudo, admite-se que as partes tragam aos autos pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerem suficientes (CPC, art. 472). Tais apurações feitas pelas partes não ostentam as características próprias de uma perícia produzida no âmbito do processo. São apurações técnicas feitas fora do processo, sem a supervisão de um julgador. O fato de consistirem em apurações unilaterais não é suficiente para se descartar a sua admissibilidade no processo.”. AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 89.

<sup>477</sup> LIMA, Alcides de Mendonça. Os princípios informativos no Código de Processo Civil. *Revista de Processo* | vol. 34/1984 | p. 9 - 19 | Abr - Jun / 1984 | *Doutrinas Essenciais de Processo Civil* | vol. 1 | p. 151 - 164 | Out / 2011 | DTR\1984\10.

<sup>478</sup> A “prova pericial, ou perícia, consiste na modalidade de prova em que pessoa especializada é instada à colheita de elementos instrutórios cuja percepção dependa de conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos”. TUCCI, Rogério Lauria. *Perícia e Perito Criminal*. *Revista dos Tribunais* • RT 601/284 • nov./1985. *Doutrinas Essenciais Processo Penal* | vol. 3 | p. 1255 - 1263 | Jun / 2012.

O Código de Processo Civil de 2015 prevê, no artigo 471<sup>479</sup>, a possibilidade de escolha consensual do perito<sup>480</sup> pelas partes, contemplando mais uma hipótese de convenção processual<sup>481</sup>: em substituição da indicação judicial<sup>482</sup>, as partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento. Referida hipótese, como todas as convenções processuais, está limitada à capacidade plena das partes e à disponibilidade do objeto litigioso<sup>483</sup>.

Trata-se de disposição lícita, que pode vir a impedir ou não a realização de uma segunda perícia pelo juiz, caso ainda pairarem dúvidas sobre os fatos do caso<sup>484</sup>. Em sentido contrário, Bruno Bodart<sup>485</sup>.

Ao recorrermos novamente à arbitragem como fonte inspiração no exercício da autonomia da vontade no processo, veremos que esta é uma prática habitual, quase

---

<sup>479</sup> “O art. 471 do Código de Processo Civil de 2015 consiste em exemplo de negócio processual típico que autoriza a seleção de perito pelas próprias partes, desde que sejam elas capazes e a causa possa ser resolvida por autocomposição. As partes, ao selecionarem o perito, indicarão também seus respectivos assistentes técnicos. Todos eles, peritos e assistentes técnicos, entregarão o objeto de seu trabalho em prazo fixado pelo juiz”. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Prova pericial no CPC/2015. Revista de Processo | vol. 267/2017 | p. 211 - 223 | Maio / 2017 | DTR\2017\1034.

<sup>480</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. Disponível em [https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios\\_jur%C3%ADdicos\\_processuais\\_no\\_processo\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro), acesso em 15 de dezembro de 2018, às 10h44min.

<sup>481</sup> BODART, Bruno Vinícius da Rós. Ensaio sobre a prova pericial no código de processo civil de 2015. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 4/2018 | Revista de Processo | vol. 244/2015 | p. 33 - 57 | Jun / 2015 | DTR\2015\9710.

<sup>482</sup> TUCCI, Rogério Lauria. Perícia e Perito Criminal. Revista dos Tribunais • RT 601/284 • nov./1985. Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 3 | p. 1255 - 1263 | Jun / 2012; e CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. Disponível em [https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios\\_jur%C3%ADdicos\\_processuais\\_no\\_processo\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro), acesso em 15 de dezembro de 2018, às 10h44min.

<sup>483</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os ‘acordos processuais’ no novo CPC: aproximações preliminares. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 4, n. 39, p. 103-117, abr. 2015. Edição especial. Disponível em <https://hdl.handle.net/20.500.12178/91542>, acesso em 23 de dezembro de 2018, às 15h34min; e “No que refere à escolha m., consensual do perito (art. 471 do NCPC), cabe ao magistrado verificar se as partes são plenamente capazes, se a causa pode ser resolvida por autocomposição, se o perito possui o adequado conhecimento técnico-científico que o encargo exige. Cumpridos tais requisitos o juiz, nomeia o perito oferecido pelas partes. Da mesma forma, verificando o juiz que a autocomposição decorreu de negócio jurídico válido, sendo as partes capazes e o objeto da transação lícito, deve homologar o ato – condição de sua eficácia e conseqüente resolução do mérito”. AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do Magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. Revista de Processo | vol. 246/2015 | p. 219 - 238 | Ago / 2015 | DTR\2015\13217.

<sup>484</sup> Em sentido contrário: “Afigura-se lícita a cláusula de diferendo pela qual as partes elegem o perito que funcionará em futuro e eventual processo, mas a disposição contratual não pode impedir que o juiz, não se satisfazendo em absoluto com o laudo apresentado, nomeie outro profissional para uma segunda perícia.”. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A Contratualização do Processo (Página 175). Edição do Kindle.

<sup>485</sup> O juiz, “contudo, poderá requisitar a realização de nova perícia para a formação de seu convencimento, se não considerar a que fora realizada suficiente para elucidar o caso. O fato de o perito ter sido indicado pelas partes não retira do juiz o dever de valorar a qualificação do profissional indicado e não retira do juiz seus poderes instrutórios atribuídos pela lei.”. BODART, Bruno Vinícius da Rós. Ensaio sobre a prova pericial no código de processo civil de 2015. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 4/2018 | Revista de Processo | vol. 244/2015 | p. 33 - 57 | Jun / 2015 | DTR\2015\9710.

tornando-se a praxe daquele foro<sup>486</sup>. Caso se venha a criticar a aproximação que ora se faz entre arbitragem e o processo judicial, é importante dizer que “tanto o árbitro como o Juiz togado dizem autoritativamente o direito, concretizando a vontade da lei; tanto o árbitro como o Juiz proferem decisões vinculativas para as partes; tanto o árbitro como o Juiz julgam”<sup>487</sup>. No fim das contas, ambos sistemas tratam do exercício do contraditório em prol da pacificação de uma crise de direito material.

Ainda sobre arbitragem, podemos trazer à discussão um novo exemplo de escolha consensual do perito: no caso em que se faz necessária a realização de uma prova pericial extremamente técnica, sob documentos extremamente sigilosos, com informações extremamente confidenciais, as partes, podem em comum acordo, estabelecer o profissional técnico que analisará tais documentos, limitando, inclusive o acesso dos árbitros ao documento<sup>488</sup>.

Em virtude da especificidade da prova técnica ou da necessidade de chancela de um *expert* “acima do bem e do mal” e de qualquer tipo de desconfiança, as partes poderão indicar, conjuntamente, uma empresa ou pessoa jurídica para figurar como perita do caso, tal qual uma das grandes empresas de auditoria (KPMG, Deloitte, PwC ou Ernst Young), uma das empresas que coordenam bolsas de criptomoedas (Mercado Bitcoin e Foxbit), autarquias públicas e entidades especializadas e controladoras de um determinado mercado (Departamento Nacional de Produção Mineral, Comissão de Valores Mobiliários, Câmara de Comércio de Energia Elétrica) etc <sup>489</sup>.

---

<sup>486</sup> “Na arbitragem, a forma mais comum de escolha de perito é por nomeação pelas partes, tendo em vista o princípio norteador da autonomia da vontade. Além disso, a especialização necessária de um perito no direito processual brasileiro também é refletida no âmbito da arbitragem.”. QUEIROZ, Caique Bernardes Magalhães; TORTORELLA, Eduardo; e BANFIELD, Jéssica Scott. O negócio jurídico processual como instrumento de aproximação entre os procedimentos arbitrais e judiciais no Brasil. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 2/2018 | p. 1119 - 1155 | Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 55/2017 | p. 73 - 107 | Out - Dez / 2017 | DTR\2017\6789; e “É muito confortável dizer, como o Código de Processo Civil agora diz, que as partes podem escolher um perito de comum acordo, mais uma possibilidade de negócio jurídico processual. Essa é uma fórmula que tem sido utilizada na arbitragem, com sucesso muito relativo, devo admitir. Quer dizer, só em arbitragens em que os advogados são muito capacitados é que se consegue fazer com que, juntos, escolham o mesmo perito”. CARMONA, Carlos Alberto. Palestra sobre negócios jurídicos processuais na arbitragem, organizada pela CBar e pelo Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, ocorrida no dia 2 de julho de 2016. Degravação disponível em <http://www.ciesp.com.br/wp-content/uploads/2017/06/eletronicanegocios-juridicos-processuais-na-arbitragem.pdf>. Acesso em 25 de dezembro de 2018, às 07h19min.

<sup>487</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Das boas relações entre os juízes e os árbitros. Revista de Processo | vol. 87/1997 | p. 81 - 89 | Jul - Set / 1997.

<sup>488</sup> “Na ausência de evidências incontestáveis sobre a confidencialidade do documento, os árbitros devem determinar a sua exibição”. FARIA, Marcela Kohlbach de Faria. A produção de prova no procedimento arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 32/2012 | p. 207 - 226 | Jan - Mar / 2012.

<sup>489</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Palestra sobre negócios jurídicos processuais na arbitragem, organizada pela CBar e pelo Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, ocorrida no dia 2 de julho de 2016. Degravação disponível em <http://www.ciesp.com.br/wp-content/uploads/2017/06/eletronicanegocios->

Pois bem. Um dos motivos que pode justificar a escolha das partes à indicação consensual do perito é a necessidade de redução de custos, uma vez que, havendo acordo entre as partes sobre quem será o perito, pode se tornar desnecessária a contratação de assistentes técnicos, a realização de laudo suplementar, o que também minimiza o tempo gasto com a prova pericial – e por conseguinte, o gasto de menos horas de trabalho dos advogados, o que tende a reduzir as despesas na condução do processo –, favorecendo a duração razoável do processo<sup>490</sup>.

No contexto de um processo em que se discutem direitos indisponíveis também pode ser constatada a existência de convenção processual para a escolha do perito. Em uma ação de investigação de paternidade, para fugir das intermináveis perícias “realizadas” pelo IMESC, por exemplo, as partes podem apresentar ao juiz uma lista de laboratórios reconhecidos tecnicamente no mercado, que poderiam realizar o exame de DNA com um custo diferenciado (tal qual uma atividade de filantropia). Se essa for a vontade das partes, o juiz deverá estar limitado ao escopo da prova produzida pelo laboratório de escolha das partes<sup>491</sup>.

Outro exemplo do exercício desse novo recurso, sugere-se que as convenções de condomínio passem a dispor sobre os procedimentos a serem observados no caso de litígios entre vizinhos, podendo prever, inclusive, quem será o perito de eventual disputa (vazamentos, barulho excessivo, obras civis, ação demarcatória do limite das vagas de automóveis)<sup>492</sup>.

---

[juridicos-processuais-na-arbitragem.pdf](#). Acesso em 25 de dezembro de 2018, às 07h19min.

<sup>490</sup> FELÍCIO, Vinícius Mattos; e MAGALHÃES, Guilherme Vinicius. Os negócios processuais, suas vantagens econômicas e a redução de custo do processo. Crise Econômica e Soluções Jurídicas | num. 37/2015 | Dez / 2015 | DTR\2015\16497.

<sup>491</sup> “Ressalvando novamente que as ideias que seguem são apresentadas hipoteticamente, tem-se que, se, em ação de investigação de paternidade, o juízo apresentar às partes (ainda que beneficiadas pela assistência judiciária gratuita), uma lista de peritos de sua confiança vinculados a laboratórios que aceitariam realizar exame de DNA por taxa fixa e popular, e as partes aceitarem custeá-la, o tempo de tramitação do processo poderia ser drasticamente reduzido. Eliminar-se-ia não apenas a demora que decorreria da necessidade de agendamento da perícia pelo IMESC, mas também (por se tratar de prova que refere a verdade científica), a possibilidade de discussão a respeito da paternidade em si, permitindo que eventual controvérsia se cingisse a outros pontos de divergência entre as partes (alimentos, visitas, etc).”. FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. O juiz e a contratualização dos litígios. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

<sup>492</sup> “Seria interessante, por exemplo, que as convenções de condomínio dispusessem sobre os procedimentos a serem seguidos em caso de litígio entre vizinhos, estimulando uma solução consensual em casos de vazamentos ou barulho excessivo, a partir de laudos ou vistorias realizados por peritos aceitos por ambas as partes”. PANTOJA, Fernanda Medina. Convenções pré-processuais para a concepção de procedimentos preliminares extrajudiciais. In: MARCATO, Ana (Org.); GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157.



Em situações como essas, ainda que os litigantes acabem por ingressar em juízo, a prova produzida não terá sido jamais despicienda: lembre-se que, de acordo com o art. 464 do CPC/2015, o juiz indeferirá a perícia requerida no processo, quando as partes apresentarem, na inicial ou na contestação, pareceres técnicos que entenda suficientes.

### **3. Convenções probatórias atípicas.**

As convenções atípicas são aquelas que não possuem previsão expressa no Código de Processo Civil de 2015. Sua celebração se baseia na cláusula geral de negociação processual, contida no artigo 190 Código de Processo Civil de 2015<sup>493</sup>. As convenções probatórias atípicas são aquelas que não se identificam nas espécies indicadas acima e que, mesmo assim, vierem a alterar ou disciplinar as regras instrutórias ordinárias, seja na admissão, na produção ou na valoração da prova, modulando os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais com relação às provas, podendo ou não disciplinar, criar ou modificar seus os procedimentos, regras, meios, fontes, elementos e argumentos de prova.

No tópico a seguir, partindo do conceito acima descrito, avaliaremos e proporemos – de forma exemplificativa, não exaustiva – inúmeros negócios probatórios atípicos.

#### **3.1. Limitação consensual das provas que serão produzidas ao longo do processo e renúncia conjunta de meio de prova.**

A limitação consensual de provas – e/ou a renúncia conjunta de meio de prova – é comumente o exemplo mais vezes foi identificado pela doutrina ao tratar das convenções probatórias. A complementar, a razão pela qual a limitação consensual de provas inaugura este capítulo é que muitas dos outros exemplos que serão propostos nessa dissertação decorrem do racional de tal “limitação consensual”, ainda que não sejam uma limitação propriamente dita.

Pois bem. Conforme já endereçado nos itens anteriores, ainda que seja assunto extremamente controverso<sup>494</sup>, o presente trabalho aponta de forma favorável para a

---

<sup>493</sup> O art. 190 do CPC criou verdadeira cláusula geral de negociação, que terá efeitos imediatos no processo, independentemente de homologação judicial. Aplicada ao direito probatório, permite-se que as partes celebrem negócio jurídico processual que tenha por objeto, por exemplo, a definição dos meios de prova que serão admissíveis no processo, a ordem de produção de provas, eventual restrição à intervenção de assistentes técnicos e a inviabilidade da designação de audiência para a oitiva de perito. (...) O negócio processual sobre matéria probatória encontra limite no devido processo legal, especificamente no que tange ao respeito ao contraditório e à isonomia (paridade de tratamento). AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p. 218.

<sup>494</sup> “Ou, então, que serão produzidos, especificamente, quatro meios de prova distintos. Mais do que isso, podem as partes convencionar que não produzirão nenhuma prova, porque assim desejam, pura e simplesmente, ou porque entendem que a controvérsia prescinde de dilação probatória, versando sobre matéria de direito.” RAVAGNANI, Giovani dos Santos, VAUGH, Gustavo Fávero, BRASIL, Renato Caldeira Grava. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do Juiz. Revista dos Tribunais | vol. 989/2018 | p. 377 - 404 | Mar / 2018 | DTR\2018\10317; e “É admissível um negócio

possibilidade (e da validade) de ser limitado (ou excluído) um meio de prova por ocasião de convenção das partes, desde que não ofensa o devido processo<sup>495</sup>.

---

processual acerca do ônus da prova, mas não um negócio que intente impedir que o magistrado tome em conta determinada prova em espécie – apenas seria possível, nesse sentido, pactuar uma obrigação de não fazer com a própria parte, no sentido de os sujeitos processuais utilizarem-se apenas de provas documentais”. PEZZANI, Titina Maria. *Il Regime Convenzionale delle Prove*. Milano: Giuffrè, 2009. Disponível em <https://shop.giuffre.it/catalog/product/view/id/30808/s/il-regime-convenzionale-delle-prove/>, acesso em 26 de dezembro de 2018, às 00h10min.

<sup>495</sup> “é válida a convenção processual cujo objeto seja limitativo da instrução probatória, ou, ainda, dos meios de prova cabíveis em determinado processo, de maneira a constituir, por norma convencional, meios de prova excepcionalmente ilícitos.”. BERTÃO, Rafael Calheiros. *Limites às convenções processuais*. 2018. 283 p. Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018; “Se as partes pactuam não admitir determinada prova, e sendo este meio de solução de controvérsia estribado na vontade dessas partes, não se pode tolerar a prova que se convencionou não admitir. Esta lição é tão pertinente aqui quanto no capítulo anterior: acordando as partes que não deve ser conhecido prova como a do computador especialista, este deve ser bloqueado pelos árbitros. Enfatize-se que não se trata de mera teorização acadêmica, pois (conforme será discutido no próximo item) o uso do computador pode implicar dispêndios com os quais as partes não estejam confortáveis”. JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. *Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais*. 2014. 325p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014; Carmona é enfático e enérgico ao defender licitude da limitação dos meios de provas pelas partes: “Podem as partes celebrar um negócio jurídico processual vinculando o juiz e determinando ao magistrado que não produza provas? A minha resposta é sim. Vou ser mais agressivo: podem as partes mandar no juiz? A minha resposta é sim. Sendo ainda mais atrevido: podem as partes inventar um processo e fazê-lo descer goela abaixo do magistrado? A minha resposta é sim. Vamos dizer as coisas como elas são: o magistrado está em princípio sujeito ao negócio jurídico processual. Não terá que concordar com ele, não poderá emitir juízo de valor. Ou o negócio jurídico é válido ou ele é inválido. Se for válido, o magistrado terá que implementá-lo. Vamos deixar isso muito claro: o juiz não é Parte no negócio jurídico processual, mas estará sujeito a ele.” CARMONA, Carlos Alberto. Palestra sobre negócios jurídicos processuais na arbitragem, organizada pela CBAr e pelo Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, ocorrida no dia 2 de julho de 2016. Degravação disponível em <http://www.ciesp.com.br/wp-content/uploads/2017/06/eletronicanegocios-juridicos-processuais-na-arbitragem.pdf>. Acesso em 25 de dezembro de 2018, às 07h19min.

Tal prática é comum tanto na arbitragem<sup>496</sup>, como nos sistemas de *common law*<sup>497</sup>, também comportando compatibilidade no sistema processual brasileiro<sup>498</sup>. Fabio Peixinho explica que, na arbitragem, as partes podem modular o procedimento em detrimento da flexibilidade procedimental do árbitro e que, em determinadas situações, as partes podem limitar a fase de *discovery* e a exibição de documento, restringindo, por exemplo, a

---

<sup>496</sup> “In the Arbitration Agreement the Parties agreed that “[t]he proceedings shall be conducted in a fast and cost efficient way and the parties agree that no discovery shall be allowed” (hereafter the Discovery Clause) [Exhibit C 1, p. 9 Art. 20]. An interpretation of the Discovery Clause reveals that document production is excluded (1). This interpretation is in line with the Parties’ right to present its case (2)”. (...) The Tribunal does not have the power to order the production of the requested documents. Neither the Arbitration Agreement, nor the IBA Rules empower the Tribunal to do so. Even if the Tribunal were to find that it had the power, it should not order document production. Firstly, granting CLAIMANT’s request would circumvent the allocation of the burden of proof. Secondly, under the IBA Rules CLAIMANT’s request cannot be granted. Lastly, denying the request does not violate CLAIMANT’s right to present its case Memorial de Respondent elaborado pela Albert-Ludwigs University Of Freiburg para o Twenty-Third Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot. Disponível em <https://vismoot.pace.edu/media/site/previous-moots/23rd-vis-moot/u-of-freiburg-respondent.pdf>, acesso em 28 de dezembro de 2018, às 10h23min; “In order to quantify its claim for RESPONDENT’s profits, CLAIMANT seeks to obtain the disclosure of the Requested Documents. However, its request should be denied because the Parties excluded the Tribunal’s power to order document production (I). Should the Tribunal find that it is empowered by the Parties to issue a production order, it should nonetheless dismiss CLAIMANT’s request (II)”. Memorial de Respondent elaborado pela University of Geneva para o Twenty-Third Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot. Disponível em <https://vismoot.pace.edu/media/site/previous-moots/23rd-vis-moot/u-of-geneva-respondent.pdf>, acesso em 28 de dezembro de 2018, às 10h29min; e “Semelhantermente, já foi ressaltado na introdução deste capítulo que nas arbitragens de *Online Dispute Resolution* é prática recorrente limitarem-se as fontes e meios de prova aceitáveis unicamente à prova documental eletrônica”. JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. 2014. 325p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

<sup>497</sup> “A norma é relevante porque, nos sistemas do common law, a parol evidence rule impede a interpretação das intenções da parte manifestada durante a fase de negociações quando exista um contrato escrito que disponha, expressamente – numa cláusula de integração – que todos os elementos objeto do acordo de vontades contêm-se naquele contrato (e somente naquele contrato)”. GAMA JR., Lauro. Os princípios do unidroit relativos aos contratos do comércio internacional 2004 e o direito brasileiro: convergências e possibilidades. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 8/2006 | p. 48 - 100 | Jan - Mar / 2006 Doutrinas Essenciais de Direito Internacional | vol. 5 | p. 661 - 718 | Fev / 2012 | DTR\2006\733.

<sup>498</sup> Alexandre Câmara entende que é válido o negócio processual em que as partes tenham convencionado a inadmissibilidade de um meio de prova específico, restando ilícito ao juiz determinar a produção em contrariedade à convenção. CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 2a edição revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2016, p. 125. No mesmo sentido, “a) se as partes acordarem no sentido de não ser produzida prova pericial, o juiz não pode determinar a produção desse meio de prova; b) se a parte renunciar a certo testemunho, o juiz não pode determinar a sua produção; c) se houver convenção sobre o ônus da prova, o juiz não pode decidir contra o que foi convencionado. O poder instrutório do juiz tem essa limitação, enfim.” DIDIER JUNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10a edição rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 90-91 e 98. Robson Renault Godinho cita vários exemplos de situações que podem ser objeto de convenção sobre prova, tais como a indicação dos meios de prova, admitindo algumas ou excluindo outras, a permissão de provas atípicas ou sua proibição. GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In CABRAL, Antônio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Processuais. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 416.

apresentação de um determinado item, sem que isso venha violar a ordem jurídica justa do processo<sup>499</sup>.

Ainda falando sobre arbitragem, de que maneira seria possível homologar uma sentença estrangeira em que houve limitação dos direitos probatórios (ainda que em virtude das disposições da própria lei) e, ao mesmo tempo, questionar a validade da convenção processual nesse sentido? Agir de tal forma geraria insegurança jurídica. Ou se adere ao sistema integralmente, ou nenhum dos institutos poderá ser plenamente aceito<sup>500</sup>.

A limitação consensual dos meios de prova deve ser obedecida pelo juiz. Isso porque, de nada adianta ao juiz exigir uma prova (que terá seu custo financeiro<sup>501</sup>), se todas as partes entenderem que esta é desnecessária e não desejam custeá-la. Respeitar a

---

<sup>499</sup> “As parties stipulates over matters of access and presentation of evidence, the balance is tipped in disfavor of arbitrator's flexibility. If the parties agreed upon a particular law or upon particular procedures that limit discovery, this quest for efficiency may restrict the presentation of evidence and, as a consequence, become an obstacle to the fair solution of the dispute. The issue then becomes the "mandatory" law of the seat of the arbitration and if it will deem enforceable an award rendered under these terms. The parties must make all these considerations when drafting the arbitration agreement to ensure that the procedural stipulations are desirable for whatever disputes may arise out of their contract”. CORRÊA, Fabio Peixinho Gomes. The presentation of evidence in international commercial arbitration: bridging gaps between evidentiary rules and free evaluation of evidence. *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 21/2009 | p. 190 - 234 | Abr - Jun / 2009 | DTR\2009\834; e “Ora, tendo em vista a posição sustentada acima (vide *supra* 3.3.) onde se defendeu a possibilidade de se excluir *por completo* um determinado meio ou fonte de prova, inclusive a de documentos eletrônicos, é imperioso, em nome da coerência, aplicar a mesma lógica aqui, pois, afinal, se é lícito às partes proibir uma fonte de prova, é igualmente legítimo que imponham restrições e limitações aos tamanhos dos documentos”. JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. *Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais*. 2014. 325p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

<sup>500</sup> “em que medida são admissíveis negócios processuais com limitação probatória, com clara limitação probatória, por exemplo, só cabe prova documental? Isso é possível no processo arbitral brasileiro? Eu não tenho dúvidas de que no processo arbitral internacional, que venha a ser homologado no Brasil, muitas vezes vai ter que ser homologado sim, na medida em que, claro que na prática daquele modelo arbitral, como nós já temos em várias Câmaras, em vários modelos de arbitragem, a prova é limitada a documentos, em certos campos de direito material em que isso é muito viável, seguro, por exemplo, esses seguros de primeira demanda etc. e tal”. TALAMINI, Eduardo. Palestra sobre negócios jurídicos processuais na arbitragem, organizada pela CBAr e pelo Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, ocorrida no dia 2 de julho de 2016. Degravação disponível em <http://www.ciesp.com.br/wp-content/uploads/2017/06/eletronicanegocios-juridicos-processuais-na-arbitragem.pdf>. Acesso em 25 de dezembro de 2018, às 07h19min; e “Ou, suponhamos que um dos árbitros eleitos provém de um sistema processual de common law e acostumado com o método instrutório do discovery (que tem sido acusado de processualizar e americanizar a arbitragem (19) queira incluir esse meio de prova na fase instrutória. Seria tão absurdo então as partes manifestarem sua vontade no sentido de limitar os poderes instrutórios dos árbitros na hora de lavrar o termo de arbitragem?” JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. *Flexibilidade do Procedimento Arbitral e Poderes Instrutórios dos Árbitros na Arbitragem Brasileira: Possibilidade de Restringir os Poderes Instrutórios dos Árbitros em Nome da Autonomia da Vontade*. *Revista Brasileira de Arbitragem*, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2011, Volume VIII Issue 31) pp. 29 – 58.

<sup>501</sup> JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. *Flexibilidade do Procedimento Arbitral e Poderes Instrutórios dos Árbitros na Arbitragem Brasileira: Possibilidade de Restringir os Poderes Instrutórios dos Árbitros em Nome da Autonomia da Vontade*. *Revista Brasileira de Arbitragem*, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2011, Volume VIII Issue 31) pp. 29 – 58.

convenção das partes é dar aplicação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade<sup>502</sup>, viabilizando o atingimento de alguns dos escopos processuais.

Na defesa da limitação consensual dos meios de prova, afirma-se que a ignorância pelo juiz do negócio processual seria o mesmo que “negar às partes o protagonismo da cena processual, assumindo-o somente para si” e que, havendo dúvida com relação aos fatos, caberia ao juiz resolver o assunto pelas regras de ônus da prova<sup>503</sup>. Não se tem dúvida, nessa medida, que a atividade probatória pode ser obstada pelas limitações consensuais, possibilidade autorizada pelo ordenamento. “O rechaço aos acordos probatórios enseja na realidade uma recusa a admitir o autorregramento da vontade no processo e revela a exacerbação do protagonismo judicial<sup>504</sup>.

No exemplo em que a parte afasta do juiz a possibilidade dos meios de se constatar a ocorrência de força maior, a parte pode estar, indiretamente, abrindo mão de um direito material que possuiria. Daí a necessidade de que as convenções processuais sejam

---

<sup>502</sup> “De nada adiantaria o juiz determinar, de ofício, a produção de prova pericial se as partes convencionaram que não haveria pagamento de honorários ao perito”. CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015. p. 127; e MONTORO, Marcos André Franco. Flexibilidade do procedimento arbitral. Tese de Doutorado orientada por Carlos Alberto. Carmona na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010., p. 289.

<sup>503</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10a edição rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 90-91 e 98. No mesmo sentido: “Agora, havendo na convenção a limitação e tendo os árbitros aceito o encargo, eu não vejo nenhum problema. Pergunta retórica: como os juízes vão julgar se não têm convencimento? A resposta é óbvia: usando as regras do ônus da prova. Quer dizer, quem tinha que provar e não provou, perdeu. Acabou. Isso não é um problema, isso é uma solução”. CARMONA, Carlos Alberto. Palestra sobre negócios jurídicos processuais na arbitragem, organizada pela CBar e pelo Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, ocorrida no dia 2 de julho de 2016. Degravação disponível em <http://www.ciesp.com.br/wp-content/uploads/2017/06/eletronicanegocios-juridicos-processuais-na-arbitragem.pdf>. Acesso em 25 de dezembro de 2018, às 07h19min. Esta também a recomendação das regras da IBA sobre produção de provas na arbitragem internacional: “The Arbitral Tribunal shall, at the request of a Party or on its own motion, exclude from evidence or production any Document, statement, oral testimony or inspection for any of the following reasons: (a) lack of sufficient relevance to the case or materiality to its outcome; (b) legal impediment or privilege under the legal or ethical rules determined by the Arbitral Tribunal to be applicable; (c) unreasonable burden to produce the requested evidence; (d) loss or destruction of the Document that has been shown with reasonable likelihood to have occurred; (e) grounds of commercial or technical confidentiality that the Arbitral Tribunal determines to be compelling; (f) grounds of special political or institutional sensitivity (including evidence that has been classified as secret by a government or a public international institution) that the Arbitral Tribunal determines to be compelling; or (g) considerations of procedural economy, proportionality, fairness or equality of the Parties that the Arbitral Tribunal determines to be compelling”. Article 9, Admissibility and Assessment of Evidence, das Regras da IBA sobre Produção de Provas na Arbitragem Internacional, disponível em <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=68336C49-4106-46BF-A1C6-A8F0880444DC>

<sup>504</sup> GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. IN CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) Negócios Processuais. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 407-416, p. 413.

celebrados nos casos em que admitam autocomposição. Esse controle deve ser feito pelo juiz<sup>505</sup>.

Nada impede, assim, que as partes convençionem pela exigência da prova escrita e de instrumento público para todos os documentos que vierem a ser anexados ao processo – o poder de autorregramento da vontade autoriza isso<sup>506</sup>. “Assim, com esta cláusula, as partes decidem que determinado negócio jurídico somente pode ser provado por esse ou por aquele meio de prova, tornando ilícito qualquer outro meio de prova<sup>507</sup>.”

As partes ainda podem convençionar que: “(i) somente será admissível a produção de prova documental; (ii) caberá todos os meios de prova, exceto a prova pericial; (iii) não caberá audiência, de modo que os depoimentos deverão ser documentados extrajudicialmente e então ser trazidos aos autos<sup>508</sup>”. Ou ainda que a prova pericial técnica estaria dispensada caso as partes conseguirem chegar a um acordo sobre parte do objeto do litígio<sup>509</sup>.

Imagine-se uma disputa orunda de um contrato de empreitada, uma obra civil de grande porte. É comum, nesse contexto, que as provas das eventuais disputas sejam limitadas aos documentos, tais quais relatórios diários de obra, atestado de medições etc., excluindo-se, por exemplo, a prova testemunhal. Não se verifica nenhum problema nessa disposição convencional<sup>510</sup>.

Para além da limitação propriamente dita, é interessante citar exemplo inspirado nas discussões mantidas entre Decolar.com e Booking<sup>511</sup> sobre a legalidade da utilização

---

<sup>505</sup> TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Disponível in <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151020-17.pdf>, acesso em 23 de dezembro de 2018, à 00h01min.

<sup>506</sup> “Sustentou a possibilidade das partes limitarem as fontes de prova admissíveis na arbitragem, inclusive em detrimento dos poderes instrutórios dos árbitros, por não enxergar nessa expressão da autonomia da vontade qualquer ilegalidade”. JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. *Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais*. 2014. 325p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

<sup>507</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 102.

<sup>508</sup> AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p 143. Mais: No mesmo sentido, FERREIRA, Mariana. *A prova emprestada como objeto de negócio jurídico processual*. In: MARCATO, Ana (Org.); GALINDO, Beatriz (Org.); GÓES, Gisele (Org.); BRAGA, Paula Sarno. (Org.); APRIGLIANO, R. (Org.); NOLASCO, R. D. (Org.). *Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro*. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157.

<sup>509</sup> FALECK, Diego; ALVES, Rafael Francisco. *Concordar em discordar: por quê, o quê e como negociar o procedimento arbitral*. *Revista de Direito Empresarial* | vol. 1/2014 | p. 249 | Jan / 2014 | DTR\2014\586.

<sup>510</sup> TALAMINI, Eduardo. *Palestra sobre negócios jurídicos processuais na arbitragem*, organizada pela CBar e pelo Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, ocorrida no dia 2 de julho de 2016. Degravação disponível em <http://www.ciesp.com.br/wp-content/uploads/2017/06/electroniconegocios-juridicos-processuais-na-arbitragem.pdf>. Acesso em 25 de dezembro de 2018, às 07h19min.

<sup>511</sup> FRAZÃO, Ana. *Geopricing e geoblocking: as novas formas de discriminação de consumidores. Os desafios para o seu enfrentamento*. Disponível no Portal Jota: [https://www.jota.info/opiniao-e-](https://www.jota.info/opiniao-e)

de *geopricing*, situação em que o fornecedor se utiliza de critérios geográficos e geopolíticos dos consumidores para a composição do preço apresentado ao mercado. Em havendo disputa entre as duas empresas para a constatação da prática de atos de concorrência desleal e predatória em virtude do *geopricing*, é possível que as partes, no bojo de uma prova pericial, acordem que a perícia – em hipótese alguma – poderá atingir o algoritmo<sup>512</sup> das plataformas digitais das empresas.

Também sobre algoritmos e a possível limitação do escopo da prova pericial está a disputa existente entre Uber e 99, maiores empresas de tecnologia do Brasil que operam no segmento do transporte de pessoas por aplicativo. Uber demandou 99 na cidade do Rio de Janeiro para impedir a veiculação, por sua concorrente, de campanha informativa/comparativa de preços<sup>513</sup>. Após a intensa briga sobre as liminares, a Juíza

---

[analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/geopricing-e-geoblocking-as-novas-formas-de-discriminacao-de-consumidores-15082018](#), acesso em 26 de dezembro de 2018, às 00h57min.

<sup>512</sup> DONCEL, Luis. A era do algoritmo chegou e seus dados são um tesouro. Disponível em [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/01/economia/1519921981\\_137226.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/01/economia/1519921981_137226.html), acesso em 3 de janeiro de 2019, às 3h20min.

<sup>513</sup> “Limitação do Algoritmo - 99 x Uber - A Uber sofreu uma derrota parcial na Justiça contra a 99. A empresa entrou com um pedido de liminar, questionando uma campanha publicitária da concorrente no Rio de Janeiro, por considerá-la propaganda enganosa, mas não conseguiu suspender a veiculação da propaganda. O problema surgiu quando a 99 espalhou peças publicitárias pela capital fluminense para promover o serviço 99POP, convidando os consumidores a compararem os preços dos dois aplicativos. Para isso, usou pesquisas internas que mostravam seus valores mais baixos para algumas corridas. Não obstante as partes não tenha desejado produzir provas, juiz determinou de ofício.” O GLOBO: Justiça nega pedido de liminar da Uber, e 99 mantém campanha publicitária no Rio. Disponível em <https://oglobo.globo.com/economia/justica-nega-pedido-de-liminar-da-uber-99-mantem-campanha-publicitaria-no-rio-22822245>, acesso em 26 de dezembro de 2018, às 00h59min. Trata-se do processo n. 0126092-88.2018.8.19.0001, em trâmite perante a 5ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2018.001.102213-6>. Decisão saneadora: A ação, como expressamente consignado no item 1 da inicial (fls. 3), versa sobre ‘veiculação de publicidade comparativa enganosa, que induz o consumidor a erro...’ A publicidade enganosa, in casu, consistiria na divulgação de anúncios em diferentes mídias espalhadas pela cidade do Rio de Janeiro, apresentando comparações de preços entre viagens potencialmente realizadas através dos aplicativos ‘99 e Uber’, deixando claro o intuito de demonstrar que os serviços prestados pela modalidade 99POP - de transporte individual privado - seriam ‘sempre’ mais baratos do que os intermediados pela Uber (vide item 2). A autora questiona a licitude da conduta da ré, no sentido de que esta apresenta uma comparação de preços como se estes fossem fixos e sempre mais baratos, o que não é verdade, pois os valores variam de acordo com situações não equivalentes e dinâmicas distintas, relacionadas a intensidade de demanda, horários, distância, tempo e condições de tráfego, além de não especificar qual a categoria de Uber foi comparada, sabendo-se que há Uber pool, Uber X, etc, umas mais baratas que outras. Os anúncios veiculados pela ré (fls. 10/12), de fato, não deixam a menor dúvida de que ela propaga ao consumidor que os seus preços são menores que os da Uber, sem qualquer ressalva. O consumidor, ao se deparar com a propaganda da 99 Pop é induzido a acreditar que, não importa o trajeto, o horário e as condições de tráfego, irá pagar menos do que no Uber. Fato. Assim, a princípio, não interessa saber se os preços daqueles trajetos veiculados nos anúncios da ré são ou não precisos (Rodoviária Novo Rio x Palácio Guanabara (R\$ 12,00 X R\$ 24,00) ou Santos Dumont x Barra da Tijuca (R\$ 49,80 x R\$ 65,93) ou Santos Dumont x Recreio (R\$ 59,70 x R\$ 89,56), mas, sim, se os preços da 99POP são realmente mais baratos que os da Uber, o que implicaria em considerar, então, que as informações estampadas nas mídias são meramente exemplificativas e, portanto, legais. Pois é isto o que a ré afirma: que o valor do seu Km rodado é inferior aos dos Km rodados na modalidade Uber X, além do que, sobre o preço deste incide uma tarifa de custo fixo não cobrada pela 99, o que importa afirmar ser ‘matematicamente impossível que uma corrida

responsável pelo caso determinou a realização de prova pericial contábil para apurar (i) se o conteúdo da campanha da 99 seria verdadeiro, atestando se seu preço seria mais barato que o do Uber; (ii) nessa medida, se a 99 teria causado danos ao seu concorrente. Para evitar que a perícia atinja os segredos e propriedades intelectuais das plataformas digitais, as partes poderiam, sem problema algum, ter celebrado convenção processual para impedir que a perícia chegue aos algoritmos que sustentam os aplicativos.

Osternack apresenta uma situação em que, igualmente, verifica-se a validade da limitação consensual das provas, sobretudo a pericial. No curso do processo em que litigam as partes, verifica-se a existência de uma controvérsia técnica acerca da velocidade de um dos automóveis no momento de uma colisão, a qual necessitaria ser objeto de prova pericial para se tornar verossimilhante. Contudo, “a prova técnica não poderá ser produzida. Essa foi a vontade das partes”. O juiz deverá resolver o caso de acordo com as regras de ônus da prova<sup>514</sup>.

---

Uber X seja mais barata do que uma corrida 99POP nas mesmas condições de trânsito (sem tarifa dinâmica) e considerando o mesmo trajeto’ (Item 12, fls. 128/129). E mais, no item 25, a ré afirma categoricamente que ‘as comparações apresentadas na campanha foram realizadas com base em critérios objetivos; os valores foram obtidos através de simulações das partes da mesma corrida no mesmo dia e horário, e solicitando veículos do mesmo segmento: 99Pop e UberX, a exemplo do comparativo abaixo, realizado em 09 de maio de 2018: Trajeto: Botafogo Praia Shopping -> Cidade das Artes Data e hora: 09/05/2018 - 11:02 Diferença de preço = 16,27%’ É o quanto basta para lançar dúvida sobre a ocorrência ou não da propaganda ‘enganosa’. O ponto nodal da demanda não está em saber se os preços divulgados pela 99POP são estimados ou fixos, mas em saber se esses são efetivamente mais baratos que os do Uber, como sugere a campanha. E não há outra maneira de responder a tal indagação, a não ser através da perícia.

<sup>514</sup> “Agora devem suportar as consequências de sua escolha. Diante do estado de dúvida acerca da controvérsia técnica, a decisão será tomada com base nas regras sobre ônus da prova, em que o juiz aferirá a quem incumbia a prova daquele fato relevante, que ao final não ficou comprovado. Julgará então a favor da parte contrária. Nesse exemplo fica evidente que a convenção das partes em matéria processual repercutiu diretamente no desfecho do processo. A não produção da prova – em virtude do negócio processual – implicou julgamento contrário a uma das partes, precisamente contra a parte que não pode produzir a prova necessária à comprovação das alegações. Eis a razão da exigência de que o direito admita autocomposição: a eventual repercussão que a convenção em matéria processual possa ter em relação à decisão de mérito”. AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, pp. 142-143



### 3.2. Quando as partes desejam realizar uma prova e o Juiz entende ser ela desnecessária.

Este item retrata situação diametralmente oposta àquela apresentada no item 3.1. *supra*. O que fazer quando as partes, em conjunto, desejam realizar prova que o magistrado entende ser desnecessária? Ainda que não haja resposta correta padrão para tal afirmativa, é importante que se tenha em mente que, no ambiente do processo cooperativo, a vontade das partes não poderá ser simplesmente ignorada pelo juiz, assim como o manifesto entendimento do magistrado.

É muito comum, no ambiente da prática forense, requerer a realização de uma prova e, em decorrência disso, receber uma resposta de um juiz, dando de ombros para sua pretensão, dizendo que a mesma seria desnecessária, uma vez que este já teria formado o seu livre convencimento: “já estou convencido” ou “vou dispensar a prova XPTO porque já estou satisfeito”<sup>515</sup>. Qualquer um que tenha o hábito de encostar a barriga nos balcões judiciários já passou por situação semelhante. Tais condutas devem ser evitadas, nos termos do princípio da cooperação processual.

Ora, é inimaginável que as partes convençam a produção de provas desnecessárias – se há o interesse conjunto de produzi-las, tal circunstância deve ser considerada pelo magistrado. Sempre haverá um interesse na produção da prova, ainda que seja para, única e exclusivamente, satisfazer o direito autônomo das partes à prova<sup>516</sup>.

Na arbitragem, a insistência das partes na produção de prova contra a vontade dos árbitros, os obrigaria a renunciar função momentaneamente exercida, em defesa do princípio da autonomia da vontade<sup>517</sup>. Como no Poder Judiciário não há essa opção ao julgador, entendemos que o juiz deverá dar cumprimento à convenção processual e determinar a realização da prova, excetuadas as hipóteses previstas no parágrafo 1º do

---

<sup>515</sup> “São comuns na prática forense frases que constroem as partes e que limitam a produção probatória, como 'já estou convencido' ou 'vou dispensar a prova 'x' porque já estou satisfeito'. Esse tipo de situação é uma limitação probatória por ato de vontade autoritária e descabida. Já a possibilidade de acordos probatórios é a concretização de um processo efetivamente participativo e democrático, em que são respeitadas a liberdade e a autonomia das partes”. GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In CABRAL, Antônio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Processuais. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 414.

<sup>516</sup> BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 2/2018 | p. 1323 - 1333 | Revista de Processo | vol. 269/2017 | p. 139 - 149 | Jul / 2017 | DTR\2017\1815.

<sup>517</sup> JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Flexibilidade do Procedimento Arbitral e Poderes Instrutórios dos Árbitros na Arbitragem Brasileira: Possibilidade de Restringir os Poderes Instrutórios dos Árbitros em Nome da Autonomia da Vontade. Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2011, Volume VIII Issue 31) pp. 29 – 58.

artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015. Ora, se é lícito às partes proibir uma perícia, também deve ser igualmente lícita a imposição de sua realização<sup>518</sup>.

Diante dos princípios do autorregramento da vontade e da cooperação processual, para viabilizar que a jurisdição atinja todos seus escopos, tendo em vista que as partes possuem um direito constitucional à prova, o juiz deve dar cumprimento ao acordo das partes sobre a realização de uma prova, mesmo entendendo que esta seria “desnecessária para seu livre convencimento”. Se o direito à prova é autônomo, ele também pode – e deve – ser exercido incidental ou subsidiariamente no processo. Não permitir que tal prova seja realizada apenas geraria um novo problema para as partes, o qual apenas seria resolvido com uma nova ação judicial.

### **3.3. Alteração do momento de produção e realização de provas.**

Se essa for a intenção conjunta, as partes podem decidir alterar o momento ordinário de produção das provas<sup>519</sup>: realizar a oitiva de uma testemunha logo após a apresentação da contestação, subverter a ordem prevista nos artigos 139, VI e 452 do Código de Processo Civil de 2015, ajustar que a perícia deve ocorrer apenas após a audiência de instrução etc. Na arbitragem, a ordem de produção das provas é livre às partes, seja no procedimento como um todo, seja durante a audiência<sup>520</sup>.

A inversão do momento de realização das provas tem demonstrado muita utilidade prática na arbitragem. Por exemplo, a realização da prova testemunhal anteriormente à prova técnica, por exemplo, possibilita um norte mais preciso aos *experts*, otimizando a qualidade da prova<sup>521</sup>.

---

<sup>518</sup> JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Flexibilidade do Procedimento Arbitral e Poderes Instrutórios dos Árbitros na Arbitragem Brasileira: Possibilidade de Restringir os Poderes Instrutórios dos Árbitros em Nome da Autonomia da Vontade. Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2011, Volume VIII Issue 31) pp. 29 – 58.

<sup>519</sup> AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p.143

<sup>520</sup> “As testemunhas podem ser ouvidas antes de ser tomado o depoimento pessoal das partes, ou mesmo antes dos peritos deporem. Também pode ser determinado que serão inquiridas primeiro as testemunhas do demandado, ou as determinadas de ofício pelo árbitro. Ou pode-se prever depoimentos alternados das testemunhas, uma do autor, outra do réu, novamente uma do autor, e outra do réu, e assim por diante. Ou determinar que serão ouvidas todas as testemunhas (de ambas as partes) sobre um determinado fato, e em seguida as testemunhas (de ambas as partes) sobre outro fato, e assim por diante. Idem no que se refere ao depoimento de peritos e assistentes técnicos. Outra possibilidade é permitir-se que o advogado que já fez perguntas para a sua testemunha volte a fazer novas perguntas após a testemunha ter respondido as perguntas do advogado da parte contrária, sem prejuízo de, encerrada essa segunda rodada de perguntas feitas pelo advogado que indicou a testemunha, seja dada nova oportunidade (em questionar a mesma testemunha) ao advogado da parte contrária.”. MONTORO, Marcos André Franco. Flexibilidade do procedimento arbitral. Tese de Doutorado orientada por Carlos Alberto. Carmona na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010., pp. 301-302.

<sup>521</sup> FARIA, Marcela Kohlbach. A produção de prova no procedimento arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 32/2012 | p. 207 - 226 | Jan - Mar / 2012.

Também por vontade das provas, as partes podem subverter a regra contida no artigo 465 do Código de Processo Civil de 2015, que determina as testemunhas serão inquiridas pelo juiz, separadas e uma após a outra (primeiro testemunhas do autor, depois as do réu, evitando-se que umas tenham contato com as outras), o que pode ser alterado, em qualquer espécie, pelo negócio processual. Tais atos estão igualmente respaldados nos princípios da cooperação processual, flexibilização procedimental, economia e celeridade processual, que estão ligados ao princípio da duração razoável do processo positivado no art. 4º, do CPC/2015.

A validade de tal convenção probatória já foi, inclusive, reconhecida por doutrinadores de escol, como Paulo Osternack Amaral, Eduardo Cambi, Marcela Kolhback de Faria, Aline Regina das Neves, Marcos André Franco Montoro<sup>522</sup>.

### **3.4. Flexibilização consensual da perícia<sup>523</sup>.**

Algumas inovações constantes do Código de Processo Civil de 2015, como a escolha consensual do perito, a possibilidade da substituição da perícia pela *expert witness*, nos fazem concluir que há um movimento legislativo no sentido de flexibilizar os procedimentos da prova pericial no ordenamento jurídico brasileiro<sup>524</sup>.

A vontade das partes, nesse sentido, pode fazer com que a perícia vá muito além da prova técnica com a qual nosso sistema está habituado, em que (i) o juiz determina a

---

<sup>522</sup> [as partes podem] “estabelecer quais as provas serão produzidas e dispor sobre o momento da produção, desde que plenamente capazes e a causa puder ser resolvida por autocomposição (art. 471 do NCPC)”. CAMBI, Eduardo; e NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no Novo Código de Processo Civil. Revista de Direito Privado | vol. 64/2015 | p. 219 - 259 | Out - Dez / 2015 | DTR\2016\130.

<sup>523</sup> “O negócio processual encontra campo fértil na esfera probatória. Admite-se que as partes convençionem não apenas acerca dos meios de prova que serão admissíveis em seu caso, mas também sobre a repartição dos ônus. Disso decorre a possibilidade de que o negócio disponha, por exemplo, que: (vii) ampliação de prazo para os assistentes técnicos se manifestarem sobre o laudo pericial; (viii) as partes poderão formular apenas um pedido de esclarecimento em relação ao laudo pericial; (ix) vedação à participação de assistentes técnicos no processo”. AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p.143; e “consiste na modalidade de prova em que pessoa especializada é instada à colheita de elementos instrutórios cuja percepção dependa de conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos”. TUCCI, Rogério Lauria. Perícia e Perito Criminal. Revista dos Tribunais • RT 601/284 • nov./1985. Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 3 | p. 1255 - 1263 | Jun / 2012.

<sup>524</sup> Para mais detalhes: BODART, Bruno Vinícius da Rós. Ensaio sobre a prova pericial no código de processo civil de 2015. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 4/2018 | Revista de Processo | vol. 244/2015 | p. 33 - 57 | Jun / 2015 | DTR\2015\9710; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Prova pericial no CPC/2015. Revista de Processo | vol. 267/2017 | p. 211 - 223 | Maio / 2017 | DTR\2017\1034; e AVELINO, Murilo Teixeira. O Juiz e a prova pericial no Novo Código de Processo Civil. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 4/2018 | Revista de Processo | vol. 242/2015 | p. 69 - 89 | Abr / 2015 | DTR\2015\3695. Mais: “as Partes podem até determinar que a perícia vai correr de tal ou qual maneira”. CARMONA, Carlos Alberto. Palestra sobre negócios jurídicos processuais na arbitragem, organizada pela CBar e pelo Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, ocorrida no dia 2 de julho de 2016. Degravação disponível em <http://www.ciesp.com.br/wp-content/uploads/2017/06/eletronicanegocios-juridicos-processuais-na-arbitragem.pdf>. Acesso em 25 de dezembro de 2018, às 07h19min.

realização da perícia; (ii) nomeia profissional de sua confiança<sup>525</sup>; (iii) as partes apresentam seus quesitos e assistentes técnicos (ou impugnam o perito); (iv) o perito realiza a prova pericial e entrega seu laudo; (v) as partes apresentam seus esclarecimentos e quesitos complementares; (vi) o perito responde as dúvidas das partes e finaliza seus trabalhos; e (vii) o juiz recebe o resultado da perícia, valora as informações e forma sua convicção de forma livre.

Nos itens abaixo apresentaremos hipóteses para a flexibilização da perícia, que podem ser conduzidas ao processo pelo acordo das partes.

#### **3.4.1. Substituição da perícia por laudo das partes.**

A vontade das partes pode estabelecer por meio de convenção probatória que a verificação e a constatação de certos fatos será por um perito escolhido livremente pelas partes, ocorrendo tal prova dentro ou fora do processo, estabelecendo, por fim, que essa escolha vinculará a cognição do juiz<sup>526</sup>.

Ao efetuar tal opção, as partes assumem os riscos que podem vir a ser causados no momento da valoração da prova. A confiança do juiz no profissional técnico pode ser um item importante para a formação da convicção pelo magistrado.

Caso não se entenda que tal convenção possua a natureza (e eficácia) de prova pericial propriamente dita, a manifestação do perito não será inválida, valerá como um meio de prova atípico ou como um assistente técnico extrajudicial, impedindo, contudo, que o juiz venha a realizar nova perícia<sup>527</sup>.

A substituição da prova pericial por laudo das partes será válida apenas na hipótese em que não forem violadas, cerceadas ou transigidas as garantias processuais constitucionais: o contraditório e a ampla defesa devem ser assegurados, mesmo na produção da prova em ambiente extraprocessual<sup>528</sup>.

---

<sup>525</sup> ALMEIDA, Diogo de Assumpção Rezende. A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 77: “o juiz a deixar de exercer o controle adequado sobre o resultado da perícia e de investigar se a aparente capacitação técnica do perito de fato existe. A conclusão do laudo é transposta para a fundamentação da sentença sem maiores reflexões.” ALMEIDA, Diogo de Assumpção Rezende. A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 77.

<sup>526</sup> “Os convenientes estabelecem que a verificação ou constatação de certos fatos será feita extraprocessualmente por um perito escolhidos pelas partes, cujo parecer vinculará a cognição do juiz sobre aquela questão fática em um futuro processo. Se não ficar claro que se trata dessa específica convenção, a manifestação do perito não é inválida, mas sua eficácia será diversa: valerá como um meio de prova atípico ou como um assistente técnico extrajudicial”. CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 336.

<sup>527</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 336.

<sup>528</sup> “Em um contrato de construção, por sua vez, pode convir às partes fixar as normas de um procedimento voltado à realização de uma perícia extrajudicial, no qual disponham também sobre a sua futura utilização

### 3.4.2. Dispensa consensual de assistentes técnicos<sup>529</sup>.

Em prol da celeridade processual e da economia financeiro na produção da prova técnica, em conjunto, as partes podem dispensar a participação de assistentes técnicos<sup>530</sup>. A indicação de assistente técnico está prevista no artigo 465, § 1º, II, do Código de Processo Civil de 2015. Isso encontra guarida na cláusula geral de negociação processual, contida no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015.

Tendo em vista que a indicação de assistente técnico é uma *faculdade* das partes e nada impede que – consensualmente – todas as partes escolham não exercê-la. As partes podem dispensar tal faculdade antes ou durante o processo, optando pela impossibilidade de influenciar a técnica do perito na perícia. A convenção somente poderá ser revogada consensualmente, limitando-se temporalmente, até o momento em que o juiz proferir a decisão de que determinar a produção da prova.

### 3.4.3. Escolha procedimental do *hot-tubbing* pericial.

Por meio da presente proposta, sugere-se que as partes optem por fazer um verdadeiro duelo de peritos e assistentes técnicos durante a audiência<sup>531</sup>. Na tradução literal do português para o inglês (segundo o Google Tradutor), *hot-tub* significa banheira de hidromassagem. Essa imagem já indica o que seria o tal instuto: todas pessoas juntas, em um só lugar (ou recipiente), unidas e interagindo com um único fim, dirimir as dúvidas e controvérsias fáticas da lide.

O *hot-tubbing* pericial se desenvolve tal qual uma acareação entre os sujeitos técnicos do processo, em um mesmo recinto, em uma mesma oitiva, para que todos possam,

---

em caso de processo judicial e estabeleçam sanções em caso de desatendimento aos preceitos entabulados”. PANTOJA, Fernanda Medina. Convenções pré-processuais para a concepção de procedimentos preliminares extrajudiciais. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157.

<sup>529</sup> “Nada impede, v.g., em nossa opinião, que o autor e réu se comprometam validamente a não indicar assistentes técnicos, deixando ao exclusivo encargo do perito a realização da diligência”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. Revista de Processo | vol. 33/1984 | p. 182 - 191 | Jan - Mar / 1984 Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 3 | p. 151 - 163 | Out / 2011 | DTR\1984\9.

<sup>530</sup> “Como essa indicação é uma faculdade de cada uma das partes, nada impede que, de comum acordo, ambas resolvam não exercê-la. A convenção produzirá efeito a partir da prática do ato processual em que for comunicada no processo e somente poderá ser revogada consensualmente até a decisão do juiz que determinar a produção da prova pericial. Posteriormente, parece-me que não deveria ser admitida essa revogação, por violar a preclusão”. GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual. p. 7. Rio de Janeiro, out.-dez. 2007.

<sup>531</sup> “Em suma, o que se pretende aqui é defender a utilização deste mé todo no ordenamento jurídico português, na arbitragem e nos tribunais judiciais. O objectivo é ter um “duelo de peritos” com o louvável intuito de descobrir a verdade material. Fica a proposta, para que siga o debate”. JÚDICE, José Miguel; e SOUSA, Iñaki Paiva de. As regras processuais do Hot-Tubbing. Disponível em [http://www.plmj.com/xms/files/Artigos\\_Opiniao/2015/As\\_regras\\_processuais\\_do\\_Hot\\_Tubbing\\_parte2.pdf](http://www.plmj.com/xms/files/Artigos_Opiniao/2015/As_regras_processuais_do_Hot_Tubbing_parte2.pdf), acesso em 26 de dezembro de 2018.

em conjunto, esclarecer as dúvidas as partes e dos julgadores, favorecendo a economia processual, o princípio da cooperação e o escopo da duração razoável do processo<sup>532</sup>. Nessa situação, os assistentes técnicos das partes têm mais aptidão para demonstrar eventual *gap* na oitiva do perito e, assim, melhorar a eficiência de seus trabalhos<sup>533</sup>.

Sobre a aplicação do *hot-tubbing* pericial nos tribunais judiciais, José Miguel Júdice e Iñaki Paiva de Souza já se manifestaram a respeito, em referência ao ordenamento processual português, abrindo a possibilidade para sua aplicação na possibilidade de haver acordo entre partes nesse sentido, ou seja, uma convenção processual probatória:

“No que diz respeito à sua aplicação nos Tribunais Judiciais, a questão torna-se mais sensível, se não houver acordo das partes. Se considerarmos que o método de hot-tubbing pode ser entendido que funciona como uma espécie de acareação ou contradita, dependendo da modalidade, a sua aplicação prender-se-ia somente com as testemunhas, tendo em conta que só está prevista nos artigos 521.º a 524.º do novo Código de Processo Civil<sup>534</sup>.

Na arbitragem, a possibilidade da utilização do *hot-tubbing* pericial<sup>535</sup> encontra guarida na Lei Modelo da Uncitral<sup>536</sup>, que é um instrumento de *softlaw*, onde são indicadas

---

<sup>532</sup> Carmona, em palestra, sobre as vantagens do *hot-tubbing pericial*: “Ao invés de ouvir um perito e depois ouvir os assistentes das partes, não parece mais confortável ao julgador que ouça todos os técnicos ao mesmo tempo? Dito de outro modo, não seria interessante fazer uma seção de mergulho na questão pericial, trazendo todos os interessados?” (...) “Carlos Alberto Carmona, por sua vez, destacou o seguinte problema de se trazer para o contexto de civil law o sistema adversarial, com a nomeação de peritos indicados pelas partes: não havendo um perito neutro para filtrar as informações, é preciso que os árbitros estejam muito preparados, o que muitas vezes não acontece. A forma de minimizar a desconfiança do Tribunal com relação ao seu perito é justamente o hot tubbing. CARMONA, Carlos Alberto. Palestra sobre negócios jurídicos processuais na arbitragem, organizada pela CBar e pelo Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, ocorrida no dia 2 de julho de 2016. Degravação disponível em <http://www.ciesp.com.br/wp-content/uploads/2017/06/eletronicanegocios-juridicos-processuais-na-arbitragem.pdf>. Acesso em 25 de dezembro de 2018, às 07h19min.

<sup>533</sup> FARIA, Marcela Kohlbach de. '2º Hard Talk – Os Operadores da Arbitragem na Berlinda: um Debate Franco e Aberto sobre Arbitragem', in João Bosco Lee and Daniel de Andrade Levy (eds), Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB; Kluwer Law International 2017, Volume XIV Issue 55) pp. 176 – 182.

<sup>534</sup> JÚDICE, José Miguel; e SOUSA, Iñaki Paiva de. As regras processuais do Hot-Tubbing. Disponível em [http://www.plmj.com/xms/files/Artigos\\_Opiniao/2015/As\\_regras\\_processuais\\_do\\_Hot\\_Tubbing\\_parte2.pdf](http://www.plmj.com/xms/files/Artigos_Opiniao/2015/As_regras_processuais_do_Hot_Tubbing_parte2.pdf), acesso em 26 de dezembro de 2018.

<sup>535</sup> FARIA, Marcela Kohlbach de. '2º Hard Talk – Os Operadores da Arbitragem na Berlinda: um Debate Franco e Aberto sobre Arbitragem', in João Bosco Lee and Daniel de Andrade Levy (eds), Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB; Kluwer Law International 2017, Volume XIV Issue 55) pp. 176 – 182.

<sup>536</sup> “A possibilidade de se aplicar o método hot-tubbing nas arbitragens não é impedida pela generalidade das leis de arbitragem nacionais que seguem, com algumas diferenças de estilo, o princípio estabelecido no art. 19.º da Lei Modelo segundo o qual, não havendo acordo das partes, o tribunal arbitral – respeitando os limites e princípios da Lei de Arbitragem aplicável – pode conduzir a arbitragem livremente.” (...) “Facilmente podemos por isso ver que o Juiz tem liberdade (ou até um dever vinculado) de utilizar o método de hot-tubbing se ele considerar, como nós consideramos, que este método é a melhor forma de dar eficácia às perícias sem necessidade, por exemplo, de se fazer uma segunda perícia que em regra é apenas uma manobra

*guidelines* para melhores práticas da arbitragem internacional, o que reforça ainda mais a seriedade do instituto.

Evidente, pois, a licitude da convenção probatória que escolhe o *hot-tubbing* pericial como procedimento processual.

#### **3.4.4. Admissão da possibilidade de *third party funding* da prova pericial<sup>537</sup>.**

Ainda que possa parecer um pouco repetitivo, trazemos para a discussão acadêmica mais uma figura da prática da arbitragem: o *third party funding* de prova pericial<sup>538</sup>. Trata-se praxe por meio da qual o custeio das despesas do processo é realizado por um terceiro estranho à relação de direito estabelecida entre as partes<sup>539</sup>, cuja utilização cresceu significativamente no período de crise econômica aguda vivida no Brasil<sup>540</sup>.

O *third party litigation funding* pode ser definido como o investimento feito “por um terceiro em um ou mais litígios com os quais ele não possui qualquer outra ligação, por meio da qual parcela (ou a totalidade) dos custos da demanda (e, conseqüentemente, dos

---

dilatória como qualquer outra.” JÚDICE, José Miguel; e SOUSA, Iñaki Paiva de. As regras processuais do Hot-Tubbing. Disponível em [http://www.plmj.com/xms/files/Artigos\\_Opiniao/2015/As\\_regras\\_processuais\\_do\\_Hot\\_Tubbing\\_parte2.pdf](http://www.plmj.com/xms/files/Artigos_Opiniao/2015/As_regras_processuais_do_Hot_Tubbing_parte2.pdf), acesso em 26 de dezembro de 2018.

<sup>537</sup> MORPURGO, Marco de. A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 343. Nova York: Benjamin N. Cardozo School of Law, 2011, p. 343. Disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2167802](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2167802), acesso em 22 de dezembro 2018, às 23h17min.

<sup>538</sup> “‘Third party funding’ is an umbrella term which encompasses a variety of situations. Originating in Australia, subsequently judicially blessed in England & Wales and widely used in Continental Europe, third party funding potentially encompasses every situation in which, under a contractual arrangement between client and funder, the ultimate pay-out to the funder is linked to the proceeds recovered by the client in litigation or arbitration”. STONE, William; ‘Third Party Funding in International Arbitration: A Case for Mandatory Disclosure?’, *Asian Dispute Review*, (© Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC); Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) 2015, Volume 2015 Issue 2) pp. 62 – 70.

<sup>539</sup> “Nos últimos anos, abriu-se um mercado de financiamento de arbitragens por terceiros (ou third-party funding, em inglês). O financiamento por terceiros ocorre quando uma parte opta por buscar financiamento para sua arbitragem (que inclui, em geral, capital para garantir as despesas desta parte na arbitragem). Em troca, o financiador (uma instituição financeira, seguradora ou um dos fundos especializados em financiamento de litígios) assume os direitos creditórios da parte financiada sobre parte ou a totalidade do montante obtido na arbitragem. É importante frisar que qualquer forma de financiamento cujo objeto seja a capitalização voltada para o pagamento de custos e despesas da arbitragem pode ser considerada como financiamento por terceiros. Em outras palavras, ainda que um particular instrumento não seja necessariamente rotulado como third-party funding, pode-se considerar como financiamento por terceiros caso seu objeto seja o levantamento de fundos para bancar um procedimento arbitral.” CUOZZO, Mariana Aguiéiras. ‘Cost Control in Arbitration – Third Party Funding and Expedite Procedure’, in João Bosco Lee and Daniel de Andrade Levy (eds), *Revista Brasileira de Arbitragem*, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International 2017, Volume XIV Issue 54) pp. 192 – 198.

<sup>540</sup> “No Brasil, vem ganhando a atenção de profissionais, doutrinadores e instituições por diversos motivos, dentre os mais importantes: a) a valorização da arbitragem pelo Novo CPC e pelas alterações na Lei 9.307/1996, os quais criaram mecanismos que facilitam o uso do instituto; e b) a instabilidade econômica que compromete financeiramente pessoas físicas e jurídicas e dificultam o custeio das demandas judiciais. Aliás, a recessão global foi a principal alavanca para o financiamento de arbitragens no âmbito internacional. E tal suporte oferecido por um terceiro alheio aos autos vem sendo bem acolhido, considerando que arbitragens têm custo elevado”. GADOTTI, Thais Cristina. Vantagens e desvantagens do financiamento da arbitragem por terceiros. *Revista dos Tribunais* | vol. 981/2017 | p. 39 - 54 | Jul / 2017 | DTR\2017\1873.

riscos) são repassados ao financiador, cuja remuneração está vinculada ao sucesso da demanda<sup>541</sup>.” O *third party funding* se materializará quando for dado qualquer auxílio financeiro para um litigante, condicionando o retorno financeiro ao resultado futuro da demanda – sendo esse um de seus requisitos<sup>542</sup>.

O financiamento do litígio por terceiros é uma das principais novidades ocorridas no mundo da resolução de disputas nos últimos anos<sup>543</sup>. Sua utilidade, para fins dos escopos sociais da jurisdição, é colocar em pé de igualdade os litigantes que vivenciariam uma situação de desequilíbrio processual, de corrente da capacidade contributiva e organização financeira de cada um<sup>544</sup>.

No âmbito da arbitragem, vários autores destacam a possibilidade e o cabimento do financiamento – via *third party funding* – dos custos referentes às provas técnicas<sup>545</sup>,

---

<sup>541</sup> ENGHOLM CARDOSO, Marcel Carvalho. Financiamento de litígios por terceiros (Third-Party Litigation Funding) em processos cíveis (judiciais e arbitrais). Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

<sup>542</sup> “Extraí-se daí a primeira característica que o diferencia de figuras afins: a vinculação ao resultado de um processo. Por esse motivo, o financiamento de litígios se assemelha mais a um investimento – cujo retorno depende do sucesso da ação – do que a um simples empréstimo”. CASADO FILHO, Napoleão. Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: o novo paradigma do “third party funding”. Tese de Doutorado, PUC-SP, 2014.

<sup>543</sup> MORPURGO, Marco de. A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 343. Nova York: Benjamin N. Cardozo School of Law, 2011, p. 343. Disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2167802](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2167802), acesso em 22 de dezembro 2018, às 23h17min.

<sup>544</sup> “Pode-se afirmar que o TPF fomenta a igualdade entre os litigantes. Normalmente, uma das partes possui menor poder aquisitivo se comparada com grandes corporações, ou, em caso de arbitragens de investimento, países desenvolvidos. Consequentemente, a parte desfavorecida terá o seu poder de negociação limitado e restringidas suas oportunidades de êxito. Contudo, caso um financiador ofereça-lhe suporte, o litigante ficará no mesmo patamar daquele com vantagem financeira, remediando o desequilíbrio entre as partes<sup>544</sup> s fundos costumam cobrar de 20% a 40% (dependendo do risco da ação) do valor da sentença. Contudo, 25% já é considerado como um bom retorno financeiro”. GADOTTI, Thais Cristina. Vantagens e desvantagens do financiamento da arbitragem por terceiros. *Revista dos Tribunais* | vol. 981/2017 | p. 39 - 54 | Jul / 2017 | DTR\2017\1873.

<sup>545</sup> “é de ser tomado o termo em sua magnitude e entendidas as custas e as despesas como todos os dispêndios envolvidos na realização da arbitragem, tais como as taxas da instituição arbitral, os honorários e gastos dos árbitros, os honorários e gastos dos assistentes ou representantes das partes, os custos com perícia e pareceres técnicos e todas as demais despesas relacionadas ao processo arbitral. Portanto, custas e despesas com a arbitragem devem ser consideradas lato sensu e com objetivos comuns, isto é, a totalidade dos recursos aportados para suprir os gastos com o processo arbitral”. MARTINS, Pedro Batista. Apontamentos sobre a lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp. 291- 292; “outro dos custos assinaláveis nos litígios é justamente o dos honorários com advogados e outros intervenientes, como técnicos, peritos, pareceres e certos meios de prova. Tais custos, quando não sejam ou não possam ser mitigados ao abrigo de acordos particulares de pagamento de honorários (como, por exemplo, os *fess de sucesso*, quando admissíveis) têm um impacto imediato no início do processo”. (...) “A empresa de financiamento procede ao adiantamento de fundos para despesas (aí se incluindo todas as despesas, pagamentos de honorários de peritos e advogados e adiantamentos para preparos das custas processuais) sem garantia de reembolso pelo cliente (parte no processo).” HENRIQUES, Duarte Gorjão. *Third party funding* ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal. *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 51/2016 | p. 295 - 336 | Out - Dez / 2016 | DTR\2016\24739; “E estes custos não se limitam somente aos custos ordinários de uma arbitragem, como as taxas de registro e administração dos procedimentos arbitrais; os honorários dos árbitros, dos advogados, e, eventualmente, de assistentes técnicos e peritos nomeados pelo Tribunal. Dependendo das características do procedimento, ainda



motivo pelo qual não vemos conflito na utilização de tal instituto no processo civil ordinário<sup>546</sup>. Principalmente se sua utilização decorrer de convenção processual de natureza probatória.

O único empecilho para o uso judicial de tal modalidade é a localização de investidores que, por conta da morosidade do processo litigioso estatal, tem preferido investir no financiamento de arbitragens e mediações, uma vez que isso garantiria um retorno financeiro mais rápido.

### **3.4.5. Escolha pela utilização de prova estatística.**

Dentro do contexto de flexibilização da prova pericial, é importante que se diga que a prova por amostragem – prova estatística<sup>547</sup> pode ser considerada como prova de aspectos técnicos peculiares. Pois bem, nem sempre a reconstrução dos fatos é passível de ser concretizada na fase instrutória, de modo a permitir a cravar parâmetros objetivos, as circunstâncias que ensejaram o conflito.

Surge então a figura da prova estatística, consistente num mecanismo de pesquisa que emprega técnicas que permitem aferir a ocorrência de determinada situação em termos percentuais. “Os resultados, portanto, são obtidos a partir de um exame de probabilidade. Em geral, a prova estatística tem por objetivo investigar a relação entre um determinado fenômeno e as suas possíveis causas”<sup>548</sup>.

Referida prova pode ser escolhida em detrimento da disputa material do caso. Imagine-se um conflito societário no contexto de um *shopping center*, ocorrido entre o sócio controlador e o sócio minoritário, em que o minoritário alega má administração por parte da empresa que faz a gestão do *shopping*, pertencente ao grupo econômico do controlador. Para sustentar sua tese, o minoritário alega que os usuários do *shopping* teriam

---

existe uma gama de custos indiretos da arbitragem – principalmente os custos relacionados à realização da audiência – que certamente contribuem para os altos custos do procedimento arbitral. Nos casos das arbitragens internacionais, onde boa parte destes custos é indexada ao dólar americano, os custos ficam ainda mais proibitivos.”. TEIXEIRA, Bruno Barreto de Azevedo. O Financiamento da Arbitragem por Terceiros e o Dever de Revelação. Disponível em <http://www.cbar.org.br/blog/artigos/o-financiamento-da-arbitragem-por-terceiros-e-o-dever-de-revelacao>, acesso em 22 de dezembro de 2018, às 23h13min.

<sup>546</sup> “Embora também exista o financiamento de litígios judiciais por terceiros, investidores têm preferência por procedimentos arbitrais em razão da celeridade e por ser governado por lei contratual. Além disso, os sistemas judiciais de cada país variam demasiadamente, o que pode afastar alguns investidores com receio de, por exemplo, fraude no sistema judiciário, ou, no caso dos Estados Unidos, surpresas resultantes do praticamente ilimitado descobrimento de provas”. GADOTTI, Thais Cristina. Vantagens e desvantagens do financiamento da arbitragem por terceiros. Revista dos Tribunais | vol. 981/2017 | p. 39 - 54 | Jul / 2017 | DTR\2017\1873.

<sup>547</sup> AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 90.

<sup>548</sup> AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 90.

uma percepção de serviço ruim, que teria sido causa pelas recém atitudes imprimidas pela administradora. Nesse contexto, as partes podem encomendar um levantamento estatístico – qualitativo e quantitativo – para apurar qual é a percepção e qual é o posicionamento de mercado do *shopping*, especialmente no que tange aos atos que demonstrariam a má administração.

No exemplo mencionado anteriormente, em que Uber e 99 litigam sobre a possibilidade da realização de uma campanha publicitária comparativa de preços no mercado de transportes por aplicativo, os atores parciais desse processo poderiam ter acordado a realização de levantamento estatístico para apurar se as informações constantes das peças publicitárias da 99 seriam verdadeiras – ou seja, para apurar se, de fato, a 99 teria exercido o menor preço tarifário aos usuários, durante o período compreendido pela campanha de publicidade. No caso em tela, individualmente, a 99 encomendou pesquisa ao Instituto DataFolha e o anexou aos autos, como meio de prova para convencimento do magistrado.

#### **3.4.6. Demais formas de flexibilização da perícia.**

Como a criatividade humana é infinita, apresenta-se algumas outras sugestões para a flexibilização da prova pericial pelas partes.

Um exemplo simples de convenção processual sobre a prova técnica é a opção das partes pela não apresentação de consolidação escrita do perito, mas a decisão de que tudo seja exposto em audiência, com a utilização de recurso audiovisual, permitindo-se o exercício do contraditório e a resolução imediata de eventuais dúvidas pelo juiz<sup>549</sup>. Muita embora tal convenção esbarre nas dificuldades decorrentes da precária estrutura física e sistêmica do Judiciário, trata-se de sugestão interessante, que pode atingir não só a advocacia do Olimpo, das grandes bancas e dos grandes litígios, mas o litígio dos confins do interior do Brasil.

A segunda opção que se apresenta é uma espécie de implementação à brasileira, da *consulenza tecnica*<sup>550</sup>, circunstância em que um *expert* é convocado para a participação

---

<sup>549</sup> “se acordar que o perito e os assistentes técnicos apresentarão seus laudos oralmente ao juízo e às partes, com auxílio de tecnologia audiovisual em sala de audiência, permitindo-se o exercício do contraditório e a resolução imediata de eventuais dúvidas pelo magistrado, não só se diminuiria o tempo de tramitação do processo como também o risco de a perícia ser ineficaz por não ter se manifestado sobre pontos que o julgador considera cruciais para decidir”. FELÍCIO, Vinícius Mattos; e MAGALHÃES, Guilherme Vinicius. Os negócios processuais, suas vantagens econômicas e a redução de custo do processo. Crise Econômica e Soluções Jurídicas | num. 37/2015 | Dez / 2015 | DTR\2015\16497.

<sup>550</sup> “Consulenza técnica: Na Itália, o juiz pode requerer o auxílio de um ou mais consultores técnicos que detenham competência técnica para atos isolados ou para todo o processo. Admite-se também que as partes requeiram a atuação de um consultor”. AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e

de apenas um – ou de poucos – atos processuais. As partes podem optar pela aplicação desse instituto. Seja como perito, seja como *expert witness*, por exemplo.

Em uma causa complexa e sensível, as partes podem determinar que a prova pericial seja produzida em atenção ao *protocolo sach*s<sup>551</sup>, regra de *soft law* comumente utilizada em arbitragem, que cria um mecanismo para indicação e nomeação dos peritos: separadamente, cada parte indica uma lista de nomes de especialistas, sendo que o tribunal arbitral [em nosso caso, o juiz] seleciona um nome de cada lista, constituindo, assim, uma dupla de peritos indicada tanto pelas partes quanto pelo magistrado<sup>552</sup>. A escolha de tal procedimento pode decorrer, previamente, da vontade das partes.

Na experiência internacional, seria interessante em se imaginar o acordo para a aplicação do *Daubert Criteria* (Padrão Daubert)<sup>553</sup>, segundo o qual estabelecem-se cinco

---

instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p. 123.

<sup>551</sup> “At the 2010 ICCA Conference in Rio de Janeiro, Klaus Sachs proposed a solution to the problem of perceived bias in party-appointed expert evidence in an article entitled “Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence”. Dr. Sachs' proposal is for each side to identify a number of possible experts it would be prepared to rely on, with the tribunal ultimately selecting one expert from each side's list. The two tribunal-appointed experts would have full duties of independence and be paid by the tribunal out of the common arbitration fund. Their terms of reference would be framed by the tribunal and they would be required to work as a team and produce a single report. The report would be provided to the parties as a preliminary draft, on which the parties will have the opportunity to comment. The experts would testify together at the hearing and be questioned by both parties. Crucially, each expert would not be permitted to communicate separately with the parties, but could seek input and assistance from both parties”. ROSEN, Howard. 'How Useful Are Party-Appointed Experts in International Arbitration?', in Albert Jan van den Berg (ed), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series, Volume 18 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015) pp. 379 – 430; e “O Prof. Klaus Sachs sugere que os peritos, nesse caso, tenham mandato para decidir a matéria a eles submetida, o que deveria constar do termo de arbitragem. Dentre as vantagens desse método, cabe destacar o fato da nomeação ser feita pelo tribunal, ainda que a partir de listas apresentadas pelas partes, com remuneração feita pela instituição de arbitragem, a partir do fundo comum das partes para aquele determinado procedimento. Todas as partes e o próprio tribunal poderiam dar instruções aos peritos, de forma aberta, sem que fosse possível omitir fatos relevantes, permitindo, assim, a elaboração de um laudo direcionado às necessidades do tribunal arbitral, e não de acordo com o interesse das partes, que, pelo método direto de nomeação, passam suas instruções ao expert sem qualquer participação dos árbitros” FARIA, Marcela Kohlbach de. '2º Hard Talk – Os Operadores da Arbitragem na Berlinda: um Debate Franco e Aberto sobre Arbitragem', in João Bosco Lee and Daniel de Andrade Levy (eds), *Revista Brasileira de Arbitragem*, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International 2017, Volume XIV Issue 55) pp. 176 - 182

<sup>552</sup> “Claudio Dall'Aqua comentou ainda sobre a utilização do Protocolo Sachs, que consiste na indicação de uma lista de nomes de especialistas por cada parte, sendo que o tribunal arbitral seleciona um nome de cada lista, constituindo, assim, uma dupla de peritos indicada tanto pelas partes quanto pelo tribunal arbitral. Em sua visão, a utilização do Protocolo Sachs pode trazer dificuldades do ponto de vista do advogado, pois o perito indicado pela parte acaba não trazendo as respostas que o advogado gostaria, diante da segregação imposta ao sistema do Protocolo Sachs. Assim, o referido protocolo somente é recomendado em arbitragens muito refinadas e com operadores preparados”. FARIA, Marcela Kohlbach de. '2º Hard Talk – Os Operadores da Arbitragem na Berlinda: um Debate Franco e Aberto sobre Arbitragem', in João Bosco Lee and Daniel de Andrade Levy (eds), *Revista Brasileira de Arbitragem*, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International 2017, Volume XIV Issue 55) pp. 176 - 182

<sup>553</sup> O Critério Daubert foi inspirado nas Federal Rules of Evidence, Rule 702. Testimony by Experts. Disponível em [www.uscourts.gov/uscourts/rulesandpolicies/rules/2010%20rules/evidence.pdf](http://www.uscourts.gov/uscourts/rulesandpolicies/rules/2010%20rules/evidence.pdf), acesso em 26 de dezembro de 2018, às 17h38min: The expert's scientific, technical or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue; The testimony is based on

critérios na produção da prova técnica, de modo a obter o maior grau de certeza possível na apuração dos fatos de uma demanda: (i) teste empírico, a técnica desejável deve seguir os melhores padrões científicos vigentes; (ii) a técnica da prova deve ter sido objeto de publicação científica; (iii) a margem de erro da metodologia a ser aplicada deve ser conhecida; (iv) a tecnologia utilizada deve ser padronizada e controlável; e (v) a metodologia deve ser aceita pela comunidade científica.

Gabriel Herscovici e Carlos Alberto Salles asseveram que é lícito afirmar que o computador pode auxiliar o perito e os julgadores de forma singular<sup>554</sup>. Todavia, com as tecnologias e ferramentas hoje conhecidas, as partes não poderão acordar pela substituição integral do perito por um programa de *software*, de modo a monopolizar todas as funções dos especialistas. A tecnologia pode prover informações e trabalhar dados, mas a interpretação dos mesmos deve ser humana. É possível que a inteligência artificial avance e se desenvolva em um futuro próximo, de modo a tornar obsoleta a assertiva contida no presente parágrafo.

### 3.5. Opção pelos *dispute boards*<sup>555</sup>: um negócio jurídico processual probatório?

---

sufficient facts or data; The testimony is the product of reliable principles and methods; and, The expert has reliably applied the principles and methods of the facts of the case; e “A non-exhaustive list of the Daubert Criteria requires the consideration for the following: Has the technique/theory been tested, or can it be tested; – Has the technique/theory been subject to peer review and publication; What is the potential rate of error; Whether there exist standards controlling its operation; and, Has the technique/ theory attracted widespread acceptance within the relevant scientific community?”. ROSEN, Howard. 'How Useful Are Party-Appointed Experts in International Arbitration?', in Albert Jan van den Berg (ed), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series, Volume 18 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015) pp. 379 – 430.

<sup>554</sup> “É lícito afirmar que o computador consegue auxiliar os árbitros de forma similar aos peritos ou *expert witnesses*. Tais especialistas, vale lembrar, são utilizados para ajudar a obter informações (função *percipiendi* do perito), compreender informações obtidas (função *deduciendi* do perito) ou simplesmente comentar e/ou fornecer informações técnicas para que os julgadores estejam melhor munidos para digerir informações técnicas obtidas e atingir uma conclusão própria (como sói acontecer com os *expert witnesses*). (...) “Saliente-se, por derradeiro, que o computador flutuará entre um meio ou fonte de prova dependendo de que função está cumprindo. Se colhendo dados, será uma fonte de prova, se os sistematizando para explicação, será meio de prova” (...) “Mesmo fora do âmbito jurídico constatam-se computadores digerindo informações para os seres humanos todo dia. Seja na previsão do tempo, na análise do trânsito, ou até em simulações estruturais dos edifícios (para citar apenas alguns exemplos), o computador já desenvolve um papel fundamental, sendo que nenhuma barreira tecnológica existe para obstar que os computadores sejam usados para também ajudar com casos submetidos ao juízo estatal ou arbitral”. JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. *Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais*. 2014. 325p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. <sup>554</sup> “Imagine-se, para usar do mais mezinho exemplo, um caso de responsabilidade civil decorrente de um acidente de veículos. Não é difícil supor a possibilidade de um programa de computador, a partir de uma simples foto, reconstruir inteiramente o ocorrido, identificando a exata trajetória e velocidade dos veículos, podendo inclusive produzir uma animação dos fatos investigados, de forma a dar noção exata quanto à causa do evento.”. SALLES, Carlos Alberto de. *Transição paradigmática na prova processual civil*. In: *Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2007.

<sup>555</sup> Segundo Arnoldo Wald, “os *disputes boards* (DB) são os painéis, comitês, ou conselhos para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até o fim.”. Os membros do *dispute board* podem, a depender do caso concreto e dos poderes que

Os meios adequados para solução de conflitos têm sido cada vez mais valorizados. Com a Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96), passou-se a conceder maior importância à vontade das partes quanto à escolha do método para a solução dos litígios contratuais envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, de modo que o Poder Judiciário deixou de ser a única alternativa para tanto, o que, em certa medida, fez com que houvesse um incentivo ao desenvolvimento de outros institutos e modalidades.

Neste contexto, o *dispute board* é considerado um como meio alternativo (ou adequado) de solução de conflitos. Mais do que resolver determinada controvérsia, a finalidade precípua do *dispute board* é a prevenção de conflitos e, em última análise, até mesmo facilitar o julgamento da demanda judicial ou arbitral que venha a ser proposto<sup>556</sup>.

De acordo com o sítio eletrônico do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, os *dispute boards*: “São métodos de solução de controvérsias nos quais os membros do comitê atuam durante a execução dos contratos proporcionando uma espécie de gerenciamento que previne o escalonamento das divergências e conflitos oriundos do desgaste natural das relações.”<sup>557</sup>.

Pois bem. É muito comum que no contexto dos grandes contratos de construção<sup>558</sup>, as partes incluam e entendam a necessidade de criação de um comitê técnico para a

---

lhes foram outorgados pelas partes, emitir recomendações ou tomar decisões: “No campo contratual, a eficiência significa garantir a manutenção e continuidade do contrato, de modo que seja equilibrado e atenda ao espírito e à vontade das partes manifestada no momento em que foi celebrado, com os eventuais sacrifícios de um ou de ambos os contratantes no interesse comum. Já salientamos que a doutrina reconhece hoje a existência de uma *affectio contractus* análoga à *affectio societatis* ou à *affectio matrimonii*. Assim, é preciso que ambas as partes se esforcem para que o contrato se mantenha vivo, minimizando-se ou partilhando-se, se for o caso, os prejuízos. Cabe, pois, evitar a resolução do contrato, recorrendo-se à renegociação e à revisão, sem afetar o equilíbrio contratual inicial ou, no mínimo, mantendo-o nas suas linhas mestras. WALD, Arnold. A arbitragem contratual e os *dispute boards*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 6, jul.-set./2005, p. 18.

<sup>556</sup> Ao tratar sobre o Regulamento da CCI relativo aos Dispute Boards, David J. A. Cairns e Ignacio Madalena<sup>556</sup> definem o comitê de resolução de disputas e afirmam que: “Un dispute board (DB) es un órgano generalmente compuesto por tres profesionales imparciales, designados al inicio de la ejecución del contrato, para asistir a las partes en la resolución de disputas que puedan surgir durante la ejecución del proyecto, mediante la emisión de recomendaciones o decisiones vinculantes para las partes en relación con una determinada controversia. De este modo, el DB se configura como un método especializado y técnico de resolución de controversias mediante la decisión neutral de un experto en la materia. El recurso a los dispute boards (DBs) como método de resolución de controversias ha sido especialmente utilizado en el ámbito de los contratos a medio o largo plazo, siendo de notable eficacia en el contexto de la construcción y la ingeniería, y recientemente, en el sector de las tecnologías de la información y la comunicación”. CAIRNS, David J. A.; MADALENA, Ignacio. El Reglamento de la ICC relativo a los *dispute boards*. In: Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 10/2006, p. 179.

<sup>557</sup> Disponível em: <http://www.ccbc.org.br/Materia/1063/dispute>, acesso em 3 de janeiro de 2019, ‘as 13h24min.

<sup>558</sup> Em geral, fala-se na utilização dos *dispute boards* em contratos de construção, que são considerados como contratos complexos e de execução continuada. A origem dos *dispute boards* e do *adjudication* (adjudicação) é no *common law*. A adjudicação surgiu em 1970/80 na Inglaterra. O *dispute board* surgiu nos EUA em 1960/70. A adjudicação funciona para resolver qualquer problema ocorrido na obra. O terceiro resolve o problema de forma rápida e imparcial. Utiliza-se a máxima do *pay now argue later*. Ou seja, primeiro, pague, depois

resolução dos conflitos do dia-dia ocorridos na obra, os chamados *dispute boards*<sup>559</sup>. Sua frequente utilização se deve à sua eficiência no monitoramento e na prevenção de litígios judiciais<sup>560</sup>.

Os *dispute boards* não são tribunais arbitrais, e por isso suas decisões não são exequíveis da mesma forma que a sentença arbitral ou judicial<sup>561</sup>. As decisões dos *dispute boards* servirão como fonte e meio de prova para a disputa que vier a se instaurar. Daí porque, a depender de sua redação e de suas disposições, é possível compreender tal instituto como uma convenção probatória atípica, exigindo-se que haja a manifestação de vontade (expressa ou implícita) de produzir efeitos em uma futura e hipotética disputa.

Por exemplo, se a cláusula que institui o *dispute board* afirma que na eventual disputa judicial, apenas os documentos já analisados poderão ser objeto da análise do julgador, estaremos diante de um negócio processual probatório. Em outra situação, em que o comitê constata um problema, sugere uma solução, que acaba sendo ignorada pela parte inadimplente, produzirá o contexto apto a justificar uma eventual indenização. Os

---

discuta. A adjudicação é sempre provisória. Na Inglaterra, a adjudicação é vinculativa e constitui título executivo. Ela tem “força vinculante”.

<sup>559</sup> O DRB já foi utilizado em grandes obras na Inglaterra (Channel Tunnel Rail Link, UK), Dinamarca (City and County of Copenhagen), França (Eurotunnel) e EUA (Los Angeles Co. Metro Transit Auth., Lesotho Highlands Development Auth., Massachusetts Highway Dept. Port of Seattle, University of Washington). Informações disponíveis na página da Dispute Resolution Board Foundation, em: <www.drb.org>. Acesso em 3 de janeiro de 2019, às 13h11min.

<sup>560</sup> “O DRB consiste em um conselho de três revisores experientes e imparciais, sendo um escolhido por cada parte e o terceiro indicado por aqueles dois membros, aos quais são previamente fornecidos todos os documentos relacionados ao contrato e os quais são informados *pari passu* do progresso das obras. Caso haja alguma controvérsia que as partes não consigam resolver, podem remetê-la ao conselho, que após uma audiência para ouvir os argumentos de ambas as partes emitirá uma recomendação escrita, fundamentada e não vinculante para solucionar a questão. Dessa forma, esclarecem-se pequenas questões antes de os problemas escalonarem e se tornarem uma grande disputa. As partes em geral aceitam a recomendação por sua confiança nos *experts*, por seu conhecimento sobre o projeto e pelo fato de terem a oportunidade de serem ouvidas. Embora não seja vinculante, o procedimento normalmente é previsto em contratos, de forma prévia ao processo judicial e à arbitragem”. PANTOJA, Fernanda Medina. Convenções pré-processuais para a concepção de procedimentos preliminares extrajudiciais. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.); BRAGA, Paula Sarno. (Org.); APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157.

<sup>561</sup> A *supressio* é “o fenômeno da supressão de determinadas faculdades jurídicas pelo decurso do tempo”. DUARTE, Ronnie Preuss. Questões controvertidas no novo código civil. vol. 2. São Paulo: Método, 2004, p. 427; e “Na hipótese dos autos, interessante notar que as partes contratantes, cientes da complexidade da operação societária de unificação das companhias de navegação, assim como da necessidade de manutenção de um ambiente de cooperação e parceria dos signatários, chegaram a nomear um Comitê Consultivo para, em caráter opinativo, dirimir as questões divergentes pontuais. Resta evidente que, nesse contexto, a deliberação do Comitê Consultivo não teria, em princípio, o condão de vincular definitivamente as partes contratantes porque assim não avençaram”. Julgamento do Recurso Especial n. 1.569.422, pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, o qual teve como relator o Ministro Marco Aurélio Belizze, ocorrido em 26 de abril de 2016. Os Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, João Otávio de Noronha, Paulo de Tarso Sanseverino e Moura Ribeiro participaram do julgamento.

históricos decorrentes do *dispute board*, mecanismo escolhido consensualmente pelas partes, gerará elementos de prova aos julgadores.

### **3.6. Negócio jurídico sobre prova oral e os procedimentos da audiência de instrução e julgamento.**

Conforme apresentado em *Considerações sobre a prova testemunhal no Novo Código de Processo Civil*<sup>562</sup>, se vê que o Código de Processo Civil de 2015 propôs uma releitura dos paradigmas e das ideias que giravam em torno da prova oral no processo civil brasileiro<sup>563</sup>, possibilitando-se a utilização da *expert witness* e da *cross examination*, chegando a conceder espaço para a utilização dos *witness statements*<sup>564</sup>, por meio de negócio processual, aproximando nosso sistema daquele mais cooperativo, chegando a flertar com a *common law*<sup>565</sup>.

Nos itens a seguir, à luz do conceito de convenção probatória proposto, iremos analisar as figuras de algumas convenções processuais que envolvem a prova oral. Veja-se.

#### **3.6.1. Vedação conjunta ao depoimento pessoal de uma ou mais partes ou da oitiva de uma testemunha em específico.**

Se entendermos que as partes podem limitar um meio de prova no processo, por consequência (e por coerência), também se deve entender ser possível a vedação conjunta ao depoimento pessoal de uma das partes e/ou da oitiva de uma testemunha em específico, sejam eles físicos, orais, documentais etc.

---

<sup>562</sup> “O que se quer propor, através do presente texto, é justamente uma reconsideração e uma efetiva releitura de tais “paradigmas”, de modo que a prova testemunhal/oral possa deixar de ser vista com desconfiança, implementando-se, de fato, uma ruptura com o – quase falido – sistema processual brasileiro. Em muitos casos, o NCPC apenas se mostra uma paráfrase melhor redigida do Código de Processo Civil de Alfredo Buzaid e não um marco legislativo revolucionário.” RAVAGNANI, Giovani dos Santos; CHEBATT, Thiago Fernandes. Considerações sobre a prova testemunhal no novo Código de Processo Civil. In FREIRE, Alexandre; Didier Jr, Fredie; de Macêdo, Lucas Buriel; e PEIXOTO, Ravi. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - v.3 - Processo de conhecimento – Provas. Juspodivm: Salvador, 2015.

<sup>563</sup> CINTRA, Antônio Carlos. Comentários ao código de processo civil. Volume nº 4, 2ª edição Rio de Janeiro: Forense, 2003, páginas 156-7.

<sup>564</sup> WOLFGANG, Peter. Witness conferencing revisited. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 13 | p. 87 | Abr / 2007.

<sup>565</sup> “Sobre os meios de prova acima referidos e a sua possibilidade de utilização no sistema brasileiro, é importante destacar que o primeiro deles, a *expert witness* ou *expert testimony*, consubstancia-se na testemunha técnica, figura que é bem definida pelo Expert Witness Institute do Reino Unido: “um especialista pode ser qualquer pessoa com conhecimento ou experiência em uma determinada área ou disciplina para além de que se espera de um leigo. Uma testemunha técnica é um especialista que faz colocar este conhecimento e experiência à disposição de um tribunal (ou outros órgãos judiciais ou extrajudiciais, por exemplo, tribunais de arbitragem, investigações oficiais, etc.) para ajudá-lo a compreender as questões em um caso e, assim, chegar a uma boa decisão”. Tradução livre de: “An expert can be anyone with knowledge of or experience in a particular field or discipline beyond that to be expected of a layman. An expert witness is an expert who makes this knowledge and experience available to a court (or other judicial or quasi-judicial bodies, e.g. tribunals, arbitrations, official enquiries, etc.) to help it understand the issues in a case and thereby reach a sound and just decision”, acessado em 3 de janeiro de 2019, [http://www.ewi.org.uk/membership\\_directory/whatisanexpertwitness](http://www.ewi.org.uk/membership_directory/whatisanexpertwitness), às 17h13min.

Imagine-se uma briga para a definição da guarda de uma criança. Seus progenitores podem, consensualmente, optar por dispensar – e até vedar que a oitiva venha a ser decretada de ofício – a oitiva do menor, objeto da disputa, para evitar desgastes emocionais ao jovem.

Outra situação semelhante é aquela em que há um conflito societário em uma sociedade familiar e as partes, considerando que a disputa afeta a saúde mental, física e emocional da mãe, decidem por vedar sua participação no processo. Trata-se de uma convenção processual humanizada, que também cumpre com os escopos sociais do processo. Daí sua validade<sup>566</sup>.

Ainda sobre o depoimento pessoal, as partes podem, inclusive, permitir que uma parte possa assistir o depoimento da outra<sup>567</sup>. Negócio que seria igualmente válido.

### **3.6.2. Desjudicialização da prova oral por vontade das partes.**

Não se pretende exaurir o tema no presente tópico, mas reforçar a possibilidade de sua realização, bem como utiliza-lo como exemplo para comprovar a existência *lato sensu* das convenções processuais probatórias, posto que a melhor doutrina já tem cuidado especificamente do assunto, com muita profundidade<sup>568</sup>.

Tal medida não pode ser, simplesmente, inadmitida em virtude de não haver previsão expressa para o seu acontecimento<sup>569</sup>. Invalidar a convenção processual, por tal motivo, é o mesmo que ofender os princípios informativos do Código de Processo Civil de

---

<sup>566</sup> “Primeiramente, imaginemos dois sócios irmãos que decidam resolver uma disputa societária por intermédio da arbitragem. Apesar de serem litigantes, ambos podem ter o interesse (e bom senso) de proibir a prova testemunhal, para eliminar o risco de qualquer árbitro convocar a mãe dos dois a depor, sendo que a saúde desta, já debilitada, pode ser prejudicada pelo desgaste de uma audiência na qual vê seus dois filhos brigando”. JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Flexibilidade do Procedimento Arbitral e Poderes Instrutórios dos Árbitros na Arbitragem Brasileira: Possibilidade de Restringir os Poderes Instrutórios dos Árbitros em Nome da Autonomia da Vontade. Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2011, Volume VIII Issue 31) pp. 29 – 58.

<sup>567</sup> “Do mesmo modo, não seria uma boa ideia permitir que uma Parte ouça o depoimento da outra Parte (o que, aliás, o Código impede)?”. CARMONA, Carlos Alberto. Palestra sobre negócios jurídicos processuais na arbitragem, organizada pela CBAr e pelo Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, ocorrida no dia 2 de julho de 2016. Degravação disponível em <http://www.ciesp.com.br/wp-content/uploads/2017/06/eletronicanegocios-juridicos-processuais-na-arbitragem.pdf>. Acesso em 25 de dezembro de 2018, às 07h19min.

<sup>568</sup> MÜLLER, Julio Guilherme. A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica. 2016. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 259.

<sup>569</sup> “a atipicidade da prova, através da produção de prova testemunhal extrajudicialmente, pode ser objeto de negócio processual entre as partes, possibilitando-lhes a apresentação de seu resultado através de depoimentos escritos ou gravação audiovisual”. MÜLLER, Julio Guilherme. A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica. 2016. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 207.



2015<sup>570</sup>, motivo pelo qual são rechaçadas as afirmações de que a concomitância da presença do juiz é elemento essencial para a eficácia da prova objeto de estudo<sup>571</sup>.

Exemplo clássico da prova oral desjudicializada são os *written statements* e os *witness statements*, que tratam da declaração testemunhal por escrito<sup>572</sup>. É importante destacar quem tais figuram não viola o princípio da oralidade, posto que, na origem e em sua gênese, antes de ser reduzida a termo a declaração da testemunha, a sua versão foi externada de forma oral – seja aos advogados das partes ou ao notário. Além disso, conforme indicado acima, nada impede que o Juiz determine a oitiva presencial da testemunha – caso não exista convenção processual em sentido contrário<sup>573</sup>.

---

<sup>570</sup> “Exclusão das provas atípicas é, de qualquer modo, inaceitável, sobretudo sob a perspectiva epistêmica: nenhum historiador ou cientista, de fato, recusar-se-ia a levar em consideração um dado cognoscitivo ou uma informação útil somente por não existir uma regra expressa que consinta tal uso”. TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vítor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 165.

<sup>571</sup> “será viciada a prova que for colhida sem a presença do juiz, como o será a prova que for colhida sem a presença das partes. A concomitante presença de ambos - juiz e partes -, na produção da prova, é essencial à sua eficácia”. GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 4/1993 | p. 60 - 69 | Out - Dez / 1993 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 1071 - 1086 | Out / 2011 | Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 3 | p. 25 - 40 | Jun / 2012 | DTR\1993\448.

<sup>572</sup> “nada impede que em algum processo as partes tragam aos autos declarações escritas firmadas por testemunhas, em que estas expõem o que sabem sobre os fatos da causa (o que se vê com bastante frequência, por exemplo, em processos que têm por objeto o reconhecimento da existência de união estável)”. CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 2a edição revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2016, p. 236-237.

<sup>573</sup> RAVAGNANI, Giovani dos Santos; CHEBATT, Thiago Fernandes. Considerações sobre a prova testemunhal no novo Código de Processo Civil. In FREIRE, Alexandre; Didier Jr, Fredie; de Macêdo, Lucas Buriel; e PEIXOTO, Ravi. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - v.3 - Processo de conhecimento – Provas. Juspodivm: Salvador, 2015; Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael de Oliveira admitem a hipótese de negócio processual celebrado pelas partes para que os testemunhos sejam apresentados por escrito, ressaltando que a convenção neste sentido pode acelerar o procedimento. DIDIER JUNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10ª edição rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 94-95; “As declarações extrajudiciais, prestadas pelas partes ou por terceiros, em alguma medida também podem ser consideradas provas atípicas. A informação não será adquirida diretamente da pessoa (fonte de prova), tal como ocorreria no caso de um depoimento prestado em audiência presidida por um juiz. Nas declarações extrajudiciais, a informação será colhida fora do processo, documentada por escrito, para somente então ser levada aos autos e submetida ao conhecimento do julgador. Portanto, nessa hipótese o julgador estabelece contato com a informação por forma diversa da prevista em lei. Aí reside a atipicidade dessa prova”. AMARAL, Paulo Osternarck. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 87; “Vários sistemas jurídicos admitem, por exemplo, a produção de prova testemunhal extrajudicial, caso em que as partes apresentam no processo apenas o resultado desta investigação dos fatos, através de depoimentos escritos”. MÜLLER, Julio Guilherme. A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica. 2016. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 2014; “Quando as partes resolvem alterar este procedimento probatório ou regular seu poder de propor e produzir provas através de negócio processual, o *modus operandi* legal é substituído pelo modelo convencional. Os atos processuais são realizados segundo a autonomia da vontade das partes, quando válido e eficaz o negócio celebrado. Um ponto importante a ser investigado é a possibilidade de as partes ajustarem a produção da prova fora do ambiente judicial”. MÜLLER, Julio Guilherme. A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica. 2016. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 2014; e “Sempre foi tradicional

Basta que a testemunha depoente inclua no texto de seu depoimento escrito que declara a veracidade de suas declarações e que está ciente dos riscos oriundos do falso testemunho<sup>574</sup>, tal qual faria em perante em juízo.

Ao mesmo tempo que as partes podem desjudicializar a prova oral, não podem estabelecer critérios para a tarifação de sua valoração<sup>575</sup>. O poder instrutório do juiz tem essa limitação, enfim<sup>576</sup>. No entanto, todas as provas produzidas no processo, típicas ou não, merecem igual atenção pelas partes e pelo magistrado, sendo livre, no entanto, o livre convencimento motivado do juiz<sup>577</sup>.

Com relação ao momento da desjudicialização, esta pode ser prévia ou pode ocorrer durante o litígio. Ela também pode ser independente ou destinada a uma demanda específica<sup>578</sup>.

Sobre os procedimentos da desjudicialização consensual da prova oral, as partes podem estabelecer a possibilidade de ouvir conjuntamente as testemunhas ou mesmo colher seus depoimentos pessoais antes da demanda, “o que atende melhor o propósito de

---

a juntada de declarações de possíveis testemunhas, na forma de prova documental. Tal expediente normalmente é utilizado pela defesa, principalmente, no que se refere às "testemunhas de antecedentes", isto é, aquelas testemunhas que nada sabem sobre o fato, mas que prestam informações sobre o caráter e a vida pregressa do acusado. Tal forma de agir tem sido aceita pelos magistrados e, por que não dizer, muitas vezes, até mesmo estimulada”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 65/2007 | p. 175 - 208 | Mar - Abr / 2007 | Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 3 | p. 253 - 282 | Jun / 2012 | DTR\2007\189.

<sup>574</sup> Artigo 4.5.d das IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (Regras da International Bar Association para a obtenção de provas na arbitragem internacional: “Each Witness Statement shall contain: an affirmation of the truth of the Witness Statement.”

<sup>575</sup> “Admitida a prova oral produzida extrajudicialmente pelas partes, e sem a presença do juiz, os depoimentos escritos ou gravados em meio audiovisual podem ser valorados como prova sobre os fatos controvertidos da causa. Não há norma tarifando ou predeterminando o valor que deve ser atribuído às provas atípicas no direito brasileiro”. MÜLLER, Julio Guilherme. A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica. 2016. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 282.

<sup>576</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10a edição rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 90-91 e 98.

<sup>577</sup> “Todas as provas no processo, típicas ou atípicas, produzidas de acordo com o procedimento previsto em lei ou segundo a vontade das partes, merecem atenção e podem servir para convencer o juiz a respeito da ocorrência ou não de um determinado fato”. MÜLLER, Julio Guilherme. A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica. 2016. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 282.

<sup>578</sup> MÜLLER, Julio Guilherme. A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica. 2016. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 210.

calibragem das expectativas que se tem sobre as chances de sucesso ou de derrota na causa, informações que auxiliam meios de autocomposição dos litígios”<sup>579</sup>.

É possível que em virtude da produção desjudicialização da prova, que as partes acabem por extrapolar os limites da lide, circunstância que não deve ser ignorada e dispensada pelo juiz, uma vez que as próprias partes também são destinatárias das provas produzidas. “A produção extrajudicial da prova oral, neste cenário, é instrumento capaz de atender à vontade e desejo das partes, sem prejudicar o tempo do juiz, redistribuindo atividades processuais de modo a dar eficiência ao processo”<sup>580</sup>.

No exercício do direito de desjudicialização da prova, as partes podem estabelecer que uma testemunha com dificuldades de locomoção venha a ser ouvida em sua própria casa<sup>581</sup>, com a consequente anexação de um vídeo com seu depoimento aos autos, o qual poderá, inclusive, ser disponibilizado em *streaming* pelo Youtube.

As partes podem, no bojo da desjudicialização da prova, estabelecer alguns procedimentos específicos, tais quais, a exigência de que a tomada de depoimentos de testemunhas seja feita perante o tabelião<sup>582</sup> ou no escritório dos advogados de uma das partes<sup>583</sup>. Apenas a imaginação poderá ser o limite à desjudicialização convencional da prova<sup>584</sup>.

---

<sup>579</sup> “No campo da prova testemunhal, abre o caminho para a formalização convencional de oferecimento de depoimentos por escrito, em lugar da colheita oral da prova testemunhal. Não se permitia essa possibilidade na codificação anterior e, agora, torna-se plenamente possível essa alternativa, desde que atendidos os requisitos do citado dispositivo. Pode-se, pois, de maneira bem mais ampla do que o disposto no art. 639, 1º, do CPC de Portugal, apresentar por meio de documentos o depoimento de pessoas físicas, caso as partes convençam nesse sentido. Também na Itália possibilitou-se o testemunho por escrito no art. 257-bis, daquele CPC.”. MÜLLER, Julio Guilherme. A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica. 2016. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 210; e GODINHO, Robson Renault. Breves comentários ao novo código de processo civil. Coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Junior, Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1141.

<sup>580</sup> “Não se descarta a hipótese de que o desejo das partes em produzir prova oral esbarre em questões de fato que verdadeiramente dispensam estes tipos de prova. No entanto, não se deve desprezar os efeitos das provas para as próprias partes como suas destinatárias. A utilidade das provas não é reservada exclusivamente ao juiz.”. MÜLLER, Julio Guilherme. A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica. 2016. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 210.

<sup>581</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de.. A Contratualização do Processo (Página 207). . Edição do Kindle.

<sup>582</sup> Em conformidade com o que já prevê o art. 384 do CPC/2015.

<sup>583</sup> PANTOJA, Fernanda Medina. Convenções pré-processuais para a concepção de procedimentos preliminares extrajudiciais. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157.

<sup>584</sup> Carmona, no ano de 2017, ao palestrar sobre os Negócios Jurídicos Processuais, apresentou posicionamento cético a respeito da aceitação do juiz sobre as disposições das partes sobre a desjudicialização da prova. A preocupação ainda persiste até hoje. Ainda passamos por um momento de adaptação e adequação

### 3.6.3. Realização de acareação de testemunhas por vontade das partes.

Em virtude de convenção das partes (e por ocasião dos poderes judiciais, caso não haja convenção probatória em sentido contrário), poderá ser realizada a acareação cível das testemunhas, para aclarar informações incoerentes e conflitantes manifestadas dentro do processo judicial<sup>585</sup>. Ou seja, as partes podem estabelecer as acareações entre testemunhas e testemunhas, testemunhas e partes, a qualquer momento, sob qualquer justificativa, até o encerramento da fase instrutória do processo<sup>586-587</sup>.

O racional existente por trás da acareação<sup>588</sup> é o mesmo que permite o hot-tubbing pericial: qualificar o debate, economizar tempo, eficientizar os meios e as fontes de prova existentes no processo e, assim, atingir a pacificação, motivo pelo qual se entende ser possível a convenção processual que a institui.

### 3.6.4. Acordo para alterar o limite legal de testemunhas.

---

do processo cooperativo. “Então, dizer que nós vamos poder colocar no Código de Processo Civil os written statement, como nós fazemos na arbitragem hoje, senhores, realmente é fantasia. Não me parece que os juízes vão aceitar uma coisa como essa. Os árbitros aceitam. Não só aceitam, os árbitros incentivam muitas vezes que as Partes tragam os depoimentos das testemunhas, porque isso concentra a inquirição”. CARMONA, Carlos Alberto. Palestra sobre negócios jurídicos processuais na arbitragem, organizada pelo CBAr e pela Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, ocorrida no dia 2 de julho de 2016. Degravação disponível em <http://www.ciesp.com.br/wp-content/uploads/2017/06/eletroniconegocios-juridicos-processuais-na-arbitragem.pdf>. Acesso em 25 de dezembro de 2018, às 07h19min.

<sup>585</sup> MONTORO, Marcos André Franco. Flexibilidade do procedimento arbitral. Tese de Doutorado orientada por Carlos Alberto. Carmona na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010., p. 307.

<sup>586</sup> “Podem ser admitidas acareações entre testemunhas, ou mesmo entre testemunhas e as partes, ou mesmo ser tomado um segundo depoimento de testemunhas ou partes, para “aclarar informações incoerentes e conflitantes.” MONTORO, Marcos André Franco. Flexibilidade do procedimento arbitral. Tese de Doutorado orientada por Carlos Alberto. Carmona na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010., p. 307.

<sup>587</sup> “Ainda dentro da valoração da prova, encontramos a acareação e a possibilidade de serem ouvidas as testemunhas referidas, onde se encontram presentes aquelas faculdades do juiz de apreciar livremente a prova produzida e de esclarecer as dúvidas decorrentes da atividade probatória das partes.

Assim, num confronto entre contradita de um lado e acareação e testemunhas referidas de outro, encontramos aquela vinculada à admissibilidade da prova testemunhal, na medida em que se denuncia ao juiz ou se evidenciam os fatos e as circunstâncias que tornam incapazes, impedidas ou suspeitas as testemunhas, e a acareação e as testemunhas referidas como institutos relacionados à valoração da prova na medida em que as partes que requerem sua realização visam engrandecer um depoimento em detrimento de outro ou com o auxílio de outro.”. FALECK, Diego; ALVES, Rafael Francisco. Concordar em discordar: por quê, o quê e como negociar o procedimento arbitral. Revista de Direito Empresarial | vol. 1/2014 | p. 249 | Jan / 2014 | DTR\2014\586.

<sup>588</sup> “Não seria também interessante ouvir várias testemunhas em conjunto ou ainda permitir que uma testemunha ouça a outra testemunha para que o debate fosse mais qualificado.”. CARMONA, Carlos Alberto. Palestra sobre negócios jurídicos processuais na arbitragem, organizada pela CBAr e pelo Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, ocorrida no dia 2 de julho de 2016. Degravação disponível em <http://www.ciesp.com.br/wp-content/uploads/2017/06/eletroniconegocios-juridicos-processuais-na-arbitragem.pdf>. Acesso em 25 de dezembro de 2018, às 07h19min.

Em prol da economia e celeridade processual, as partes podem limitar o número de testemunhas a serem ouvidas. Podem, inclusive, limitar o número de testemunhas a serem arroladas por fato a ser comprovado<sup>589</sup>.

O respaldo para a validade de tal convenção processual probatória advém de duas circunstâncias. A um, a possibilidade ampla de as partes, em consenso, limitarem os meios de prova no processo. A dois, o respaldo legal previsto no parágrafo 6º, do artigo 357 do Código de Processo Civil de 2015<sup>590</sup>.

Ora, se a própria lei impôs limites à prova testemunhal, não há óbice para que as partes façam o mesmo, inclusive para aumentar, de comum acordo, o limite imposto por lei (o aumento do número de testemunhas, contudo, não pode ser exacerbado, de modo a complicar a consecução da duração razoável do processo). Lembremos que as partes também são destinatárias das provas e que o exercício ora proposto é uma forma de empoderar as partes na condução da prova oral<sup>591</sup>.

Outrossim, as partes também podem vir a limitar, por convenção probatória os limites temporais para inquirir as testemunhas. Tal direito, no entanto, está condicionado à razoabilidade e à possibilidade física e estrutural do Poder Judiciário suportar longas audiências diante das congestionadas pautas de audiência. Para ter maior liberdade na produção das provas orais, recomenda-se a sua desjudicialização, conforme apresentada acima, especialmente se a intenção das partes for a de ouvir mais testemunhas das aquelas previstas pela legislação<sup>592</sup>.

---

<sup>589</sup> AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p. 132.

<sup>590</sup> “§ 6º O número de testemunhas arroladas não pode ser superior a 10 (dez), sendo 3 (três), no máximo, para a prova de cada fato.”

<sup>591</sup> Exemplo de tal empoderamento é o direito processual alemão: “No direito alemão, cabe às partes a indicação das testemunhas, não podendo o juiz de ofício determinar a inquirição de qualquer pessoa”. V. Stefan Leible, *Proceso civil alemán*, ed. Konrad Adenauer Stiftung/Diké, Medellín, 1999, p.137; Peter L. Murray e Rolf Stürner, *German Civil Justice*, ed. Carolina Academic Press, Durham, 2004, p.264. Apud. GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. p. 7. Rio de Janeiro, out.-dez. 2007.

<sup>592</sup> “Assim, para não haver prejuízos ao regular andamento processual em meio a um grande número de testemunhas, é possível que as partes se ajustem quanto a um número mínimo delas para cada causa de pedir. Um exemplo clássico dessa modalidade de acordo seria a cláusula extraprocessual que limita o número de testemunhas a uma ou a duas por causa de pedir, ou simplesmente, diminuir o número total para seis em vez de dez, utilizando-se o art. 190, CPC/2015. Vemos tal possibilidade antes e durante o processo desde que sigam a regra da norma cogente.”. Discordamos, no entanto: “Contanto, as partes não podem aumentar o número de testemunhas para além do número legal, por exemplo, não é possível celebrar acordo para aumentar o número de testemunhas de dez para quinze, ou seja, trata-se de norma cogente, e também o número de três testemunhas para cada fato não pode ser aumentado para quatro ou superior.”. MÜLLER, Julio Guilherme. A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica. 2016. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 259; “as partes podem perfeitamente estabelecer regras que limitem o tempo em que poderão inquirir as testemunhas. Por exemplo, podem prever

### **3.6.5. Acordo para ouvir testemunhas anônimas.**

Trata-se de uma proposta de uma convenção processual simples: as partes podem convencionar pela oitiva de uma testemunha anônima? Entende-se que sim, mas com certas limitações. Confira-se.

Se o anonimato é resguardado do processo para fora, entendemos que sim. Somente assim a testemunha terá liberdade para falar aquilo que efetivamente sabe sobre os fatos do processo, sem que haja represália para a pessoa declarante. Para que se justifique o anonimato, as partes devem demonstrar que a testemunha ficará em situação de risco em virtude de seu depoimento, tal qual as regras estabelecidas pela Lei n. 9.807/1.999<sup>593</sup>. Frise-se que o anonimato deve ser resguardado e protegido, sob pena de nulidade da prova produzida.

No entanto, se o anonimato é aplicado de uma parte para outra, entendemos que se trata de convenção probatória nula, posto que ofende a ampla defesa, o devido processo legal e o contraditório. As partes, no processo civil, devem ter acesso livre em todas as fontes e meios de prova a serem utilizados na demanda.

### **3.6.6. Escolha por utilização de prova ou audiência por vídeo conferência.**

De acordo com o parágrafo terceiro do artigo 236 do Código de Processo Civil de 2015, não restam dúvidas sobre a possibilidade da prática dos atos processuais por vídeo conferência/e por meios digitais: “admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.”<sup>594</sup>.

---

que todas as testemunhas de uma parte serão ouvidas durante um único dia, durante no máximo X horas de audiência. Assim, poderão ser ouvidas quantas testemunhas diferentes a parte quiser, até completar essas X horas de audiência (quantas puderem ser ouvidas dentro do referido período de tempo). Ou ainda pode ser estabelecido um tempo limitado para cada testemunha ou tempo limitado para o advogado da parte contrária fazer perguntas”. MONTORO, Marcos André Franco. Flexibilidade do procedimento arbitral. Tese de Doutorado orientada por Carlos Alberto. Carmona na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010., p. 302; “Na arbitragem esses limites não são automaticamente aplicados, vai depender do que for previsto para o caso concreto. Podem ser assim inquiridas mais do que 10 testemunhas, e também mais do que 3 para cada fato”. MONTORO, Marcos André Franco. Flexibilidade do procedimento arbitral. Tese de Doutorado orientada por Carlos Alberto. Carmona na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010., p. 302.

<sup>593</sup> Lei que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

<sup>594</sup> “A questão da possibilidade de realização de atos processuais à distância, ou por videoconferência, não é nova, tendo sido objeto de polêmicas há, pelo menos, uma década. Inicialmente, a questão surgiu com o chamado interrogatório on-line. A doutrina majoritária, desde o primeiro momento, manifestou-se contrariamente à realização de tal forma de interrogatório. Diversamente, na jurisprudência, tem prevalecido, atualmente, o entendimento de que tais interrogatórios são válidos, desde que asseguradas determinadas condições que garantam a publicidade do ato, a ampla defesa, e a comunicação reservada do acusado com

As partes, portanto, podem optar pela realização da oitiva de uma testemunha ou da realização da audiência por meio de vídeo conferência (na segunda opção, precisaram da validação judicial, posto que se trata de ato processual que exige a participação do juiz).

É importante destacar que foi positiva a disposição do Código de Processo Civil de 2015 que não indicou qual seria a forma adequada para a instrumentalização da videoconferência, deixando que a tecnologia resolva tal problema. “Há, portanto, uma abertura legislativa apta a acompanhar as evoluções tecnológicas, circunstância que viabilizará a larga utilização de tal dispositivo”<sup>595</sup>. No mais, o legislador ainda concedeu uma folha em branco para que as partes possam escolher o sistema que melhor convier para a situação prática<sup>596</sup>.

Conceitualmente, a teleconferência, a videoconferência, permitem que duas ou mais pessoas interajam simultaneamente, à distância. A videoconferência acrescenta imagem na forma de vídeo para pelo menos um dos usuários, permitindo aos outros visualizarem e escutarem ao mesmo tempo o interlocutor. “Apesar de tecnicamente ser correto afirmar que uma videoconferência pode ocorrer sem som (apenas o vídeo), na prática é comum a integração de ambos”<sup>597</sup>.

Ou seja, havendo uma câmera e uma conexão razoável de internet, apto estará o ambiente para a realização de uma oitiva – ou audiência – por vídeo conferência<sup>598</sup>.

---

seu defensor, tudo isso mediante recursos audiovisuais em tempo real”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 65/2007 | p. 175 - 208 | Mar - Abr / 2007 | Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 3 | p. 253 - 282 | Jun / 2012 | DTR\2007\189.

<sup>595</sup> “Importante, além disso, destacar que o legislador do NCPC agiu bem ao não limitar, objetivamente, as formas pela qual pode se dar a videoconferência, o que nos faz concluir que esta poderá ocorrer sob qualquer instrumento que se preste para tal fim, como, por exemplo, Skype, Facebook chat, Facetime do sistema Apple, Google Hangouts, chamadas de vídeo por Whatsapp. Há, portanto, uma abertura legislativa apta a acompanhar as evoluções tecnológicas, circunstância que viabilizará a larga utilização de tal dispositivo”. RAVAGNANI, Giovanni dos Santos; CHEBATT, Thiago Fernandes. Considerações sobre a prova testemunhal no novo Código de Processo Civil. In FREIRE, Alexandre; Didier Jr, Fredie; de Macêdo, Lucas Buriel; e PEIXOTO, Ravi. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - v.3 - Processo de conhecimento – Provas. Juspodivm: Salvador, 2015, pp. 741-760.

<sup>596</sup> “se acordar que o perito e os assistentes técnicos apresentarão seus laudos oralmente ao juízo e às partes, com auxílio de tecnologia audiovisual em sala de audiência, permitindo-se o exercício do contraditório e a resolução imediata de eventuais dúvidas pelo magistrado, não só se diminuiria o tempo de tramitação do processo como também o risco de a perícia ser ineficaz por não ter se manifestado sobre pontos que o julgador considera cruciais para decidir”. FELÍCIO, Vinícius Mattos; e MAGALHÃES, Guilherme Vinicius. Os negócios processuais, suas vantagens econômicas e a redução de custo do processo. Crise Econômica e Soluções Jurídicas | num. 37/2015 | Dez / 2015 | DTR\2015\16497.

<sup>597</sup> JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. 2014. 325p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

<sup>598</sup> “As Partes podem até determinar (...) que a audiência vai ser televisionada, que vai haver este ou aquele tipo de inquirição com mecanismos de oitiva a distância”. CARMONA, Carlos Alberto. Palestra sobre negócios jurídicos processuais na arbitragem, organizada pela CBAr e pelo Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, ocorrida no dia 2 de julho de 2016. Degravação disponível em

É importante que se diga que está é uma realidade – e talvez uma premissa e um fim em si mesma –, no mundo dos métodos *online* de resolução de conflitos (*Online Dispute Resolution – ODR*)<sup>599</sup>. Todos os dias, aqui no Brasil, inúmeras audiências de mediação são realizadas por meio das diversas plataformas existentes e ativas, tais quais<sup>600</sup>: Juster, Arbitranet, Acordo Fácil, Leegol, Concilie Online, Mediação Online etc.

Nesse sentido, tendo em vista que a prática e realização de audiências por videoconferências é recorrente, as partes podem, inclusive, escolher que sua realização se dê por algumas das plataformas acima mencionadas.

### **3.6.7. Estabelecimento das regras para a preparação de testemunhas.**

Do mesmo jeito que as partes podem regular a sua recíproca interação e a relação para com o magistrado, as partes podem desenhar – por meio de um negócio probatório – de qual maneira pretendem interagir com as testemunhas. É importante que as regras que regulam a fase probatória sejam previamente decididas de comum acordo entre as partes, antes do início da fase instrutória. Conhecendo previamente as partes do jogo, as partes diminuem os conflitos, dúvidas e rugas durante o processo.

Pois bem. No processo civil convencional não é muito comum que as partes possam, abertamente, interagir com as testemunhas, sob pena de ofender sua imparcialidade. Na arbitragem, por conta da complexidade da disputa, é comum que os advogados das partes conversem, interroguem, entrevistem, à exaustão, as pessoas que falarão no processo como declarante<sup>601</sup>. Muito pelo contrário, espera-se, justamente isso de

---

<http://www.ciesp.com.br/wp-content/uploads/2017/06/electronicanegocios-juridicos-processuais-na-arbitragem.pdf>. Acesso em 25 de dezembro de 2018, às 07h19min.

<sup>599</sup> GOUVÊA NETO, Flávio de Freitas. O desenvolvimento do ODR no Brasil. Revista da Federação Nacional de Mediação de Conflitos. 2ª edição, dezembro de 2018. Disponível em [https://issuu.com/fmc2018/docs/2.\\_edi\\_o\\_dezembro\\_2018\\_fmc\\_final/46](https://issuu.com/fmc2018/docs/2._edi_o_dezembro_2018_fmc_final/46), acesso dia 3 de janeiro de 2019, às 18h50min.

<sup>600</sup> Infográfico e informações obtidas no sítio eletrônico da Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs (versão 4.1.2018 do radar), disponível em <https://www.ab2l.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Radar-Lawtechs-411-1.jpg>, acesso em 3 de janeiro de 2019, às 18h54min.

<sup>601</sup> “Creio que não tenhamos dúvida de que as testemunhas são treinadas pelos advogados. Já passou o tempo da hipocrisia, no sentido de imaginar que o advogado não vai preparar a testemunha que arrolou para o processo. O advogado que não treinar a sua testemunha é um péssimo advogado. Espera-se de um bom advogado, eu pelo menos espero isso na arbitragem, que ele tenha tido uma conversa com a testemunha e que ele tenha informado a testemunha sobre o que irá acontecer na audiência, sabendo de antemão que fatos o deponente relatará e como responderá às perguntas que irá formular”. CARMONA, Carlos Alberto. Palestra sobre negócios jurídicos processuais na arbitragem, organizada pela CBAr e pelo Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, ocorrida no dia 2 de julho de 2016. Degravação disponível em <http://www.ciesp.com.br/wp-content/uploads/2017/06/electronicanegocios-juridicos-processuais-na-arbitragem.pdf>. Acesso em 25 de dezembro de 2018, às 07h19min.



um bom advogado e não o treinamento da testemunha para a mentira, circunstância que se configura um crime<sup>602</sup>.

Ao convencionar sobre as regras e limites nas conversas com as testemunhas, as partes privilegiam a boa-fé processual e o atingimento dos escopos da jurisdição. Com as cartas na mesa, nenhuma das partes desconfiará da lisura da testemunha alheia e do grau da possível influência nefasta dos advogados da parte adversa.

### **3.6.8. Admissão consensual de ampla flexibilidade na oitiva das testemunhas.**

Na condução da prova oral, se observadas as garantias constitucionais do processo, a partes podem convencionar tudo o que estiver ao seu alcance.

Exemplo prático do exercício de tal liberdade é o reconhecimento de espaço para a *cross examination*, *direct examination*, reperguntas ilimitadas etc., a convocação de testemunha que já depôs em virtude do depoimento conflitante de outra testemunha etc.<sup>603</sup>. É possível, inclusive, a opção pela admissão de depoimentos escritos das partes – prestados ou não perante um notário – sem a possibilidade de convocação subsidiária da testemunha para esclarecimentos<sup>604</sup>. Mais: as partes podem admitir a utilização da *cross examination* americana, segundo a qual após a apresentação dos depoimentos testemunhais escritos, são escolhidas as testemunhas que devem comparecer ao foro para depor<sup>605</sup>.

---

<sup>602</sup> “O que o advogado não pode fazer é treinar a testemunha para mentir, isso é crime, cadeia para o advogado e para a testemunha, mas treinar é outra coisa. Treinar não significa dizer o que a testemunha tem a depor, colocar palavras na boca da testemunha, treinar significa fazer com que a testemunha não sofra as vicissitudes do ambiente que ela vai enfrentar. Nunca depôs na vida, não sabe o que vai acontecer, chega à audiência em estado catatônico, aterrorizada. Isso vai prejudicar o seu depoimento. Todo e qualquer advogado norte-americano sabe que tem que fazer isso e faz muito bem. Rehearsal, treino, é ensaio, sim, é assim que as coisas têm que ser arrumadas.”. CARMONA, Carlos Alberto. Palestra sobre negócios jurídicos processuais na arbitragem, organizada pela CBAr e pelo Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, ocorrida no dia 2 de julho de 2016. Degravação disponível em <http://www.ciesp.com.br/wp-content/uploads/2017/06/eletronicanegocios-juridicos-processuais-na-arbitragem.pdf>. Acesso em 25 de dezembro de 2018, às 07h19min.

<sup>603</sup> “Para que a técnica da *cross examination* contribua, efetivamente, para assegurar a garantia constitucional da plenitude do contraditório e realizar o direito fundamental à prova, é imprescindível investir na formação ético-jurídica dos profissionais do Direito. O aperfeiçoamento das técnicas processuais, sem a melhoria do operador jurídico, é atividade destituída de resultados práticos efetivos. Legislação e educação devem caminhar juntas para que seja possível melhorar a capacidade de argumentação jurídica, tornando o processo um verdadeiro instrumento democrático capaz de promover justiça e legitimar o exercício do poder”. CAMBI, Eduardo. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da lei 11.690/2008. Revista de Processo | vol. 167/2009 | p. 25 - 51 | Jan / 2009 | DTR\2009\125. “Na obtenção da prova oral, é significativa a alteração imposta pelo art. 212 do CPP (LGL\1941\8), possibilitando que as partes formulem perguntas, diretamente, à testemunha, ou seja, sem que elas sejam feitas por intermédio do magistrado”. CAMBI, Eduardo. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da lei 11.690/2008. Revista de Processo | vol. 167/2009 | p. 25 - 51 | Jan / 2009 | DTR\2009\125.

<sup>604</sup> FALECK, Diego; ALVES, Rafael Francisco. Concordar em discordar: por quê, o quê e como negociar o procedimento arbitral. Revista de Direito Empresarial | vol. 1/2014 | p. 249 | Jan / 2014 | DTR\2014\586.

<sup>605</sup> “No procedimento norte-americano, costuma-se ouvir a testemunha antes do julgamento (Trial) e colher depoimentos escritos das testemunhas. Assim, aos advogados da parte contrária é possibilitada a inquirição das testemunhas da outra parte, já com base no depoimento escrito. O procedimento através do qual as

Nesse contexto, também não vemos objeção das partes estipularem – em contato, talvez – que as testemunhas devem ser arroladas quando da apresentação da inicial e da contestação (e em nenhum outro momento!)<sup>606</sup>. Tal convenção vinculará o juiz.

No espaço de flexibilidade, as partes também podem convencionar sobre o método de convocação da testemunha para a audiência ou qualquer outro lugar em que for prestar depoimento<sup>607</sup>.

### **3.7. Negócios jurídicos probatórios sobre prova documental.**

As convenções probatórias são aquelas que alteram ou disciplinam as regras instrutórias ordinárias, seja na admissão, na produção ou na valoração da prova documental, modulando os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais com relação aos documentos, podendo ou não disciplinar, criar ou modificar seus os procedimentos, regras, meios, fontes, elementos e argumentos da prova documental.

Na sequência, tal qual fizemos na abordagem das convenções sobre prova oral e pericial, abordaremos alguns exemplos atípicos de convenções processuais acerca da prova documental.

#### **3.7.1. Criação de procedimento específico para preservar o sigilo de documento.**

Para além das disposições que estabelecem o trâmite em segredo de justiça de uma demanda, é possível que se faça necessário proteger o sigilo de apenas um (ou alguns) documento(s). É nesta circunstância que a convenção processual pode se mostrar útil.

Para se proteger de um *data breach* processual<sup>608</sup> ou da interferência incômoda da imprensa, as partes podem optar por criar procedimentos e pequenas regras que protejam e assegurem a confidencialidade das informações. Por exemplo, em se tratando da entrega de documentos contábeis para um perito ou para o juiz, em uma disputa societárias, as

---

testemunhas de uma parte são inquiridas pelos advogados da outra parte é denominado cross-examination.” FARIA, Marcela Kohlbach de Faria. A produção de prova no procedimento arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 32/2012 | p. 207 - 226 | Jan - Mar / 2012.

<sup>606</sup> PERIM, Evandro. Negócios jurídicos processuais no campo probatório. Disponível em JusBrasil, <https://evandroperim.jusbrasil.com.br/artigos/534117974/negocios-juridicos-processuais-no-campo-probatorio>, acesso em 08 de dezembro de 2018, às 16h35min.

<sup>607</sup> “Além disso, foram incorporadas à prova testemunhal práticas da common law, principalmente do sistema norte americano, tendo sido retirada a exclusividade estatal para intimação das testemunhas, que passa a poder ser feita diretamente pelos advogados, que somente recorrerão ao judiciário em casos extremos. Ainda nesse contexto, passa a ser possível agora a inquirição direta da testemunha pelo advogado, extinguindo o obsoleto e ineficiente sistema de reperguntas hoje vigente, tudo para que o procedimento seja mais rápido e eficaz”. RAVAGNANI, Giovani dos Santos; e CHEBATT, Thiago Fernandes. Considerações Sobre a Prova Testemunhal no Novo Código de Processo Civil. In: MACÊDO, Lucas Buril de, PEIXOTO, Ravi e FREIRE, Alexandre (Org.). Processo de Conhecimento – Provas. Salvador : Juspodivm, 2015. p. 593.

<sup>608</sup> O eventual vazamento ou acesso indevido de terceiros aos dados sigilosos poderia, inclusive, colocar o negócio das partes sobre sob gravíssimo risco, expondo sua lista de clientes (por exemplo) e outros aspectos de sua estratégia comercial, inclusive para concorrentes, além de macular severamente a sua reputação e credibilidade no mercado.

partes podem convencionar que transmissão de dados (eletrônicos<sup>609</sup> ou físicos) não se dará por *e-mail*, *hd externos* ou *pendrives*, em virtude da fragilidade de tais sistemas, ainda que se tratem de arquivos eletrônicos protegidos por senha<sup>610</sup>. Evidente que este não é um padrão minimamente seguro para o compartilhamento de informações e documentos sigilosos<sup>611-612</sup>.

As partes podem estabelecer, assim, que os documentos devam ser enviados e circulados apenas em um ambiente seguro, tal qual um *data room*<sup>613</sup> ou um ambiente FTP de compartilhamento de dados<sup>614</sup>. Também podem as partes ajustar data, momento e horário específico para que juiz e demais partes interessadas possam consultar um documento específico.

### **3.7.2. Declaração consensual de veracidade de documentos.**

---

<sup>609</sup> “In a number of circumstances, none of these three criteria will be met. Hence, ‘e-everything’, understood as resorting to as much technology as possible regardless of whether it is actually sensible or not, must strictly be avoided. It must also be remembered that increased technological complexity on the end user requires exponentially increased time for familiarization with the technology and its integration into one’s work habits. As was just said, the price paid when decreasing user-friendliness in exchange for enhanced technological capabilities (i.e. additional features) should not be underestimated”. SCHULTZ, Thomas. Information Technology and Arbitration: a practitioner’s guide. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2006. Disponível em <https://www.worldcat.org/title/information-technology-and-arbitration-a-practioners-guide/oclc/901240873/editions?referer=di&editionsView=true>, acesso em 25 de dezembro de 2018, às 21h52min.

<sup>610</sup> “Ocorre que o uso de senhas de acesso não fornece uma garantia absoluta de autenticidade. As senhas podem ser obtidas por terceiros de maneira ilícita ou com a ajuda do próprio usuário (que deixa a senha anotada em local inseguro e acessível) ou mesmo quando o usuário toma todas as precauções, pois, afinal, não faltam exemplos de sistemas governamentais supostamente invioláveis sendo penetrados por hackers entediados. Adicionalmente, não custa lembrar que as senhas são muitas vezes disponibilizadas aos administradores dos sistemas e dos provedores, expondo o usuário ao risco de ter sua senha divulgada ou aproveitada por um funcionário de má-fé.”. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. O documento eletrônico como meio de prova. Disponível em <http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/DocumentoEletronico>, acesso em 25 de dezembro de 2018, às 22h02min.

<sup>611</sup> Segurança da informação é formada por diversas camadas, somente a adoção de tecnologias não é o suficiente para a adequada proteção das informações. Pessoas, processos e tecnologias devem estar alinhadas para a minimização dos riscos. A tecnologia fornece salvaguardas e processos automatizados para determinar a série de ações a serem tomadas para alcançar um fim específico.

<sup>612</sup> Tamanha é a sensibilidade do assunto que o Marco Civil da Internet estabelece regras específicas e rigorosas para atividades que envolvam coleta, armazenamento, guarda ou tratamento de dados pessoais.

<sup>613</sup> “No one in business would make a major decision without all the facts. But for significant material events like mergers and acquisitions, tenders and fundraising getting all the information can mean combing through tens of thousands of highly confidential documents. When businesses need a secure location to share confidential documents with selected third parties, they use a data room to control who gets to see what, and minimize any risk that their confidential business information will be exposed to unauthorized parties. Data rooms are secure spaces where confidential documents can be kept and only read by people authorized to access the room.”. What is a data room? Disponível em <https://www.ansarada.com/what-is-data-room>, acesso em 3 de janeiro de 2019, às 21h54min.

<sup>614</sup> Definição Wikipedia: FTP ou File Transfer Protocol é uma forma de transferir arquivos. Pode referir-se tanto ao protocolo quanto ao programa que implementa este protocolo. A transferência de dados em redes de computadores envolve normalmente transferência de arquivos e acesso a sistemas de arquivos remotos. Disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/File\\_Transfer\\_Protocol](https://pt.wikipedia.org/wiki/File_Transfer_Protocol), acesso em 3 de janeiro de 2019, às 21h56min.

Da mesma maneira que as partes podem manifestar a vontade pela retirada de um documento cuja falsidade foi arguida, as partes, em conjunto, podem reconhecer a veracidade e autenticidade de determinado documento. Se o requisito formal da admissão dos documentos escritos é a sua autenticidade<sup>615</sup>, as partes podem, de comum acordo superar a eventual discussão sobre tal assunto por meio de convenção probatória. Quem melhor do que as partes para saber se os documentos relativos às suas relações de direito material são verdadeiros?

A declaração consensual da autenticidade de documento, no entanto, não dispensa, nem substitui as situações em que a própria lei exige procedimento específico para sua autenticação<sup>616</sup>. Este é o exemplo (i) do artigo 406 do Código de Processo Civil de 2015, “quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta”; e (ii) do artigo 108 do Código Civil, “a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”<sup>617</sup>.

Por fim, destaca-se que o artigo 412 do Código de Processo Civil de 2015<sup>618</sup> arremata a validade de tal convenções processuais, posto que afirma que se não houver impugnação em sentido contrário, os documentos serão presumidos verdadeiros. No mesmo sentido, destaque-se o inciso IV do artigo 425 do Código de Processo Civil de 2015<sup>619</sup>, segundo o qual os próprios advogados possuem o poder, sob sua responsabilidade

---

<sup>615</sup> “O requisito fundamental dos documentos escritos é a sua autenticidade. Autenticidade que no decorrer deste trabalho será apreciada. Os documentos são meios de prova informadores da premissa menor do silogismo judicial. Enquanto que a *quaestio iuris* posiciona-se na premissa maior na composição do silogismo judicial, a problemática do *onus probandi* (a *quaestio facti*) situa-se na premissa menor”. ABRAHÃO, João. O valor probatório das reproduções mecânicas. Revista de Processo | vol. 20/1980 | p. 127 - 153 | Out - Dez / 1980 | DTR\1980\80.

<sup>616</sup> “A cópia faz prova do original, mas, evidentemente que a cópia não faz prova do fato representado pelo original. Desse faz prova tão-somente o original. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença. O documento particular precisa sempre de autenticação pelo reconhecimento da firma do autor (vejam-se arts. 369, 371, do CPC (LGL\1973\5)). ABRAHÃO, João. O valor probatório das reproduções mecânicas. Revista de Processo | vol. 20/1980 | p. 127 - 153 | Out - Dez / 1980 | DTR\1980\80.

<sup>617</sup> FERRADEIRA, Mariana. A prova emprestada como objeto de negócio jurídico processual. In: MARCATO, Ana (Org.); GALINDO, Beatriz (Org.); GÓES, Gisele (Org.); BRAGA, Paula Sarno. (Org.); APRIGLIANO, R. (Org.); NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157.

<sup>618</sup> Art. 412. O documento particular de cuja autenticidade não se duvida prova que o seu autor fez a declaração que lhe é atribuída. Parágrafo único. O documento particular admitido expressa ou tacitamente é indivisível, sendo vedado à parte que pretende utilizar-se dele aceitar os fatos que lhe são favoráveis e recusar os que são contrários ao seu interesse, salvo se provar que estes não ocorreram.

<sup>619</sup> “As cópias reprográficas de peças do próprio processo judicial declaradas autênticas pelo advogado, sob sua responsabilidade pessoal, se não lhes for impugnada a autenticidade”.

pessoal, de declarar autênticas “as cópias reprográficas de peças do próprio processo judicial”.

### 3.7.3. Utilização da *discovery* no processo civil brasileiro por vontade das partes.

A vontade das partes<sup>620</sup> em uma convenção probatória pode criar uma espécie de procedimento de *discovery* a moda brasileira<sup>621</sup>.

Original do direito estadunidense, a *discovery* é a fase pré-processual, pela qual se permite que uma das partes acesse e analise – de forma exaustiva – todos os documentos da parte contrária que estiverem relacionados ao litígio<sup>622</sup>. A *discovery* franqueia acesso tanto aos documentos favoráveis, como aos documentos contrários aos interesses da parte que os disponibiliza<sup>623</sup>. A partir da averiguação de tais documentos, as partes são engajadas em

---

<sup>620</sup> “A aplicabilidade e cabimento de *discovery* deve ser analisado caso a caso, avaliando não apenas o background de cada uma das partes e árbitros, mas também é necessário observar a vontade das partes no que diz respeito a procedimentos de obtenção de evidências e as leis aplicáveis ao caso concreto.” RAVAGNANI, Giovanni dos Santos; CHEBATT, Thiago Fernandes. Considerações sobre a prova testemunhal no novo Código de Processo Civil. In FREIRE, Alexandre; Didier Jr, Fredie; de Macêdo, Lucas Buri; e PEIXOTO, Ravi. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - v.3 - Processo de conhecimento – Provas. Juspodivm: Salvador, 2015.

<sup>621</sup> Em sentido contrário: “O Anteprojeto propunha o dever de cooperação das partes “entre si e com o juiz” (art. 5.º) mas na tramitação legislativa foi excluída a cooperação entre as partes, que seria contrária à índole e tradição do processo civil brasileiro, ao qual não se adapta o sistema da *discovery* do direito norte-americano”. DINAMARCO, Cândido Rangel. O Novo Código de Processo Civil e a ordem processual civil vigente. Revista de Processo | vol. 247/2015 | p. 63 - 103 | Set / 2015 | DTR\2015\13199; e YARSHELL, Flávio Luiz. O Projeto de Novo Código Comercial e a Proposta de Permuta de Documentos entre as Partes: “Discovery” Brasileira?. In: Flávio Luiz Yarshell; Guilherme Setoguti J. Pereira. (Org.). Processo Societário. 1ed. São Paulo: Quartir Latin, 2012, v. 1, p. 203-210.

<sup>622</sup> “O termo *discovery* é empregado nos Estados Unidos para designar o conjunto de mecanismos dos quais os litigantes podem se valer no processo judicial, ou mesmo antes dele, para obter da outra parte ou de terceiros o máximo de informações relativas aos fatos em disputa”. ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo. p. 127

<sup>623</sup> GORGA, Érica. Sistema Judicial de *Discovery* permite publicidade da investigação e aperfeiçoa governança. Revista Capital Aberto. Ago.2013; “Per quanto attiene più da vicino alla ricerca della verità, è evidente che un elaborato sistema di *discovery* consente alle parti di ampliare la loro conoscenza dei fatti della lite; tuttavia, non è detto che ciò aumenti la fairness del dibattimento (militando anzi in senso contrario i rilievi appena svolti), e quindi rimane dubbio che l'ampliamento dei *discovery* devices a disposizione delle parti traduca di per sé in una maggiore efficacia dell'*adversary* system come metodo processuale orientato verso la scoperta della verità. Il dubbio acquista consistenza anche sulla base di una ricerca empirica recentemente condotta negli Stati Uniti, dalla quale emerge che nel modello *adversary* l'avvocato è particolarmente attivo nella *discovery* dei fatti e delle prove, ma tende, più che altrove, ad introdurre forti sitorzioni della verità a favore del proprio cliente, quando si tratta di presentare al giudice come elementi di prova le conoscenze di fatto che há acquisto mediante la *Discovery*”. TARUFFO, Michele. Il Processo Civile *Adversary* nella esperienza Americana. Padova: Cedam, 1979. Apud RIGUETTI, Gabriel Felipe Roqueto. Processo e verdade: brevíssimas considerações sobre funções e conceitos. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 1/2018 | Revista de Processo | vol. 250/2015 | p. 61 - 90 | Dez / 2015 | DTR\2015\17055; e ROJAS ELGUETA, Giacomo, Understanding *Discovery* in International Commercial Arbitration through 'Behavioral Law and Economics': A Journey Inside the Minds of Parties and Arbitrators (May 5, 2009). Harvard Negotiation Law Review, Vol. 16, 2011. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1399402> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1399402>, acesso em 23 de dezembro de 2018, às 09h16min.

uma verdadeira busca por documentos relevantes para a controvérsia<sup>624</sup>, o que demanda tempo e eleva significativamente o valor de um procedimento arbitral<sup>625</sup>.

Mesmo nos Estados Unidos da América – ou na arbitragem<sup>626</sup> –, a *discovery* não pode ser determinada pelo juiz, de modo a violar as expectativas das partes<sup>627</sup>.

A convenção processual que institui a *discovery* brasileira (ou permuta de documentos) deve favorecer a busca e requisição de documentos certos, precisos e específicos<sup>628</sup>, com a obediência de critérios racionais para tanto<sup>629</sup>, evitando-se a

---

<sup>624</sup> “o mecanismo é considerado um elemento indispensável do processo de apuramento dos fatos”. COSTA, Amanda Dallmann. Produção de prova documental na arbitragem internacional: análise sobre a possibilidade de utilização de *discovery* em uma arbitragem internacional. Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito no ano de 2017, sob a orientação do professor Ronaldo Vasconcelos.

<sup>625</sup> RAVAGNANI, Giovani dos Santos; CHEBATT, Thiago Fernandes. Considerações sobre a prova testemunhal no novo Código de Processo Civil. In FREIRE, Alexandre; Didier Jr, Fredie; de Macêdo, Lucas Buri; e PEIXOTO, Ravi. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - v.3 - Processo de conhecimento – Provas. Juspodivm: Salvador, 2015; e This restrictive understanding of documentary discovery is also reflected in Rule 20.1.1 ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure. Under this Rule, a party may request the court to order the production of documents ‘that are specifically identified or identified within specifically defined categories and which are relevant to an issue as to which the demanding party has the burden of proof’. This Rule is aimed at preventing abuse, such as over-discovery or ‘fishing expeditions’ in Part III, 26th Scenario: The Second Day of the Hearing: Taking of Evidence in BERGER, Klaus Peter. Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration (Third Edition), 3rd edition (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015) pp. 567 – 612

<sup>626</sup> Observa-se que a arbitragem já vem sendo utilizada há décadas como meio alternativo de resolução de controvérsias, principalmente com relação aos litígios comerciais, por ser um meio mais célere e barato. No entanto, o procedimento arbitral está começando a sofrer com as ineficiências inerentes à justiça ordinária, e o motivo principal é a crescente utilização da *Discovery*. COSTA, Amanda Dallmann. Produção de prova documental na arbitragem internacional: análise sobre a possibilidade de utilização de *discovery* em uma arbitragem internacional. Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito no ano de 2017, sob a orientação do professor Ronaldo Vasconcelos; e ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Admissibilidade da prova pericial e a evolução da jurisprudência norte-americana. Revista de Processo | vol. 155/2008 | p. 282 - 301 | Jan / 2008 | DTR\2008\863.

<sup>627</sup> “The Tribunal should determine discovery procedure in accordance with the ‘evidentiary needs of the case and the Parties’ legitimate expectations’”. BORN, Gary B. International Commercial Arbitration 2nd Edition, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014, 2341, §16.01[E].

<sup>628</sup> “where a party requests production of a very vaguely identified group of documents in the hope of finding supporting material in the adversary’s evidence”. DARIA, Kozłowska. The Revised UNCITRAL Arbitration Rules Seen through the Prism of Electronic Disclosure, Journal of International Arbitration 2011, pp. 51-65; Dietmar W. Prager and Joanna E. Davidson, Railroad Development Corporation v Republic of Guatemala, Decision on Provisional Measures, ICSID Case No. ARB/07/23, 15 October 2008, A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International; e After having obtained Claimant’s comments, the Tribunal issued Procedural Order No. 6 and ordered Claimant, on the basis of Art. 20(5) of the ICC Rules, to submit certain categories of documents. The Tribunal granted Claimant an extension of time for the submission of its rejoinder and the documents in fulfilment of the *Discovery*. Procedural Order No. 8 clarified upon Respondent’s request one aspect of Procedural Order No. 6. Due to settlement negotiations, the Tribunal granted, upon request of both parties, an additional time for the submission of Claimant’s reply and for Respondent’s rejoinder (Procedural Order No. 9). Both submissions were received in due time. Contractor (Tunisia) v Supplier (India), Final Award, ICC Case No. 1313 in Albert Jan van den Berg (ed), Yearbook Commercial Arbitration 2010 - Volume XXXV, Yearbook Commercial Arbitration, Volume 35 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2010) pp. 129 – 157.

<sup>629</sup> FALECK, Diego; ALVES, Rafael Francisco. Concordar em discordar: por quê, o quê e como negociar o procedimento arbitral. Revista de Direito Empresarial | vol. 1/2014 | p. 249 | Jan / 2014 | DTR\2014\586; e

requisição vaga e ampla, que pode causar problemas às partes, destacando-se que o racional da permuta de documentos não é a construção de um caso, mas a comprovação de uma pretensão já existente<sup>630</sup>.

Sobre a precisão da amplitude da *discovery*, é importante diferenciar tal instituto da exibição de documentos e da produção de documentos de forma genérica, qual seja: na exibição de documentos, exige-se que um documento seja apresentado como prova de um fato, na *Discovery* trata-se do exercício do direito de análise dos documentos para incrementar o direito material<sup>631</sup>.

A previsão contratual da *discovery* pode estabelecer que os próprios advogados das partes conduzirão o procedimento<sup>632</sup>, bem como definir que a permuta de documentos será realizada inteiramente no âmbito virtual, a chama *e-discovery*<sup>633</sup>.

A corroborar com a ideia ora apresentada encontram-se Marília Siqueira e Júlia Lipiani<sup>634</sup> e os enunciados do Fórum Permanente dos Processuais Cíveis – FPPC, que

---

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 127.

<sup>630</sup> TERCIER, Pierre; e BERSHEDA, Tetiana. Document Production in Arbitration: A Civil Law Viewpoint. 35 ASA Special Series 2011, pp. 77-102. Disponível em <http://www.jurispub.com/Document-Production-in-Arbitration-A-Civil-Law-Viewpoint-Chapter-7-Search-for-Truth-in-Arbitra.html>, acesso em 28 de dezembro de 2018, às 10h46min.

<sup>631</sup> Sentença arbitral que aborda a amplitude da *discovery* pretendida pelas partes: “The Respondent argues that it did not consent to broad common law style discovery by becoming party to CAFTA or the ICSID Convention anymore than did other civil law countries. The Respondent points out that the request includes four broad categories of documents starting with the words ‘All documents referring or relating to’ or ‘All declarations’ and they include sixteen broad document subcategories. According to the Respondent, the expansive nature of the Request becomes overbearing when added”. Arbitral Award: BNP Paribas & Others v. Deloitte & Touche LLP, High Court of Justice, Queen's Bench Division (Commercial Court), 2003/946, John Beechey and Jason Clapham, 'BNP Paribas & Others v. Deloitte & Touche LLP, High Court of Justice, Queen's Bench Division (Commercial Court), 2003/946, 28 November 2003', A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International.

<sup>632</sup> MATTOS, Ricardo Nemes de. O poder do advogado na condução do processo civil: propostas para ampliação. Tese de Doutorado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

<sup>633</sup> “O *e-discovery*, portanto, nada mais é do que a versão eletrônica do *Discovery*, onde uma parte garante à outra vista de todos os *e-mails* e demais documentos eletrônicos que podem ser usados em uma causa. Não é preciso muito esforço imaginativo para antever que em uma grande arbitragem o *e-discovery* pode sobrecarregar os advogados de uma parte de informação, quando, repentinamente, ficam encarregados de extrair de um mar de *e-mails* e documentos eletrônicos aqueles que serão relevantes para a arbitragem.”. JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. 2014. 325p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

<sup>634</sup> “As partes podem, ainda, por exemplo, celebrar contrato criando o dever mútuo de apresentação de documentos relevantes para o litígio durante o procedimento de mediação/conciliação, espelhando-se na *disclosure* (ou *discovery*) do direito anglo-saxão”. LIPIANI, Júlia; e SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre mediação e conciliação. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157. Art. 190, parágrafo único, do CPC/2015. Mais: “Pode-se, inclusive, determinar, por meio do negócio em questão, que a exibição de documentos seja feita extrajudicialmente, independentemente do ajuizamento do processo, de forma



estabelece que as partes poderão “firmar pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*)”<sup>635</sup>. Há registros na doutrina, inclusive, de um crescimento da utilização de tal convenção<sup>636</sup>.

As partes podem inserir em um contrato uma cláusula com deveres e notificação recíprocas em caso de divergência, acrescentando-se a obrigação de exibição dos documentos correlatos às pretensões, “variando conforme o tipo de litígio – como a demonstração dos prontuários médicos em conflitos de saúde, relatórios de obra e boletins de medição em litígios de construção, livros e atas de reuniões em conflitos societários etc.”<sup>637</sup>.

A experiência arbitral também destaca que os abusos<sup>638</sup> no uso da *discovery* devem ser coibidos pelos julgadores<sup>639</sup>. Nesse sentido, as partes podem convencionar multas e penas pecuniárias no caso da prática de atitude que viole a boa-fé durante a fase da *discovery*.

De modo a limitar as convenções sobre *Discovery* estão os próprios limites do instituto, como os custos de sua implementação e o risco da “pesca” de informações sensíveis (*fishing expedition*)<sup>640</sup>. Por sua vez, as consequências na hipótese de recusa

---

similar à que ocorre na disclosure (ou discovery) do direito anglo-saxão, com a sanção de presunção de veracidade dos fatos sustentados pela parte que requereu os documentos, caso não sejam apresentados. Nesse caso, a parte solicitaria os documentos por procedimento extrajudicial e, caso não fossem entregues no prazo determinado, a presunção de veracidade dos fatos a serem provados por tais documentos já ocorreria. Ficaria, assim, dispensada eventual ação de exibição de documentos”. DIDIER JR. Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. Revista de Processo | vol. 279/2018 | p. 41 - 66 | Maio / 2018 | DTR\2018\12761.

<sup>635</sup> Disponível em <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>, acesso em 4 de janeiro de 2019, às 00h37min.

<sup>636</sup> “Há um crescente número de processos julgados baseados em “contract procedure”, nos quais as partes negociam regras privadas do procedimento, da eleição de foro aos direitos do procedimento de “discovery” e regras que incidirão sobre as provas”. MÜLLER, Julio Guilherme. A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica. 2016. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, pp. 92-93.

<sup>637</sup> PANTOJA, Fernanda Medina. Convenções pré-processuais para a concepção de procedimentos preliminares extrajudiciais. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157.

<sup>638</sup> ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 268p.

<sup>639</sup> “Counsel’s reference to the ‘discovered invoices’ is a reference to one of four lever-arch volumes of documents produced on discovery by the Claimant, which contained a set of invoices covering the period of the Agreements. These invoices were on the printed paper of Intermediary A; they were dated; they gave the registration number of the relevant aircraft, the relevant dollar rate for that particular aircraft and the hours flown. Thus, the invoice for August 1995, for example, in relation to aircraft registration number 2 showed a charging rate of US\$ 880 per hour and 81.71 flying hours, making a total sum of US\$ 71,904.80”. State-owned corporation X v Corporation Y, Final Award, ICC Case No. 11307, 2003 in Albert Jan van den Berg (ed), Yearbook Commercial Arbitration 2008 - Volume XXXIII, Yearbook Commercial Arbitration, Volume 33 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2008) pp. 24 – 62.

<sup>640</sup> DODSON, Scott. New pleading, new discovery. Michigan Law Review, v. 109, p. 53, Oct. 2010. Disponível em <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article>

ilegítima à exibição (como a presunção relativa de veracidade), dispostos na lei processual<sup>641</sup>, que são perfeitamente extensíveis à seara extrajudicial.

#### **3.7.4. Responsabilidade pela guarda e gestão de documentos.**

Este tópico foi inspirado no texto elaborado por Fredie Didier Jr, Júlia Lipiani e Leandro Santos Aragão, denominado *Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais*, publicado na Revista de Processo da Editora Revista dos Tribunais<sup>642</sup>. Segundo os autores – posição com a qual concorda-se – “as partes de um contrato empresarial podem celebrar negócio jurídico processual fixando a quem caberia a responsabilidade pela guarda e pela apresentação de tais e quais documentos em caso de judicialização do conflito, sob pena de serem admitidos como verdadeiros os fatos afirmados pela outra parte, nos termos do art. 400 do CPC.”

Trata-se de convenção processual que encontra respaldo nas regras estabelecidas nos artigos 396 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015, os quais fixam e estabelecem as consequências do não cumprimento da obrigação de exibição de documentos, qual seja, a presunção de veracidade em seu desfavor no caso de não apresentação. Basta que um contrato preveja, para uma das partes, o dever de guardar e conservar determinado documento, durante período fixado em comum acordo, e a inexistência de responsabilidade da outra parte nesse sentido.

Imagine-se um contrato pelo qual uma parte adquire a totalidade das ações de uma sociedade anônima de capital fechado (um típico contrato do mundo de fusões e aquisições), estabelecendo-se, na cláusula de representações e garantias<sup>643</sup>, que as

---

[e=1178&context=mlr](#), acesso em 15 de janeiro de 2019, às 00h48min.

<sup>641</sup> Artigos 397 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015.

<sup>642</sup> “As partes de um contrato empresarial podem celebrar negócio jurídico processual fixando a quem caberia a responsabilidade pela guarda e pela apresentação de tais e quais documentos em caso de judicialização do conflito, sob pena de serem admitidos como verdadeiros os fatos afirmados pela outra parte, nos termos do art. 400 do CPC. Considerando o que está previsto nos arts. 396 e seguintes do CPC, relativos à exibição de documento ou coisa, basta prever no contrato o dever de uma das partes contratantes guardar e conservar determinado documento, durante período fixado em comum acordo, e a inexistência de responsabilidade da outra parte nesse sentido. Fixado a quem incumbe o dever de guardar certos documentos, a questão se resolve da seguinte forma: se a parte pretender provar os fatos que alegar, de acordo com as regras de distribuição legal do ônus da prova, com tais documentos, ela terá de apresentá-los e não poderá pedir a sua exibição à outra parte, que não se responsabilizou pela sua guarda; se a parte que não se responsabilizou pela guarda pretender provar os fatos que alegar, de acordo com as regras de distribuição legal do ônus da prova, com tais documentos, ela poderá requerer a sua exibição pela outra contratante, nos termos do art. 396 do CPC, sob pena de serem admitidos como ocorridos os fatos afirmados, nos termos do art. 400, I, do CPC. As partes, assim, convencionam a aplicação do efeito do art. 400 do CPC, ou seja, convencionam a aplicação de um efeito jurídico previsto em lei, em negócio claramente lícito”. DIDIER JR, Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. *Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais*. Revista de Processo | vol. 279/2018 | p. 41 - 66 | Maio / 2018 | DTR\2018\12761.

<sup>643</sup> “O contrato de compra e venda de empresa ou operação de fusão e aquisição invariavelmente contém uma lista de declarações do vendedor sobre os mais diversos estados de coisas, desde fatos relacionados à

responsabilidades do devedor pelo pagamento dos passivos judiciais dependerá da apresentação e manutenção documental das informações, pelo comprador, que comprovem o débito. A má gestão documental por parte do comprador fará com que este absorva responsabilidades que, contratualmente, poderiam ser transferidas ao vendedor.

### 3.7.5. Acordos sobre exibição de documentos<sup>644</sup>.

Não gastaremos muita tinta sobre essa espécie de convenção probatória, uma vez que entendemos que o item *supra* que abordou a possibilidade da aplicação da *Discovery* à brasileira já abarca os assuntos aqui contidos. No entanto, apenas para diferenciar tal espécie de convenção daquela, é importante que destaquemos o seguinte exemplo<sup>645</sup>: para evitar a judicialização, as partes podem convencionar pela exibição extrajudicial de um determinado documento, com a sanção de presunção de veracidade dos fatos sustentados pela parte que requereu os documentos, caso não sejam apresentados<sup>646</sup>.

A possibilidade de celebração de tal convenção às vésperas do litígio é baixíssima e inviável, do ponto de vista prático. Ainda que o processo seja guiado pelo princípio da

---

sociedade alvo, licenças, capacidade, poderes, regularidade fiscal, até a fatos que constituem mera expectativa do declarante. Tais declarações são dispostas no contrato de M&A sob a denominação de “Cláusula de Representações e Garantias”, expressão traduzida do direito anglo-saxão sem nenhum cuidado com seu significado no direito brasileiro que atribui aos termos “representação” e “garantia” efeitos jurídicos bastante diversos. Basicamente, o vendedor comunica ao comprador uma série de circunstâncias relativas à sociedade alvo ou ao seu entorno e assegura que tais afirmações são verdadeiras, sem que haja, porém, o oferecimento de qualquer garantia real ou pessoal. Garante-se apenas que as declarações da cláusula são verdadeiras.” MARQUES FILHO, Vicente de Paula. Cláusula de representações estabelece garantias em fusões e aquisições. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jul-16/vicente-marques-clausula-representacoes-estabelece-garantias-ma>, acesso em 3 de janeiro de 2019, às 22h44min.

<sup>644</sup> Sobre exibição de documentos, é importante mencionar a clássica obra de Barbosa Moreira: “No caso da exibição, a forma é diferente, o itinerário percorrido pelo documento apresenta certas peculiaridades. É o juiz que ordena, de ofício ou a requerimento, aquela exibição mas, no fundo, trata-se sempre de analisar um documento, tanto num caso com no outro. É que essa especificação feita nas leis processuais não obedece a critérios rigorosissimamente lógicos. Se obedecesse, não teríamos essas superposições. Vejam outro exemplo: a inspeção de coisa. Ela também visa a explorar uma fonte de conhecimento que é a mesma da exibição de coisa. Se fossemos arrumar isso de acordo com critério absolutamente lógico, não se justificaria essa separação, porque a fonte do conhecimento é sempre a mesma. O que varia - repito - é a forma, é a maneira pela qual o juiz tem acesso a essa fonte, e então procura retirar dela conhecimentos úteis ao esclarecimento dos fatos relevantes”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. Revista de Processo | vol. 76/1994 | p. 114 - 126 | Out - Dez / 1994.

<sup>645</sup> Sentença arbitral que aborda a amplitude da *discovery* pretendida pelas partes: “The Respondent argues that it did not consent to broad common law style discovery by becoming party to CAFTA or the ICSID Convention anymore than did other civil law countries. The Respondent points out that the request includes four broad categories of documents starting with the words ‘All documents referring or relating to’ or ‘All declarations’ and they include sixteen broad document sub categories. According to the Respondent, the expansive nature of the Request becomes overbearing when added”. Arbitral Award: BNP Paribas & Others v. Deloitte & Touche LLP, High Court of Justice, Queen's Bench Division (Commercial Court), 2003/946, John Beechey and Jason Clapham, 'BNP Paribas & Others v. Deloitte & Touche LLP, High Court of Justice, Queen's Bench Division (Commercial Court), 2003/946, 28 November 2003', A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International.

<sup>646</sup> DIDIER JR. Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. Revista de Processo | vol. 279/2018 | p. 41 - 66 | Maio / 2018 | DTR\2018\12761.

cooperação, os interesses imediatos das partes, em um litígio, são antagônicos, não vivemos o processo civil arco-íris<sup>647</sup>. Daí porque tal previsão deve ser negociada quando da própria celebração do contrato de direito material que conecta as partes.

### **3.7.6. Acordo para que o lastro em *blockchain* seja requisito de validade para a utilização das provas documentais eletrônicas<sup>648</sup>.**

Ainda que do ponto de vista tecnológico a utilidade de tal convenção esteja um pouco distante, é válida a convenção processual que estabelece que o lastro em *blockchain* seja considerado um requisito de validade para a admissão de prova documental. Isso quer dizer que as provas documentais que não forem registradas e encadeadas no universo *blockchain* não poderão ser utilizadas por nenhuma das partes para influenciar o livre convencimento do juiz.

Para adentrar ao assunto, passemos pelo conceito de *blockchain*, que é a tecnologia que lastreia a internet dos valores. “Compreende o uso de um ledger (livro-razão) distribuído e descentralizado, que verifica e armazena transações. Para André Roque”<sup>649</sup>.

“Blockchain, literalmente traduzido, significa “cadeia de blocos”. Trata-se de tecnologia que foi desenvolvida pela primeira vez em 2008, no código-fonte de uma criptomoeda (moeda virtual) muito conhecida, sobretudo a partir de sua extrema valorização no ano passado: o Bitcoin. A tecnologia blockchain permite armazenar com segurança e de forma descentralizada as transações envolvendo determinada criptomoeda. Contudo, embora desenvolvida no código-fonte do

---

<sup>647</sup> MACHADO, Marcelo Pacheco. Princípio da cooperação e processo civil arco-íris: onze exemplos para entender. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-principio-da-cooperacao-e-processo-civil-do-arco-%C2%ADiris-27042015>, acesso em 23 de dezembro de 2018, às 22h41min.

<sup>648</sup> “A inclusão dos documentos eletrônicos entre as definições clássicas de documento faz com que aqueles meios de prova submetam-se às disposições contidas no CPC (LGL\1973\5) acerca da teoria geral da prova e da prova documental. Somente deixarão de ser aplicadas os preceitos em tela se houver norma específica tratando os documentos eletrônicos diferenciadamente ou se for observada incompatibilidade entre a disciplina geral da lei processual e a sistemática peculiar das mensagens veiculadas pela internet. Os objetivos do presente estudo não foram senão elaborar uma compilação da produção doutrinária especializada em internet (o que nos obrigou à consulta de obras alheias ao direito), conjugando-a com as construções dos juristas que se aventuraram, até aqui, nos meandros turvos da atmosfera virtual, buscando transportar os conhecimentos obtidos através da análise técnica do funcionamento físico dos computadores para o campo do Direito Processual”. CABRAL, Antonio do Passo. A eficácia probatória das mensagens eletrônicas. Revista de Processo | vol. 135/2006 | p. 97 - 131 | Maio / 2006 | Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 5 | p. 759 - 798 | Out / 2010 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 657 - 696 | Out / 2011 | DTR\2006\326.

<sup>649</sup> ROQUE, André Vasconcelos. A tecnologia blockchain como fonte de prova no processo civil. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/a-tecnologia-blockchain-como-fonte-de-prova-no-processo-civil-15102018>, acesso em 24 de dezembro de 2018, às 15h30min.:

Bitcoin, referida tecnologia pode ser utilizada em muitas outras áreas, algumas delas de interesse dos profissionais do Direito.”

Ou seja, uma *blockchain* basicamente garante que a base de dados e as transações que ocorram sejam registradas dentro do livro-razão, de forma segura e possam ser compartilhadas publicamente.<sup>650</sup> Como sucessora da criptografia<sup>651</sup>, a *blockchain* é o mecanismo pelo qual se atesta um registro, de forma segura, autêntica, pública e imutável. A *blockchain* também é o mecanismo pelo qual se faz prova – de trabalho e de participações – das transações ocorridas<sup>652</sup>.

Tendo em vista que quase todos os tipos de comunicação humana acabam deixando rastros eletrônicos, com a expansão da tecnologia *blockchain*, maior será a prática de tal convenção processual<sup>653</sup>. Por tal motivo, tem-se destacado ainda mais a utilização da *blockchain*, a reconhecendo, inclusive, como fonte de prova<sup>654</sup>.

### **3.8. Convenções sobre ações probatórias autônomas e condicionamento do ajuizamento de ação principal à conclusão de ação probatória prévia.**

---

<sup>650</sup> “A *blockchain* (cadeia de blocos), é a tecnologia que suporta a chamada internet dos valores. Compreende o uso de um ledger (livro-razão) distribuído e descentralizado, que verifica e armazena transações. Uma *blockchain* basicamente garante que a base de dados e as transações que ocorram sejam registradas dentro do livro-razão, de forma segura e possam ser compartilhadas publicamente. Historicamente, esse tipo de base de dados, foram usadas e disponibilizadas de forma privada. A tecnologia da cadeia de blocos propõe uma mudança nesse paradigma. A partir desta hipótese, as implicações para os campos econômico e social, passam a ser relevantes” (...) “o *blockchain* é um ledger incorruptível de transações de natureza econômica, que são codificadas e registram praticamente tudo de valor”. FAZANO FILHO, José Humberto. Perspectivas para tecnologia *blockchain*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 81/2018 | p. 141 - 158 | Jul - Set / 2018 | DTR\2018\19494.

<sup>651</sup> “De fato, a criptografia é mecanismo de proteção que atingiu alto grau de sofisticação. Atualmente, existem dois tipos de criptografia: a simétrica e a assimétrica. A criptografia simétrica é aquela em que há uma chave única, ou seja, a mesma chave é utilizada para criptografar e decriptar o documento. Por exemplo, se o remetente X deseja enviar documento ao destinatário Y, ele deve gerar a mensagem em texto normal, aplicar a chave e o transformar em texto cifrado. Após a operação criptográfica, a mensagem está pronta para o envio. Ao receber a mensagem, Y aplica a mesma chave e transforma o texto cifrado em texto normal”. CABRAL, Antonio do Passo. A eficácia probatória das mensagens eletrônicas. Revista de Processo | vol. 135/2006 | p. 97 - 131 | Maio / 2006 | Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 5 | p. 759 - 798 | Out / 2010 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 657 - 696 | Out / 2011 | DTR\2006\326.

<sup>652</sup> A transação só será processada, e conseqüentemente integrará o sistema, se a rede, através da resolução de problemas pelas regras matemáticas adotadas, como o *proof-of-work* (prova de trabalho) ou *proof-of-stake* (prova de participações) chegarem a um consenso, garantindo a veracidade das informações transmitidas. Assim, para transacionar na *blockchain*, não é necessário confiar na parte com quem trocamos e nem em um terceiro intermediador. FAZANO FILHO, José Humberto. Perspectivas para tecnologia *blockchain*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 81/2018 | p. 141 - 158 | Jul - Set / 2018 | DTR\2018\19494.

<sup>653</sup> “Estamos no século XXI. Vivemos na era digital, em que circulam enormes quantidades de informação por meio da rede mundial de computadores – e esta coluna é um exemplo disso. Nós estudamos, mantemos contato, estabelecemos novos relacionamentos ou nos informamos do que acontece no mundo por meios eletrônicos”. ROQUE, André Vasconcelos. A tecnologia *blockchain* como fonte de prova no processo civil. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/a-tecnologia-blockchain-como-fonte-de-prova-no-processo-civil-15102018>, acesso em 24 de dezembro de 2018, às 15h30min.

<sup>654</sup> Informação obtida junta ao site Webitcoin, <https://webitcoin.com.br/registros-em-blockchain-serao-legalmente-aceitos-como-evidencia-na-china-set-10/>, acesso em 24 de dezembro de 2018, às 15h51min.

Em decorrência do fato de ser o direito à prova um direito autônomo, conforme abordado na segunda parte da presente dissertação está o exercício – também autônomo – do seu respectivo direito de ação, as ações probatórias autônomas. Nesse contexto, admitem-se convenções processuais para moldar o procedimento da ação probatória autônoma<sup>655</sup>.

Um dos objetivos da ação probatória é mostrar para as partes se elas possuem um bom direito ou não antes de adentrar ao litígio propriamente dito<sup>656</sup>. Se, de fato, há argumentos que embasem seus pedidos e evidências dos fatos alegados<sup>657</sup>. A ação probatória autônoma atua em favor do atingimento dos princípios da eficiência processual, bem como caminha em conjunto com o interesse da resolução consensual dos conflitos<sup>658</sup>.

De forma a mitigar o direito de ação, as partes podem, legalmente, ajustar convenção processual que condiciona o acesso à justiça ao desfecho e conclusão da produção da prova em uma ação probatória<sup>659</sup>. Tal qual nas cláusulas contratuais que estabelecem a mediação obrigatória de forma a anteceder o litígio (processo judicial ou arbitragem) em que serão disputadas as divergências materiais havidas entre os sujeitos parciais do processo<sup>660</sup>. Trata-se de uma espécie de cláusula escalonada<sup>661</sup> entre ação probatória/litígio propriamente dito.

---

<sup>655</sup> COSTA, Amanda Dallmann. Produção de prova documental na arbitragem internacional: análise sobre a possibilidade de utilização de discovery em uma arbitragem internacional. Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito no ano de 2017, sob a orientação do professor Ronaldo Vasconcelos.

<sup>656</sup> “”. TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. Revista de Processo | vol. 260/2016 | p. 75 - 101 | Out / 2016 | DTR\2016\23994.

<sup>657</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47, 211 e 212; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ações probatórias autônomas. São Paulo. Saraiva, 2008.

<sup>658</sup> COSTA, Amanda Dallmann. Produção de prova documental na arbitragem internacional: análise sobre a possibilidade de utilização de discovery em uma arbitragem internacional. Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito no ano de 2017, sob a orientação do professor Ronaldo Vasconcelos.

<sup>659</sup> “Pode-se, assim, fazer com que as partes, no momento mais primitivo da controvérsia, estabeleçam uma interlocução para expor as suas reivindicações e produzir eventuais provas, cogitando da possibilidade de compor amigavelmente o conflito. Caso reste frustrada a tentativa de acordo e seja ajuizada uma demanda por uma das partes, as diligências daquela fase preparatória não de permitir ao autor e ao réu definir com maior precisão o objeto da controvérsia, elaborar peças mais objetivas e robustas e otimizar a produção probatória, contribuindo para um processo mais eficiente”. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Breves considerações sobre o princípio do acesso à justiça no direito brasileiro. Revista de Direito do Trabalho | vol. 134/2009 | p. 168 - 201 | Abr - Jun / 2009 | DTR\2009\285.

<sup>660</sup> PANTOJA, Fernanda Medina. Convenções pré-processuais para a concepção de procedimentos preliminares extrajudiciais. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157.

<sup>661</sup> “a cláusula escalonada é aquela que indica formas de solução de conflitos graduais, seguindo uma escala de modo a incentivar que, inicialmente, as partes busquem a solução consensual direta de seus conflitos, podendo, caso não alcancem resultado, solucioná-los com o auxílio de um terceiro, e, por fim, persistindo o

Marília Siqueira e Júlia Lipiani filiam-se à tese apresentada e, expressamente, afirmam que “o ingresso em juízo possa ser, convencionalmente, postergado e condicionado”, seja à tentativa de solução consensual do conflito, seja à produção de prova antecipada destinada a, de forma indireta, causar o mesmo efeito, a solução autocompositiva do conflito<sup>662</sup>.

O descumprimento da cláusula escalonada acima descrita pode não acarretar, de forma implacável, a extinção do processo por falta de interesse de agir, mas justificar a sua suspensão até o encerramento da fase anterior, estabelecida em contrato. No mais, podem vir a ser aplicadas multas contatuais e ou decorrentes de lei (litigância de má-fé ou ato atentatório à dignidade da justiça)<sup>663</sup>.

### **3.9. Acordo sobre empréstimo de prova<sup>664</sup>.**

A partir do Código de Processo Civil de 2015, o empréstimo de prova passou a ser figura típica, situada no artigo 372: o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório. Isso quer dizer que se aproveitará no processo algumas provas produzidas anteriormente em outro processo<sup>665</sup>. Neste caso, o juiz avaliará livremente a prova emprestada, a apurando seu valor adequado, de acordo com o contexto havido nos autos<sup>666</sup>,

---

impasse, pelo julgamento de um árbitro, que decide de modo definitivo à controvérsia” GUERRERO, Luis Fernando. Os Métodos de Solução de Conflitos e o Processo Civil. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1. 176p.

<sup>662</sup> “Se o direito de ação não pode ser imposto às partes (inclusive lhes sendo facultada a escolha pelo procedimento arbitral, em renúncia à jurisdição), é lógico concluir-se que o ingresso em juízo possa ser, convencionalmente, postergado e condicionado à tentativa de solução consensual do conflito. Ou seja, considerando que as partes não estão obrigadas a pleitear a tutela jurisdicional para resolução da sua demanda, nada impede que convençiem a postergação e condicionamento do ingresso em juízo (menos, portanto, do que a renúncia à jurisdição)”. LIPIANI, Júlia; e SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre mediação e conciliação. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157. Art. 190, parágrafo único, do CPC/2015.

<sup>663</sup> “O descumprimento das normas negociadas não deve determinar implacavelmente a extinção do processo sem julgamento de mérito por falta de interesse de agir, ante o princípio de prevalência do julgamento de mérito, mas pode determinar a suspensão do processo pelo juiz para que as partes o cumpram; acarretar imposição de multa por litigância de má-fé, com base no art. 80 do CPC/2015; ou levar à transferência do ônus de arcar com os custos do processo.”. PANTOJA, Fernanda Medina. Convenções pré-processuais para a concepção de procedimentos preliminares extrajudiciais. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157.

<sup>664</sup> “prova emprestada aquela que é produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documental mente para outro, visando a gerar efeitos em processo distinto”. ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. Da prova no processo penal. 6ª. Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2004.

<sup>665</sup> AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p. 98.

<sup>666</sup> “O juiz então avaliará livremente a prova emprestada, atribuindo-lhe concretamente o valor que reputar adequado, considerando o contexto fático e probatório existente nos autos”. AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p. 100; e “O sistema

devendo a avaliar o se o empréstimo respeitou ao contraditório e às garantias fundamentais do processo<sup>667</sup>.

Na prova emprestada, o meio de prova consiste no traslado de prova produzida em um processo para outro processo<sup>668</sup>, o transporte de produção probatória de um processo para outro<sup>669</sup>.

Tradicionalmente, a doutrina brasileira sempre exigiu que a prova emprestada pudesse ser utilizada somente contra quem participou de sua formação no processo anterior, sob pena de violação ao contraditório e à ampla defesa<sup>670</sup>. Tal “exigência”, todavia, pode ser superada por convenção processual probatória e pela possibilidade de preservação

---

processual vigente no direito pátrio é informado pelo princípio do livre convencimento motivado do juiz e da persuasão racional, de forma que o julgador poderá fundamentar sua decisão em quaisquer outras provas constantes dos autos, não necessariamente na prova emprestada, desde que atento a seus fatos e circunstâncias e indicando os motivos que lhe formem o convencimento”. STJ, Recurso Especial n. 910.888/RS, 4.<sup>a</sup> T., j. 15.12.2009, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 02.02.2010.

<sup>667</sup> Leonardo Greco aponta como exemplos de princípios indisponíveis, porque impostos de modo absoluto: a independência, a imparcialidade e a competência absoluta do juiz; a capacidade das partes; a liberdade de acesso à tutela jurisdicional em igualdade de condições por todos os cidadãos (igualdade de oportunidades e de meios de defesa); um procedimento previsível, equitativo, contraditório e público; a concorrência das condições da ação; a delimitação do objeto litigioso; o respeito ao princípio da iniciativa das partes e ao princípio da congruência; a conservação do conteúdo dos atos processuais; a possibilidade de ampla e oportuna utilização de todos os meios de defesa, inclusive a defesa técnica e autodefesa; a intervenção do Ministério Público nas causas que versem sobre direitos indisponíveis, as de curador especial ou de curador à lide; o controle da legalidade e causalidade das decisões judiciais através da fundamentação; a celeridade do processo; e a garantia de uma cognição adequada pelo juiz. (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (org.) *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, pp. 290-304).

<sup>668</sup> Trata-se do direito de utilizar as deduções feitas e os documentos apresentados pela parte contrária. Está umbilicalmente associado ao princípio do contraditório.

<sup>669</sup> “O novo Código trouxe ao direito positivo a disciplina explícita da admissibilidade e eficácia da prova emprestada, ao estabelecer que “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório” (art. 372). Esse é mais um entre os dispositivos com que o legislador de 2015 pretendeu outorgar explicitude a certos institutos e certas práticas já antes consagradas, com vista à clareza e sobretudo à segurança jurídica. A prova produzida em outro processo será admitida e eficaz (a) quando o adversário daquele que requer sua utilização houver sido parte no processo em que ela houver sido produzida, (b) quando o próprio sujeito que não foi parte aceitar essa utilização ou (c) quando requerida por aquele que não haja sido parte no primeiro processo, entendendo-se que, ao fazer esse requerimento, ele fez seu próprio juízo de conveniência, concluindo que a prova emprestada lhe será útil”. DINAMARCO, Cândido Rangel. O Novo Código de Processo Civil e a ordem processual civil vigente. *Revista de Processo* | vol. 247/2015 | p. 63 - 103 | Set / 2015 | DTR/2015/13199; e TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. São Paulo: *Revista de Processo*, vol. 91, 1998, p. 93.

<sup>670</sup> “A exigência de que a prova emprestada seja utilizada contra quem participou da sua formação no processo anterior não corresponde a considerar o contraditório e a ampla defesa um fim em si mesmos. Trata-se, ao contrário, de reconhecer a indispensabilidade de que o empréstimo da prova seja admitido apenas quando a parte contra quem ela será utilizada tenha participado de um contraditório, o que é congruente com a garantia constitucional do direito à prova.”. AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. RT. São Paulo. 1<sup>a</sup> edição. 2016, p. 114.



do contraditório e da ampla defesa, ao se oportunizar a efetiva participação da parte ar sobre o seu resultado no novo processo<sup>671</sup>.

Na convenção processual sobre o empréstimo de prova, o juiz deverá constatar e verificar apenas e tão somente a validade do empréstimo da prova e não o conteúdo da convenção probatória. Com relação a esta, o juiz deve limitar-se na análise indicada no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015<sup>672</sup>.

Ainda sobre esse assunto, as partes poderiam superar a exigência de terem que ter participado no primeiro processo e, em conjunto, por negócio probatório, efetuar o empréstimo de prova<sup>673</sup>.

### **3.10. Utilização da IBA *Rules on the taking of evidence* no processo civil estatal brasileiro por opção das partes.**

A regras da IBA *on the taking of evidence* (ou as regras da IBA sobre produção de provas na arbitragem internacional são regras de *softlaw*<sup>674</sup> para harmonizar o ambiente cultural da arbitragem internacional, onde atuam árbitros e partes oriundos de sistemas com modelos provas distintos (*common law x civil law*), com relação aos aspectos que giram em torno da produção de provas.

Ou seja, o racional da criação das regras da IBA sobre produção provas foi um só: “a criação de um recurso para que as partes e os árbitros possam implementar um procedimento eficiente, econômico e justo na produção de provas no âmbito da arbitragem

---

<sup>671</sup> AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p. 113.

<sup>672</sup> “Cabe, ainda, uma última ponderação, não menos importante que as demais: a admissibilidade do empréstimo da prova objeto da convenção processual pode e deve ser analisada pelo juiz. O que será verificado pelo magistrado são os requisitos para o empréstimo, notadamente a observância do contraditório, e não a adoção do meio de prova em questão pelas partes, sobre o que não cabe ao juiz se manifestar”. FERRADEIRA, Mariana. A prova emprestada como objeto de negócio jurídico processual. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157.

<sup>673</sup> “Entretanto, não é necessário que a parte que pretenda o empréstimo tenha participado do processo anterior”. AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p. 101.

<sup>674</sup> A International Bar Association encabeça, institucionalmente, este movimento pró soft law, posto que, nas últimas décadas, publicou regramentos de soft law muito importantes para o sistema arbitral, tratando estes sobre o comportamento ético dos árbitros, de conflitos de interesse e revelações, de critérios para representação das partes na arbitragem e de produção de provas – a qual será objeto do presente estudo. A International Bar Association (IBA), fundada em 1947, é a principal organização mundial dos profissionais militantes no Direito e das ordens e associações de advogados. Seu quadro de associados é integrado por mais de 40.000 advogados e quase 200 ordens e associações de classe, estendendo-se através de todos os continentes. A IBA exerce sua influência no desenvolvimento da reforma do Direito Internacional, moldando o futuro da advocacia no mundo inteiro. Disponível em [https://www.ibanet.org/About\\_the\\_IBA/intro\\_portuguese.aspx](https://www.ibanet.org/About_the_IBA/intro_portuguese.aspx), acesso em 21 de dezembro de 2018, às 23h35min.

internacional, de modo a compatibilizar diferentes sistemas de direito processual<sup>675</sup>”. Para Abbud, tais regras “procuram combinar as melhores práticas observadas nos vários sistemas jurídicos, aparando as arestas de regras e técnicas excessivamente domésticas, de modo a oferecer diretrizes uniformes à instrução probatória na arbitragem internacional<sup>676</sup>”.

Dentre as previsões contidas nas regras IBA sobre produção de provas estão procedimentos para a realização de *discovery*, exibição de documentos, oitiva de testemunhas e peritos, prova pericial, conduta dos representantes das partes durante a audiência de instrução etc. Não cabe, no presente momento, realizar uma análise pormenorizadas de todas as suas disposições, verificando-se uma a uma, quas indicações das regras da IBA em questão as partes poderiam convencionar o uso. Contudo, cabe analisar se, de forma ampla, as partes poderiam aderir, por meio de uma convenção processual, a sua utilização – no todo ou em parte<sup>677</sup>.

A liberdade das partes para utilizar o instrumento de *softlaw* em questão é ampla. As partes podem escolher sua aplicação como meros *guidelines* (tais quais diretrizes), como podem escolher sua qualificação como regra mandatória, obrigando as partes e o julgadores a cumprir tal disposição<sup>678</sup>. A escolha pela segunda opção pode enfrentar problemas do ponto de vista de sua implementação – se contrárias às regras de organização do Judiciários e se vierem a infringir os princípios informativos do Código de Processo Civil de 2015.

De forma geral, a cláusula geral de negociação estabelecida no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, permite que as partes ajustem o procedimento para o fim de socorrer-se das regras da IBA sobre produção de provas, no auxílio da metodologia

---

<sup>675</sup> RAVAGNANI, Giovani. Regras da IBA sobre ‘taking of evidence’: compatibilidade com as normas processuais brasileiras. Revista de Processo | vol. 283/2018 | p. 565 - 606 | Set / 2018.

<sup>676</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. Soft law e produção de provas na arbitragem internacional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 87.

<sup>677</sup> “O decisivo é que os instrumentos de *soft law* podem ser adotados no todo ou em parte, no começo ou durante a arbitragem, para guiar atos a serem praticados ou resolver questões já surgidas no processo, mas sempre de acordo com a vontade dos atores da arbitragem. Dizendo-o de outro modo, eles são utilizados apenas *se, quando e na medida em que* partes e árbitros entendem útil, à luz das particulares circunstâncias de cada arbitragem”. ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. Soft law e produção de provas na arbitragem internacional. São Paulo: Atlas, 2008.

<sup>678</sup> Note-se que a liberdade de uso da *soft law* não se manifesta apenas na opção por adotá-la em determinado caso; mesmo após ter sua aplicação definida pelos sujeitos do processo, esses instrumentos informais também podem ser alterados ou ter seu uso revisto no curso do procedimento, diante de eventual mudança das circunstâncias. Assim, por exemplo, uma vez definida a adoção das Regras da IBA sobre Produção de Provas, nada impede que em vez de ouvir em audiência primeiro as testemunhas do autor e depois as do réu (art. 8.3.a), o tribunal opte por agrupar as testemunhas por questão controvertida, se entender que essa forma será mais eficiente para o esclarecimento dos fatos (art. 8.3.f – *infra* n. 5.5) ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. Soft law e produção de provas na arbitragem internacional. São Paulo: Atlas, 2008.

da produção de provas no processo civil estatal<sup>679</sup>. As partes também podem vedar que o juiz aplique tais regras de ofício<sup>680</sup>.

### **3.11. Ampliação consensual dos poderes instrutórios do Juiz na condução probatória do processo em detrimento do direito à prova das partes: a aplicação estatal das Regras de Praga<sup>681</sup>.**

Fazendo referência a mais um instrumento de *softlaw*, as Regras de Praga, as partes podem, no exercício da autonomia de suas vontades, instituir que a instrução probatória possa ser conduzida integralmente pelo juiz, segundo seus critérios e suas necessidades. Ao escolher a aplicação das Regras de Praga, as partes optam por um modelo de processo inquisitorial – em contraponto ao caráter adversarial da IBA Rules sobre produção de prova, onde as partes controlam a sorte da instrução<sup>682</sup>. Ou seja, o aderir às regras de praga as partes habilitam o magistrado a limitar e gerir as provas, assumindo um papel mais ativo na onducao do processo<sup>683</sup>.

---

<sup>679</sup> RAVAGNANI, Giovani. Regras da IBA sobre ‘taking of evidence’: compatibilidade com as normas processuais brasileiras. Revista de Processo | vol. 283/2018 | p. 565 - 606 | Set / 2018.

<sup>680</sup> “Com o advento do Novo Código de Processo Civil (LGL\2015\1656), pautando-se pelo texto contido no artigo 190 de tal diploma processual, é possível que as partes escolham, no âmbito do processo judicial estatal, a utilização das regras da IBA sobre produção de provas? Resposta: os negócios jurídicos processuais, estabelecidos e celebrados com fundamento nos artigos 190 e 191 do Novo Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) permitem que as partes, em se tratando o litígio sobre direitos patrimoniais disponíveis, estipulem 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. No bojo de tais dispositivos, as partes poderão socorrer-se das regras da IBA sobre produção de provas, indicando tais elementos de soft law para auxiliar a metodologia da produção de provas no processo civil estatal”. RAVAGNANI, Giovani. Regras da IBA sobre ‘taking of evidence’: compatibilidade com as normas processuais brasileiras. Revista de Processo | vol. 283/2018 | p. 565 - 606 | Set / 2018.

<sup>681</sup> “Tornou-se hoje quase um lugar-comum os utilizadores de arbitragem manifestarem a sua insatisfação com o tempo e os custos envolvidos nos procedimentos arbitrais. Uma das formas de aumentar a eficiência do procedimento arbitral será encorajar os tribunais arbitrais a adotar um papel mais ativo na gestão do caso (tal como é feito tradicionalmente em muitos países da civil law). HENRIQUES, Duarte Gorjão. As regras de praga: uma alternativa ou uma adição às ‘IBA rules on the taking of evidence in international arbitration’?. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 59/2018 | p. 277 - 290 | Out - Nov / 2018 | DTR\2018\22477.

<sup>682</sup> As Regras de Praga sobre a Condução da Obtenção de Provas em Arbitragem Internacional destinam-se a fornecer uma estrutura e/ou orientação para Tribunais Arbitrais e Partes para a condução eficiente de procedimentos de arbitragem, usando uma abordagem tradicional inquisitorial.

<sup>683</sup> “As Regras de Praga pretendem introduzir um papel mais interventivo a cargo do tribunal arbitral e mitigar o carácter amplamente “adversarial” com que as “IBA Rules” têm sido interpretadas e aplicadas. O tribunal arbitral ficará assim habilitado a limitar a produção de prova documental e gerir a produção de prova testemunhal e pericial. O tribunal arbitral poderá também assumir um papel mais activo no auxílio à transação entre as partes, da mesma forma que poderá socorrer-se do seu conhecimento jurídico para solucionar o litígio (“iura novit curia”). BCH Lawyers. As regras de Praga – versão portuguesa. Disponível em <https://www.bch.pt/pt-pt/bch-blog-pt/as-regras-de-praga-versao-portuguesa/>, acesso em 22 de dezembro de 2018, às 22h55min. Mais: “Mas, mais importante que isso, as Regras de Praga desempenham um papel vital na concessão às partes de mais opções para moldar o procedimento às suas necessidades e interesses. Mais opções em arbitragem internacional é, como parece evidente, uma via para promover a sua utilização. Numa altura em que se promove a diversidade e inclusão, é de questionar se mais alternativas não é melhor. Nesse enquadramento, a resposta, a meu ver, é justamente essa: mais é melhor”. HENRIQUES, Duarte Gorjão. As regras de praga: uma alternativa ou uma adição às ‘IBA rules on the taking of evidence in international arbitration’?. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 59/2018 | p. 277 - 290 | Out - Nov / 2018 |

Por meio de convenção processual de natureza probatória, as Partes<sup>684</sup> podem decidir aplicar as Regras em questão como um documento vinculativo ou como simples diretrizes, integral ou parcialmente<sup>685</sup>.

### **3.12. Convenção processual sobre inspeção judicial.**

O juiz, de ofício ou a requerimento das partes, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa. Este é o conteúdo contido no artigo 481 do Código de Processo Civil de 2015. As demais disposições que seguem (artigos 482 e 483) disciplinam o procedimento da inspeção judicial como um todo<sup>686</sup>.

Diferentemente dos outros meios de prova indicados no Código de Processo Civil de 2015, na inspeção judicial o juiz se desloca, pessoalmente, até algum determinado local, para apurar e verificar a ocorrência de fatos importantes para o julgamento do caso. A convicção do juiz acontece em decorrência de sua própria visita ao lugar da prova, como observador direto<sup>687</sup>.

Na tentativa de exercer os direitos previstos na cláusula 190 do Código de Processo Civil de 2015, as partes podem acordar e assim decidir que o juiz deve inspecionar determinada construção, por exemplo, para atestar que o empreiteiro teria imprimido as melhores práticas na realização da obra ao seu dono. Tal convenção, no entanto, não pode vincular diretamente o juiz. É necessária a sua homologação judicial para que possa, ao ser reconhecida como válida, produzir efeitos no processo.

### **3.13. Convenção sobre o ônus financeiro da prova.**

---

DTR\2018\22477.

<sup>684</sup> Artigo 1. Aplicação das Regras 1.1. As Partes numa arbitragem podem acordar na aplicação das Regras, o que pode ser feito antes do início da arbitragem ou posteriormente em qualquer etapa do mesmo. Disponível em <http://www.pragerules.com/upload/medialibrary/1ce/1ceb209403ed5145d6b85c632489bf56.pdf>, acesso em 22 de dezembro de 2018, às 23h03min.

<sup>685</sup> Disponível em <http://www.pragerules.com/upload/medialibrary/1ce/1ceb209403ed5145d6b85c632489bf56.pdf>, acesso em 22 de dezembro de 2018, às 22h58min.

<sup>686</sup> “Com efeito, a inspeção tem o escopo de dirimir dúvida do juiz acerca do conjunto probatório, isto é, a oportunidade dela só surge, em princípio, após a produção das provas. A utilização da inspeção judicial por iniciativa do juiz, antes da instrução, pode significar favorecimento ou auxílio a uma das partes, o que o sistema repele. Desse modo, somente após o encerramento da instrução é que o juiz, em persistindo dúvida sobre algum ponto ou circunstância relevante, poderá determinar a medida”. LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. Revista de Processo | vol. 35/1984 | p. 24 - 67 | Jul - Set / 1984 | DTR\1984\25.

<sup>687</sup> “Fácil é verificar-se a diferença entre a inspeção judicial e os demais meios de prova. Na inspeção judicial, o juiz não se utiliza de instrumentos ou meios para formar a sua convicção (documentos, testemunhas, perícias) mas ele mesmo procede aos exames e observações necessários, tomando contato direto com os fatos”. LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. Revista de Processo | vol. 35/1984 | p. 24 - 67 | Jul - Set / 1984 | DTR\1984\25.

Em sua obra paradigmática<sup>688</sup>, Antonio do Passo Cabral, ao tratar das limitações às convenções processuais, afirma que o acordo das partes não pode derrogar<sup>689</sup> as regras procedimentais que transfiram para outrem o peso financeiro ou prejuízos que teriam ordinariamente. Isso não quer dizer, contudo que as partes não podem redistribuir, entre elas, a regras de custeio das provas a serem produzidas no processo.

Conforme já abordado no item que trata da convenção sobre o ônus da prova – e o ônus financeiro pode ser entendido como uma decorrência de tal convenção típica – a redistribuição das regras de custeio das provas a serem produzidas no processo (como perícias, contratação de assistentes técnicos etc.) pode ser entendida como um critério de redução de hipossuficiências e de promoção de igualdade no âmbito do processo.

Ao tratar da dinamização do ônus da prova, Mario Vitor Alfiero afirma ser possível a movimentação do ônus financeiro da prova, o que fortalece a tese da possibilidade da realização de convenção para tal fim<sup>690</sup>, principalmente nos casos em que identificada a hipossuficiência econômica<sup>691</sup>. Daí a sua possibilidade.

---

<sup>688</sup> “Uma análise custo-benefício entre eficiência e garantias deve ser também um parâmetro para limitar as convenções processuais. (...) Neste sentido, não é possível que, por acordo, através da derrogação das regras procedimentais, as partes transfiram para outrem o peso financeiro ou prejuízos em termos de recursos humanos que teriam ordinariamente.” CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, pp. 375 e 376.

<sup>689</sup> “negócios que derogam normas processuais”. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 381.

<sup>690</sup> “Em uma última análise, como já alertado anteriormente, é possível encontrar casos em que, embora o ônus da prova seja de determinada parte e, com isso, o dever de custeá-la, pode ser que a produção de determinada prova interesse mais à contraparte para o esclarecimento dos fatos. Em tal hipótese, evidentemente, não haverá a dinamização do ônus da prova, mas tão somente o custeio da prova pela contraparte por melhor lhe interessar a produção probatória”. ALFIERO, Mario Vitor M. *Dinamização do ônus da prova e o dever de custeá-la*. *Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil* | vol. 4/2018 | *Revista de Processo* | vol. 273/2017 | p. 149 - 167 | Nov / 2017 | DTR\2017\6554.

<sup>691</sup> “A base deste pensamento sustenta-se exatamente no pressuposto de que, diante de hipossuficiência econômica, o grande problema existente diz respeito à capacidade da parte em enfrentar as despesas processuais; tratando-se a despesa da prova técnica um dos custos mais vultosos do processo, impor o ônus de arcar com este valor ao fornecedor (e não ao consumidor, ainda que este requeira a prova pericial) poderia, por si, resolver o problema da parte. Obviamente, a solução alvitada anteriormente não era adequada a atender aos objetivos pretendidos. A uma, porque, embora o custo da prova pericial seja, muitas vezes, caro, não é esta a única despesa significativa realizada pela parte – que, ademais, dispõe da Lei de Assistência Judiciária Gratuita (Lei n. 1.060/50) para tratar desta situação de carência de recursos para fazer frente à demanda. A duas, porque a modificação do ônus da despesa da prova sem a conseqüente modificação do ônus da prova não tem qualquer repercussão benéfica ao consumidor. De fato, considerando que o não pagamento das despesas com a prova pericial implica a não realização da prova, se não há modificação do ônus da prova, o fato (que deveria ser provado e que, no caso, interessa ao consumidor) permanece inexistente; e, aplicando a este fato inexistente o regime normal de ônus da prova (que, então, não foi modificado) o prejuízo da “não-prova” incidirá sobre o consumidor. Vê-se, então, que a medida não soluciona, de modo algum, o problema do consumidor, ao menos da forma como é, comumente, aplicada. Isto não significa dizer que a imposição do custo da prova pericial ao fornecedor seja inviável. Com efeito, parece que a medida em comento é útil e deve ser aplicada pelo Judiciário, como a seguir se verá. Apenas vale sublinhar que a imposição ao fornecedor do dever (e não mais ônus) de adimplir com os custos da prova técnica não tem qualquer relação com o tema da modificação do ônus da prova”. ARENHART, Sérgio Cruz et al. *Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 54, n.

### **3.14. Escolha pela criação de hierarquia entre provas e/ou utilização de prova tarifada.**

A tarifação de prova é a criação de sistema que hierarquize as provas produzidas no processo<sup>692</sup>, interferindo diretamente na valoração do juiz e nos mecanismos de livre convencimento. Nas raízes históricas do processo civil, “a prova tarifada ou legal estava comumente atrelada a um sistema de processo penal inquisitorial, com raízes no Estado absolutista<sup>693</sup>.”

Em linhas gerais, o sistema da prova tarifada ou legal<sup>694</sup> comportava uma complexa construção doutrinária que procurava atribuir a cada prova valor predeterminado. A formação da convicção do julgador num sistema que tal equivalia a uma operação aritmética, de modo que somente uma certa quantidade de provas poderia autorizar a condenação<sup>695</sup>.

No Brasil, a atividade cognitiva do juiz é pautada na investigação pela veracidade dos fatos<sup>696</sup> e é manifestada nos autos por meio do livre convencimento<sup>697</sup>, mecanismo que possui guarida constitucional: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.” (Artigo 93, inciso IX).

Nesse sentido, entende-se que a convenção processual que tarifa ou hierarquiza as provas não comportam espaço no ordenamento jurídico brasileiro, posto que não compatível com o método de valoração da prova, consistente no livre convencimento

---

343, p. 25-60, maio 2006.

<sup>692</sup> A tarifação é “a criação e estipulação de hierarquia entre os meios de prova”. FERRADEIRA, Mariana. A prova emprestada como objeto de negócio jurídico processual. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1.

<sup>693</sup> SANTOS, Silas Silva. Considerações críticas acerca do valor do depoimento do agente policial no Processo Penal. Revista dos Tribunais | vol. 901/2010 | p. 449 - 485 | Nov / 2010 | Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 3 | p. 1343 - 1382 | Jun / 2012 | DTR\2010\888.

<sup>694</sup> “No sistema da prova legal, a instrução probatória se destinava a produzir a certeza legal. O juiz não passava de um mero computador, preso ao formalismo e ao valor tarifado das provas, impedido de observar positivamente os fatos e constrangido a dizer a verdade conforme ordenava a lei que o fosse.”

<sup>695</sup> SANTOS, Silas Silva. Considerações críticas acerca do valor do depoimento do agente policial no Processo Penal. Revista dos Tribunais | vol. 901/2010 | p. 449 - 485 | Nov / 2010 | Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 3 | p. 1343 - 1382 | Jun / 2012 | DTR\2010\888.

<sup>696</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

<sup>697</sup> Artigo 371 do Código de Processo Civil de 2015: O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

motivado do magistrado (ainda que se possa considerar que existem *standards* probatórios de convencimento do juiz).

A limitação ou a exclusão de um determinado meio de prova por convenção processual não pode ser entendida como uma forma de tarifação probatória, mas como um exercício de uma faculdade processual, que reside dentro no direito à prova, tal qual manifestado acima.

### **3.15. Cláusula que estabelece que a ausência de impugnação às alegações fáticas não ensejará presunção de veracidade ou autenticidade.**

A cláusula ora em análise poderia ter sido abordada dentro do tópico em que se trata da convenção probatória típica de ajustes sobre o ônus da prova, pois estabelecer que a ausência de impugnação às alegações de fato em contestação não ensejará a presunção de veracidade ou autenticidade é mudar as regras ordinárias de ônus da prova, previstas no Código de Processo Civil de 2015<sup>698</sup>.

Isso quer dizer que os efeitos da revelia, por serem relativos<sup>699</sup>, podem ser superados pelas regras de ônus e, inclusive, pela convenção processual que aborde isto<sup>700</sup>.

A reconhecer a validade da convenção processual proposta está o entendimento segundo o qual é possível que um negócio processual disponha que a ausência de impugnação às alegações fáticas ou documentos trazidos pelas partes não implicará presunção de veracidade ou de autenticidade<sup>701</sup>.

---

<sup>698</sup> ARENHART, Sérgio Cruz et al. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 54, n. 343, p. 25-60, maio 2006.

<sup>699</sup> Este é o recente – e pacífico – entendimento do Superior Tribunal de Justiça: (i) “A revelia gera presunção apenas relativa de veracidade dos fatos, incumbindo ao magistrado, como destinatário final das provas, analisar o acervo probatório constante dos autos.” AgInt nos EDcl no AREsp 1241591/SC, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 06/11/2018, DJe 12/11/2018; (ii) “Os efeitos da revelia são relativos e não conduzem necessariamente ao julgamento de procedência dos pedidos.” AgInt no REsp 1340807/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 08/11/2018, DJe 16/11/2018; (iii) “A decretação da revelia com a imposição da presunção relativa de veracidade dos fatos narrados na petição inicial não impede que o réu exerça o direito de produção de provas, desde que intervenha no processo antes de encerrada a fase instrutória.” AgInt no AREsp 1135864/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/04/2018, DJe 18/04/2018; (iv) “O acórdão estadual decidiu alinhado à jurisprudência desta Corte ao afirmar que a presunção de veracidade de que trata o art. 319 do Código de Processo Civil é relativa, e não absoluta. Incide a Súmula nº 83 do STJ.” AgInt no AREsp 933.056/MG, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 25/04/2017, DJe 09/05/2017; e (v) “Efeitos da revelia. Presunção relativa de veracidade dos fatos alegados na petição inicial.” AgInt no AREsp 848.795/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 07/06/2016, DJe 13/06/2016.

<sup>700</sup> “As presunções relativas, então, derogam o regime do onus probandi, impondo outra distribuição deste ônus entre as partes do processo. A ausência de prova em relação a determinado fato, que prejudicaria originalmente uma das partes do processo, poderá em virtude da existência da presunção, vir a ser tomada em prejuízo de seu adversário”. ARENHART, Sérgio Cruz et al. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 54, n. 343, p. 25-60, maio 2006.

<sup>701</sup> “O negócio processual encontra campo fértil na esfera probatória. Admite-se que as partes convençionem não apenas acerca dos meios de prova que serão admissíveis em seu caso, mas também sobre a repartição dos ônus. Disso decorre a possibilidade de que o negócio disponha, por exemplo, que: (vi) a ausência de

### **3.16. Permissão de livre valoração de todos os meios de prova quando a lei expressamente preveja só um modo de comprovação do fato<sup>702</sup>.**

De forma bastante objetiva, não há espaço no ordenamento jurídico brasileiro para que a convenção das partes possa superar a exigência legal para a comprovação de um fato. Ou seja, a vontade das partes não é suficiente para derogar eventual prova legal que venha a ser exigida.

A esse respeito, mencione-se o disposto no artigo 406 do Código de Processo Civil de 2015, o qual estabelece que “quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.” Ou seja, caso a lei exija documento público para a prova do ato, é impossível suprir a falta com outra espécie de prova. O contrário, entanto, é permitido: quando o ato puder ser provado por documento particular, também poderá complementado por testemunha (artigo 444 do Código de Processo Civil de 2015).

Igualmente, ao tratar da alienação de direitos reais sobre imóveis cujo valor supere trinta vezes o salário mínimo, o Código Civil (artigo 108) exige que se faça prova por meio de escritura pública. A convenção das partes em sentido contrário, além de nula, é ineficaz.

### **3.17. Negócio jurídico processual que admite a prova ilícita<sup>703</sup>.**

A prova ilícita é aquela que ofende o ordenamento jurídico (em qualquer *level*, constitucional ou infraconstitucional, de qualquer tipo, material ou processual). Essa ilicitude pode recair, por exemplo, sobre o conteúdo da prova (fatos sobre os quais há presunção legal absoluta), sua fonte (falsidade ideológica de documento ou impedimento de testemunha), seu mecanismo de obtenção ou inserção nos autos (confissão sob tortura ou depoimento sob coação), seu procedimento (sem contraditório) etc.<sup>704</sup>.

---

impugnação às alegações fáticas ou documentos trazidos pelas partes não implicará presunção de veracidade ou de autenticidade”. AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p.143.

<sup>702</sup> É exemplo o art. 406 do CPC: “Quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta”. De acordo com o art. 108 do Código Civil, “a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”. De forma contrária, a prova exclusivamente testemunhal era afastada pelo art. 227 do Código Civil, recentemente revogado pelo CPC/15, que assim dispunha: “Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados”. O art. 401 do CPC/73 reproduzia a regra da lei material e não consta no CPC/15.

<sup>703</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 4/1993 | p. 60 - 69 | Out - Dez / 1993 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 1071 - 1086 | Out / 2011 | Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 3 | p. 25 - 40 | Jun / 2012 | DTR\1993\448.

<sup>704</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil.



Por conseguinte, abordar a sugestão de convenção processual ampla para admissão de prova ilícita é algo simples: trata-se de negócio jurídico nulo de pleno direito, inadmissível, que deve ser rejeitado por aplicação análoga da teoria da árvore envenenada<sup>705</sup>. Da mesma forma deve ser inadmitida a convenção que estabelece meio de prova que não possa ser verificado racionalmente<sup>706</sup>.

Tais exemplos extrapolam o âmbito de validade do negócio jurídico probatório e, por isso, devem ser combatidos e afastados<sup>707</sup>.

Por outro lado, é possível o acordo para tornar ilícita uma prova<sup>708</sup>. Para efeitos práticos, tal disposição muito se assemelharia àquela hipótese atípica da limitação consensual dos meios de prova. Todavia, com relação ao objeto da convenção processual, este não parece ser lícito de acordo com as regras de direito civil.

### **3.19.1 Acordo para a admissão de carta psicografada como prova.**

A carta psicografada pode ser definida como “o ato pelo qual o “espírito” – que se diz desencarnado de pessoa morta – escreve com as mãos do médium. Produziria, sempre, um documento particular, escrito e unilateral, que pode ser assinado ou não. Costuma ser uma carta, em que o remetente (pessoa médium) transmite uma mensagem escrita ao seu destinatário.”<sup>709</sup>. É consenso que a utilização da carta psicografada como fonte de prova

---

Revista de Processo | vol. 234/2014 | p. 33 - 61 | Ago / 2014 | DTR\2014\8864.

<sup>705</sup> “A doutrina é conhecida nos Estados Unidos da América como *fruits of the poisonous tree doctrine*. No Brasil é comumente traduzida por teoria dos frutos da árvore envenenada, nomenclatura também adotada nesse trabalho por encontrar-se consagrada na doutrina e Jurisprudência pátrias. Entretanto há que se notar que em uma tradução literal *poisonous* significa venenosa e *poisoned* seria envenenada. Assim, ainda que pouco usual, tecnicamente, melhor seria a tradução de tal expressão para teoria dos frutos da árvore venenosa.” CECARELLI, Camila Franchitto. Prova ilícita por derivação no direito processual penal brasileiro. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/D.2.2011.tde-31072012-085213. Acesso em 4 de janeiro de 2019, às 05h03min; e DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. Revista de Processo | vol. 234/2014 | p. 33 - 61 | Ago / 2014 | DTR\2014\8864.

<sup>706</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. Revista de Processo | vol. 234/2014 | p. 33 - 61 | Ago / 2014 | DTR\2014\8864.

<sup>707</sup> FERRADEIRA, Mariana. A prova emprestada como objeto de negócio jurídico processual. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157.

<sup>708</sup> DIDIER JR, Fredie. Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais. Editora JusPodivm, Salvador, 2018, p. 25.

<sup>709</sup> AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentabilidade, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 85-86. “A relação contemporânea entre a religião e o processo civil é um tema-tabu, pouco trabalhado pela doutrina brasileira. Temas como a penhora de objetos religiosos, realização de comunicação processual na pendência de cerimônia religiosa, colocação de símbolos religiosos (como a cruz cristã) em salas de sessões e audiências nos tribunais brasileiros<sup>9</sup> precisam ser mais bem desenvolvidos doutrinariamente”. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. Revista de Processo | vol. 234/2014 | p. 33 - 61 | Ago / 2014 | DTR\2014\8864.

caracterizaria hipótese de prova ilícita<sup>710</sup>, posto que sua admissão implicaria na violação à laicidade do Estado.

Assim, não parece cabível a convenção processual que permita a carta psicografada como prova, já que se revela ilícita tal prova<sup>711</sup>.

### **3.19.2 Convenção para utilização civil de escuta/interceptação telefônica criminal.**

A validade da convenção processual para a utilização civil de escuta criminal depende, antes de qualquer coisa, da apuração da validade do empréstimo de tal prova para o processo civil<sup>712</sup>. Caso se entenda que o empréstimo em questão é possível, nenhum problema terá a convenção das partes que preveja sua utilização. E vice-versa<sup>713</sup>.

A questão não é pacífica, contudo. Há quem sustente a viabilidade de emprestar para o juízo cível uma interceptação telefônica regularmente realizada em um processo penal, uma vez que a interceptação teria sido licitamente obtida e empregada como prova direta na esfera criminal<sup>714</sup>. Todavia, aqueles que entendem ser inadmissível a sua utilização, justificam-se fato de ser a interceptação telefônica uma medida de caráter

---

<sup>710</sup> Nem em tese a carta psicografada pode ser utilizada como fonte de prova no processo. (...) Em síntese, a carta psicografada caracterizará hipótese de prova ilícita e ineficaz, por ofensa à regra do laicismo estatal e ao contraditório. A decisão que nela se apegar será nula por ofensa ao dever de fundamentação das decisões judiciais. 1 Portanto, nem em tese poderão ser qualificadas como provas (típica ou atípicas). AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 85-86.

<sup>711</sup> “além do mais a convenção seria inócua, para não dizer inútil, uma vez que a carta psicografada, como documento testemunhal, registra depoimento sobre fatos não observados ou assistidos por aquele que depõe (o denominado médium na liturgia espírita), o que lhe subtrai qualquer força probatória.” CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. Disponível em [https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios\\_jur%C3%ADdicos\\_processuais\\_no\\_processo\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro), acesso em 15 de dezembro de 2018, às 10h44min.

<sup>712</sup> “O negócio processual encontra campo fértil na esfera probatória. Admite-se que as partes convençionem não apenas acerca dos meios de prova que serão admissíveis em seu caso, mas também sobre a repartição dos ônus. Disso decorre a possibilidade de que o negócio disponha, por exemplo, que: (iv) é vedada a prova emprestada, devendo as provas constituídas serem produzidas no caso específico” (...) “Alguma dúvida poderia surgir em relação ao empréstimo pelo juízo cível de interceptação telefônica autorizada judicialmente no âmbito criminal”. AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p.143

<sup>713</sup> “PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedente. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova (Inq-QO-QO 2424/ RJ - Relator: Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 20/06/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno DJ 24-08-2007)”.

<sup>714</sup> “Os Tribunais Superiores possuem decisões autorizando o empréstimo de interceptação telefônica realizada no âmbito criminal para ser utilizada em processo administrativo disciplinar”. AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p. 110.

excepcional, a qual pode ser aplicada apenas no âmbito penal, dada sua natureza cogente. Para essa corrente, em regra, não seria possível o empréstimo de uma interceptação telefônica para um processo de natureza não criminal.

Entendemos que a segunda corrente é a correta, tendo em vista que a interceptação telefônica se pauta na violação, ultra-excepcional, de uma garantia fundamental, prevista no artigo 5º da Constituição Federal: é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. O próprio dispositivo constitucional elenca as hipóteses de exceção, quais sejam, a investigação ou a instrução de natureza criminal<sup>715</sup>.

### **3.18. Aceitação consensual de determinada prova como elemento autorizador da tutela da evidência.**

O Código de Processo Civil de 2015 classificou como tutela provisória todos os provimentos judiciais sumários, que dispensam a cognição exauriente, baseando-se na mera probabilidade do direito e risco de perecimento do mesmo<sup>716</sup>. Ademais, o Código de Processo Civil de 2015 também unificou os requisitos autorizadores de tutelas de urgência antecipada e cautelar: a ideia de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo<sup>717</sup> e a provável existência do direito.

Nesse contexto, a tutela da evidência constitui um caminho para se implementar a garantia constitucional da razoável duração do processo (Constituição Federal, art. 5º,

---

<sup>715</sup> “Não aceitamos tal argumentação pela literalidade da norma constitucional ao dizer que tais provas serão autorizadas para fins de investigação criminal e instrução processual penal. O termo destacado indica que a flexibilização do sigilo das comunicações telefônicas tem por finalidade sua utilização na esfera penal e a essa se limita. Portanto, não se restringe apenas a produção dessas provas à esfera penal, mas também a sua utilização, por isso de sua impossibilidade de empréstimo para esferas cível e administrativa.”. BIANCOLINI, Adriano. A impossibilidade da prova emprestada produzida através de interceptação telefônica. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5018, 28 mar. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56674>. Acesso em 4 de janeiro de 2019, às 10h01min. Em sentido contrário, Carmen Lúcia decidiu que “dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas com relação às quais foram colhidos.”. AgRg em MS 27.459/DF. Rel. Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Publicado no DJe de 19/02/2014.

<sup>716</sup> “A tutela antecipada de evidência é, como sinalizado, expressamente permitida pelo Novo Código de Processo Civil, que dedica para sua regulação o art. 306, diferentemente do que ocorria com Código de Processo Civil de 1973, que apenas a permitia quando houvesse abuso do direito de defesa.”. MACEDO, Lucas Buril de. Antecipação de tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 3/2018 | Revista de Processo | vol. 242/2015 | p. 523 - 552 | Abr / 2015 | DTR\2015\3692.

<sup>717</sup> Nesse sentido, é bem pertinente a crítica de que o legislador deveria ter utilizado a expressão *perigo na demora* para caracterizar a urgência. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 231 e 232).

inciso LXXVIII<sup>718</sup>) e assegurar a efetividade do direito material<sup>719</sup>. As hipóteses autorizadoras da tutela da evidência não são taxativas e, portanto, podem vir a ser alargadas para além daquelas previstas no artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015<sup>720</sup>, o que respalda eventual convenção processual sobre o assunto.

Para Flávio Yarshell e Helena Abdo, a tutela da evidência e a atividade probatória ser aproximam. Não é mera coincidência o fato de a palavra *evidence* (que significa prova, em inglês). A maioria das hipóteses legais da tutela da evidência fundamenta-se em prova documental expressa. Ou seja, uma vez comprovado o direito da parte, justifica-se a concessão da tutela em detrimento do tempo da caminhada processual<sup>721</sup>.

Pois bem. Ao tratar da convenção probatória que interfere nos critérios de concessão da tutela da evidência, Rogéria Dotti manifesta-se positivamente sobre sua validade<sup>722</sup>. Nesse sentido, entende-se que as convenções processuais, “especificamente

---

<sup>718</sup> CF, art. 5º, LXXVIII. “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo, e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

<sup>719</sup> “O Código de Processo Civil de 2015 prevê a concessão da tutela da evidência em quatro cenários distintos: a) abuso do direito de defesa ou propósito protelatório da parte; b) prova documental das alegações de fato e existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmulas vinculantes; c) pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada ao contrato de depósito e d) petição inicial instruída com prova documental suficiente à demonstração do direito do autor, sem oposição de defesa do réu com prova capaz de gerar dúvida razoável”. DOTTI, Rogéria. Tutela Provisória e Evidência Negociada: Temos nosso próprio tempo? In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1.

<sup>720</sup> “As hipóteses não são taxativas pois o próprio Código prevê outras situações de antecipação sem urgência, além do rol do art. 311. É o que ocorre, por exemplo, com a liminar possessória (art. 562), com a liminar monitoria (art. 701) e com aquela concedida nos embargos de terceiro (art. 678). Na verdade, o art. 311 assegura um critério geral para a aplicação da tutela provisória de evidência (defesa inconsistente), o que amplia consideravelmente o tratamento legal até então oferecido.” DOTTI, Rogéria. Tutela Provisória e Evidência Negociada: Temos nosso próprio tempo? In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1.

<sup>721</sup> YARSHELL, Flávio Luiz e ABDON, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência. In: BUENO, Cássio Scarpinella (coord.). *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 455. Mais: a tutela da evidência pode ocorrer, inclusive, na fase recursal, nos termos do Enunciado nº 423 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

<sup>722</sup> “Não há dúvida que se devem admitir os negócios processuais que digam respeito à concessão da tutela da evidência. Isto porque é possível ampliar, mediante convenção processual, a previsão de provas autorizadoras da tutela da evidência”. DOTTI, Rogéria. Tutela Provisória e Evidência Negociada: Temos nosso próprio tempo? In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. Segundo Fredie Didier Junior, o negócio processual é o “fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento”. (DIDIER JR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. v. 1, abr-jun 2016, p. 59-84). A respeito das convenções processuais sobre prova, conferir GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). In: *Negócios processuais*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

aqueles que dizem respeito à prova, poderão ser utilizados para facilitar e até ampliar a aplicação da tutela da evidência.”.

Concorda-se com tal entendimento, no sentido de reconhecer que as partes podem estabelecer, via negócio jurídico processual, quais serão as provas que autorizarão a análise da probabilidade do direito pelo juiz, aptas a permitir a tutela da evidência<sup>723</sup>.

---

<sup>723</sup> “A tutela de evidência negociada consiste, portanto, na possibilidade de convenção processual para agilizar a futura realização do direito mais que provável do autor. Para tanto, basta que, antes da ocorrência do litígio, as partes estabeleçam quais serão as provas necessárias para uma possível antecipação do direito material, ampliando a previsão legal (prova documental).” DOTTI, Rogéria. Tutela Provisória e Evidência Negociada: Temos nosso próprio tempo? In: MARCATO, Ana (Org.); GALINDO, Beatriz (Org.); GÓES, Gisele (Org.); BRAGA, Paula Sarno. (Org.); APRIGLIANO, R. (Org.); NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1.

### **3.19. A cláusula estatutária que define a participação de um notário em todas as deliberações assembleares de uma sociedade anônima.**

Para evitar futuras discussões a respeito dos fatos ocorridos nas assembleias das sociedades anônimas, em um contexto de conflito societário patente, as partes poderão convencionar, definindo a participação de um notário<sup>724</sup> em toda as deliberações da companhia. Ora, se o próprio Código de Processo Civil de 2015 permitiu que as partes, unilateralmente, apresentassem a ata notarial como meio de prova, nenhum óbice poderia haver na utilização consensual de tal recurso, dentro de um estatuto de uma sociedade anônima, na forma ora prevista<sup>725</sup>.

A rigor, isso poderia tratar-se de mero ato de gestão e administração da companhia. No entanto, tendo em vista o contexto conflituoso, não restam dúvidas de que as atas notariais serão utilizadas futuramente em uma disputa societária contencioso – seja judicial ou arbitral. Daí a possibilidade de que se entenda tal convenção como uma convenção probatória, a depender da finalidade do uso da ata notarial.

### **3.20. Negócios processuais sobre a prova escrita que fundamenta a ação monitória.**

O artigo 700 do Código de Processo Civil de 2015 esclarece que ação monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz.

Em uma relação contratual ou comercial – como um contrato de distribuição, de limite de crédito, de compra e venda de insumos agrícolas – as partes podem convencionar que aceitarão a prova oral reduzida a termo, por escrito, como apta a instrumentalizar ação monitória<sup>726</sup>.

Ainda que haja previsão legal expressa nesse sentido – e esta foi uma inovação apresentada pelo Código de Processo Civil de 2015<sup>727</sup> – de que a prova oral documentada

---

<sup>724</sup> “Evidente que a ata notarial não pode ser tida por prova absoluta, admitindo demonstração em sentido contrário”. AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p. 111.

<sup>725</sup> “Aliás, se o próprio NCPC permite à parte produzir prova unilateralmente e apresentar atas notariais que podem, dentre outras coisas, registrar declarações de testemunhas (NCPC, art. 384), não faria sentido proibir que ambas as partes façam aquela atividade cooperativamente”. MÜLLER, Julio Guilherme. A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica. 2016. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 206.

<sup>726</sup> RAVAGNANI, Giovani; CARDOSO, Igor Guilhen. Análise Comparada entre a Ação Monitória no Código de Processo Civil de 1973 e no Novo Código de Processo Civil. In: Alexandre Freire; Fredie Didier Jr; Lucas Buril Macedo; Ravi Peixoto. (Org.). Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - v.4 - Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório. 1ªed.Salvador: Juspodivm, 2015, v. 4, p. 571-588.

<sup>727</sup> “A ideologia decorrente da nova criação surge da possibilidade de se formalizar depoimento pessoal ou testemunhal, e a partir disso constituir “prova literal” de obrigações passíveis de serem objetos de ação monitória. Neste caso, o resultado da prova pericial e da prova testemunhal, por exemplo, podem vir autorizar

pode aceita para viabilizadora da ação monitoria, as partes podem celebrar a convenção probatória – inserindo uma cláusula em contrato, indicando quais seriam os requisitos e as especificidades de tal prova oral documentada (se é necessária a presença de testemunhas, se haveria a obrigatoriedade de ser lavrada uma ata notarial, se haveria a necessidade de reconhecimento de firma do declarante, se a degravação de um áudio pode ser entendida como prova escrita etc.).

### 3.21. Negócio jurídico probatório na cláusula de *hardship*<sup>728</sup>.

A cláusula de *hardship*<sup>729</sup> é uma cláusula em que as partes estabelecem (i) “as hipóteses gerais ou eventos específicos ensejadores de desproporção anormal das prestações”, (ii) “os efeitos jurídicos diante da superveniência de tais hipóteses ou eventos, ou seja, a resolução contratual, a necessidade de renegociação entre as partes ou o cabimento da revisão judicial do contrato”, (iii) “o procedimento ou os critérios para a renegociação entre as partes”, (iv) “a possibilidade ou não de suspensão do escopo contratual enquanto perdurarem as negociações”, (v) “na hipótese de insucesso ou de inexistência de acordo na fase de renegociação, a possibilidade da própria revisão judicial do contrato e seus critérios de aferição”<sup>730</sup>.

Os Princípios da Unidroit aplicáveis aos contratos internacionais de comércio, que são regras de referência de *softlaw*, estabelecem que há *hardship* quando sobrevêm fatos que alterem, de forma substancial, o equilíbrio das prestações do contrato<sup>731</sup>, onerando

---

o ajuizamento da ação monitoria”. RAVAGNANI, Giovanni; CARDOSO, Igor Guillen. Análise Comparada entre a Ação Monitoria no Código de Processo Civil de 1973 e no Novo Código de Processo Civil. In: Alexandre Freire; Fredie Didier Jr; Lucas Buril Macedo; Ravi Peixoto. (Org.). Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - v.4 - Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório. 1ªed.Salvador: Juspodivm, 2015, v. 4, p. 571-588.

<sup>728</sup> “ARTIGO 6.2.1 (Obrigatoriedade do contrato): Quando o cumprimento de um contrato torna-se mais oneroso para uma das partes, tal parte continua, ainda assim, obrigada a cumprir o contrato, ressalvadas as disposições seguintes a respeito de *hardship*”. Princípios da Unidroit, traduzido por Lauro Gama Jr. Disponível em <https://unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>, acesso em 28 de dezembro de 2018, às 09h28min.

<sup>729</sup> “o termo é utilizado na seara contratual para denominar as situações de alteração superveniente do contexto fático (circunstâncias) em que o contrato foi celebrado, decorrente de ato ou fato não contemplado pelo risco assumido pelas partes e que pode vir a gerar situação de desproporção das prestações pactuadas, desequilíbrio econômico-financeiro do contrato e, conseqüentemente, a revisão ou a resolução do contrato”. FELITTE, Beatriz Valente. Os Limites dos Poderes do Juiz na Revisão de Contratos. 2018. 395 p., Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 205.

<sup>730</sup> FELITTE, Beatriz Valente. Os Limites dos Poderes do Juiz na Revisão de Contratos. 2018. 395 p., Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 205.

<sup>731</sup> “Há *hardship* quando sobrevêm fatos que alteram fundamentalmente o equilíbrio do contrato, seja porque o custo do adimplemento da obrigação de uma parte tenha aumentado, seja porque o valor da contra-prestação haja diminuído, e (a) os fatos ocorrem ou se tornam conhecidos da parte em desvantagem após a formação do contrato; (b) os fatos não poderiam ter sido razoavelmente levados em conta pela parte em desvantagem no momento da formação do contrato; (c) os fatos estão fora da esfera de controle da parte em desvantagem; e (d) o risco pela superveniência dos fatos não foi assumido pela parte em desvantagem.” Princípios da Unidroit, traduzido por Lauro Gama Jr. Disponível em

excessivamente umas das partes do contrato. Estes também estabelecem que, em havendo *hardship*, a parte em desvantagem terá direito a pleitear a renegociação contratual<sup>732</sup>, de modo a mitigar o princípio da força obrigatória dos contratos<sup>733</sup>. “O termo *hardship* denota a ideia de um rigor excessivo, uma dificuldade capaz de causar estado de aflição ou infortúnio.<sup>734</sup>”, apto a justificar a revisão contratual.

A cláusula de *hardship* pode estabelecer, inclusive, quais provas seriam admitidas processualmente para a comprovação o desequilíbrio exacerbado do contrato<sup>735</sup>, indicando que a aferição será realizada por profissional específico ou por empresa de auditoria reconhecida no mercado; dispensando-se ou não os assistentes técnicos; limitando quais documentos poderão ser utilizados para a demonstração da alteração das bases contratuais; para que a revisão judicial seja vinculada ao resultado da média aritmética de duas avaliações técnicas feitas por empresas ou profissionais previamente indicados e que não seja realizada perícia judicial.

---

<https://unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>, acesso em 28 de dezembro de 2018, às 09h28min.

<sup>732</sup> “ARTIGO 6.2.3 (Efeitos da *hardship*): (1) Em caso de *hardship*, a parte em desvantagem tem direito de pleitear renegociações. O pleito deverá ser feito sem atrasos indevidos e deverá indicar os fundamentos nos quais se baseia. (2) O pleito para renegociação não dá, por si só, direito à parte em desvantagem de suspender a execução. (3) À falta de acordo das partes em tempo razoável, cada uma das partes poderá recorrer ao Tribunal. (4) Caso o Tribunal considere a existência de *hardship*, poderá, se for razoável, (a) extinguir o contrato, na data e condições a serem fixadas, ou (b) adaptar o contrato com vistas a restabelecer-lhe o equilíbrio”. Princípios da Unidroit, traduzido por Lauro Gama Jr. Disponível em <https://unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>, acesso em 28 de dezembro de 2018, às 09h28min.

<sup>733</sup> “Na maioria dos sistemas nacionais, o *pacta sunt servanda* é mitigado em situações que, sobrevindo à celebração do contrato, alterem fundamentalmente o seu equilíbrio econômico, prejudicando uma das partes sem, contudo, impossibilitar-lhe o cumprimento da prestação. Nos direitos de matriz anglo-saxã, a doutrina da *frustration of purpose* reconhece a frustração do objeto do contrato pela ocorrência de evento superveniente. Embora não sendo impossível o cumprimento das prestações avençadas, admite que uma das partes acaba inteiramente destituída do benefício que esperava com o cumprimento da prestação pela outra parte. No Brasil, o Código Civil de 2002 acolheu a teoria da onerosidade excessiva nos arts. 478 a 480, possibilitando, nos contratos de execução continuada, que o devedor pleiteie a resolução do contrato se a prestação por ele devida tornar-se excessivamente onerosa, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. A resolução poderá ser evitada, contudo, se a outra parte oferecer-se a modificar equitativamente as condições do contrato”. GAMA JR., Lauro. Os princípios do *unidroit* relativos aos contratos do comércio internacional 2004 e o direito brasileiro: convergências e possibilidades. *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 8/2006 | p. 48 - 100 | Jan - Mar / 2006 *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional* | vol. 5 | p. 661 - 718 | Fev / 2012 | DTR\2006\733.

<sup>734</sup> COSTA, Judith Martins. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 25/2010 | p. 11 - 39 | Abr - Jun / 2010 | DTR\2010\308.

<sup>735</sup> “Mais do que isso, sua utilização reflete uma perfeita sintonia e coerência entre a ferramenta contratual enquanto utensílio de circulação eficiente de riquezas e de “bem-estar” (para se empregar a expressão correntemente utilizada por autores que analisam o contrato sob sua perspectiva de direito econômico) e o processo judicial enquanto ferramenta para entrega de uma tutela jurisdicional justa, adequada, pacificadora e útil do ponto de vista social”. FELITTE, Beatriz Valente. *Os Limites dos Poderes do Juiz na Revisão de Contratos*. 2018. 395 p., Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 205.



Os negócios jurídicos processuais são, portanto, um importante instrumento para fins de formulação de cláusulas contratuais reguladoras de situação de *hardship*<sup>736</sup>, podemos haver controle judicial da disposição probatória, nos termos do parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015<sup>737</sup>.

### **3.22. Negócios jurídicos probatórios na locação: revisional de aluguel e ação renovatória.**

O presente tópico poderia ter sido convertido em um parágrafo exemplificativo dentro daquele item que abordou as convenções processuais na prova pericial. Todavia, para exaltar a importância das ações locatícias, entendeu-se pela criação de capítulo próprio e autônomo. Para evitar a repetição desnecessária, com relação às convenções sobre a prova pericial de forma ampla, iremos aderir às considerações já manifestadas.

Todavia, com relação às convenções probatórias na ação revisional de aluguel, tal qual aquilo que foi mencionado sobre a cláusula de *hardship*, as partes poderão modular o procedimento da prova técnica que irá realizar o cálculo do novo aluguel a ser implementado no contrato. As partes poderão desjudicializar a produção da prova e, assim, contratar *expert* independente, convencionando que o documento que vier a ser produzido pelo perito das partes, será suficiente para o fim de cumprir a missão do artigo 68 da Lei do Inquilinato.

Para a realização do cálculo do novo aluguel, as partes podem estabelecer procedimentos para indicação das referências que auxiliarão o *expert* na consecução de sua função. Por exemplo, se o objeto da locação é um imóvel utilizado por uma farmácia, as partes podem sugerir que apenas imóveis locados para farmácias sejam utilizadas como parâmetro para a obtenção do novo aluguel.

Quando abordada a ação renovatória, no que concerne à prova, é possível constatar que a comprovação do cumprimento dos itens previstos no artigo 71 da Lei de Locação é entendida como condição da ação renovatória, sem as quais deve ser operada extinção da demanda sem o julgamento do mérito, quais sejam: (i) prova do preenchimento dos requisitos dos incisos I, II e III do art. 51; (ii) prova do exato cumprimento do contrato

---

<sup>736</sup> FELITTE, Beatriz Valente. Os Limites dos Poderes do Juiz na Revisão de Contratos. 2018. 395 p., Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 205.

<sup>737</sup> “Por óbvio, nem todas as relações contratuais podem se valer de um amplo poder de disposição sobre tais aspectos. A adequação acima destacada, em linhas gerais, se observa mais em relações paritárias, sendo discutida sua utilização em relações contratuais que possam utilizar a convenção processual para travestir abusos e obter vantagens indevidas diante de vulnerabilidades. O próprio art. 190 do CPC, em seu parágrafo único, prevê o controle judicial da validade das convenções processuais, o que será abordado na sequência.” FELITTE, Beatriz Valente. Os Limites dos Poderes do Juiz na Revisão de Contratos. 2018. 395 p., Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 205.

em curso; (iii) prova da quitação dos impostos e taxas que incidiram sobre o imóvel e cujo pagamento lhe incumbia; (iv) prova da idoneidade financeira do fiador, quando houver; (v) prova de que o fiador do contrato ou o que o substituir na renovação aceita os encargos da fiança, autorizado por seu cônjuge, se casado for; (vi) prova, quando for o caso, de ser cessionário ou sucessor, em virtude de título oponível ao proprietário.

É importante que se diga que as partes não podem convencionar a dispensa ou a exclusão de prova de nenhum dos itens acima indicados. As partes podem, no entanto, definir quais serão os meios de prova aptos a constatação dos requisitos mínimos da ação renovatória, afastando a prova oral, por exemplo.

A convenção das partes pode detalhar e esmiuçar como se dará a prova do exato cumprimento do contrato, expandindo-se para a comprovação do adimplemento de deveres contidos em contratos acessórios e anexos ao contrato de locação principal.

Shopping Cidade Jardim Ltda. e Livraria da Vila Ltda., na ação renovatória n. 0020111-55.2012.8.26.0011, que tramitou na 1ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros, discutiram a perda do direito à renovação compulsória do contrato por ausência de comprovação do cumprimento das obrigações decorrentes das Normas Gerais do Shopping Cidade Jardim, documento anexo ao contrato de locação, que foi anuído pelo locatário e que estabelecia uma série de pequenas obrigações, como a contratação de seguro de responsabilidade civil contra terceiros.

Ainda que o incremento das obrigações contratuais em virtude da adesão às Normas Gerais do Shopping Cidade Jardim tenha natureza essencialmente de direito material, pode-se compreendê-la como uma convenção probatória de efeitos indiretos (ou uma convenção material que produziu efeitos no mundo probatório), na medida em que alargou o número de itens que locatária precisa apresentar para comprovar o exato cumprimento do contrato, apto a garantir o direito à renovação do contrato de locação. Ainda que o caso em questão tenha se encerrado em virtude de composição, até o momento da celebração do acordo, o Poder Judiciário de São Paulo e o Superior Tribunal de Justiça estavam entendendo válida a exigência da prova do cumprimento integral das Normas Gerais<sup>738</sup>.

---

<sup>738</sup> “Conforme se infere do inciso II do referido artigo, para que seja possível a renovação do contrato locatício, é necessário que o autor comprove ter cumprido rigorosamente suas obrigações nele previstas, não somente pagando pontualmente o aluguel pactuado, mas também os demais encargos contratuais e legais. Na hipótese vertente, restou incontroverso nos autos que o contrato de locação previa, na cláusula primeira do capítulo segundo, que as partes devem observar as “Normas gerais regedoras das locações do 'Shopping Cidade Jardim'” (fls. 84), a qual, por seu turno, estatui, em seu item “12.2”, a obrigação de os locatários contratarem seguro de responsabilidade civil contra terceiros. (...) Todavia, não logrou a locatária demonstrar

### 3.23. Convenções probatórias no contrato de empreitada.

A escolha pontual para abordagem do contrato de empreitada decorreu do fato deste ser um dos contratos de maior abrangência no direito brasileiro (artigo 610 e seguintes do Código Civil). A empreitada está presente tanto nas mais simples e humildes situações, como a reforma de uma casa. Como também está presente nas maiores e mais complexas obras do país, por exemplo aquelas de infraestrutura, onde o governo é o dono da obra.

Neste sentido, as partes poderão livremente convencionar a desjudicialização das provas periciais (ou a sua simplificação, se o caso for, por meio de *expert witness*), a organização dos documentos, dos relatórios diários de obra, dos critérios utilizados pelas medições e seus eventuais questionamentos, a comprovação dos gastos sobre a compra dos materiais, da necessidade de comprovação de que a compra se deu sob menor preço, a ocorrência de onerosidade excessiva etc.

Aqui não se tratam de convenções probatórias propriamente ditas, mas de convenções materiais cujos efeitos indiretos acabam por interferir no campo probatório, no direito material dele decorrente e nos eventuais litígios que puderem a ser instaurados em detrimento da empreitada.

---

seu cumprimento no decorrer de toda a avença, tendo apenas comprovado referida contratação no período de 16 de março de 2012 a 16 de março de 2013 (fls. 654/718), e entre 15 de abril de 2013 e 15 de abril de 2014 (fls. 719/819), embora a relação locatícia esteja em vigor desde 20 de junho de 2008. Ainda que tal inadimplemento, na prática, não tenha acarretado prejuízos, ele é suficiente para obstar o locatário de pleitear a renovação da relação locatícia, em virtude da quebra de confiança entre as partes. (...) uma vez não demonstrada a contratação de seguro durante a integralidade do contrato, evidente a não configuração do direito da agravada a renovar a relação locatícia, sendo imperiosa a reforma da decisão combatida, a qual reputou estar devidamente comprovado o exato cumprimento do contrato e entendeu cingir-se a controvérsia ao atual valor de mercado do aluguel.” TJSP; Agravo de Instrumento 2002038-97.2013.8.26.0000; Relator (a): Hugo Crepaldi; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/06/2013; Data de Registro: 01/07/2013. No Superior Tribunal de Justiça, confira-se a Medida Cautelar n. 0247467-80.2013.3.00.0000, de relatoria da Ministra Isabel Galotti, da Quarta Turma.

#### 4. Descumprimento da convenção probatória por uma das partes.

O tema do descumprimento da convenção processual, à luz do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, ainda não fora abordado com muita profundidade e em grande quantidade pela doutrina nacional. Para adentrar ao mérito de tal assunto, faz-se necessária a divisão do tema em duas espécies: o descumprimento por uma das partes<sup>739</sup> e o descumprimento pelo julgador (o qual será trabalhado no tópico sobre a vinculação do juiz às convenções probatórias); ou inadimplemento e a resilição da convenção probatória<sup>740</sup>.

Com relação às partes<sup>741</sup>, por ocasião do princípio da força obrigatória dos contratos e pela teoria geral do negócio jurídico, tem-se por certo que, uma vez celebrada a convenção processual, esta deve ser integralmente cumprida, nos termos das vontades declaradas pelas partes. Para compelir as partes ao cumprimento da convenção processual, é possível o estabelecimento multas e penas pecuniárias em virtude do inadimplemento da convenção processual probatória<sup>742</sup>.

O inadimplemento da convenção processual não pode ser apontado de ofício, mas apenas pela parte que se sentir prejudicada. Caso não faça isso na primeira oportunidade, o descumprimento da convenção processual se convalidará por ocasião da não insurgência. O silêncio será entendido como manifestação de verdade que abre mão da convenção. Essa

---

<sup>739</sup> “O negócio jurídico processual pode conter cláusula penal para o caso de descumprimento da avença. Tal possibilidade está abrangida pela esfera negocial das partes. A inobservância do pactuado depende de alegação pelo adversário. Não pode ser conhecida de ofício pelo juiz. Disso decorre que se uma parte descumprir o que ficou acertado na negociação processual e o adversário não se opuser, haverá renúncia àquela estipulação. Tal interpretação é extraível por analogia da regra do art. 337, §§ 5.º e 6.º, que impedem o conhecimento de ofício da convenção arbitral e a sua não alegação pelo demandado implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia à arbitragem”. AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentabilidade*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 138.

<sup>740</sup> BERTÃO, Rafael Calheiros. *Limites às convenções processuais*. 2018. 283 p. Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 254.

<sup>741</sup> “De incício, deve-se deixar claro que as partes de um acordo processual são aqueles que se vinculam voluntariamente, em razão de sua capacidade negocial, pelas disposições contidas no instrumento convencional. (...) A convenção processual vincula as partes que a firmaram”. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, pp. 247-248.

<sup>742</sup> “as convenções processuais admitem a inserção de termos, condições e penalidades para o caso de descumprimento de alguma de suas regras (exceto relativamente à boa-fé) entre suas cláusulas.”. FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. *O juiz e a contratualização dos litígios*. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 82; “Também se afigura lícita a inserção de cláusula penal, a incidir no caso de descumprimento de alguma das regras (processuais) previstas pelos interessados – não apenas para a situação de litigância de má-fé”. YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?*. in CABRAL, Antônio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coordenadores), *Negócios jurídicos processuais*, Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 72-73; FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. *O juiz e a contratualização dos litígios*. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 98; DIDIER JR. Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. *Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais*. *Revista de Processo* | vol. 279/2018 | p. 41 - 66 | Maio / 2018 | DTR\2018\12761.

interpretação ocorre por analogia do artigo 337, parágrafos 5º e 6º, que impedem o conhecimento de ofício da convenção arbitral e a sua não alegação pelo demandado implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia à arbitragem<sup>743</sup>. Repita-se: o inadimplemento da avença processual, por uma das partes acordantes, deverá ser alegado por aquele interessado na primeira oportunidade<sup>744</sup>, por meio de simples petição nos autos (Enunciado n. 252 do FPPC)<sup>745</sup>, ocasião em que poderá ser reconhecida a má-fé ou ato atentatório à

---

<sup>743</sup> “O negócio jurídico processual pode conter cláusula penal para o caso de descumprimento da avença. Tal possibilidade está abrangida pela esfera negocial das partes. A inobservância do pactuado depende de alegação pelo adversário. Não pode ser conhecida de ofício pelo juiz. Disso decorre que se uma parte descumprir o que ficou acertado na negociação processual e o adversário não se opuser, haverá renúncia àquela estipulação. Tal interpretação é extraível por analogia da regra do art. 337, §§ 5.º e 6.º, que impedem o conhecimento de ofício da convenção arbitral e a sua não alegação pelo demandado implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia à arbitragem”. AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentabilidade*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 138; “La renuncia tácita al arbitraje consiste, en resumen, en aceptar que aunque las partes hayan celebrado un acuerdo de arbitraje, si una de ellas demanda ante los tribunales ordinarios y la otra no opone la falta de jurisdicción cumpliendo con ciertas formalidades, se entiende que las partes han renunciado a someter sus controversias a un tribunal arbitral.” CADENAS, Pedro J. Saghy. 'La renuncia tácita al arbitraje', *Revista Brasileira de Arbitragem*, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2015, Volume XII Issue 47) pp. 70 – 96; “Precisamente ha sido el tema de la renuncia tácita al acuerdo de arbitraje lo que mayores obstáculos ha traído al desarrollo del arbitraje en Venezuela. Podría decirse que la declaratoria casi automática por parte de los jueces venezolanos de la renuncia tácita al acuerdo de arbitraje es el mayor ejemplo de interferencias indebidas del Poder Judicial venezolano en el arbitraje. En este sentido, es lamentablemente larga la lista de casos en que los jueces venezolanos han declarado su jurisdicción a pesar de la estipulación de acuerdos de arbitraje en un empleo indebido de la figura de la renuncia tácita al acuerdo de arbitraje.” JESUS, Alfredo E. d. 'Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho Venezolano', *Revista Brasileira de Arbitragem*, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2006, Volume III Issue 9) pp. 111 – 180. No mesmo sentido: 'Chapter 3: EU Investment Agreements', in Tom Fecak, *International Investment Agreements and EU Law*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2016) pp. 141 – 310; “Outrossim, após a atenta análise dos autos, verifica-se que a própria ré descumpriu a cláusula arbitral contida no boletim de subscrição de ações de fls. 231/232 – que, dentre outras obrigações, previu a indigitada obrigação de não concorrência –, haja vista que propôs ação com o fim de obter tutela jurisdicional que obrigasse o autor ao cumprimento daquela obrigação (fls. 668/703 do apenso). Houve, pois, renúncia tácita à cláusula arbitral, exurgindo absolutamente descabida a preliminar apontada às fls. 363/364 da ação cautelar.” 'André Azevedo Marques de Campos v. Odontoclinic S/A, Tribunal de Justiça de São Paulo, Registro 2012.0000665891, 11 December 2012', *Revista Brasileira de Arbitragem*, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2013, Volume X Issue 37) pp. 95 – 98; “Resilição bilateral tácita, de maneira a se denotar aquiescência ao silêncio da parte, com consequente novação tácita -> art. 65. Prorrogar-se-á a competência relativa se o réu não alegar a incompetência em preliminar de contestação” e “art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: (...) § 6º A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral”. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 283; DIDIER JR., Fredie. *Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015*. IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 105-125, p. 121; e BERTÃO, Rafael Calheiros. *Limites às convenções processuais*. 2018. 283 p. Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 254.

<sup>744</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 282-283

<sup>745</sup> BERTÃO, Rafael Calheiros. *Limites às convenções processuais*. 2018. 283 p. Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 254.

dignidade da justiça, podendo o magistrado, com fulcro na lei (artigo 80 do Código de Processo Civil de 2015), aplicar multa e indenização<sup>746</sup>.

Sobre o assunto, fazendo referência ao Código Civil (artigo 111), Cabral também ressalta a importância do silêncio como manifestação de vontade<sup>747</sup>. Barbosa Moreira, por seu turno, declarou que os efeitos obrigatórios das convenções processuais, em linha de princípio, submetem-se à disciplina civilista<sup>748</sup>. O descumprimento pontual de algumas das convenções processuais deve ser entendido com ato a isolado, não invalidando as demais disposições<sup>749</sup>.

O inadimplemento de uma convenção probatória extraprocessual antecedente ao processo pode, inclusive, justificar o ajuizamento de ação autônoma própria para fazer valer a vontade das partes<sup>750</sup>, que consistirá numa obrigação específica ao inadimplente, posicionamento com o qual concorda-se – podendo até ser previsto, inclusive,

Cabral afirma que, uma vez firmada a convenção processual, esta passará a ser irrevogável, uma vez que presentes os requisitos mínimos de validade e eficácia<sup>751</sup>, sendo possível, no entanto, o seu distrato (Enunciado n. 411 do FPPC).

Se uma parte deixa de praticar um ato processual decorrente de uma convenção processual, a ela devem ser aplicados os efeitos da preclusão, presumindo-se, em seu

---

<sup>746</sup> “Em determinadas situações, ademais, referido descumprimento pode ser entendido como ato de má-fé ou ato atentatório à dignidade da justiça – caso em que a parte ofensora poderá vir a ser sancionada com as penas respectivas (multa e indenização – art. 80, CPC).”. FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. O juiz e a contratualização dos litígios. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, pp. 98-99.

<sup>747</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 297.

<sup>748</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. Revista de Processo | vol. 33/1984 | p. 182 - 191 | Jan - Mar / 1984 Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 3 | p. 151 - 163 | Out / 2011 | DTR\1984\9.

<sup>749</sup> “O descumprimento pontual de alguma das disposições da convenção processual deve ser entendido como ato isolado, não invalidando ou cancelando eventuais outras determinações que não sejam daquela diretamente dependentes. Em outras palavras: se não for observado um prazo fixado em calendário, deve-se aplicar eventual consequência processual relativamente àquele ato, mas o restante da convenção se mantém íntegro, não havendo que se falar em cancelamento ou “vencimento antecipado” das demais disposições”. FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. O juiz e a contratualização dos litígios. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 98.

<sup>750</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 241.

<sup>751</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 187-188; DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 105-125, p. 121; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. Revista de Processo | vol. 33/1984 | p. 182 - 191 | Jan - Mar / 1984 Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 3 | p. 151 - 163 | Out / 2011 | DTR\1984\9.

desfavor, os fatos que por ela deveriam ser comprovados por meio da obrigação que foi descumprida<sup>752</sup>.

As partes podem – e até devem – estabelecer que, no caso de descumprimento convenção probatória por ato omissivo, se inverterá o ônus da prova em desfavor do inadimplente. De acordo com as dimensões dinâmicas do ônus da prova, o juiz poderá aplicar tal inversão de ofício, em privilégio do princípio da cooperação processual e do autorregramento da vontade no processo.

---

<sup>752</sup> “se a parte deixa de cumprir um prazo que havia sido acordado em convenção processual, a consequência é a preclusão temporal; se a parte não comparece a audiência que havia sido designada em calendário processual, aplica-se-lhe a pena de confissão, e assim por diante”. FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. O juiz e a contratualização dos litígios. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 98.

## **QUARTA PARTE: CONTROLE E LIMITES ÀS CONVENÇÕES PROCESSUAIS SOBRE PROVA.**

### **1. Existência, validade e eficácia**

As convenções probatórias devem ser analisadas sob a perspectiva tridimensional dos negócios jurídicos: existência, validade e eficácia<sup>753</sup>.

No plano da existência encontram-se os seguintes elementos: a existência de um agente, o objeto e forma. Ou seja, para que a convenção probatória exista, as partes devem declarar uma vontade alterar o procedimento judicial de alguma maneira, sob a forma escrita. A análise dos requisitos de existência deve ser realizada antes da análise dos elementos de validade<sup>754</sup>.

No plano da validade estão alocadas as características dos elementos essenciais. Há a necessidade de que os agentes sejam capazes, que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável e de que a forma seja prescrita ou não defesa em lei<sup>755</sup>.

---

<sup>753</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. Disponível em [https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios\\_jur%C3%ADdicos\\_processuais\\_no\\_processo\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro), acesso em 15 de dezembro de 2018, às 10h44min.

<sup>754</sup> “deve-se, inicialmente, identificar se há, ou se existe, determinado fenômeno jurídico, antes de se aprofundar em questões envolvidas da validade e da eficácia”. BERTÃO, Rafael Calheiros. Limites às convenções processuais. 2018. 283 p. Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018. Ademais, confira-se: “Deve-se analisar, inicialmente, a existência das convenções processuais face ao direito brasileiro, i. e., afastar a tese, bem resumida na assertiva afirmação histórica de Dinamarco, no próprio título do ponto “637” da penúltima edição de seu curso, de que “não há negócios jurídicos processuais” DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 481 e seguintes; e “Em outras palavras, para existência do fato jurídico, são necessários a descrição abstrata da hipótese fática por uma norma jurídica, a concretização do fenômeno previsto e, pela incidência da norma neste, o ingresso do fato ou do complexo de fatos no mundo jurídico”. BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. Revista de Processo. ano. 32. n. 148. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2007, p. 293-320, p. 294.

<sup>755</sup> “A validade de um ato, nesse contexto, refere-se a higidez com que o seu elemento nuclear vontade consciente foi produzido. Nesse sentido, caso haja o preenchimento deficiente de sua hipótese normativa, poderá ocorrer, como efeito, a nulificação do ato, ou seja, sua verdadeira destruição do mundo jurídico”. BERTÃO, Rafael Calheiros. Limites às convenções processuais. 2018. 283 p. Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018; e Não concordamos: “No ponto, há de se perceber que os negócios jurídicos processuais probatórios, de uma maneira geral, não podem buscar ajustar situações jurídicas típicas da posição do Estado-juiz. Isso porque, como de um modo geral nos negócios jurídicos, só é possível o autorregramento acerca de situações que se encontram no âmbito de disposição das partes. Caso contrário, há ineficácia. É justamente o que acontece quando as partes pactuam sozinhas acerca de poderes ou deveres do magistrado, excetuados os casos em que houver expressa autorização legal ou participação direta do magistrado no negócio processual. Assim, por exemplo, é admissível um negócio processual acerca do ônus da prova, mas não um negócio que tente impedir que o magistrado tome em conta determinada prova em espécie – apenas seria possível, nesse sentido, pactuar uma obrigação de não fazer com a própria parte, no sentido de os sujeitos processuais utilizarem-se apenas de provas documentais”. MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 4/2018 | Revista de Processo | vol. 241/2015 | p. 463 - 487 | Mar / 2015 | DTR\2015\2135.



O plano da eficácia refere-se à aptidão a produzir efeitos da convenção processual<sup>756</sup>. A eficácia das convenções probatórias decorre da própria vontade das partes de forma imediatada. Uma vez celebrada, a convenção começa a produzir seus efeitos, independentemente de homologação<sup>757</sup>. Ao magistrado, caberá apenas cumprir a convenção válida<sup>758</sup>, estabelecendo em decisão os efeitos da convenção<sup>759</sup>, sendo autorizado, em caráter de exceção, sempre que tais acordos violarem a ordem pública, normais imperativas, a suspender seus efeitos<sup>760</sup>.

Ainda no plano da eficácia, destaca-se que existem casos em que a própria lei sujeita a eficácia da convenção processual à chancela judicial, tal qual o calendário processual.

## 2. Limites das convenções probatórias<sup>761</sup>.

Ao tratar do assunto das convenções probatórias, o primeiro limite que se coloca em discussão são os poderes instrutórios do juiz<sup>762</sup>. Por opção metodológica, não o presente

---

<sup>756</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª Parte. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 173.

<sup>757</sup> “No que diz respeito ao plano da eficácia, problemas (já conhecidos dos arbitralistas) podem tensionar o uso e causar insegurança no manejo dos negócios processuais. A uma, porque não há consenso doutrinário a respeito da (des)necessidade de homologação dos negócios pelo juízo (o que significaria uma condição eficaz para a aplicação das avenças). A duas, em função de dissenso a respeito da eficácia de negociações para terceiros não signatários que venham a participar do processo como litisconsortes (o regime litisconsorcial - se facultativo ou necessário - influirá na resposta) ou como intervenientes (o regime de intervenção - se coacta ou voluntária - igualmente influirá na resposta)”. ABREU, Rafael Sirangelo. “Customização processual compartilhada”: o sistema de adaptabilidade do Novo CPC. Revista de Processo | vol. 257/2016 | p. 51 - 76 | Jul / 2016 | DTR\2016\21700.

<sup>758</sup> “O Juiz não é parte do negócio jurídico processual atípico. Tampouco o conteúdo do negócio será submetido à sua homologação”. AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ª ed. São Paulo, Editora RT, 2017.

<sup>759</sup> MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 4/2018 | Revista de Processo | vol. 241/2015 | p. 463 - 487 | Mar / 2015 | DTR\2015\2135.

<sup>760</sup> “Os árbitros poderão decidir e adotar medidas contrárias aos acordos das partes sempre que tais acordos violarem a ordem pública, normais imperativas e, ainda, oferecerem riscos à exequibilidade da futura sentença arbitral”. ZANELATO, Thiago del Pozzo. A autonomia da vontade das partes na produção de provas em arbitragem internacional. In FINKELSTEIN, Cláudio (org). *Direito e Arbitragem: estudos acadêmicos*, Editora Arraes, Belo Horizonte, 2017, p. 124.

<sup>761</sup> “A busca de limites à autonomia da vontade das partes será um dos grandes desafios da doutrina e da jurisprudência a partir da entrada em vigor do projeto do novo Código de Processo Civil. Há quem defenda que estes limites seriam buscados nas normas de ordem pública”. CADIET, Loic. Los acuerdos procesales en el derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*. n. 3. vol. 3. p. 25. Disponível em [http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa\\_arquivo.php?id=59&embedded=true](http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=59&embedded=true), acesso em 15 de janeiro de 2019, às 00h53min.

<sup>762</sup> “a Enfam procurou formular enunciados limitando a atuação dos litigantes. Por exemplo, na visão dos magistrados presentes ao encontro, a regra do artigo 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, como por exemplo a limitação dos poderes de instrução ou do controle de legitimidade das partes”. DOTTI, Rogéria; JÚNIOR, Gilberto Andreassa. Normas fundamentais e negócios processuais no novo CPC. Disponível em Consultor Jurídico,

trabalho não abordará tais poderes do juiz como um limite às convenções, mas abordará o assunto, no tópico a seguir, sob a perspectiva antagônica de que as convenções probatórias tratam-se de um limite aos poderes instrutórios do juiz, vinculando o magistrado ao quanto definido pelas partes<sup>763</sup>.

Para a analisar o tema dos limites das convenções probatórias<sup>764</sup>, partiremos da interpretação literal da cláusula geral de negociação (artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015<sup>765</sup>), a qual estabelece as seguintes restrições: (i) que processo verse sobre direitos que admitem autocomposição; (ii) as partes devem ser plenamente capazes; (iii) podem ser apenas transacionados ônus, poderes, faculdades e deveres processuais; (iv) há um limite temporal – que seja celebrada a convenção antes ou durante o processo, nunca após; (v) é vedada a inserção abusiva em contrato de adesão; e (vi) nenhuma das partes pode se encontrar em situação de vulnerabilidade.

O artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 deve ser interpretado e analisado em conjunto com o artigo 104 do Código Civil<sup>766</sup>, o qual inaugura as disposições

---

<https://www.conjur.com.br/2016-jan-20/normas-fundamentais-negocios-processuais-cpc>, acesso em 21 de dezembro de 2018, às 17h23min.

<sup>763</sup> Discorda-se a opinião de Diogo Almeida sobre o assunto: “São possíveis convenções processuais probatórias, mas que, além de preocuparem-se em respeitar o exercício dos direitos de defesa e ao contraditório, não podem vedar ou impedir que o julgador exerça, nos moldes estabelecidos pela lei, seus poderes instrutórios”. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A Contratualização do Processo* (Página 175). Edição do Kindle. Também não se concorda com o posicionamento de Tucci, de que o Juiz deteria poderes para a direção material do processo e da atividade instrutória: “Isso tudo significa que o litigante tem “full control” sobre o seu direito material e as suas respectivas garantias processuais e, outrossim, bem revela o poder da parte de livre escolha para o exercício ou não exercício destas prerrogativas; o juiz, por outro lado, nos limites da lei, detém poderes de direção material do processo e de iniciativa probatória, simplesmente porque deve estar comprometido com a solução mais justa possível da controvérsia”. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Contra o processo autoritário*. *Revista de Processo* | vol. 242/2015 | p. 49 - 67 | Abr / 2015; e BAUR, Fritz. *O papel ativo do juiz*. *Revista de Processo* | vol. 27/1982 | p. 186 - 199 | Jul - Set / 1982 | DTR\1982\39.

<sup>764</sup> “No campo processual, há limitações evidentes à autonomia privada, mas isso, por si só, não afeta a existência dessa categoria de fato jurídico. Todas as categorias convivem com limitações mais ou menos amplas, que são fundamentais para conferir seus contornos conceituais. O balizamento da autonomia molda o conceito de negócio jurídico processual, mas não o desnatura e sim o configura”. GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova – estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*. São Paulo: Tese de doutorado defendida na Pontifícia Universidade de São Paulo (PUC-SP), 2013. p. 8.

<sup>765</sup> “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. Parágrafo único. 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.”. Mais: DI SPIRITO. *Controle de formação e de conteúdo do negócio jurídico processual – Parte I*. *Revista de Processo* | vol. 247/2015 | p. 137 - 176 | Set / 2015 | DTR\2015\13184.

<sup>766</sup> “A validade dos negócios jurídicos está condicionada ao preenchimento dos seguintes requisitos: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; observância da forma prescrita ou não prevista em lei (art. 104 do CC/2002). Tais requisitos serão examinados adiante, à luz das exigências específicas de validade contidas no art. 190 do CPC”. AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e*

gerais sobre os negócios jurídicos naquele diploma e que estabelece os seguintes requisitos: (i) agente capaz; (ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e (iii) forma prescrita ou não defesa em lei<sup>767</sup>.

Tem-se claro que a liberdade negocial das partes, sobretudo com relação às provas, não é ilimitada<sup>768</sup>. É o que se pretende abordar a seguir.

## 2.1. Direitos que admitam autocomposição<sup>769</sup>.

Titina Pezzani, ao analisar as convenções probatórias, entende que essas somente poderiam ser celebradas em casos sobre direitos disponíveis<sup>770</sup>. Não se concorda com a

---

instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p. 138; “Como todo negócio jurídico, ocioso dizer, os contratos que tenham por objetivo terminar um litígio exigem, cumulativamente: agente capaz, objeto lícito e forma prevista ou não defesa em lei”. BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 2/2018 | p. 1323 - 1333 | Revista de Processo | vol. 269/2017 | p. 139 - 149 | Jul / 2017 | DTR\2017\1815; “Justamente por isso, os negócios processuais possuem os seguintes requisitos de validade: (a) manifestação livre e de boa-fé; (b) agente capaz e legitimado; (c) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; (d) forma livre ou prevista em lei. Ausente um dos requisitos, poderá o negócio processual ser invalidado”. TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no Novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. Revista de Processo | vol. 254/2016 | p. 91 - 109 | Abr / 2016 | DTR\2016\19687; “Assim, para serem válidos, os negócios jurídicos processuais devem: (i) ser celebrados por pessoas capazes; (ii) possuir objeto lícito; e (iii) observar forma prevista ou não proibida por lei (arts. 104, 166 e 167 do Código Civil). O desrespeito a qualquer um desses requisitos implica nulidade do negócio, reconhecível de ofício nos termos do parágrafo único, do art. 190, do CPC, desde que haja prejuízo – já que a decretação de invalidade do negócio processual deve obedecer ao sistema das invalidades processuais”. DIDIER JR. Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. Revista de Processo | vol. 279/2018 | p. 41 - 66 | Maio / 2018 | DTR\2018\12761.

<sup>767</sup> Ao tratar dos limites às convenções processuais, Marco Paulo Di Spirito ainda identifica os seguintes itens previstos em outros diplomas e dispositivos legais, para além dos artigos 190 do Código de Processo Civil de 2015 e 104 do Código Civil: “Quanto aos limites gerais expressos previstos em outros dispositivos ou diplomas, sejam considerados os seguintes: (i) impossibilidade de dispor sobre organização judiciária (vide arts. 21, XIII; 22, XVII; 25; 48, IX, da CF/1988); (ii) impossibilidade de afastar normas inerentes ao devido processo legal (art. 5.º, LIV, LV, LVI, da CF/1988; 27 arts. 1.º, 7.º, 9.º, 10.º do CPC/2015; parametricamente, art. 21, § 2.º, da Lei 9.307/199628); (iii) impossibilidade de afastar ou mitigar o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva (art. 5.º, XXXV, LV, LXXVIII); (vi) impossibilidade de criar obstáculos ao acesso à Justiça (art. 5.º, XXXV, da CF/1988); (v) respeito à dignidade da pessoa humana (arts. 1.º, III; 226, § 7.º; 230 da CF/1988; art. 8.º do CPC/2015); (vi) adequação do negócio jurídico processual ao procedimento (arts. 327, § 2.º; 6.º do CPC/2015), uma vez que as criações entabuladas pelas partes não podem tumultuar o exercício da jurisdição; 29 (vii) anulabilidade do negócio jurídico processual (e.g., art. 171 do CC). Entendemos que tais itens têm o condão de limitar as convenções processuais, no entanto entendemos que se tratam apenas de exemplos contidos nas categorias que abaixo serão abordadas.

DI SPIRITO. Controle de formação e de conteúdo do negócio jurídico processual – Parte I. Revista de Processo | vol. 247/2015 | p. 137 - 176 | Set / 2015 DTR\2015\13184.

<sup>768</sup> AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p. 143.

<sup>769</sup> AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p. 142.

<sup>770</sup> “Inoltre, come dicevamo, se una convenzione probatoria sarà ritenuta ammissibile rispetto a tutti i vari criteri che verranno messi in luce in questo lavoro, comunque potrà riguardare solo i diritti disponibili”. PEZZANI, Titina Maria. Il Regime Convenzionale delle Prove. Milano: Giuffrè, 2009. Disponível em <https://shop.giuffre.it/catalog/product/view/id/30808/s/il-regime-convenzionale-delle-prove/>, acesso em 26 de dezembro de 2018, às 02h10min.

aplicação de tal limitação, posto que a legislação brasileira limitou as convenções processuais, de forma ampla, aos casos sobre direitos que admitam autocomposição, gama de demandas maior do que aquelas somente tratam de direitos disponíveis<sup>771</sup>.

Por sua vez, a expressão “direitos que admitam autocomposição” aproxima-se bastante do quanto disposto no artigo 841 do Código Civil, segundo o qual “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.”<sup>772</sup>. Daí se compreende que as convenções probatórias que afetarem direitos fundamentais (como jurisdição, juiz natural, duplo grau de jurisdição, ampla defesa, devido processo legal) serão consideradas nulas<sup>773</sup>.

A discussão sobre a possibilidade de transigir ganhou bastante espaço quando da entrada em vigor da Lei de Arbitragem<sup>774</sup>. Todavia, no âmbito das convenções processuais, verifica-se maior amplitude para sua utilização<sup>775</sup>. Ainda em um caso que se discutem direitos indisponíveis – disputa de guarda, fixação de alimentos – poderiam ser aceitas

---

<sup>771</sup> TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. Revista de Processo | vol. 264/2017 | p. 83 - 107 | Fev / 2017 | DTR\2016\25028; “Para a celebração do referido acordo probatório, devem ser respeitados o ordenamento jurídico e as limitações por ele impostas. É o caso, por exemplo, de demanda que verse sobre direitos indisponíveis”. FERRADEIRA, Mariana. A prova emprestada como objeto de negócio jurídico processual. In: MARCATO, Ana (Org.); GALINDO, Beatriz (Org.); GÓES, Gisele (Org.); BRAGA, Paula Sarno. (Org.); APRIGLIANO, R. (Org.); NOLASCO, R. D. (Org.). Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157; “Direito disponível é o alienável, transmissível, renunciável, transacionável. A disponibilidade significa que o titular do direito pode aliená-lo; transmiti-lo inter vivos ou causa mortis; pode, também, renunciar ao direito; bem como, pode, ainda, o titular transigir seu direito”. NETO, Antônio José de Mattos. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem. Revista de Processo | vol. 122/2005 | p. 151 - 166 | Abr / 2005 | Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2/2014 | p. 413 - 432 | Set / 2014 | DTR\2005\845.

<sup>772</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade. Fatos Processuais. Atos Jurídicos Processuais Simples. Negócio Jurídico Processual (unilateral e bilateral). Transação. Revista de Direito Privado | vol. 64/2015 | p. 261 - 274 | Out - Dez / 2015 | DTR\2016\129.

<sup>773</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 360.

<sup>774</sup> “Ocorre que na arbitragem, por força do art. 1º da Lei nº 9.307/1996, enfrenta-se – invariavelmente e tão somente – direitos patrimoniais disponíveis. Repita-se: na arbitragem, a matéria será infalivelmente questões sobre as quais as partes têm livre disponibilidade e que se resumem a questões monetárias”. JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Flexibilidade do Procedimento Arbitral e Poderes Instrutórios dos Árbitros na Arbitragem Brasileira: Possibilidade de Restringir os Poderes Instrutórios dos Árbitros em Nome da Autonomia da Vontade. Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2011, Volume VIII Issue 31) pp. 29 – 58; e “§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

<sup>775</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Convenções processuais e o poder público. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 250.

convenções probatórias<sup>776</sup>, principalmente se o objetivo for ampliar os direitos daquela parte entendida como hipossuficiente.

Os negócios jurídicos processuais devem situar-se no espaço de disponibilidade outorgado pelo legislador, não podendo autorregular situações alcançadas por normas cogentes, onde repousa o interesse público, que é indisponível e intransigível<sup>777</sup>.

A respeito dos negócios probatórios, cumpre destacar a lição de Cândido Rangel Dinamarco, cuja interpretação dá respaldo aos negócios probatórios. Dinamarco diz que o “o dever de iniciativa probatória é maior quando a relação jurídico-material litigiosa é marcada pela indisponibilidade” e que “é menos intenso esse poder-dever nos litígios sobre direitos disponíveis entre capazes”<sup>778</sup>. Ou seja, evidente o respaldo às convenções probatórias.

Pois bem. Necessário é o cumprimento do requisito de tratar-se de casos em que se admite autocomposição, posto que a negociação sobre as situações jurídicas provas pode acabar afetando a solução do mérito da causa, principalmente se alterar as regras de ônus da prova, vindo a 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”<sup>779</sup>.

## 2.2. Capacidade das partes.

---

<sup>776</sup> CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais. In: ANTONIO DO PASSO CABRAL, PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA, Negócios processuais, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015, p. 551. Mais: Enunciado 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.

<sup>777</sup> TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. Revista de Processo | vol. 264/2017 | p. 83 - 107 | Fev / 2017 | DTR\2016\25028; CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. Disponível em [https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios\\_jur%C3%ADdicos\\_processuais\\_no\\_processo\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro), acesso em 15 de dezembro de 2018, às 10h44min; JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Flexibilidade do Procedimento Arbitral e Poderes Instrutórios dos Árbitros na Arbitragem Brasileira: Possibilidade de Restringir os Poderes Instrutórios dos Árbitros em Nome da Autonomia da Vontade. Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2011, Volume VIII Issue 31) pp. 29 – 58.

<sup>778</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, v. I, cit. supra n. 49, p. 222.

<sup>779</sup> DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 105-125, p. 117.

Somente as partes capazes podem celebrar negócios jurídicos. Somente as partes capazes podem celebrar negócios jurídicos sobre provas<sup>780</sup>.

No geral, para celebrar uma convenção probatória, as partes devem (i) possuir personalidade jurídica e capacidade (artigos 1º, 3º, 4º, 166, I, e 171, I do Código Civil); e (ii) capacidade de ser parte e de estar em juízo (artigo 70 Código de Processo Civil de 2015)<sup>781</sup>.

A capacidade postulatória não é requisito para as convenções probatórias, posto que podem ser estabelecidas antes mesmo do processo, ou seja, a presença de um advogado não é obrigatória<sup>782</sup>.

### **2.3. Objeto lícito, possível, determinado ou determinável; que tratem sobre ônus, faculdades, poderes e deveres processuais.**

Ao tratar em uma convenção processual de seus ônus, faculdades, poderes e deveres processuais probatórios, o objeto da transação das partes deve ser lícito, possível, determinado determinável. O negócio jurídico processual terá por objeto regular, reger uma situação processual<sup>783</sup>. Dizer que o negócio jurídico lícito é aquele em acordo com a moral e os bons costumes é muito pouco e não resolve nenhum problema de ordem prática, que é o único objetivo da ciência processual, dar encaminhamento prático para as dúvidas de

---

<sup>780</sup> “Conclui-se, pois, que incapazes não podem realizar negócios processuais sozinhos, mas apenas se regularmente representados”. TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no Novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. Revista de Processo | vol. 254/2016 | p. 91 - 109 | Abr / 2016 | DTR\2016\19687; AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p. 13; “Encontram-se os seguintes posicionamentos: (i) o dispositivo exclui a possibilidade de celebração de convenções processuais por absoluta e relativamente incapazes no plano do direito civil (capacidade negocial), mas a permite caso a incapacidade seja processual e eles se encontrem adequadamente representados ou assistidos; (ii) a capacidade deve ser analisada tanto do ponto de vista do direito material (capacidade negocial) quanto processual (capacidade de ser parte, de estar em juízo e postulatória), conjugando-os; (iii) além da capacidade negocial e processual, alguns doutrinadores sugerem acrescentar-se a ausência de vulnerabilidade como requisito de capacidade”. FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. O juiz e a contratualização dos litígios. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018; CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Flexibilização do Procedimento e Calendário Processual no Novo CPC. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios Processuais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 501

<sup>781</sup> “Por exemplo, um condomínio poderá celebrar negócio jurídico, dede que representado por seu administrador ou síndico (CPC/15, art. 75, XI); o incapaz, por seus pais, tutor ou curador (CPC/15, art. 71)”. TALAMINI, Eduardo. Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível in <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151020-17.pdf>, acesso em 23 de dezembro de 2018, à 00h09min.

<sup>782</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. Revista de Processo | vol. 33/1984 | p. 182 - 191 | Jan - Mar / 1984 Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 3 | p. 151 - 163 | Out / 2011 | DTR\1984\9

<sup>783</sup> AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p. 132.

proceder atinentes às disputas materiais das partes. As proposições a seguir se encaminharão nesse afã.

A doutrina brasileira, ao tratar dos negócios jurídicos processuais, elencou inúmeros de requisitos e limites, esquecendo-se da necessária vinculação da matéria com o direito civil brasileiro. Conforme se verá, inúmeros dos limites impostos e descritos encontram espaço dentro do conceito de “objeto lícito”. Veja-se.

Parece ser lícito um negócio que implique a renúncia de direitos materiais irrenunciáveis<sup>784</sup>? A resposta correta é não. Admitir a celebração de tal negócio é admitir a validade da celebração de negócio com objeto totalmente ilícito. No mesmo sentido, parece ser lícito um negócio em que as partes renunciem o direito à jurisdição, ao juiz natural e à ampla defesa<sup>785</sup>? Evidentemente não. O objeto é ilícito, posto que não se conforma com o sistema Judiciário brasileiro, pautado nas garantias processuais constitucionais<sup>786</sup>.

---

<sup>784</sup> FARIA, Marcela Kohlbach. Licitude do objeto das convenções processuais. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157.

<sup>785</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade. Fatos Processuais. Atos Jurídicos Processuais Simples. Negócio Jurídico Processual (unilateral e bilateral). Transação. Revista de Direito Privado | vol. 64/2015 | p. 261 - 274 | Out - Dez / 2015 | DTR\2016\129.

<sup>786</sup> “A liberdade das partes não é irrestrita. Não se pode violar a garantia do contraditório estabelecendo, por exemplo, data para apresentação de documentos por uma parte sem a previsão de prazo para a outra se manifestar. De igual modo não se pode violar normas cogentes, como as que se referem às regras de competência absoluta. Há, ao menos, três limites para os negócios processuais: a disponibilidade do direito em litígio; o equilíbrio e a igualdade entre as partes, substancialmente e não apenas formal; e o respeito às regras, princípios, direitos e garantias fundamentais do processo”. REDONDO, Bruno Garcia. Negócios jurídicos processuais. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Temas essenciais do novo CPC (LGL\2015\1656): análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. São Paulo: RT, 2016. p. 231; FARIA, Marcela Kohlbach. Licitude do objeto das convenções processuais. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157; “Um limite fundamental será o devido processo legal. Não será juridicamente admissível que as partes convençam que o processo se desenvolva em prejuízo de uma das partes. A convenção em matéria processual jamais poderá desequilibrar a relação processual. Disso decorre que não será lícito convencionar, por exemplo, que apenas uma das partes poderá produzir provas ou que somente o réu poderá falar sobre provas produzidas de ofício pelo juiz. Tais casos caracterizariam evidente ofensa ao devido processo legal, nas perspectivas da garantia do contraditório e da isonomia (paridade de tratamento). (...) Assim, será recusado pelo juiz o negócio que disponha acerca da admissão de provas ilícitas no processo, aceite a interceptação de conversa telefônica no processo civil, dispense o juiz de fundamentar o seu convencimento quanto às provas produzidas, ou dispense as partes de agir com lealdade e boa-fé em relação à produção de provas”. AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p. 144; e “Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício de jurisdição”. CINTRA, Antônio Carlos Amaral; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 88.

Ou seja, para que o objeto da convenção processual, probatória ou não, seja lícito, não podem tratar de regras cogentes, princípios e valores do ordenamento jurídico brasileiro, posto que são parâmetros estáticos, não podendo ser afastados, nem modulados pelas partes<sup>787</sup>.

Por conta de tal princípio, também não é válido o negócio jurídico que viola da garantia da igualdade, que propaga efeitos para uma parte e não para outra, que concede mais prazo para recurso para uma parte e não para a outra, por exemplo<sup>788</sup>.

Sendo assim, a convenção probatória, posto que em certa medida acaba limitando a atividade instrutória do juiz, poderia ser entendida como ilícita, do ponto de vista do seu objeto?<sup>789</sup> Entendemos que não, posto não viola ampla defesa, nem o contraditório. As convenções probatórias devem respeitar os direitos de defesa e o contraditório<sup>790</sup>. Por exemplo, a eventual limitação da possibilidade de se defender apenas decorre do não exercício da faculdade probatória e decorre única e exclusivamente da parte do próprio interessado, que assumiria os riscos por não se desincumbir o ônus probatório<sup>791</sup>.

Entende-se que o conceito de ordem pública é muito amplo, vago e pouco objetivo para poder justificar a limitação das convenções probatórias<sup>792</sup>, aptos a ensejar a o

---

<sup>787</sup> “Em síntese, embora seja ampla a liberdade das partes para celebrarem convenções processuais atípicas sob a égide do Código de Processo Civil atual (art. 190), entende-se, num primeiro plano, que ela está limitada por normas (cogentes), princípios (notadamente o devido processo legal – entendido como sobreprincípio) e valores (questões de ordem pública) que não podem ser afastados por acordo entre as partes – parâmetros que não possuem definição fechada, nem estática”. FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. O juiz e a contratualização dos litígios. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018; e As partes podem celebrar um negócio jurídico em que afastam a aplicação dos deveres de lealdade e boa-fé processual? Nos parece que não, posto que são princípios informativos do processo civil brasileiro “Assim, ao celebrarem um negócio jurídico processual, as partes devem sempre agir de acordo com os princípios da boa-fé e da cooperação”. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 363.

<sup>788</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 366.

<sup>789</sup> “A liberdade negocial das partes a respeito da produção de provas não é ilimitada. Deve-se respeitar certas balizas, cuja inobservância pode conduzir o juiz a recusar o cumprimento da avença”. AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p. 143.

<sup>790</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A Contratualização do Processo* (Página 175). Edição do Kindle.

<sup>791</sup> “Por essa ótica de informação-reação, não se pode falar em violação do contraditório por meio da limitação dos meios de prova – as partes sabiam, desde o início, que não poderiam produzir tal prova (já que assim quiseram) e, portanto, não haverá sobre o que se manifestar (reação) nesse aspecto”. JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. *Flexibilidade do Procedimento Arbitral e Poderes Instrutórios dos Árbitros na Arbitragem Brasileira: Possibilidade de Restringir os Poderes Instrutórios dos Árbitros em Nome da Autonomia da Vontade*. Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2011, Volume VIII Issue 31) pp. 29 – 58.

<sup>792</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 294-315; JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. *Flexibilidade do Procedimento Arbitral e Poderes Instrutórios dos Árbitros na Arbitragem Brasileira: Possibilidade de Restringir os Poderes Instrutórios dos Árbitros em Nome*



autoritarismo e parcialidade na análise das convenções probatórias. O conceito de ordem pública deve ser analisado sob as lentes do conceito de “licitude do objeto” e de acordo com os elementos e requisitos apresentados no presente capítulo<sup>793</sup>, sob pena de tornar-se inviável como freio às convenções processuais<sup>794</sup>.

Por fim, vale destacar que não se admite a convenção processual que interfira em regras de organização judiciária – posto que tais regras decorrem de interesse público<sup>795</sup>, nem que se transfira ao Judiciário ou a terceiros o impacto econômico da litigância<sup>796</sup>. A reserva legal também deve ser entendida como um limite aos negócios processuais<sup>797</sup>.

#### **2.4. Forma prescrita ou não defesa em lei.**

A forma da convenção probatória é livre<sup>798</sup>, pode ser celebrada oralmente, dentro ou fora do processo, por meio de um contrato ou por *Whatsapp*, por exemplo. Todavia, para materializar-se no processo, deve se apresentar de maneira escrita, ainda que seja uma

---

da Autonomia da Vontade. Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB 2011, Volume VIII Issue 31) pp. 29 – 58; CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, pp. 351 e 359; “o conjunto de princípios que refletem os valores fundamentais de uma determinada sociedade. Esses valores, que se encontram na sua base, sofrem modificações conforme o tipo de sociedade, o tempo e o lugar, mas de modo geral estão associados com aspectos morais, sociais, econômicos e religiosos desta mesma sociedade”. APRIGLIANO, Ricardo Carvalho. A ordem pública no direito processual civil. Tese de doutorado orientada por C. A. Carmona na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 288; “Ora, não soa razoável dizer que atenta à ordem pública e aos bons costumes uma pessoa indiretamente (limitando os meios de prova) acabar abrindo mão de seus direitos patrimoniais e disponíveis. Afinal, a parte poderia plenamente doar os valores (já que a doação é plenamente aceita (e regrada) pelo ordenamento pátrio), mesmo que a outra parte não os merecesse e seria estranho falar que essa doação desmerecida repugna e aflige o núcleo ético de nossa sociedade (lembre-se de que ordem pública e bons costumes lidam com o âmago da nossa moral – o mínimo fundamental)”. JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Flexibilidade do Procedimento Arbitral e Poderes Instrutórios dos Árbitros na Arbitragem Brasileira: Possibilidade de Restringir os Poderes Instrutórios dos Árbitros em Nome da Autonomia da Vontade. Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB 2011, Volume VIII Issue 31) pp. 29 – 58.

<sup>793</sup> FARIA, Marcela Kohlbach. Licitude do objeto das convenções processuais. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157.

<sup>794</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A contratualização do procedimento: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: Ltr, 2015.

<sup>795</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 377.

<sup>796</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 376.

<sup>797</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 361.

<sup>798</sup> GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova – estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*. Tese de doutoramento. São Paulo: PUC, 2013, p. 165; ALMEIDA; Diogo Assumpção Rezende. *Das Convenções Processuais no Processo Civil*, cit., p. 123-124.

redução a termo da celebração oral ou o depoimento de testemunhas que confirmem a convenção<sup>799</sup>.

## 2.5. Vulnerabilidade das partes e inserção em contratos de adesão.

A menos que seja para expandir e maximizar os direitos dos hipossuficientes ou em situação de vulnerabilidade, não poderão ser celebradas convenções probatórias em contratos de adesão ou com partes vulneráveis<sup>800</sup>. O racional dessa regra é proteger o processo da prática de desigualdades e de distorções<sup>801</sup>.

A vulnerabilidade a que se refere o artigo 190 não diz respeito às condições financeiras do indivíduo apenas, pois a vulnerabilidade também pode derivar de problemas de sociais, étnicos, culturais, técnicos, tecnológicos e econômicos<sup>802-803</sup>. A vulnerabilidade, nesse sentido, não pode ser presumida, mas comprovada pela parte interessada<sup>804</sup>.

Ainda sobre o conceito abrangente de ordem pública<sup>805</sup>, podem ser inseridas como parte desse conceito a proteção dos vulneráveis e a presunção relativa de desigualdade decorrente do contrato de adesão<sup>806</sup>.

## 2.6. Momento da celebração da convenção probatória.

---

<sup>799</sup> Sobre o assunto, Yarshel também diz que se o negócio processual apresentado na forma oral (em audiência, por exemplo), deve ser reduzido a termo e incorporado ao processo na forma escrita YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo à uma nova era? In *Negócios Jurídicos Processuais*, coordenação CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique. Juspodivm, 2016, 2ª edição, p. 85. Mais: DI SPIRITO. Controle de formação e de conteúdo do negócio jurídico processual – Parte I. Revista de Processo | vol. 247/2015 | p. 137 - 176 | Set / 2015 DTR\2015\13184.

<sup>800</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. Disponível em [https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios\\_jur%C3%ADdicos\\_processuais\\_no\\_processo\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro), acesso em 15 de dezembro de 2018, às 10h44min.

<sup>801</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. Revista de Processo | vol. 105/2002 | p. 181 - 190 | Jan - Mar / 2002 | DTR\2002\77.

<sup>802</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 320-321.

<sup>803</sup> ABREU, Rafael Sirangelo. “Customização processual compartilhada”: o sistema de adaptabilidade do Novo CPC. Revista de Processo | vol. 257/2016 | p. 51 - 76 | Jul / 2016 | DTR\2016\21700.

<sup>804</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 235.

<sup>805</sup> “No sistema processual brasileiro, há vários exemplos de normas de ordem pública, tais como as que tratam: da coisa julgada; da competência absoluta; da fundamentação; da imparcialidade; da capacidade processual; do vício de vontade, dentre outras. As normas que concretizam o núcleo duro do devido processo legal também se constituem em questões de ordem pública, conquanto, seja inegável que possa surgir dificuldades quanto às condições fáticas e jurídicas de aplicabilidade dessas normas. Portanto, é de se reiterar: as questões de ordem pública exsurtem, e com toda relevância, como limites ao autorregramento da vontade no processo”. AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, p. 132.

<sup>806</sup> DI SPIRITO. Controle de formação e de conteúdo do negócio jurídico processual – Parte I. Revista de Processo | vol. 247/2015 | p. 137 - 176 | Set / 2015 DTR\2015\13184.

Um limite temporal lógico das convenções probatórias é o momento de sua celebração. Conforme já apresentado no presente trabalho, as convenções probatórias podem ser celebradas antes ou durante o processo<sup>807</sup>. No entanto, não podem ser celebradas as convenções probatórias após ser proferida a sentença, que é um ato irrevogável do juiz.

Suponha-se que venha a ser celebrada convenção probatória invertendo-se o ônus da prova, após a ser proferida a sentença, apresentada pelas partes, em conjunto, de modo a embasar o recurso de embargos de declaração. Nessa hipótese, o juiz praticamente deveria revogar a sentença já dada para poder aplicar a convenção probatória, o que não se pode admitir.

## **2.7. Paralelo sobre os limites das convenções processuais probatórias e os limites da convenção de arbitragem.**

Recorrer às experiências vividas na arbitragem podem ser um bom recurso para que se possa entender os limites às convenções processuais<sup>808</sup>.

Muito embora Paulo Cezar Pinheiro Carneiro entenda que a convenção [de arbitragem] não poderia limitar os meios legais para provar a verdade dos fatos<sup>809</sup>, José Eduardo Carreira Alvim entende que cabe ao árbitro julgar apenas as provas “que tenham sido convencionadas pelas partes, não dispondo do poder de admitir as provas que as partes tenham, em comum acordo, afastado por disposição expressa da convenção.”<sup>810</sup>. Mesmo na arbitragem, o poder de determinar a produção de provas de ofício esbarra na autonomia da vontade das partes, que é o princípio fundamental e originário do procedimento arbitral<sup>811</sup> e das convenções processuais.

---

<sup>807</sup> GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual. p. 7. Rio de Janeiro, out.-dez. 2007.

<sup>808</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 379.

<sup>809</sup> Aspectos processuais da nova Lei de Arbitragem. Revista Forense 339/136.

<sup>810</sup> “Duas considerações em sentido contrário ao transplante direto dessa interpretação do contraditório à arbitragem merecem destaque: (i) este dever instrutório do julgador vem associado, em essência, com a proteção de direitos indisponíveis; e (ii) uma coisa é permitir a atuação de ofício, outra coisa é a atuação de ofício contrário à vontade das partes. A diferença é que a atuação de ofício só colidiria com o princípio dispositivo; já a atuação de ofício, quando proibida pelas regras procedimentais escolhidas, colide com o princípio da autonomia da vontade, mais importante na arbitragem.” JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Flexibilidade do Procedimento Arbitral e Poderes Instrutórios dos Árbitros na Arbitragem Brasileira: Possibilidade de Restringir os Poderes Instrutórios dos Árbitros em Nome da Autonomia da Vontade. Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2011, Volume VIII Issue 31) pp. 29 – 58.

<sup>811</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Tratado geral da arbitragem. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 377.

Sobre o paralelo entre as convenções processuais e a arbitragem, é importante indicar os limites à flexibilidade procedimental arbitral, os quais *mutatis mutandis*, podem ser aplicados na esfera ora analisada: (i) bons costumes e da ordem pública; (ii) princípios do art. 21, §2º, da Lei nº 9.307/1996; (iii) preceitos cogentes da Lei de Arbitragem; e (iv) princípios constitucionais processuais. Para o referido processualista, os quatro elementos servem como suas garantias mínimas<sup>812</sup>.

No mais, a tabela constante do *Anexo I* faz um comparativo entre os limites da flexibilidade procedimental na arbitragem e da flexibilidade procedimental, que pode ser definido da seguinte maneira.

Com relação à natureza da disputa, a Lei de Arbitragem limita seu objeto aos direitos patromoniais disponíveis (artigo 1º, Lei 9.307/1996), sendo que a natureza da disputa nas convenções processuais são direitos que admitam autocomposição (artigo 190 CPC/2015<sup>813</sup>). É bem verdade que tais expressões não são sinônimas, mas estão muito próximas. Tanto na arbitragem, como nas convenções processuais, apenas as partes capazes poderão ser signatárias.

No que diz respeito ao objeto, a arbitragem visa a dirimir uma questão conflituosa de direito material disponível. Por sua vez, o objeto das convenções processuais é um ajuste entre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais (artigo 190 CPC/75).

Ambas legislações impõem os limites legais para exercício das convenções. Enquanto na arbitragem as partes podem escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública (Artigo 2º, § 1º, Lei 9.307/1996.). Nas convenções processuais a limitação se refere aos ônus, direito faculdades e deveres processuais.

A lei de arbitragem e as convenções processuais exigem que não sejam violadas as garantias do contraditório, da igualdade, da imparcialidade e do livre convencimento. No mesmo sentido, nem arbitragem, nem a convenção processual impedem a limitação, pelas partes, da atividade instrutória do juiz.

---

<sup>812</sup> MONTORO, Marcos André Franco. Flexibilidade do procedimento arbitral. Tese de Doutorado orientada por Carlos Alberto. Carmona na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010., p. 358.

<sup>813</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 353/354.

Como se vê, aproximam-se bastante os limites da flexibilidade procedimental na arbitragem e nas convenções processuais, todos eles girando em torno dos elementos contidos no artigo 104 do Código Civil.

### **3. Vinculação do Juiz às convenções probatórias<sup>814</sup> e seus poderes instrutórios: uma análise à luz do princípio dispositivo<sup>815</sup>.**

Em regra, a legislação processual civil nacional permite, expressamente, a ampla iniciativa probatória do juiz<sup>816</sup>. Os poderes instrutórios previstos no Código de Processo Civil de 2015 advêm do fato de que a lei não restringe a ingerência do juiz na instrução a certos meios de prova, outorgando-lhe, abertamente, poderes para que determine “as provas necessárias” para a resolução do conflito<sup>817</sup>.

---

<sup>814</sup> “Na esfera dos acordos probatórios, essa discussão é muito candente. A depender da visão que se tenha sobre os poderes probatórios do juiz (se são autônomos ou subsidiários em relação à iniciativa das partes), pode-se chegar a conclusões diversas. (...) vimos que: (1) o juiz não é parte da convenção processual; e (2) o juiz se vincula às convenções processuais. (...) O Estado-juiz não é parte da convenção, atuando com funções de fomento e controle de sua validade. (...) O juiz, apesar de terceiro à convenção, é por ela vinculado porque, em um Estado de Direito, deve aplicar as normas jurídicas válidas. A juridicidade da regra convencional exige que o juiz cumpra e dê cumprimento às convenções processuais. Esse cumprimento pode-se dar no processo primário (aquele em que o acordo deveria produzir efeitos) ou em processo secundário (um segundo processo de litigância complementar instaurado apenas para a efetivação do acordo)”. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 256, 257-281; “O juiz deve apenas acatar o negócio jurídico e tomar as medidas necessárias para a sua implementação”. LESSA NETO, João Luiz. No acordo de procedimento qual é o papel do juiz (codeclarante, mero homologador ou outro)? *Revista Brasileira de Direito Processual: RBDPro*, Belo Horizonte, v. 23, n. 91, p. 321-334, jul./set. 2015; AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do Magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo* | vol. 246/2015 | p. 219 - 238 | Ago / 2015 | DTR\2015\13217.

<sup>815</sup> “Também no plano probatório, a interpretação tradicionalmente conferida ao art. 130 do CPC de 1973 (correspondente ao art. 370 do CPC/2015) doi de que os poderes do juiz na produção de prova são autônomos em relação às faculdades das partes, atribuindo ao magistrado ampla iniciativa probatória. Afinal, se também o processo civil deve-se pautar pela “verdade real”, o juiz “não se poderia contentar “ com uma decisão de que não conseguisse transportar para a sentença o que ocorreu no mundo dos fatos. A “verdade dos fatos”, a “verdade substancial”. Ora, com todas as vênias, trata-se de herança de uma visão heróica do juiz como um oráculo divino que revelaria a verdade e expressaria a “vontade da lei”. Entendemos que tal concepção é absolutamente inadequada. Apesar do caráter público do processo, não se devem desconsiderar os interesses privados das existentes não só no campo do direito material, mas também no processo. As partes não são meros provocadores iniciais ou expectadores incapazes de interferir no procedimento; as regras aplicáveis ao processo não são sempre aquelas legisladas; e nem sempre o juiz pode tudo”. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 152.

<sup>816</sup> “nos processos que admitam convenção processual (ou, de maneira até mais intensa, naqueles em que as partes tenham celebrado convenção processual), a atuação do magistrado deve ser distinta dos processos em que não se cogite de negócios processuais”. FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. *O juiz e a contratualização dos litígios*. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

<sup>817</sup> “Tamanha liberdade do magistrado gerou, inclusive, um hiperpublicismo, que consiste na inflação dos poderes judiciais, vale dizer, na postura preponderante do juiz entre os sujeitos do processo, relegando a vontade das partes a segundo plano.” RAVAGNANI, Giovanni dos Santos, VAUGHN, Gustavo Fávero, BRASIL, Renato Caldeira Grava. *As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do Juiz*. *Revista dos Tribunais* | vol. 989/2018 | p. 377 - 404 | Mar / 2018 | DTR\2018\10317.

É preciso superar a intolerância da vontade das partes no processo estatal – e isso parece ser uma das facetas do modelo cooperativo<sup>818</sup>. O publicismo, como já abordado anteriormente, comunica-se diretamente com interesses das partes na esfera processual<sup>819</sup>. As partes não são meras provocadoras iniciais ou simples observadoras incapazes de interferir no procedimento e devem participar do processo em pé de igualdade com o juiz<sup>820</sup>. Tudo isso respaldado pelo princípio do autorregramento da vontade<sup>821</sup>, que se opera no processo por meio das convenções processuais<sup>822</sup> (“todos os atos bilaterais praticados no curso do processo ou para nele produzirem efeitos, que dispõem sobre questões do processo, subtraindo-as da apreciação judicial ou condicionando o conteúdo de decisões judiciais subsequentes.”)<sup>823</sup>.

---

<sup>818</sup> Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 192.

<sup>819</sup> Remo Caponi enumera dois fatores fenomenológicos da história para explicar o que ele considera “a relação de tensão entre acordos de partes e processo, entre autonomia privada e disciplina do instrumento institucional de composição das controvérsias.” Primeiro fator: “o desenho do Estado moderno entre o século XVII e o século XVIII, de se apropriar da função de fazer justiça e de reivindicar para si o monopólio da legislação em matéria processual, na tentativa de remediar a degeneração do processo romano-canônico”, que marginalizaria uma dimensão de justiça não estatal. Segundo fator, cujo epicentro deu-se na Alemanha na metade do século XIX: “o abandono do leito do *ius privatum* e a clara escolha em favor da colocação do Direito Processual Civil no *ius publicum*” Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. trad. QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. XIII, p. 735.

<sup>820</sup> “sendo reconhecido um direito à prova para as partes, como condição para poder demonstrar a veracidade dos fatos por elas alegados, a atividade instrutória deve se concentrar em suas mãos, não nas do juiz”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. São Paulo, 2018. Tese de Titularidade apresentada perante o Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito de São Paulo, p. 23; e CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, pp. 136-137.

<sup>821</sup> “um complexo de poderes, que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada, de acordo com o ordenamento jurídico.” NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 2ª ed. Salvador, JusPodivm, 2017, p. 137; e “em razão da autonomia que possuem de definir os contornos do próprio procedimento, que contemporaneamente não se justifica em conceitos privatistas, mas nessa nova perspectiva que reposiciona as partes como protagonistas na condução do procedimento e artífices de suas formalidades, inclusive pela celebração de negócios processuais.” CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, JusPodivm, 2018, p. 224

<sup>822</sup> Este trabalho adota a terminologia “convenção processual” mencionada por Barbosa Moreira como sendo mais técnica e mais aderente a linguagem do direito positivo (*Temas de direito processual*, Terceira Série. São Paulo, Saraiva, 1984, p. 89). Não há pretensão de discussão a respeito de qual locução seria a correta (ou mais adequada) para ser utilizada.

<sup>823</sup> Para Fredie Didier Jr. existe até mesmo “um verdadeiro microsistema de proteção do exercício livre da vontade no processo”: “O princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo visa, enfim, à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas. De modo mais simples, esse princípio visa tornar o processo jurisdicional um espaço propício para o exercício da liberdade. O direito de a parte, ora sozinha, ora com a outra, ora com a outra e com o órgão jurisdicional, disciplinar juridicamente as suas condutas processuais é garantido por um conjunto de normas, subprincípios ou regras, espalhadas ao longo de todo o Código de Processo Civil. A vontade das partes é relevante e merece respeito. Há um verdadeiro microsistema de proteção do exercício livre da vontade no processo” (Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 15, nº 1250, 2015); e GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Quaestio Iuris*. Vol. 4, nº 1, p. 722.

É evidente que as partes celebrantes – voluntariamente – se vinculam à convenção processual<sup>824</sup>. Mas e o juiz? A resposta correta nos parece ser sim<sup>825-826</sup>, posto que o Código de Processo Civil de 2015 dispensou as convenções processuais de homologação<sup>827</sup>. Por conseguinte, o juiz deve, no exercício de seu múnus público, dar cumprimento às convenções processuais<sup>828</sup>. Este foi o entendimento apresentado por Leonardo Carneiro Cunha e Carlos Alberto Carmona em evento realizado na Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, ocorrida no dia 2 de julho de 2016<sup>829</sup>.

---

<sup>824</sup> “De início, deve-se deixar claro que as partes de um acordo processual são aqueles que se vinculam voluntariamente, em razão de sua capacidade negocial, pelas disposições contidas no instrumento convencional. (...) A convenção processual vincula as partes que a firmaram”. CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, pp. 247-248.

<sup>825</sup> Isto foi o que afirmamos anteriormente: “Da mesma maneira que os contratantes, também o magistrado está vinculado ao acordo processual — desde que este seja válido — devendo promover a implementação da avença, independentemente de sua homologação, que é dispensável, salvo disposição em contrário de quem rubricou a convenção”. RAVAGNANI, Giovani dos Santos, VAUGH, Gustavo Fávero, BRASIL, Renato Caldeira Grava. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do Juiz. Revista dos Tribunais | vol. 989/2018 | p. 377 - 404 | Mar / 2018 | DTR\2018\10317.

<sup>826</sup> “Ao juiz incumbe tão somente o controle da validade do negócio, cuja aplicação pode ser recusada em caso de nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão ou manifesta situação de vulnerabilidade de uma das partes”. PANTOJA, Fernanda Medina. Convenções pré-processuais para a concepção de procedimentos preliminares extrajudiciais. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157. Art. 190, parágrafo único, do CPC/2015.

<sup>827</sup> Conforme Cabral: “Enquanto as partes vinculam-se por sua autonomia e liberdade, voluntariamente assumindo obrigações ou dispondo sobre as formalidades processuais (autovinculação), o vínculo jurídico, para o juiz, não decorre de uma declaração de vontade estatal que se agregaria àquelas das partes. Trata-se de *heterolimitação* da atuação judicial, incidente sobre os atos e formalidades do processo, operada pelo atuar legítimo das partes no espaço de autonomia que o ordenamento processual lhes assegura. O juiz se vincula porque tem o *dever de aplicar a norma convencional*, seja quando a regra do acordo conformar o procedimento, seja para dar cumprimento à avença nos casos em que outros sujeitos tiverem que adimplir. Afinal, no Estado de Direito (*rule of law*), não é só a norma legislada que deve ser aplicada pelo juiz, mas também a norma convencional definida no limite da autonomia privada” CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, JusPodivm, 2018, p. 226.

<sup>828</sup> “O juiz não é parte no negócio jurídico processual atípico. Tampouco o conteúdo do negócio será submetido à sua homologação”. YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?. in CABRAL, Antônio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coordenadores), Negócios jurídicos processuais, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 76.

<sup>829</sup> “(...) o juiz se vincula ao negócio não porque ele está ou não no negócio, não porque ele está sujeito ou não ao negócio, não porque ele tem capacidade negocial, tenha ou não capacidade negocial. O juiz se vincula ao negócio porque o negócio é uma fonte normativa, é uma distinção importante entre autovinculação e heterovinculação. O juiz se vincula ao negócio da mesma forma que ele se vincula à Lei. No Estado de Direito, o juiz se vincula ao ordenamento jurídico, e uma das fontes do ordenamento é o negócio jurídico. Nós temos a lei, nós temos o costume, nós temos o negócio, nós temos a jurisprudência, o precedente que também é fonte. Então, o juiz se vincula ao negócio, não porque ele integra o negócio, mas porque ele, como um agente de um Estado de Direito, está diante de uma heterovinculação. As partes se vinculam porque estão ali autovinculadas, o juiz está heterovinculado da mesma forma que está vinculado à Lei.”. CUNHA, Leonardo Carneiro. Palestra sobre negócios jurídicos processuais na arbitragem, organizada pela CBar e pelo Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, ocorrida no dia 2 de julho de 2016. Degravação disponível em <http://www.ciesp.com.br/wp-content/uploads/2017/06/eletronicanegocios-juridicos-processuais-na-arbitragem.pdf>. Acesso em 25 de dezembro de 2018, às 07h19min; e “Podem as partes celebrar um negócio jurídico processual vinculando o juiz e determinando ao magistrado que não produza provas? A minha resposta é sim. Vou ser mais agressivo: podem as partes mandar no juiz? A minha

Ou seja, o juiz se vincula porque tem o dever de aplicar a norma convencional, seja quando a regra do acordo conformar o procedimento, pois esta faz parte do ordenamento jurídico pátrio, encontra respaldo constitucional e legal. Não é só a norma legislada que deve ser aplicada pelo juiz, mas também a norma convencional estabelecida pela autonomia privada<sup>830</sup>.

Ademais, para com as convenções processuais, o magistrado possui apenas duas funções para além de dar cumprimento: incentivo e controle<sup>831</sup>. Incentivo, pois cabe ao juiz incentivar a autocomposição e a solução consensual dos conflitos (§ 2º do artigo 3º do Código de Processo Civil de 2015). Controle<sup>832</sup>, pois deve fiscalizar sua *validade*, recusando aplicação das convenções nulas ou abusivamente inseridas em contrato de adesão ou em que alguma parte seja vulnerável<sup>833</sup>.

---

resposta é sim. Sendo ainda mais atrevido: podem as partes inventar um processo e fazê-lo descer goela abaixo do magistrado? A minha resposta é sim. Vamos dizer as coisas como elas são: o magistrado está em princípio sujeito ao negócio jurídico processual. Não terá que concordar com ele, não poderá emitir juízo de valor. Ou o negócio jurídico é válido ou ele é inválido. Se for válido, o magistrado terá que implementá-lo. Vamos deixar isso muito claro: o juiz não é Parte no negócio jurídico processual, mas estará sujeito a ele”. (...) “É preciso verificar se os juízes querem embarcar nessa nova onda, se os juízes acreditam na possibilidade de melhorarmos a prestação do serviço jurisdicional fazendo um built to suit, quer dizer, criando um processo adequado à necessidade concreta das partes para um dado processo”. CARMONA, Carlos Alberto. Palestra sobre negócios jurídicos processuais na arbitragem, organizada pela CBar e pelo Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, ocorrida no dia 2 de julho de 2016. Degravação disponível em <http://www.ciesp.com.br/wp-content/uploads/2017/06/eletronicanegocios-juridicos-processuais-na-arbitragem.pdf>. Acesso em 25 de dezembro de 2018, às 07h19min.

<sup>830</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, JusPodivm, 2018, p. 256

<sup>831</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, JusPodivm, 2018, p. 227.

<sup>832</sup> “Com efeito, nas convenções processuais o magistrado exerce apenas um controle sobre a sua validade”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexo das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 222-238.

<sup>833</sup> Leonardo Greco, mencionado por Pedro Henrique Nogueira, aponta três limites: a disponibilidade do direito material posto em juízo; o respeito ao equilíbrio das partes e na paridade de armas; a observância das normas fundamentais do processo. Já o próprio Pedro Henrique Nogueira afirma que “os negócios processuais esbarram nas regras cogentes processuais” (*Negócios jurídicos processuais*, cit., p. 161). Yarshell, sem pretensão de esgotamento do tema ou imutabilidade, justamente em razão da dificuldade de se tratar o tópico de forma geral e desvinculada de uma situação específica, enumera os seguintes limites à convenção das partes: “a) excluir ou restringir a intervenção do Ministério Público, quando ditada pela Constituição ou pela lei; b) alterar regras cuja falta de observância leva à incompetência absoluta; c) dispor sobre organização judiciária; d) dispensar as partes (mesmo que de forma bilateral) dos deveres interentes à litigância proba e leal; e) ampliar o rol das condutas caracterizadoras de litigância de má-fé; f) criar sanções processuais para repressão de litigância de má-fé ou de atos atentatórios à dignidade da justiça; g) criar recursos não previstos em lei; h) criar hipóteses de ação rescisória ou de outras medidas tendentes a desconstituir a coisa julgada; i) dispensar o requisito de acesso processual” (Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique [coords.]. *Negócios processuais – Grandes temas do novo CPC*, Vol. 1. Salvador, JusPodivm, 2015, p. 72). Com relação ao controle da convenção processual, Marco Di Spirito fala em “controle de formação”, no plano da existência, e “controle de conteúdo”, no plano da validade – o primeiro antecede o segundo (Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual. *Revista de Direito Privado*. Vol. 63. São Paulo, Editora RT, 2015).



Ora, dentre as hipóteses de convenção processual típica trazidas pelo Código de Processo Civil está a possibilidade de transigir sobre o ônus da prova. As restrições impostas pela lei são a indisponibilidade do direito convencionado e a excessiva dificuldade a uma parte para o exercício do direito. As convenções sobre modificação do ônus estático da prova não impossibilitam, nem mesmo dificultam, o exercício dos poderes instrutórios do juiz. Nada impede, por exemplo, que as partes convençam que o ônus da prova recairá exclusivamente sobre o réu e o juiz determine, de ofício, a oitiva de duas testemunhas. O que pode vir a acontecer, nesse cenário, é a superveniência de uma decisão judicial contrária aos interesses da parte que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu.

Além da convenção típica sobre o ônus da prova, podem as partes firmar acordo processual atípico para *delimitar os meios de prova que serão produzidos no processo*<sup>834-835</sup>, seja para restringir ou alargar os poderes do juiz<sup>836</sup>. Ou seja, as partes têm o poder de convencionar que no litígio instaurado entre elas não será produzido nenhum meio de prova, à exceção da prova documental acostada aos autos na petição inicial e na contestação, devendo o juiz ficar limitado às escolhas consensuais das partes<sup>837</sup>.

---

<sup>834</sup> Robson Godinho fala em “negócios probatórios” como categoria que engloba acordos ou convenções processuais sobre o modo de produção da prova, “podendo incidir sobre o ônus ou sobre os meios de prova” (*Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*, cit., pp. 226-227).

<sup>835</sup> Eduardo Cambi e Aline Regina das Neves igualmente admitem a possibilidade de pacto processual sobre os meios de prova e, ainda, sobre o momento da produção Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil, cit., p. 235. Posição contrária é defendida por Lucas Buril de Macêdo e Ravi de Medeiros Peixoto: “No ponto, há de se perceber que os negócios jurídicos processuais probatórios, de uma maneira geral, não podem buscar ajustar situações jurídicas típicas da posição do Estado-juiz. Isso porque, como de um modo geral nos negócios jurídicos, só é possível o autorregramento acerca de situações que se encontram no âmbito de disposição das partes. Caso contrário, há ineficácia. É justamente o que acontece quando as partes pactuam sozinhas acerca de poderes ou deveres do magistrado, excetuados os casos em que houver expressa autorização legal ou participação direta do magistrado no negócio processual. Assim, por exemplo, é admissível um negócio processual acerca do ônus da prova, mas não um negócio que tente impedir que o magistrado tome em conta determinada prova em espécie – apenas seria possível, nesse sentido, pactuar uma obrigação de não fazer com a própria parte, no sentido de os sujeitos processuais utilizarem-se apenas de provas documentais” (Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. *Revista de Processo*. Vol. 241. São Paulo, Editora RT, 2015, p. 474).

<sup>836</sup> Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia em Francia. *Civil Procedure Review*. Vol. 3, nº 3, 2012, p. 21.

<sup>837</sup> “um ajuste probatório pode retratar também um ato de vontade das partes. Elas restringem a instrução à prova documental, por exemplo, não porque achem isso suficiente, mas porque assim o querem (porque desejam um procedimento célere e simplificado etc.). Nessa hipótese, a mera consideração de documentos pode não ser suficiente para reconstituir o passado – e pode, conseqüentemente, interferir o resultado final do processo (por via documental pode ser impossível provar um fato que efetivamente ocorreu e que ensinaria a incidência de outras normas, cuja não consideração conduz a solução jurídica diversa da que se teria com a plenitude probatória). Portanto, o pacto probatório como ato de vontade apenas pode ser admitido quando se estiver diante de direitos materiais disponíveis – hipótese em que, declarada e conscientemente, a parte opta por uma solução mais simples, mas que pode, todavia suprimir-lhe direito material”. TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Disponível in

Ao verificar uma convenção probatória, não há outra coisa a ser feita pelo juiz que não seja aplicar o quanto pactuado pelas partes. O Código de Processo Civil de 2015 é claro ao estabelecer que ao juiz cabe apenas o controle de validade do pacto processual, e não de conteúdo. A menos que a convenção seja nula de plenos direitos, não existem obstáculos para o cumprimento o quanto convencionado pelas partes<sup>838</sup>.

Nesse ínterim, destaca-se que a convenção probatória não pode ser vista como uma excludente dos poderes instrutórios do juiz do sistema processual brasileiro<sup>839</sup>. A regra ordinária sempre será aquela do artigo 370 do Código de Processo Civil de 2015. Contudo, excepcionalmente, caso as partes convencionarem sobre quais meios de prova pretendem produzir, os poderes instrutórios do juiz estarão limitados pela vontade das partes, nunca excluídos. “Não há mal nenhum no fato de se conferir aos litigantes a oportunidade para melhor adequarem o procedimento à causa<sup>840</sup>.”

É bem verdade que os poderes do magistrado devem ser conjugados e exercidos com as prerrogativas das partes, com equilíbrio, equivalência e coordenação<sup>841-842</sup>. Por exemplo, se ocorrer a celebração de convenção processual para estabelecer que não será produzida prova pericial e, por conta disso, o juiz considerar os meios de prova produzidos no processo insuficientes para proferir sentença, deverá o juiz resolver o caso de acordo com as regras de ônus da prova<sup>843</sup>. Cabral também apresenta exemplo interessante, em que

---

<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151020-17.pdf>, acesso em 23 de dezembro de 2018, à 00h23min.

<sup>838</sup> “Um acordo processual com tal conteúdo tem implicações diretas nos poderes de iniciativa probatória do juiz, tornando interessante perquirir se é possível conciliar tais poderes e as convenções probatórias.”. RAVAGNANI, Giovanni dos Santos, VAUGH, Gustavo Fávero, BRASIL, Renato Caldeira Grava. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do Juiz. *Revista dos Tribunais* | vol. 989/2018 | p. 377 - 404 | Mar / 2018 | DTR2018\10317.

<sup>839</sup> “Cabe ao juiz, assim, organizar essa atividade, e abrir espaço para que os sujeitos parciais atuem na defesa de seus interesses”. FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. O juiz e a contratualização dos litígios. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Mais: “Os poderes instrutórios do juiz não podem ser alcançados pela limitação de provas que as partes decidem impor para si em acordos processuais para que seja possível o alcance da justa composição do litígio”. TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Disponível in <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151020-17.pdf>, acesso em 23 de dezembro de 2018, à 00h23min.

<sup>840</sup> RAVAGNANI, Giovanni dos Santos, VAUGH, Gustavo Fávero, BRASIL, Renato Caldeira Grava. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do Juiz. *Revista dos Tribunais* | vol. 989/2018 | p. 377 - 404 | Mar / 2018 | DTR2018\10317.

<sup>841</sup> “Mas é imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível. Quanto maior sua iniciativa na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará.” GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* | vol. 27/1999 | p. 71 - 79 | Jul - Set / 1999 | Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 4 | p. 25 - 37 | Jun / 2012 | DTR\1999\287.

<sup>842</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 153.

<sup>843</sup> Exemplo similar é apresentado por Osternack: “A não produção da prova – em virtude do negócio

as partes estabelecem que a constatação dos fatos será feita extraprocessualmente por um perito e que o trabalho do expert vinculará a cognição do juiz<sup>844</sup>.

Caso o juiz, no entanto, ultrapasse a vontade das partes<sup>845-846</sup>, determine a realização da prova técnica de ofício e, assim, profira uma sentença, ficará claro que a decisão judicial teria violado o devido processo legal (e consensual), o direito de ação e os princípios do contraditório e do debate – podendo até ser considerada *extra* ou *ultra petita*<sup>847</sup>. A esse respeito, Alexandre Câmara entende que é válido o negócio processual em que as partes convençionem o afastamento de um meio de prova específico, sendo defeso (e ilícito) ao juiz determinar a produção em contrariedade à convenção<sup>848</sup>.

A convenção processual limita a atividade instrutória<sup>849</sup> do juiz em seus três momentos, quais sejam, na determinação da prova; em sua realização; e, por fim, na

---

processual – implicou julgamento contrário a uma das partes, precisamente contra a parte que não pode produzir a prova necessária à comprovação das alegações. Eis a razão da exigência de que o direito admita autocomposição: a eventual repercussão que a convenção em matéria processual possa ter em relação à decisão de mérito”. AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. RT. São Paulo. 1ª edição. 2016, pp. 142-143

<sup>844</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 336.

<sup>845</sup> Tal discussão já foi, inclusive, objeto do caso problema do Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, em sua 23ª edição. O trecho a seguir foi retirado de uma das peças escritas vencedoras da competição: “In the event that the Tribunal decides to ignore the Parties’ intention by directing the disclosure of RESPONDENT’s documents, it runs the risk of having its award annulled, unrecognised or unenforceable pursuant to Art. 34(2)(a)(iv) DAL and 36(1)(a)(iv) Mediterranean Arbitration Law (“MAL”) respectively. Indeed, both provisions provide that an award may be set aside or that its enforcement may be refused, if “the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties”. In order to preserve the parties’ procedural autonomy, an arbitral tribunal should not be allowed to rule against the parties’ intent with respect to the procedure [Born, Arbitration, pp. 3261 and 3560]. Whether the proceedings have been conducted in compliance with the parties’ intent is essentially a matter of interpretation of the arbitration agreement [Born, Arbitration, p. 3561]. In this regard, arbitral tribunals are often faced with the task to enlighten an unclear wording of the clause without contradicting it [Latex case]. Thus, if the parties’ intention is clear for a reasonable person in the position of the parties, the arbitral tribunal must follow it [ibid.]. Memorial de Respondent elaborado pela Albert-Ludwigs University Of Freiburg para o Twenty-Third Annual. Disponível em <https://vismoot.pace.edu/media/site/previous-moots/23rd-vis-moot/u-of-freiburg-respondent.pdf>, acesso em 28 de dezembro de 2018, às 10h23min.

<sup>846</sup> KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. Revista de Processo | vol. 17/1980 | p. 50 - 60 | Jan - Mar / 1980 | Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 5 | p. 1213 - 1228 | Out / 2010 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 745 - 760 | Out / 2011 | DTR\1980\19.

<sup>847</sup> “A hipótese fática acima ilustrada revela que de nada adianta facultar a celebração de convenção processual atípica, se compete ao magistrado, ao fim e ao cabo, verificar o conteúdo do pacto, com base em suas convicções pessoais sobre o caso que lhe compete julgar. Permitir que o magistrado exerça o controle de validade e também de conteúdo da convenção é o mesmo que tornar letra morta a disposição do art. 190 do Código de Processo Civil, ceifando o louvável poder das partes de autorregramento do processo. Sem contar que a interferência do magistrado na convenção processual desencorajaria por completo o uso do instituto em questão.”. RAVAGNANI, Giovanni dos Santos, VAUGH, Gustavo Fávero, BRASIL, Renato Caldeira Grava. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do Juiz. Revista dos Tribunais | vol. 989/2018 | p. 377 - 404 | Mar / 2018 | DTR\2018\10317.

<sup>848</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2016, p. 125.

<sup>849</sup> Também pode se falar, e não há dúvidas quanto a isso, em poderes instrutórios do *árbitro*, cf.: Cândido

valorização da prova<sup>850</sup>, sob pena de violar o dever de imparcialidade<sup>851</sup>. Os tais amplos poderes instrutórios do juiz estarão presentes – de forma plena – apenas na inexistência de estipulação das partes<sup>852</sup>.

---

Rangel Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo, Malheiros, 2013, pp. 163-164; Eduardo de Albuquerque Parente, *Processo arbitral e sistema*. São Paulo, Atlas, 2012, pp. 212-220. Monograficamente: André Luís Quintas Monteiro, *Poderes instrutórios do árbitro na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Dissertação de Mestrado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação de Arruda Alvim, 2012.

<sup>850</sup> Divisão feita por José Carlos Barbosa Moreira (O juiz e a prova. *Revista de Processo*. Vol. 35. São Paulo, Editora RT, 1984, p. 180) e por Enrique Véscovi (*Elementos para uma teoría general del proceso civil latinoamericano*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, pp. 76-81).

<sup>851</sup> Se “tentar substituir as partes na produção da prova, o juiz corre o risco de proferir decisões parciais e apaixonadas”. MIRANDA, Vicente. Poderes do juiz no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 216-217; “A imparcialidade é uma condição essencial do juiz e pressuposto da atividade jurisdicional. O processo enquanto um dos meios de heterocomposição dos conflitos e de aplicação da lei, somente tem razão de ser quando o ato final de exercício de poder seja realizado por um terceiro, isto é, um sujeito imparcial. (...) Embora a Constituição não assegure, expressamente, o direito a um juiz imparcial, é inegável que a imparcialidade do juiz é *conditio sine qua non* de qualquer juiz, sendo, pois, uma garantia constitucional implícita”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. São Paulo, 2018. Tese de Titularidade apresentada perante o Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito de São Paulo, p. 18; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. São Paulo, 2018. Tese de Titularidade apresentada perante o Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito de São Paulo, p. 18; GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 144. Disponível em [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21012/Ensaio\\_Discurso\\_Sobre.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21012/Ensaio_Discurso_Sobre.pdf), acesso em 30 de dezembro de 2018, às 23h05min; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. São Paulo, 2018. Tese de Titularidade apresentada perante o Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito de São Paulo, p. 19; “O simples fato de existir no juiz um estado psicológico de certeza acerca de determinada hipótese fática, não oferece nenhuma garantia per se de que tal hipótese é, efetivamente, verdadeira (ou mereça ser aceita como tal). (...) Deverá o juiz, portanto, produzir razões que justifiquem sua opção por esta ou aquela alegação como sendo a que ele aceita como verdadeira. Só isto já é suficiente para tornar inteiramente insatisfatória e incompatível com o ordenamento brasileiro, numa perspectiva mais rigorosa, a caracterização da prova em termos exclusivamente “psicológicos”, ou seja, conceituar a ‘prova como resultado’ em termos de ‘convicção do juiz’, compreendida essa noção apenas como ‘estado psicológico de crença’ ou ‘estado de consciência chamado certeza’”. GODINHO, Robson Renault. Negócios Processuais Sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil- São Paulo Editora: Revista dos Tribunais, 2015, p. 160; e FELITTE, Beatriz Valente. Os Limites dos Poderes do Juiz na Revisão de Contratos. 2018. 395 p., Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 333.

<sup>852</sup> CORRÊA, Fabio Peixinho Gomes. The presentation of evidence in international commercial arbitration: bridging gaps between evidentiary rules and free evaluation of evidence. *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 21/2009 | p. 190 - 234 | Abr - Jun / 2009 | DTR\2009\834; GAVIORNO, Gracimeri Vieira Soeiro de Castro. O contraditório, as partes e o juiz. *Revista de Processo* | vol. 148/2007 | p. 283 - 292 | Jun / 2007 | DTR\2007\363; “Todavia, também há quem afirme que esses amplos poderes somente são exercidos quando não existe estipulação das partes”. CORRÊA, Fabio Peixinho Gomes. The presentation of evidence in international commercial arbitration: bridging gaps between evidentiary rules and free evaluation of evidence. *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 21/2009 | p. 190 - 234 | Abr - Jun / 2009 | DTR\2009\834; “Absent a specific agreement between the parties, the arbitrators are usually free to establish, among other things, practical details concerning written submissions and evidence (number of copies, numbering of items of evidence, reference to documents), time limits for submission of documentary evidence, consequences of late submission, whether assertions about the origin and receipt of documents and the correctness of photocopies are assumed to be accurate, how to respond to a request of a party that the other party produce documentary evidence, arrangements if physical evidence is submitted and if an on-site inspection is necessary, the manner of taking evidence witness, whether the parties may present expert opinions and/or whether to appoint experts, whether to hold hearings, the order in which the parties will present their arguments and the length of the hearings”. MEHREN, George M. von; e SALOMON, Claudia T. Submitting evidence in an international arbitration: the common lawyer's guide, 20 I. Int'l Arb. 285, 286, jun. 2003. Disponível em <https://www.deepdyve.com/lp/kluwer-law-international/submitting-evidence-in-an-international-arbitration->

Trata-se de uma leitura contemporânea e moderna do princípio dispositivo<sup>853</sup>, a vinculação do juiz aos negócios probatórios é o mesmo que obrigá-lo a considerar a situação de fato trazida pelas partes como verdadeiras<sup>854</sup>. “O princípio dispositivo ainda é o principal instrumento de que a parte dispõe para estabelecer limites aos poderes do juiz no que se refere à apreciação das provas<sup>855</sup>, bem como das alegações e pedidos formulados no processo<sup>856</sup>”<sup>857</sup>. Se as partes podem limitar o direito material em discussão (o mais), por qual motivo não poderiam limitar o procedimento (o menos)<sup>858</sup>?

---

[the-common-lawyer-OBI6bV0XEf](#), acesso em 27 de dezembro de 2018, às 21h09min.

<sup>853</sup> Justino Magno. Os poderes do juiz no processo civil moderno. Revista de Processo | vol. 32/1983 | p. 94 - 106 | Out - Dez / 1983 | DTR\1983\75; Em sentido contrário, José Roberto dos Santos Bedaque esclarece que o princípio do dispositivo deve ser reservado tão somente aos reflexos que a relação envolvendo direito material disponível produz no processo Poderes instrutórios do juiz. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. Poderes instrutórios do juiz, 5ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2011, p. 99; CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018, p. 155; ALBUQUERQUE, Maria do Carmo Seffair Lins de. O princípio dispositivo, a instrução probatória e os poderes do juiz. 2014. 152 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 137.

<sup>854</sup> “A construção sobre a verdade judicial ora analisada também atende às exigências das limitações normativas da atividade probatória.”. ROSSONI, Igor Bimkowski. Verdade, certeza e processo: apontamos sobre a verdade dos fatos no processo judicial. Trabalho exigido para fins de avaliação na disciplina Fundamentos de Teoria Geral do Direito Tributário do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Disponível em [https://www.academia.edu/9573647/Verdade\\_certeza\\_e\\_processo\\_apontamentos\\_sobre\\_a\\_verdade\\_dos\\_fatos\\_no\\_processo\\_judicial](https://www.academia.edu/9573647/Verdade_certeza_e_processo_apontamentos_sobre_a_verdade_dos_fatos_no_processo_judicial), acesso em 26 de dezembro de 2018, às 15h55min; ALBUQUERQUE, Maria do Carmo Seffair Lins de. O princípio dispositivo, a instrução probatória e os poderes do juiz. 2014. 152 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 137. No mesmo sentido: La prueba practicada por el juez debe, necesariamente, limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes, en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte. JUNOY, Joan Picó I. Los principios del nuevo proceso civil español. Revista de Processo | vol. 103/2001 | p. 59 - 94 | Jul - Set / 2001 | DTR\2001\315; ALBUQUERQUE, Maria do Carmo Seffair Lins de. O princípio dispositivo, a instrução probatória e os poderes do juiz. 2014. 152 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 77; “O problema é que os juízes brasileiros parecem ainda se sentir responsáveis por encontrar essa tal verdade real”. Torres, Amanda Lobão. Garantismo, ativismo e cooperação e(m) crise. 2016. 250 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19413>, acesso em 24 de dezembro de 2018, às 13h26min. No mesmo sentido: GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual. p. 7. Rio de Janeiro, out.-dez. 2007.

<sup>855</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da divisão do trabalho entre o juiz e as partes. Aspectos terminológicos. Revista de Processo | vol. 41/1986 | p. 7 - 14 | Jan - Mar / 1986 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 3 | p. 1203 - 1212 | Out / 2011 | DTR\1986\43.

<sup>856</sup> “O princípio dispositivo ainda é o principal instrumento de que a parte dispõe para estabelecer limites aos poderes do juiz no que se refere à apreciação das provas, bem como das alegações e pedidos formulados no processo, já que o juiz não pode decidir além do que lhe foi pedido (ne eatiudex ultra petita partium)”. ALBUQUERQUE, Maria do Carmo Seffair Lins de. O princípio dispositivo, a instrução probatória e os poderes do juiz. 2014. 152 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 77.

<sup>857</sup> “O que não podem fazer, sob pena de incidirem no vício capitulado no dispositivo comentado, é abandonar as regras selecionadas pelos contendentes, substituindo-as a seu talante por outras, de modo aleatório”. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96 - 3ª edição. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009. v. 3. 571p.

<sup>858</sup> JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Flexibilidade do Procedimento Arbitral e Poderes Instrutórios dos Árbitros na Arbitragem Brasileira: Possibilidade de Restringir os Poderes Instrutórios dos Árbitros em Nome da Autonomia da Vontade. Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr &

Este é o racional comumente utilizado na arbitragem<sup>859</sup> – de privilegiar a vontade das partes acima de qualquer coisa<sup>860</sup> – que se encaixa perfeitamente às hipóteses ora apresentadas<sup>861</sup>: é certo que as escolhas das partes fazem delimitam da autoridade do

---

IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB 2011, Volume VIII Issue 31) pp. 29 – 58.

<sup>859</sup> “Assim, as partes são livres não apenas para contratar a arbitragem, mas também para delimitar as regras procedimentais a serem seguidas pelo tribunal arbitral, o que engloba o método de produção de provas”. ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas. p. 42. Ademais, confira-se as regras de arbitragem da CCI (art. 25), da LCIA (arts. 14, 20.2 e 22.1.f), da Uncitral (art. 25.6), do ICDR (arts. 16 e 19.3), da SCC (art. 26.1), da CIETAC (art. 33.1), da WIPO (art. 48.a) e da CCBC (art. 7.4.1). Confira-se: MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. A convenção arbitral em estatutos e contratos sociais in ALMEIDA, Ricardo Ramalhos (coord.). *Arbitragem interna e internacional (questões de doutrina e da prática)*. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2003. p 370. Mais: HENRIQUES, Duarte Gorjão. As regras de praga: uma alternativa ou uma adição às ‘IBA rules on the taking of evidence in international arbitration’?. *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 59/2018 | p. 277 - 290 | Out - Nov / 2018 | DTR\2018\22477; “A discussão pode parecer exótica para os puristas, que procuram restringir ao máximo o raio de ação do negócio jurídico processual. Torna-se, porém, urgente e necessária a revisão de conceitos que pareciam razoáveis para o século passado, mas soam incompatíveis com as práticas globalizantes e globalizadas do terceiro milênio. Imagino – para tentar figurar situação realista – uma avença contratual que determine que documentos redigidos em espanhol (e que devam ser exibidos em juízo) dispensem tradução: parece-me muito pouco provável que haja algum juiz togado que não consiga compreender suficientemente bem o idioma predominante em toda a América do Sul. O mesmo pode ser imaginado em relação a depoimentos eventualmente prestados em espanhol: será crível que algum magistrado, tendo recebido formação razoável (a ponto de ter sido aprovado em difícil concurso público) não seria capaz de compreender (ainda que com algum esforço) o castelhano?”. CARMONA, Carlos Alberto. A língua no processo estatal e no processo arbitral: um diálogo com Vincenzo Vigortì. In 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz, coordenação por CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; e MARTINS, Pedro Batista, 1. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597013276/cfi/6/10!/4/24@0:34.9>, acesso em 22 de dezembro de 2018, às 18h42min; “Inicialmente é a intenção das partes que definem o objeto de uma arbitragem, os procedimentos a serem seguidos e a lei aplicável ao caso. Assim, qualquer sentença arbitral proferida deve estar de acordo com tais premissas estabelecidas pela convenção de arbitragem”. COSTA, Amanda Dallmann. *Produção de prova documental na arbitragem internacional: análise sobre a possibilidade de utilização de discovery em uma arbitragem internacional*. Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito no ano de 2017, sob a orientação do professor Ronaldo Vasconcelos. No mesmo sentido: MARGHITOLA, Reto. *Document Production in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, Volume 33 (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015). pp. 21-32 e; REDFER and HUNTER, op. cit., pp. 313-365; FARIA, Marcela Kohlbach. A produção de prova no procedimento arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 32/2012 | p. 207 - 226 | Jan - Mar / 2012.

<sup>860</sup> “Assim, podem determinar, por exemplo, o número de árbitros no tribunal arbitral, como este tribunal deve ser nomeado, qual a lei será adotada como *lex fori*, quais os poderes que deve possuir e qual procedimento deve seguir. Tais afirmações não inibem os poderes de um tribunal arbitral, mas sim, estabelecem limites para a atuação de ofício dos árbitros. Um pedido de produção de documentos, por exemplo, deve estar de acordo com a lei aplicável ao caso e, além disso, deve estar de acordo com a vontade das partes, expressa pela convenção de arbitragem”. REDFERN, Alan and HUNTER, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration* 2d ed. Kluwer Law International. 1991.p. 71 – 154. Mais: KOHLBACH, Marcela. *A Produção de Prova no Procedimento Arbitral*. *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 32/2012 | p. 207 - 226 | Jan - Mar / 2012.

<sup>861</sup> “Assim, para que o documento eletrônico possa ser admitido na arbitragem é imperioso que as partes não tenham expressado sua vontade em sentido contrário. Isso pode se dar tanto pela escolha de um regulamento de instituição arbitral que contenha regra afastando os documentos eletrônicos, como por regra expressa na cláusula compromissória ou qualquer outra manifestação nesse sentido”. JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. *Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais*. 2014. 325p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

árbitro<sup>862</sup>. No mais, assim como deverá ser na jurisdição estatal<sup>863</sup>, na arbitragem é considerada nula a sentença que ultrapassa a convenção de arbitragem com relação aos procedimentos e regras sobre produção de prova, para fins do artigo 32 da Lei de Arbitragem<sup>864</sup>. Ao tratar dos métodos *online* de resolução de disputas (*Online Dispute Resolution* – ODR), também é muito comum a limitação, em certa medida, da atividade instrutória<sup>865</sup>.

É importante destacar que o direito à prova e o seu exercício no processo não podem ser dissociados da ideia do devido processo legal e do contraditório<sup>866</sup>. Assim, se uma sentença é proferida de modo a ignorar a convenção das partes sobre as provas do processo, terá sido proferida uma sentença que ofende tais garantias constitucionais processuais.

O juiz está, portanto, adstrito a julgar com base nas provas decorrentes da convenção probatória das partes<sup>867</sup>, o que não significa em uma limitação de sua persuasão racional<sup>868</sup>. Ao juiz cabe proferir a sentença, quer os fatos estejam ou não devidamente

---

<sup>862</sup> ALVES, Rafael Franciso. A aplicação do direito pelo árbitro: aspectos relativos ao julgamento do mérito na arbitragem. Tese de Doutorado apresentada perante a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São, sob a orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona, São Paulo, 2016.

<sup>863</sup> “se o juiz se afasta das regras procedimentais acordadas pelas partes na convenção processual ou admite ato praticado em desconformidade com situação jurídica que havia sido objeto de negócio processual (por exemplo, determinando o processamento de apelação interposta após renúncia válida ao direito de recorrer), esses atos (e eventuais decisões que deles decorram) são nulos”. FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. O juiz e a contratualização dos litígios. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

<sup>864</sup> “Também o inciso que diz respeito à nulidade da sentença proferida fora dos limites da convenção de arbitragem pode ser analisado em dois cenários (art. 32, IV, Lei 9.307/1996). (...) O problema decorre de os árbitros terem se afastado do procedimento determinado pelas partes na convenção de arbitragem de maneira relevante e sem justificativa – o que lhes seria vedado em razão de a autonomia da vontade das partes reger as regras procedimentais do processo arbitral”. FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. O juiz e a contratualização dos litígios. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

<sup>865</sup> “Similarmente, já foi ressaltado na introdução deste capítulo que nas arbitragens de *Online Dispute Resolution* é prática recorrente limitarem-se as fontes e meios de prova aceitáveis unicamente à prova documental eletrônica”. JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. 2014. 325p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

<sup>866</sup> “A prova e a possibilidade de seu manejo não podem ser dissociadas da ideia de devido processo legal e contraditório, cogitando-se cuidar-se da principal expressão da possibilidade das partes influírem sobre o convencimento do magistrado, de modo que sua amplitude estabelece se o contraditório no ordenamento considerado é amplo e efetivo, ou meramente aparente”. COSTA NETO, José Wellington Bezerra da; e COSTA, Leonardo Dantas. A prova emprestada no direito processual brasileiro. Revista de Processo | vol. 277/2018 | p. 197 - 233 | Mar / 2018 | DTR\2018\8986.

<sup>867</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10a edição rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 90-91 e 98.

<sup>868</sup> JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Flexibilidade do Procedimento Arbitral e Poderes Instrutórios dos Árbitros na Arbitragem Brasileira: Possibilidade de Restringir os Poderes Instrutórios dos Árbitros em Nome da Autonomia da Vontade. Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr &

provados<sup>869</sup>. Se considerar como insuficientes para formar sua convicção, julgará a causa com base no ônus probatório<sup>870</sup>. Este é o risco assumido pelas partes ao acordarem de maneira limitativa as provas a serem produzidas no litígio instaurado<sup>871</sup>.

Em sentido contrário, Diogo de Almeida<sup>872</sup> afirma que a sentença proferida de tal maneira seria dada em prejuízo da devida prestação da tutela jurisdicional e do interesse público na obtenção acurada da verdade, posição com a qual não se concorda, com a devida vênia. O simples fato de a controvérsia das partes ser pacificada, por meio das instituições democráticas, evitando-se a autotutela, em atenção ao devido processo legal e ao devido processo convencional, demonstram o atingimento dos escopos da jurisdição e dos interesses públicos do processo.

Não há previsão legal para sancionar o juiz que vier a descumprir a norma convencional celebrada pelas partes. Todavia, se o juiz descumprir uma norma de origem

---

IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2011, Volume VIII Issue 31) pp. 29 – 58; e “O primeiro tópico concerne à determinação da prova; o segundo, à realização da prova; e o terceiro, à valoração da prova. A meu ver, é essencialmente através desses três momentos sucessivos que se desenvolve, na sua substância, a atividade do juiz em matéria de prova”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Juiz e a prova. Revista de Processo | vol. 35/1984 | p. 178 - 184 | Jul - Set / 1984 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 1101 - 1109 | Out / 2011 | DTR\1984\37.

<sup>869</sup> KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. Revista de Processo | vol. 17/1980 | p. 50 - 60 | Jan - Mar / 1980 | Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 5 | p. 1213 - 1228 | Out / 2010 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 745 - 760 | Out / 2011 | DTR\1980\19.

<sup>870</sup> JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Flexibilidade do Procedimento Arbitral e Poderes Instrutórios dos Árbitros na Arbitragem Brasileira: Possibilidade de Restringir os Poderes Instrutórios dos Árbitros em Nome da Autonomia da Vontade. Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2011, Volume VIII Issue 31) pp. 29 – 58; e CARMONA, C. A. Arbitragem e processo – Comentários à Lei nº 9.307/1996, cit. supra n. 21, p. 313.

<sup>871</sup> RAVAGNANI, Giovani dos Santos, VAUGH, Gustavo Fávero, BRASIL, Renato Caldeira Grava. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do Juiz. Revista dos Tribunais | vol. 989/2018 | p. 377 - 404 | Mar / 2018 | DTR\2018\10317; e “Toda vez que forem negócios processuais que sofisticem excessivamente o procedimento – ainda que numa visão mais ampla e, digamos assim, de longo prazo, seja melhor para o processo –, isso vai enfrentar resistência se der mais trabalho imediato. Aquilo que de algum modo representar menor trabalho para o juiz, sem que ele se sinta extremamente diminuído em seu poder, porque é esse o grande problema, tende a funcionar, tende a ser aceito. Toda vez que forem negócios processuais que sofisticem excessivamente o procedimento – ainda que numa visão mais ampla e, digamos assim, de longo prazo, seja melhor para o processo –, isso vai enfrentar resistência se der mais trabalho imediato. Aquilo que de algum modo representar menor trabalho para o juiz, sem que ele se sinta extremamente diminuído em seu poder, porque é esse o grande problema, tende a funcionar, tende a ser aceito. Dito de outra forma, as convenções processuais celebradas pelas partes produzem efeitos a que deve se sujeitar o juiz, independentemente de ele próprio estar de acordo com sua existência ou seu teor, e a despeito de não ter emitido qualquer manifestação de vontade a respeito.” TALAMINI, Eduardo. Palestra sobre negócios jurídicos processuais na arbitragem, organizada pela CBAr e pelo Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, ocorrida no dia 2 de julho de 2016. Degravação disponível em <http://www.ciesp.com.br/wp-content/uploads/2017/06/eletroniconegocios-juridicos-processuais-na-arbitragem.pdf>. Acesso em 25 de dezembro de 2018, às 07h19min.

<sup>872</sup> “Ao se deparar com um quadro de insuficiência probatória, ao juiz restaria a opção de utilizar-se das regras de ônus da prova, que somente servem para pôr fim ao litígio, mas em prejuízo à devida prestação da tutela jurisdicional e ao interesse público de obtenção da acurada revelação da verdade”. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de.. A Contratualização do Processo (Página 96). . Edição do Kindle.



legal, ficará sujeito aos limites da lei, podendo seus atos virem a ser apurados no procedimento de correição. Eventual convenção que vem fixe penas ao juiz será ineficaz, posto que as partes não têm poderes para interferir em regras cogentes e na organização do Poder Judiciário. Lembre-se, o juiz é um servidor público, cuja profissão é regulamentada pela Lei Orgânica da Magistratura e cujas sanções devem ser decorrer do devido processo administrativo.

Em termos práticos, contra a decisão do juiz que desrespeitar a convenção probatória, caberá recurso, nos termos da lei, devendo tal decisão ser reformada. Não nos parece, no entanto, que tal ato processual desafie agravo de instrumento em regra, “devendo, por isso, ser impugnada em preliminar de apelação, a menos que possa, em razão da matéria a que está afeta, ser enquadrada em alguma das hipóteses do rol previsto no Código de Processo Civil (art. 1.015).”, não podendo ser alargado pela vontade das partes<sup>873</sup>.

Como visto, o problema da vinculação do juiz às convenções probatórias é, portanto, um falso problema, uma vez que, por conta da lei e do sistema que lhe outorga poderes, o juiz está obrigado a aplicar as convenções, uma vez que esta foi a intenção do legislador ao inseri-las no Código de Processo Civil de 2015 e ao dispensar a necessidade de homologação<sup>874</sup>.

#### **4. Para quem se destinam as provas?**

É preciso superar o dogma de que o juiz é o único destinatário final das provas<sup>875</sup>. Em verdade, o destinatário da prova é o *processo*<sup>876</sup>, relação instrumental que envolve os

---

<sup>873</sup> “Em regra, não se previu recurso contra a decisão interlocutória que nega validade ou eficácia ao negócio jurídico processual. A exceção concerne à decisão que se recusa a aplicar convenção arbitral, que é passível de agravo de instrumento (art. 1.015, III). Nos demais casos, caberá à parte interessada rediscutir a questão como preliminar de eventual apelação contra a sentença (art. 1.009 §§1o e 2o). Não é viável ampliar o elenco de hipóteses de recorribilidade da interlocutória. Havendo situação grave e urgente, que não possa aguardar eventual e futura apelação, o remédio será o emprego do mandado de segurança (CF, art. 5º, LXIX; Lei 12.016/09, art. 5º, II, a contrario sensu). Se o pronunciamento negando validade ou eficácia à convenção processual constituir um capítulo da própria sentença, deverá também ser diretamente atacado mediante apelação – mesmo quando o negócio em questão for a convenção arbitral (art. 1099, §3o).” FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. O juiz e a contratualização dos litígios. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, pp. 98-99.

<sup>874</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. In BUENO, Cassio Scarpinela (coord.), Comentários ao Código de Processo Civil, v. 1, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 748.

<sup>875</sup> “os destinatários são todos que possam, dentro dos limites legais, utilizarem-se do acervo probatório. Atualmente o juiz não pode ser considerado único destinatário”. FERREIRA, William Santos. Breves comentários ao novo código de processo civil. Coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier, Freddie Didier Junior, Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 992.

<sup>876</sup> Nesse sentido, Arruda Alvim: “O direito probatório é também informado pelo princípio da aquisição processual, ou princípio da comunhão da prova. Por este princípio, deve o juiz fundamentar a decisão na

escopos da jurisdição, as partes e o juiz. No âmbito do processo cooperativo<sup>877</sup>, tal assertiva não para mais em pé, uma vez que o juiz é apenas mais um dos sujeitos processuais interessados na prova<sup>878</sup>. Da mesma sorte, as partes não podem ser consideradas as únicas destinatárias da prova<sup>879</sup>.

Na concepção tradicional, entende-se que o juiz é o destinatário final da prova e que seu papel é conduzir o processo no caminho da verdade absoluta<sup>880</sup>, de modo a compreender que o convencimento manifestado do juiz seria o reflexo da verdade material. Na verdade, na mesma medida em que as partes servem ao juiz, como esteio para a sentença<sup>881</sup>, o juiz serve – como servidor público que é – à jurisdição, ao exarar a decisão que pacificará a crise de direito material.

---

prova dos autos, pouco importando quem a tenha produzido (art. 371 do CPC/2015); a prova pertence ao processo e será, pelo seu valor intrínseco, sopesada pelo juiz, independentemente de se ter originado da atividade deste ou daquele litigante, ou mesmo de atividade oficiosa do juiz. ... A prova não é feita para o juiz; é produzida para o processo” (Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo, Editora RT, 2016, pp. 247-248). E, também, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo, Editora RT, 2015, pp. 984-985; Carreira Alvim, por sua vez, divide o destinatário da prova em duas subcategorias: “a) *direto*, o juiz, pois objetiva formar-lhe a convicção; e b) *indireto*, as partes, reciprocamente, que devem ser convencidas, a fim de acolher como justa a decisão” (*Teoria geral do processo*. 10ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 261). Com a devida vênia, essa posição é incompleta, haja vista que não se pode deixar de mencionar que o destinatário principal da prova é, de fato, o processo; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A Contratualização do Processo* (Página 173). . Edição do Kindle.

<sup>877</sup> “Inadmissível, por tais razões, submetam-se os litigantes pura e simplesmente ao impulso do órgão judicante e ao seu empenho em chegar a uma correta definição da causa, ou restrinja -se este a apaticamente recolher o resultado da atuação das partes. Em vez do juiz ditador, dono de um processo inquisitório e autoritário, ou de um processo totalmente dominado pelas partes, como anteparo ao arbítrio estatal — a exemplo do sucedido na idade média com o processo romano -canônico —, importa fundamentalmente o exercício da cidadania dentro do processo, índice da colaboração das partes com o juiz, igualmente ativo, na investigação da verdade e da justiça OLIVERA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista Processo e Constituição*, Porto Alegre, v. 1, p. 89-121, 2004. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20oliveira%20(8)%20-formatado.pdf), acesso em 26.11.2018, às 21h10min.

<sup>878</sup> BERTÃO, Rafael Calheiros. *Limites às convenções processuais*. 2018. 283 p. Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.

<sup>879</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Comentários de Paulo Henrique dos Santos Lucon ? art. 369 à 381. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (Org.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 1ed.Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. , p. 572-589; e ABREU, Rafael Sirangelo. “Customização processual compartilhada”: o sistema de adaptabilidade do Novo CPC. *Revista de Processo* | vol. 257/2016 | p. 51 - 76 | Jul / 2016 | DTR\2016\21700.

<sup>880</sup> “Ou seja, o magistrado tem o poder de buscar, como destinatário direto das provas, apenas quando necessário à formação de seu convencimento, elementos de prova adicionais àqueles apresentados pelas partes no exercício de seu poder geral de oferecimento de provas.”. No mesmo sentido, XAVIER, Trícia Navarro. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, 2008, p. 59.

<sup>881</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. vol. 2, p. 75.

Ora, o juiz não é mais considerado a boca da lei<sup>882</sup>. A verdade é ideal utópico e inatingível. A apreciação dos fatos será distorcida diversas vezes, quer por aqueles que os assistiram, quer pelo julgador<sup>883</sup>. As provas, nesse contexto, são um guia para que a jurisdição atinja seus objetivos. Se o processo não é coisa só das partes, também não pode ser considerado apenas como coisa do juiz, que se quer possui interesses diretos na demanda<sup>884</sup>, o que afasta ainda mais a concepção de que este é o único destinatário da prova<sup>885</sup>.

---

<sup>882</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Espírito do processo civil moderno na obra de Rudolf von Ihering. Revista de Processo | vol. 66/1992 | p. 285 - 294 | Abr - Jun / 1992.

<sup>883</sup> WOLKART, Erik Navarro. A busca da verdade no processo civil (ou o 'o ouro de tolo'). Revista de Processo | vol. 222/2013 | p. 315 - 323 | Ago / 2013 | DTR\2013\7223

<sup>884</sup> GODINHO, Robson Renault. "A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória". In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) Coleção grandes temas do novo CPC: negócios processuais. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 413.

<sup>885</sup> "A leitura do livro de Nicolò Trocker, Processo civile e costituzione, no final da década de 1980, renovou minhas esperanças de que seria possível tentar reformar o direito probatório, mas que, para tanto, seria necessário rever as suas premissas teóricas. Era preciso implementar efetivamente o direito de defender-se provando. O juiz não deveria mais ser considerado o único destinatário das provas". GRECO, Leonardo. A reformar do direito probatório no processo civil brasileiro. Primeira parte Anteprojeto do Grupo de Pesquisa 'Observatório das Reformas Processuais' Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Revista de Processo | vol. 240/2015 | p. 61 - 136 | Fev / 2015.

## CONCLUSÃO.

O presente trabalho abordou, sob a ótica do princípio da cooperação processual e do autorregramento da vontade, emprestando a experiência vivida na arbitragem, o tema das convenções processuais em matéria de prova no processo civil brasileiro, objetivando responder os seguintes questionamentos:

- (i) é possível admitir a existência de negócios jurídicos processuais em matéria probatória?
- (ii) quais são os requisitos e qual é o conceito da convenção processual probatória?
- (iii) em que medida as convenções processuais sobre prova podem limitar a atividade jurisdicional e os poderes instrutórios do Juiz?
- (iv) quais são os limites dos negócios jurídicos processuais em matéria probatória?

Pois bem. Não se tem dúvidas acerca da possibilidade de serem admitidos as convenções processuais em matéria probatória no processo civil brasileiro, uma vez que respaldadas na cláusula geral de negociação processual, estabelecida no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, que permitiu que as partes pudessem convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

A compatibilidade das convenções probatórias com o direito processual brasileiro decorre do fato de o direito à prova, como direito autônomo, ser um ônus das partes, bem como uma faculdade processual, que pode vir a ser ou não exercida pelas partes no bojo da demanda, tal qual o próprio direito de defesa.

De acordo com o quanto sustentado no presente trabalho, as convenções probatórias são aquelas que alteram ou disciplinam as regras instrutórias ordinárias, seja na admissão, na produção ou na valoração da prova, modulando os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais com relação às provas, podendo ou não disciplinar, criar ou modificar seus os procedimentos, regras, meios, fontes, elementos e argumentos de prova.

Ainda, as convenções probatórias são aquelas que derrogam as regras legais ordinárias na produção de provas – poderes instrutórios e faculdades probatórias das partes agindo em equilíbrio e plena cooperação –, em detrimento das normas que vierem a ser estabelecidas consensualmente. A experiência arbitral esclarece – e deve influenciar a

recém criada experiência estatal –, que na ausência de disposição das partes sobre, os árbitros (aqui, os juízes) são plenamente livres para exercer todos aqueles poderes investidos por lei.

Na ótica da teoria tridimensional dos negócios jurídicos – existência, validade e eficácia – os requisitos de existência das convenções probatórias são aqueles contidos no artigo 104 do Código Civil, quai sejam: a existência de vontade, de um agente, de objeto e de uma forma. Os requisitos de validade das convenções processuais são aqueles contidos no artigo 104 do Código Civil e no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, quai sejam: (i) agente capaz; (ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável (que tratem sobre ônus, poderes, faculdades e deveres); (iii) forma prescrita ou não defesa em lei.

Sobre as convenções probatórias, é importante que sejam obedecidos os seguintes limites: (i) as convenções probatórias podem ser celebradas apenas nos casos que tratem sobre direitos que admitam a autocomposição; (ii) as partes que celebrarem as convenções processuais devem ser capazes; (iii) as convenções processuais devem apenas tratar de ônus, deveres, faculdades e deveres processuais; (iv) a forma da convenção probatória deve ser escrita, prescrita ou não defesa em lei; (v) não serão admitidas convenções processuais em casos que houver a vulnerabilidade de partes ou nos contratos de adesão; e (vi) as convenções probatórias poderão ser celebradas apenas antes ou durante a fase instrutória, nunca após.

Celebrada a convenção probatória, limitado estão os poderes instrutórios do juiz. As convenções probatórias, com esteio no princípio dispositivo, servem de baliza para a investigação da verdade e a apuração dos fatos concernentes ao processo. O juiz está vinculado às escolhas que vierem ser feitas pelas partes, nos termos do artigo 190 do Código de Processo Civil, ainda no campo da atividade instrutória e da atividade probatória.

As convenções probatórias são excelentes ferramentas para o pleno exercício da flexibilidade procedimental, para que as partes possam amoldar o processo às suas necessidades e, principalmente, às especificidades do direito material em questão. Para além das convenções probatórias típicas, nos termos do conceito de convenção probatória apresentado, o presente trabalho sugeriu inúmeras espécies de negócios que podem vir a ser praticados pelas parte para a consecução de seus interesses.

**ANEXO - I**

<b>Item</b>	<b>Lei de Arbitragem</b>	<b>Novo CPC</b>
<i>Natureza da disputa</i>	Direitos Patrimoniais Disponíveis (artigo 1º, Lei 9.307/1996.	Direitos que admitam autocomposição (artigo 190 NCPC) <sup>886</sup> .
<i>Capacidade das partes</i>	As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem (artigo 1º, Lei 9.307/1996.	É lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa (artigo 190 NCPC)
<i>Objeto da convenção</i>	Dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (artigo 1º, Lei 9.307/1996.	Ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. (Artigo 190 NCPC)
<i>Objeto: limites legais expressos</i>	Artigo 2º, § 1º, Lei 9.307/1996. Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.	Artigo 190 e § único, do NCPC. 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 / O juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes

<sup>886</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 353/354.

		aplicação somente nos casos de nulidade.
<i>Objeto: Referência às garantias constitucionais.</i>	Artigo 21, § 2º, Lei 9.307/1996. Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.	Artigo 190, § único, do NCPC. 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.
<i>Objeto: Respeito às normas cogentes – inexistência de proibição à limitação dos poderes instrutórios</i>	Artigo 22, Lei 9.307/1996. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.	Artigo 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

<i>Objeto: Mais princípios processuais constitucionais</i>	Devido processo legal e direito às provas <sup>887</sup> .	Devido processo legal <sup>888</sup> e direito às provas.
<i>Forma</i>	Escrita (parágrafos 1º e 2º, do artigo 4 e parágrafo 2º, do artigo 7º, da Lei 9.307/1996.	Escrita (definição doutrinária) <sup>889</sup>

<sup>887</sup> Adicionalmente, certos princípios processuais constitucionais, como o da motivação e da celeridade, mesmo que aplicáveis à arbitragem, simplesmente não guardam pertinência com o debate ora desenvolvido (limitação dos poderes instrutórios). Pela questão debatida aqui, as partes impõem limite aos poderes instrutórios. Isso em nada impede os árbitros de fundamentarem sua convicção (nem que seja afirmando que não tinham provas para conhecer os fatos e então julgam em favor de X por conta do ônus da prova), não sendo possível vislumbrar, portanto, qualquer limitação ao dever de motivação. Similarmente, limitar os meios de prova apenas contribui para o encurtamento da fase instrutória e, conseqüentemente, da arbitragem como um todo, sendo um contrassenso, portanto, dizer que a limitação dos poderes instrutórios atenta contra o princípio da celeridade. JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Flexibilidade do Procedimento Arbitral e Poderes Instrutórios dos Árbitros na Arbitragem Brasileira: Possibilidade de Restringir os Poderes Instrutórios dos Árbitros em Nome da Autonomia da Vontade. Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2011, Volume VIII Issue 31) pp. 29 – 58.

<sup>888</sup> O devido processo legal arbitral é preenchido pelos princípios constitucionais aplicados na arbitragem (como os do art. 21 da Lei de Arbitragem) e justamente pela vontade das partes, vez que as regras procedimentais são em grande medida deixadas a critério dos litigantes. PARENTE, Eduardo. Processo arbitral e sistema. Tese de doutorado orientada por Carlos Alberto Carmona na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. São Paulo, 2009., p. 101–105: “Mais uma vez nota-se o quão presente é o princípio arbitral da autonomia da vontade, ao se expandir para o procedimento, ditando e integralizando o próprio conceito de devido processo legal”. “Sobre o devido processo negociado: Processo legal e processo negociado são expressões que não se confundem. Enquanto a primeira expressa uma concepção de processo orientado por normas – em especial pela Constituição e regras infraconstitucionais positivadas –, o segundo sugere que possa o processo se desenvolver pelo resultado da vontade negociada das partes.” MÜLLER, Julio Guilherme. A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica. 2016. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, 85.

<sup>889</sup> Sobre o assunto, Yarshel também diz que se o negócio processual apresentado na forma oral (em audiência, por exemplo), deve ser reduzido a termo e incorporado ao processo na forma escrita YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo à uma nova era? In *Negócios Jurídicos Processuais*, coordenação CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique. Juspodivm, 2016, 2ª edição, p. 85.



## **BIBLIOGRAFIA**

ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. Soft law e produção de provas na arbitragem internacional. São Paulo: Atlas, 2008.

ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ABRAHÃO, João. O valor probatório das reproduções mecânicas. Revista de Processo | vol. 20/1980 | p. 127 - 153 | Out - Dez / 1980 | DTR\1980\80.

ABREU, Rafael Sirangelo. Customização processual compartilhada: o sistema de adaptabilidade do Novo CPC. Revista de Processo | vol. 257/2016 | p. 51 - 76 | Jul / 2016 | DTR\2016\21700.

ALAGÓ, Fábio Machado. Distribuição dinâmica do ônus da prova. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2015.tde-24042015-112910. Acesso em 2 de janeiro de 2019, às 10h52min.

ALBUQUERQUE, Maria do Carmo Seffair Lins de. O princípio dispositivo, a instrução probatória e os poderes do juiz. 2014. 152 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

ALFIERO, Mario Vitor M. Dinamização do ônus da prova e o dever de custeá-la. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 4/2018 | Revista de Processo | vol. 273/2017 | p. 149 - 167 | Nov / 2017 | DTR\2017\6554.

Almeida Salles, Marcos Paulo de. Efeitos da judicialização da arbitragem. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 13/2007 | p. 30 - 37 | Abr - Jun / 2007 | Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 1/2014 | p. 1049 - 1060 | Set / 2014 | DTR\2007\876.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A Contratualização do Processo. Edição do Kindle.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Admissibilidade da prova pericial e a evolução da jurisprudência norte-americana. Revista de Processo | vol. 155/2008 | p. 282 - 301 | Jan / 2008 | DTR\2008\863

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Das convenções processuais no processo civil. Tese de Doutorado em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. Revista de Processo | vol. 195/2011 | p. 185 - 208 | Maio / 2011.

ALMEIDA, Diogo de Assumpção Rezende. A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Do ônus da prova. Revista de Processo | vol. 71/1993 | p. 46 - 63 | Jul - Set / 1993 | Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 5 | p. 969 - 994 | Out / 2010 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 761 - 786 | Out / 2011 | DTR\1993\333.

ALVES, Rafael Franciso. A aplicação do direito pelo árbitro: aspectos relativos ao julgamento do mérito na arbitragem. Tese de Doutorado apresentada perante a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São, sob a orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona, São Paulo, 2016.

ALVIM, Carreira. Teoria geral do processo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALVIM, José Manuel de Arruda. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ALVIM, José Manuel de Arruda. Despacho saneador. Justitia. São Paulo, v. 32, n. 69. abr.-jun. 1970. Disponível em <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/4a221d.pdf>, acesso em 09 de dezembro de 2018, às 15h57min.

AMARAL, Paulo Osternack. Prova emprestada no processo civil. Coleção Novo CPC – doutrina selecionada, vol 3: provas.

DIDIER JR., Fredie (coord. geral). MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (organizadores). 2ª ed. revista e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2016.

AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da ‘contratualização’ do processo. Revista de Processo | vol. 193/2011 | p. 167 - 200 | Mar / 2011 | DTR\2011\1236.

ANDREWS, Neil. O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Orientação e revisão da tradução por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ANDREWS, Neil. Relações entre a corte e as partes na era do case management. Traduzido por PANTOJA, Fernanda Medina; FARIA, Marcela Kohlbach; e MENEZES, Paula Bezerra. Revista de Processo | vol. 217/2013 | p. 181 - 203 | Mar / 2013 | DTR\2013\1849.

ANSARADA. What is a data room? Disponível em <https://www.ansarada.com/what-is-data-room>, acesso em 3 de janeiro de 2019, às 21h54min.

APRIGLIANO, Ricardo Carvalho. A ordem pública no direito processual civil. Tese de doutorado orientada por C. A. Carmona na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. O Controle Judicial sobre a Limitação à Produção Probatória Determinada pelos Árbitros. Violação ao Devido Processo Legal ou Revisão Indevida do Mérito?, Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International 2015, Volume XII Issue 45) pp. 58 – 81

APRIGLIANO, Ricardo. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. Revista do Advogado. n. 116. jul. 2012. AASP.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. Da prova no processo penal. 6ª Ed.. São Paulo: Saraiva. 2004.

ARAÚJO, Justino Magno. Os poderes do juiz no processo civil moderno. Revista de Processo | vol. 32/1983 | p. 94 - 106 | Out - Dez / 1983 | DTR\1983\75.

Arbitral Award: BNP Paribas & Others v. Deloitte & Touche LLP, High Court of Justice, Queen's Bench Division (Commercial Court), 2003/946, John Beechey and Jason Clapham, 'BNP Paribas & Others v. Deloitte & Touche LLP, High Court of Justice, Queen's Bench Division (Commercial Court), 2003/946, 28 November 2003', A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International.

Arbitral Award: BNP Paribas & Others v. Deloitte & Touche LLP, High Court of Justice, Queen's Bench Division (Commercial Court), 2003/946, John Beechey and Jason Clapham, 'BNP Paribas & Others v. Deloitte & Touche LLP, High Court of Justice, Queen's Bench Division (Commercial Court), 2003/946, 28 November 2003', A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International.

ARENHART, Sérgio Cruz et al. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 54, n. 343, p. 25-60, maio 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Madrid, v. 7, p. 71-109, 2005.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os 'acordos processuais' no novo CPC: aproximações preliminares. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 4, n. 39, p. 103-117, abr. 2015. Edição especial. Disponível em <https://hdl.handle.net/20.500.12178/91542>, acesso em 23 de dezembro de 2018, às 15h34min.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ASSAD, Gilberto Ferreira Sandra Mara Flugel. Os poderes do juiz no Processo Civil moderno. Revista de Processo | vol. 86/1997 | p. 285 - 294 | Abr - Jun / 1997 | DTR\1997\66.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais - existência, validade e eficácia - campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. Revista de Processo | vol. 244/2015 | p. 393 - 423 | Jun / 2015 DTR\2015\9713

AURELLI, Arlete Inês. Prova Emprestada. In: Marco félix Jobim; William Santos Ferreira. (Org.). direito probatório. 3aed.Salvador: Juspodivm, 2018.

AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do Magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. Revista de Processo | vol. 246/2015 | p. 219 - 238 | Ago / 2015 | DTR\2015\13217.

AVELINO, Murilo Teixeira. O Juiz e a prova pericial no Novo Código de Processo Civil. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 4/2018 |Revista de Processo | vol. 242/2015 | p. 69 - 89 | Abr / 2015 | DTR\2015\3695

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico, existência, validade e eficácia, 4ª ed. atualizada de acordo com o Novo Código Civil, São Paulo: Saraiva, 2002.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 65/2007 | p. 175 - 208 | Mar - Abr / 2007 | Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 3 | p. 253 - 282 | Jun / 2012 | DTR\2007\189.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. São Paulo, 2018. Tese de Titularidade apresentada perante o Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito de São Paulo.

BALDINI, Renato Ornellas. Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/D.2.2013.tde-05122013-093647. Acesso em 2 de janeiro de 2019, às 10h58min.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Cláusula compromissória e compromisso. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos | vol. 6 | p. 977 - 988 | Jun / 2011

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Juiz e a prova. Revista de Processo | vol. 35/1984 | p. 178 - 184 | Jul - Set / 1984 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 1101 - 1109 | Out / 2011 | DTR\1984\37.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. Leituras complementares de processo civil. 7ª Ed.. Salvador: JusPodium, 2009.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Breves considerações sobre o princípio do acesso à justiça no direito brasileiro. Revista de Direito do Trabalho | vol. 134/2009 | p. 168 - 201 | Abr - Jun / 2009 | DTR\2009\285.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Convenções processuais e poder público. Salvador: Juspodivm, 2017.

BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. Revista de Processo | vol. 27/1982 | p. 186 - 199 | Jul - Set / 1982 | DTR\1982\39.

BCH Lawyers. As regras de Praga – versão portuguesa. Disponível em <https://www.bch.pt/pt-pt/bch-blog-pt/as-regras-de-praga-versao-portuguesa/>, acesso em 22 de dezembro de 2018, às 22h55min.

BEDAQUE, José Roberto do Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BERGER, Klaus Peter. Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration (Third Edition), 3rd edition (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015).

BERMUDES, Sérgio. Introdução ao processo civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BERTÃO, Rafael Calheiros. Limites às convenções processuais. 2018. Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.

BERTÃO, Rafael Calheiros. Limites às convenções processuais. 2018. Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.

BERTÃO, Rafael Calheiros. Negócios jurídicos processuais: a ampliação das hipóteses típicas pelo novo Código de Processo Civil. IN DIDIER JR., Fredie et al (coord.). Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada: parte geral. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

BETTI, Emílio. Teoria geral do negócio jurídico. Tomo I. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

BIANCHI, Beatriz Homem de Mello. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 59/2018 | p. 213 - 244 | Out - Nov / 2018 | DTR\2018\22476.

BIANCOLINI, Adriano. A impossibilidade da prova emprestada produzida através de interceptação telefônica. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5018, 28 mar. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56674>. Acesso em 4 de janeiro de 2019, às 10h01min.

Bíblia. Português. Bíblia sagrada. Disponível em <https://www.biblionline.com.br/acf>, acesso em 14 de janeiro de 2019, às 21h10min.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. Ensaio sobre a prova pericial no código de processo civil de 2015. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 4/2018 | Revista de Processo | vol. 244/2015 | p. 33 - 57 | Jun / 2015 | DTR\2015\9710; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Prova pericial no CPC/2015. Revista de Processo | vol. 267/2017 | p. 211 - 223 | Maio / 2017 | DTR\2017\1034

BONFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antônio. Negócios processuais. Salvador: Juspodivm, 2015.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro. Revista de Processo | vol. 190/2010 | p. 210 - 230 | Dez / 2010 | DTR\2010\910.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 2/2018 | p. 1323 - 1333 | Revista de Processo | vol. 269/2017 | p. 139 - 149 | Jul / 2017 | DTR\2017\1815.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães; e PROENÇA, José Marcelo Martins. Proposta de uma nova tutela jurisdicional diferenciada: o processo societário brasileiro. In Processo Societário (coordenadores Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira, São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BORN, Gary B. International Commercial Arbitration 2nd Edition, Kluwer Law International, Alpehn aan den Rijn, 2014, 2341, §16.01[E].

BORN, Gary. 'Chapter 12: Selection, Challenge and Replacement of Arbitrators in International Arbitration', in, International Commercial Arbitration (Second Edition) (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2014) pp. 1636 – 1961

BOSCO LEE, João; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. A arbitragem no Brasil. 1. ed. Programa CACB-BID de fortalecimento da arbitragem e da mediação comercial no Brasil. Brasília, 2001.

BRAGA, Paula Sarno. Competência legislativa dos Estados-Membros em torno dos negócios processuais. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. RePro 148/312. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.



BROWER II, Charles H.; GALLO V, Vito G. The Government of Canada, Award, PCA Case No. 55798, 15 September 2011, A contribution by the ITA Board of Reporters, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International).

BUCHMANN, Adriana. A inversão do ônus da prova oficiosa no novo CPC e a imposição de limites pela existência de convenção probatória. Revista de Processo | vol. 266/2017 | p. 55 - 78 | Abr / 2017 | DTR\2017\599.

BUZAID, Alfredo. Processo e verdade no direito brasileiro. Revista de Processo | vol. 47/1987 | p. 92 - 99 | Jul - Set / 1987 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 1 | p. 751 - 761 | Out / 2011 | DTR\1987\92.

CABRAL, Antonio do Passo. A eficácia probatória das mensagens eletrônicas. Revista de Processo | vol. 135/2006 | p. 97 - 131 | Maio / 2006 | Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 5 | p. 759 - 798 | Out / 2010 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 657 - 696 | Out / 2011 | DTR\2006\326.

CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais. In: ANTONIO DO PASSO CABRAL, PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA, Negócios processuais, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª ed. revista, atualizada e ampliada, Salvador: Juspodivm, 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais: entre publicismo e privatismo. 2015. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo.

CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique [coords.]. Negócios processuais – Grandes temas do novo CPC, Vol. 1. Salvador: JusPodivm, 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A improcedência liminar do pedido e o saneamento do processo. Revista de Processo | vol. 252/2016 | p. 147 - 163 | Fev / 2016 | DTR\2016\216.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções em matéria processual. Revista de Processo | vol. 241/2015 | p. 489 - 516 | Mar / 2015 | DTR\2015\2136.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexo das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 222-238.

CADENAS, Pedro J. Saghy. 'La renuncia tácita al arbitraje', Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2015, Volume XII Issue 47) pp. 70 – 96.

CADIET, Loic. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia em Francia. Civil Procedure Review. Vol. 3, nº 3, 2012, p. 21. Disponível em <http://www.civilprocedurereview.com/>, acesso em 14 de janeiro de 2019, às 11h45min.

CADIET, Loic. Los acuerdos procesales en el derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. Civil Procedure Review. n. 3. vol. 3. p. 25.

CAIRNS, David J. A.; MADALENA, Ignacio. El Reglamento de la ICC relativo a los dispute boards. In: Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 10/2006, p. 179.

Câmara do Mercado-B3. Regras de Arbitragem Câmara do Mercado-B3, disponível em [http://www.b3.com.br/pt\\_br/b3/qualificacao-e-governanca/camara-de-arbitragem-do-mercado-cam/regulamentacao/](http://www.b3.com.br/pt_br/b3/qualificacao-e-governanca/camara-de-arbitragem-do-mercado-cam/regulamentacao/), acesso em 14 de janeiro de 2019, às 21h58.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil: volume I, 24ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2016.

CÂMARA, Marcela Regina Pereira. A contratualização do processo civil? Revista de Processo | vol. 194/2011 | p. 393 - 414 | Abr / 2011.

- CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAMBI, Eduardo e Neves, Aline Regina das, Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. Revista de Direito Privado. Vol. 64. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 233.
- CAMBI, Eduardo e NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. Revista de Direito Privado. Vol. 64. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- CAMBI, Eduardo, O direito à prova no processo civil. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Vol. 34, 2000.
- CAMBI, Eduardo. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. Revista de Processo. Vol. 241. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- CAMBI, Eduardo. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CAMBI, Eduardo. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da lei 11.690/2008. Revista de Processo | vol. 167/2009 | p. 25 - 51 | Jan / 2009 | DTR\2009\125.
- CAMBI, Eduardo. Verdade processual objetivável e limites da razão jurídica iluminista. Revista de Processo | vol. 96/1999 | p. 234 - 249 | Out - Dez / 1999 | DTR\1999\478.
- CAMBI, Eduardo; e NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no Novo Código de Processo Civil. Revista de Direito Privado | vol. 64/2015 | p. 219 - 259 | Out - Dez / 2015 | DTR\2016\130.
- CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. Ato-Fato Processual: Reconhecimento e consequências. Doutrinas essenciais - Novo Processo Civil, Vol. 2/18, p. 1177-1193.
- CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. Ato-fato processual: reconhecimento e consequências. Revista de Processo | vol. 254/2016 | p. 75 - 90 | Abr / 2016.

CAMPOS, Roberto. LIBERALISMO: Roberto Campos em sua melhor forma (Coleção Economia Política). Lebooks. Edição do Kindle.

CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. Revista de Processo | vol. 228/2014 | p. 359 - 376 | Fev / 2014 | DTR\2014\316.

CARMONA, Carlos Alberto. A língua no processo estatal e no processo arbitral: um diálogo com Vincenzo Vigorti. In 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz, coordenação por CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; e MARTINS, Pedro Batista, 1. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597013276/cfi/6/10!/4/24@0:34.9>, acesso em 22 de dezembro de 2018, às 18h24min.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96 - 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. Das boas relações entre os juízes e os árbitros. Revista de Processo | vol. 87/1997 | p. 81 - 89 | Jul - Set / 1997.

CARMONA, Carlos Alberto. Ensaio sobre a Sentença Arbitral Parcial', Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2008, Volume V Issue 18) pp. 7 – 26.

CARMONA, Carlos Alberto. O processo arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CARMONA, Carlos Alberto. Os sete pecados capitais do árbitro. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 52/2017 | p. 391 - 406 | Jan - Mar / 2017 DTR\2017\499

CARMONA, Carlos Alberto. Palestra sobre negócios jurídicos processuais na arbitragem, organizada pela CBAr e pelo Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, ocorrida no dia 2 de julho de 2016. Degravação disponível em <http://www.ciesp.com.br/wp-content/uploads/2017/06/eletronicanegocios-juridicos-processuais-na-arbitragem.pdf>. Acesso em 25 de dezembro de 2018, às 07h19min.

CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. Aspectos processuais da nova Lei de Arbitragem. Revista Forense 339/136.

CARNELUTTI, Francisco. Sistema de derecho procesal civil, v. III, ed. Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944.

CARPENA, Márcio Louzada Carpena, Os poderes do juiz no common law. Revista de Processo. Vol. 180. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CARVALHO, Olavo de. A fonte da criação. Disponível em <http://www.olavodecarvalho.org/a-fonte-da-criacao/>, acesso em 27 de dezembro de 2018, às 20h36min.

CARVALHO, Samantha de Araújo. Análise crítica acerca do negócio processual para renúncia de determinadas provas: uma (des) necessidade de participação do juiz?. Revista CEJ, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 78-92, jan./abr. 2017. Disponível em <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/download/2223/2119>, acesso em 2 de janeiro de 2019, às 10h41min.

CASADO FILHO, Napoleão. Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: o novo paradigma do “third party funding”. Tese de Doutorado, PUC-SP, 2014.

CASTRO, Daniel Penteadado. Contribuições ao estudo dos poderes instrutórios do juiz no processo civil. Fundamentos, interpretação e dinâmica. 2010. Dissertação de Mestrado em Direito Processual. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

CASTRO, Daniel Penteadado. Poderes Instrutórios do Juiz – Fundamentos, interpretações e dinâmica. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAVACO, Bruno de Sá Barcelos. Negócios processuais. Um velho conhecido? Disponível em [https://www.academia.edu/13895306/Neg%C3%B3cios\\_Processuais.\\_Um\\_Velho\\_Conhecido](https://www.academia.edu/13895306/Neg%C3%B3cios_Processuais._Um_Velho_Conhecido), acesso em 23 de dezembro de 2018, às 23h19min.

CBAR. Regras de Arbitragem LCIA, disponível em [http://www.cbar.org.br/PDF/portuguese\\_rules%20-%20LCIA.pdf](http://www.cbar.org.br/PDF/portuguese_rules%20-%20LCIA.pdf), acesso em 14 de janeiro de 2019, às 21h46min.

CBAR. Regras de Arbitragem Uncitral, disponível em

[http://www.cbar.org.br/leis\\_intern\\_arquivos/Lei\\_Modelo\\_Uncitral\\_traduzida\\_e\\_revisada\\_versao\\_final.pdf](http://www.cbar.org.br/leis_intern_arquivos/Lei_Modelo_Uncitral_traduzida_e_revisada_versao_final.pdf), acesso em 14 de janeiro de 2019, às 21h48min.

CCBC. Regras de Arbitragem CCBC, disponível em <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/regulamento-2018/>, acesso em 14 de janeiro de 2019, às 21h53min.

CECARELLI, Camila Franchitto. Prova ilícita por derivação no direito processual penal brasileiro. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/D.2.2011.tde-31072012-085213. Acesso em 4 de janeiro de 2019, às 05h03min.

CIESP. Regras de Arbitragem CIESP/FIESP, disponível em

<http://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/regulamento.html>, acesso em 14 de janeiro de 2019, às 21h57min.

CIETAC. Regras de Arbitragem CIETAC, disponível em <http://www.cietac.org/?l=en>, acesso em 14 de janeiro de 2019, às 21h50min.

CINTRA, Antônio Carlos Amaral; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos. Comentários ao código de processo civil. Volume nº 4, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CIPRIANI, Fraco. El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas. In: Juan Montero Aroca (Coord.). Proceso civil e ideologia, p. 59-60. Apud GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. Revista de Processo | vol. 164/2008 | p. 29 -

56 | Out / 2008 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 1 | p. 1221 - 1254 | Out / 2011 | DTR\2008\642.

CORRÊA, Fabio Peixinho Gomes. The presentation of evidence in international commercial arbitration: bridging gaps between evidentiary rules and free evaluation of evidence. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 21/2009 | p. 190 - 234 | Abr - Jun / 2009 | DTR\2009\834.

CORREA, Rafael Motta e. Poderes instrutórios do juiz e as novas diretivas da norma processual. Revista de Processo | vol. 194/2011 | p. 323 - 350 | Abr / 2011 | DTR\2011\1343.

CORREIA, Marcelo Dos Santos Barradas. A Responsabilidade Civil do Árbitro', Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2013, Volume X Issue 39) pp. 7 – 24.

CÔRTEZ, Estefânia. A possibilidade de limitação dos poderes instrutórios do juiz pelos negócios jurídicos processuais. Disponível em JusBrasil (<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/400578969/a-possibilidade-de-limitacao-dos-poderes-instrutorios-do-juiz-pelos-negocios-juridicos-processuais>), acesso em 22 de dezembro de 2018, às 20h15min.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da; e COSTA, Leonardo Dantas. A prova emprestada no direito processual brasileiro. Revista de Processo | vol. 277/2018 | p. 197 - 233 | Mar / 2018 | DTR\2018\8986.

COSTA, Adriano Soares da. Para uma teoria dos fatos jurídicos processuais. Doutrinas essenciais - Novo Processo Civil, Vol. 2/18, pp. 959 – 996.

COSTA, Amanda Dallmann. Produção de prova documental na arbitragem internacional: análise sobre a possibilidade de utilização de discovery em uma arbitragem internacional. Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito no ano de 2017, sob a orientação do professor Ronaldo Vasconcelos.

COSTA, Judith Martins. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 25/2010 | p. 11 - 39 | Abr - Jun / 2010 | DTR\2010\308.

COSTA, Marília Siqueira da. Convenções processuais sobre intervenção de terceiros. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

COUTO, Camilo José d'Avila. Dinamização do ônus da prova: teoria e prática. 2011. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/T.2.2011.tde-05072012-140925. Acesso em 2 de janeiro de 2019, às 10h59min.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Flexibilização do Procedimento e Calendário Processual no Novo CPC. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios Processuais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil. Coimbra: Almedina, 2012. p. 58  
CUNHA, Leonardo Carneiro da. A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil. Coimbra: Almedina, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira. (Org.). Negócios processuais. 3ªed.Salvador: JusPodivm, 2017, p. 39-74.

CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. Disponível em [https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios\\_jur%C3%ADdicos\\_processuais\\_no\\_processo\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro), acesso em 15 de dezembro de 2018, às 10h44min.

CUNHA, Leonardo Carneiro. Palestra sobre negócios jurídicos processuais na arbitragem, organizada pela CBAr e pelo Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, ocorrida no dia 2 de julho de 2016. Degravação disponível em <http://www.ciesp.com.br/wp-content/uploads/2017/06/eletronicanegocios-juridicos-processuais-na-arbitragem.pdf>. Acesso em 25 de dezembro de 2018, às 07h19min.



CUNHA, Marcelo Garcia da. Notas comparativas entre o sistema adversarial norte-americano e o sistema inquisitorial: qual sistema está mais direcionado a fazer justiça? Revista de Processo | vol. 249/2015 | p. 451 - 468 | Nov / 2015 | DTR\2015\16588.

CUOZZO, Mariana Aguiéiras. 'Cost Control in Arbitration – Third Party Funding and Expedite Procedure', in João Bosco Lee and Daniel de Andrade Levy (eds), Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International 2017, Volume XIV Issue 54) pp. 192 – 198.

DALL'AGNOL JR, Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. RT 788/92-93. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

DAMASKA, Mirjan R., "Truth in Adjudication" (1998). Faculty Scholarship Series. 1575. Disponível em [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1575](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1575), acesso em 24 de dezembro de 2018, às 15h01min.

DARIA, Kozłowska. The Revised UNCITRAL Arbitration Rules Seen through the Prism of Electronic Disclosure,) Journal of International Arbitration 2011, pp. 51-65.

DEL NERO, João Alberto Schützer. Do Estado Liberal ao Estado Social – o caso do direito privado? Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 41/2002 | p. 97 - 115 | Out - Dez / 2002 | DTR\2002\450.

DI SPIRITO, Marco Polo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual – Parte I. Revista de Processo | vol. 247/2015 | p. 137 - 176 | Set / 2015 DTR\2015\13184.

DI SPIRITO, Marco Polo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual – Parte III. Revista de Processo | vol. 249/2015 | p. 141 - 172 | Nov / 2015 | DTR\2015\16571.

DI SPIRITO. Controle de formação e de conteúdo do negócio jurídico processual – Parte I. Revista de Processo | vol. 247/2015 | p. 137 - 176 | Set / 2015 DTR\2015\13184.

DIDIER JR, Fredie. Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. Revista Brasileira da Advocacia. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 66-67.

DIDIER JR, Fredie. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 57, p. 167-172, jul./set. 2015. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/98637>, acesso em 31 de dezembro de 2018, às 18h25min.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. Revista de Processo | vol. 234/2014 | p. 33 - 61 | Ago / 2014 | DTR\2014\8864.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. Revista de Processo | vol. 234/2014 | p. 33 - 61 | Ago / 2014 | DTR\2014\8864.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. vol. 2.

DIDIER JR, Fredie; e BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas. Revista de Processo | vol. 218/2013 | p. 13 - 45 | Abr / 2013 | DTR\2013\2497.

DIDIER JR. Fredie, Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil, in ANTONIO DO PASSO CABRAL, PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA, Negócios processuais, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, JusPodium, 2015.

DIDIER JR. Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. Revista de Processo | vol. 279/2018 | p. 41 - 66 | Maio / 2018 | DTR\2018\12761.

DIDIER JR., Fredie ; CABRAL, Antonio do Passo ; CUNHA, Leonardo José Carneiro da . Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie e BRAGA, Paula Sarno, Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. Revista de Processo. Vol. 218. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. Disponível em [www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais](http://www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais), acesso em 25 de dezembro de 2018, às 14h58min.

DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, v. 8, n. 12, p. 118-130, jan./dez. 2010.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. Revista Brasileira da Advocacia. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 66-67.

DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 105-125.

DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 105-125.

DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 15, nº 1250, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. Revista de Processo | vol. 234/2014 | p. 33 - 61 | Ago / 2014 | DTR\2014\8864.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão,

precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10ª ed., Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. Curso de Direito Processual Civil. 11. ed. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DIDIER JUNIOR, F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. Curso de direito processual civil. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2 – Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória.

DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Direito probatório. V. 5, 2ª ed. rev., atual. e ampl.. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel, A arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2005. v. I .

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O Novo Código de Processo Civil e a ordem processual civil vigente. Revista de Processo | vol. 247/2015 | p. 63 - 103 | Set / 2015 | DTR\2015\13199.

DINANARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; e CINTRA, Antonio Carlos Araújo. Teoria geral do processo, 23ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2012.

DODSON, Scott. *New pleading, new discovery*. *Michigan Law Review*, v. 109, p. 53, Oct. 2010.

DONCEL, Luis. A era do algoritmo chegou e seus dados são um tesouro. Disponível em [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/01/economia/1519921981\\_137226.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/01/economia/1519921981_137226.html), acesso em 3 de janeiro de 2019, às 3h20min.

DOTTI, Rogéria. Tutela Provisória e Evidência Negociada: Temos nosso próprio tempo? In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1.

DOTTI, Rogéria; JÚNIOR, Gilberto Andreassa. Normas fundamentais e negócios processuais no novo CPC. Disponível em Consultor Jurídico, <https://www.conjur.com.br/2016-jan-20/normas-fundamentais-negocios-processuais-cpc>, acesso em 21 de dezembro de 2018, às 17h23min.

DUARTE, Antônio Aurélio Abi Ramia. Negócios processuais e seus novos desafios. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 2/2018 | p. 1021 - 1037 | Revista dos Tribunais | vol. 955/2015 | p. 211 - 227 | Maio / 2015 | DTR\2015\3721.

DUARTE, Ronnie Preuss. Questões controvertidas no novo código civil. vol. 2. São Paulo: Método, 2004.

ENGHOLM CARDOSO, Marcel Carvalho. Financiamento de litígios por terceiros (Third-Party Litigation Funding) em processos cíveis (judiciais e arbitrais). Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

FABBI, Alessandro. Privatizing civil justice through procedural agreements: a comparative law analysis. Disponível em <http://www.law.nyu.edu/>, acesso em 27 de dezembro de 2018, às 18h20min.

FALECK, Diego. Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Lumen Juris(www.lumenjuris.com.br). Edição do Kindle.

FALECK, Diego; ALVES, Rafael Francisco. Concordar em discordar: por quê, o quê e como negociar o procedimento arbitral. Revista de Direito Empresarial | vol. 1/2014 | p. 249 | Jan / 2014 | DTR\2014\586.

FALECK, Diego; SALLES, Carlos Alberto de. Desenho de sistemas de disputas: criação de arranjos procedimentais consensuais adequados e contextualizados para gerenciamento e resolução de controvérsias. 2017. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

FARIA, Marcela Kohlbach de Faria. A produção de prova no procedimento arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 32/2012 | p. 207 - 226 | Jan - Mar / 2012.

FARIA, Marcela Kohlbach de. '2º Hard Talk – Os Operadores da Arbitragem na Berlinda: um Debate Franco e Aberto sobre Arbitragem', in João Bosco Lee and Daniel de Andrade Levy (eds), Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International 2017, Volume XIV Issue 55) pp. 176 – 182.

FARIA, Marcela Kohlbach. A produção de prova no procedimento arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 32/2012 | p. 207 - 226 | Jan - Mar / 2012.

FARIA, Marcela Kohlbach. Licitude do objeto das convenções processuais. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157.

FARIA, Paulo Ramos de. Regime Processual Civil Experimental Comentado., São Paulo: Almedina, 2010.

FAZANO FILHO, José Humberto. Perspectivas para tecnologia blockchain. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 81/2018 | p. 141 - 158 | Jul - Set / 2018 | DTR\2018\19494.

FAZZALLARI, Elio. Processo (Teoria Generale). Novissimo Digesto Italiano. Torina: UTET, 1966, v.13, p. 1067-1076.

FECAK, Tom. 'Chapter 3: EU Investment Agreements', in Tom Fecak , International Investment Agreements and EU Law, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2016) pp. 141 – 310.

Federal Rules of Evidence, Rule 702. Testimony by Experts. Disponível em [www.uscourts.gov/uscourts/rulesandpolicies/rules/2010%20rules/evidence.pdf](http://www.uscourts.gov/uscourts/rulesandpolicies/rules/2010%20rules/evidence.pdf), acesso em 26 de dezembro de 2018, às 17h38min.

FELÍCIO, Vinícius Mattos; e MAGALHÃES, Guilherme Vinicius. Os negócios processuais, suas vantagens econômicas e a redução de custo do processo. Crise Econômica e Soluções Jurídicas | num. 37/2015 | Dez / 2015 | DTR\2015\16497.

FELITTE, Beatriz Valente. Os Limites dos Poderes do Juiz na Revisão de Contratos. 2018. 395 p., Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

FERRADEIRA, Mariana. A prova emprestada como objeto de negócio jurídico processual. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 139-157.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A ciência do direito 2ª ed. 17. reimpr. São Paulo : Atlas, 2010. pp. 88-90.

FERREIRA, William Santos. Breves comentários ao novo código de processo civil. Coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Junior, Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FONSÊCA, Vitor. Revista de Processo | vol. 194/2011 | p. 35 - 54 | Abr / 2011 | Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos | vol. 6 | p. 495 - 516 | Ago / 2011 | DTR\2011\1336.

FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. O juiz e a contratualização dos litígios. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, pp. 98-99.

FRANZETTI, Érica Vanessa Pavan. U.S. judicial discovery in private international arbitration: outlook remains uncertain. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 26. p. 168. São Paulo: Ed. RT, jul. 2010.

FRAZÃO, Ana. Geopricing e geoblocking: as novas formas de discriminação de consumidores. Os desafios para o seu enfrentamento. Disponível no Portal Jota: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columas/constituicao-empresa-e-mercado/geopricing-e-geoblocking-as-novas-formas-de-discriminacao-de-consumidores-15082018>, acesso em 26 de dezembro de 2018, às 00h57min.

FRIEDENTHAL-KANE-MILLER. Civil Procedure. 3. ed. 1. reimpr., St. Paul, 2001. p. 2). Apud MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e Processo. Revista de Processo | vol. 112/2003 | p. 177 - 185 | Out - Dez / 2003 | DTR\2003\837.

FUX, Luiz. Law and development: the role of the judiciary in Brazil. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 77, julho-setembro 2017, pp. 15-21.

GADOTTI, Thais Cristina. Vantagens e desvantagens do financiamento da arbitragem por terceiros. Revista dos Tribunais | vol. 981/2017 | p. 39 - 54 | Jul / 2017 | DTR\2017\1873.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilidade Procedimental. Tese apresentada para obtenção de título de Doutor perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, acesso em 28.11.2016. Disponível em [http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008-152939/publico/FERNANDO\\_TESE\\_COMPLETA\\_PDF.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008-152939/publico/FERNANDO_TESE_COMPLETA_PDF.pdf).

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Carlos Alberto Carmona, 2007, p. 151). A tese de doutoramento em referência foi publicada sob o título Flexibilização Procedimental (São Paulo, Atlas, 2008).



GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual . São Paulo: Atlas, 2008.

GALANTER, Marc. Introduction: compared to what? Assessing the quality of dispute resolution. *Denver University Law Review*, v. 66, n. 3, 1989, p. XIII-XIV.

GAMA JR., Lauro. Os princípios do unidroit relativos aos contratos do comércio internacional 2004 e o direito brasileiro: convergências e possibilidades. *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 8/2006 | p. 48 - 100 | Jan - Mar / 2006 *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional* | vol. 5 | p. 661 - 718 | Fev / 2012 | DTR\2006\733.

GAVIORNO, Gracimeri Vieira Soeiro de Castro. O contraditório, as partes e o juiz. *Revista de Processo* | vol. 148/2007 | p. 283 - 292 | Jun / 2007 | DTR\2007\363.

GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). In: *Negócios processuais*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

GODINHO, Robson Renault. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. Coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Junior, Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova – estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*. São Paulo: Tese de doutorado defendida na Pontifícia Universidade de São Paulo (PUC-SP), 2013.

GODINHO, Robson Renault. *Negócios Processuais Sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil*- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre s poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe no ‘Leito de Procusto’. *Revista de Processo* | vol. 235/2014 | p. 85 - 117 | Set / 2014 | DTR\2014\9808.

GOLÇALVES NETO, Francisco. *Convenção de arbitragem e renúncia da jurisdição estatal*. *Revista de Direito Privado* | vol. 15/2003 | p. 201 - 211 | Jul - Set / 2003. DTR\2003\376.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito à prova no processo penal, São Paulo: RT, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide (coordenadores), Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: DPJ, 2005.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 65/2007 | p. 175 - 208 | Mar - Abr / 2007 | Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 3 | p. 253 - 282 | Jun / 2012 | DTR\2007\189.

GONÇALVES NETO, Francisco. Convenção de arbitragem e renúncia da jurisdição estatal. Revista de Direito Privado | vol. 15/2003 | p. 201 - 211 | Jul - Set / 2003 | DTR\2003\376.

GORGA, Érica. Sistema Judicial de Discovery permite publicidade da investigação e aperfeiçoa governança. Revista Capital Aberto. Ago.2013.

GOUVÊA NETO, Flávio de Freitas. O desenvolvimento do ODR no Brasil. Revista da Federação Nacional de Mediação de Conflitos. 2ª ed., dezembro de 2018. Disponível em [https://issuu.com/fmc2018/docs/2.\\_edi\\_o\\_dezembro\\_2018\\_fmc\\_final/46](https://issuu.com/fmc2018/docs/2._edi_o_dezembro_2018_fmc_final/46), acesso dia 3 de janeiro de 2019, às 18h50min.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. IN DIDIER JR., Fredie. Leituras Complementares de Processo Civil. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 369-383.

GOUVEIA, Lúcio Grassi; GADELHA, Marina Motta Benevides. Negócios Jurídicos Processuais: “Libertas Quæ Sera Tamen”. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro | Belo Horizonte, ano 24, n. 96, p. 153-172, out./dez. 2016.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 144. Disponível em

[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21012/Ensaio\\_Discurso\\_Sobre.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21012/Ensaio_Discurso_Sobre.pdf), acesso em 30 de dezembro de 2018, às 23h05min.

GRECO FILHO, V. Direito processual civil brasileiro. 18. ed. São Paulo: Saraiva, v. II, p. 195–196. Apud. JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Flexibilidade do Procedimento Arbitral e Poderes Instrutórios dos Árbitros na Arbitragem Brasileira: Possibilidade de Restringir os Poderes Instrutórios dos Árbitros em Nome da Autonomia da Vontade. Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2011, Volume VIII Issue 31) pp. 29 – 58.

GRECO, Leonardo. A reformar do direito probatório no processo civil brasileiro. Primeira parte Anteprojeto do Grupo de Pesquisa ‘Observatório das Reformas Processuais’ Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Revista de Processo | vol. 240/2015 | p. 61 - 136 | Fev / 2015.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. Revista da Faculdade de Direito de campos, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 4/5, n. 4/5, p. 213-269. 2003-2004. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/13.pdf>, acesso em 26 de dezembro de 2018, às 00h43min.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual. p. 7. Rio de Janeiro, out.-dez. 2007.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. Revista Quaestio Iuris. Vol. 4, nº 1.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual. p. 7. Rio de Janeiro, out.-dez. 2007. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657>, acesso em 16 de dezembro de 2018, às 23h50min.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual. p. 7. Rio de Janeiro, out.-dez. 2007.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. Revista Quaestio Iuris. Vol. 4, nº 1.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual. p. 7. Rio de Janeiro, out.-dez. 2007.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. Revista de Processo | vol. 164/2008 | p. 29 - 56 | Out / 2008 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 1 | p. 1221 - 1254 | Out / 2011 | DTR\2008\642.

GREGGER, Reinhard; e KOCHER, Ronaldo. Cooperação como princípio processual. Revista de Processo | vol. 206/2012 | p. 123 - 134 | Abr / 2012 | DTR\2012\2690.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal acusatório. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 27/1999 | p. 71 - 79 | Jul - Set / 1999 | Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 4 | p. 25 - 37 | Jun / 2012 | DTR\1999\287.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 18-19.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 4/1993 | p. 60 - 69 | Out - Dez / 1993 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 1071 - 1086 | Out / 2011 | Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 3 | p. 25 - 40 | Jun / 2012 | DTR\1993\448.

GUERRERO, Luis Fernando. Arbitragem e jurisdição: premissa à homologação de sentença arbitral estrangeira. Revista de Processo | vol. 159/2008 | p. 9 - 34 | Maio / 2008 | DTR\2008\310.

GUERRERO, Luis Fernando. Efetividade das estipulações voltadas à instituição dos meios multiportas de solução de litígios. Orientador: Prof. Associado Carlos Alberto de Salles. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2012.

GUERRERO, Luis Fernando. Os Métodos de Solução de Conflitos e o Processo Civil. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia, entre facticidade e validade, vol. I, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HATOUM, Nida Saleh; BELINETTI, Luiz Fernando. Aspectos relevantes dos negócios jurídicos processuais previstos no artigo 190 do CPC/2015. Revista de Processo | vol. 260/2016 | p. 49 - 71 | Out / 2016 | DTR\2016\24001.

HENRIQUES, Duarte Gorjão. As regras de praga: uma alternativa ou uma adição às ‘IBA rules on the taking of evidence in international arbitration’?. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 59/2018 | p. 277 - 290 | Out - Nov / 2018 | DTR\2018\22477.

HENRIQUES, Duarte Gorjão. Third party funding ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 51/2016 | p. 295 - 336 | Out - Dez / 2016 | DTR\2016\24739.

IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (Regras da International Bar Association para a obtenção de provas na arbitragem internacional: “Each Witness Statement shall contain: an affirmation of the truth of the Witness Statement.”

IBA. Regras da IBA sobre Produção de Provas na Arbitragem Internacional, disponível em <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=68336C49-4106-46BF-A1C6-A8F0880444DC>, acesso em 14 de janeiro de 2019, às 21h37min.

ICAM-FGV. Regras de Arbitragem ICAM-FGV, disponível em <https://camara.fgv.br/conteudo/regulamento-da-camara-fgv-de-mediacao-e-arbitragem>, acesso em 14 de janeiro de 2019, às 22h01min.

ICC. Regras de Arbitragem ICC, disponível em <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-portuguese-version.pdf>, acesso em 14 de janeiro de 2019, às 21h44min.

ICDR. Regras de Arbitragem ICDR, disponível em [https://www.icdr.org/sites/default/files/document\\_repository/International\\_Dispute\\_Resolution\\_Procedures\\_Portuguese\\_0.pdf](https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/International_Dispute_Resolution_Procedures_Portuguese_0.pdf), acesso em 14 de janeiro de 2019, às 21h50min.

Informação obtida junta ao site Webitcoin, <https://webitcoin.com.br/registros-em-blockchain-serao-legalmente-aceitos-como-evidencia-na-china-set-10/>, acesso em 24 de dezembro de 2018, às 15h51min.

International Academic Journal of Law and Society, 1 (1), 28-43. Disponível em [http://www.iajournals.org/articles/iajls\\_v1\\_i1\\_28\\_43.pdf](http://www.iajournals.org/articles/iajls_v1_i1_28_43.pdf), acesso em 1º de janeiro de 2019, às 12h24min.

JAMBARDO, Cristina Saiz. “Extensão” da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional: o caso dos grupos societários. Dissertação de Mestrado, São Paulo, USP, 2009.

JESUS, Alfredo E. d. 'Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho Venezolano', Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2006, Volume III Issue 9) pp. 111 – 180.

JÚDICE, José Miguel; e SOUSA, Iñaki Paiva de. As regras processuais do Hot-Tubbing. Disponível em [http://www.plmj.com/xms/files/Artigos\\_Opiniao/2015/As\\_regras\\_processuais\\_do\\_Hot\\_Tubbing\\_parte2.pdf](http://www.plmj.com/xms/files/Artigos_Opiniao/2015/As_regras_processuais_do_Hot_Tubbing_parte2.pdf), acesso em 26 de dezembro de 2018.

JUNIOR, Humberto Theodoro. Curso de direito processual civil, 18a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. III, nº 1.301.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Princípios gerais do Direito Processual Civil. Revista de Processo | vol. 23/1981 | p. 173 - 191 | Jul - Set / 1981 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 1 | p. 63 - 86 | Out / 2011 | DTR\1981\17.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Visão principiológica e sistemática do Código de Processo Civil de 2015. Revista de Processo | vol. 285/2018 | p. 65 - 88 | Nov / 2018 | DTR\2018\20756.

JUNIOR, Nelson Nery. Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC – Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JUNOY, Joan Picó I. Los principios del nuevo proceso civil español. Revista de Processo | vol. 103/2001 | p. 59 - 94 | Jul - Set / 2001 | DTR\2001\315.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação de declaração negocial. 1986. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, pp. 3-4. Disponível em: [http://bdpi.usp.br/single.php?\\_id=000734188](http://bdpi.usp.br/single.php?_id=000734188), acesso em 28 de dezembro de 2018, às 15h45min.

JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. 2014. 325p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Flexibilidade do Procedimento Arbitral e Poderes Instrutórios dos Árbitros na Arbitragem Brasileira: Possibilidade de Restringir os Poderes Instrutórios dos Árbitros em Nome da Autonomia da Vontade. Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2011, Volume VIII Issue 31) pp. 29 – 58.

JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Sentenças Arbitrais Estrangeiras: Homologar, Naturalizar ou Executar?, Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2013, Volume X Issue 40) pp. 19 – 53.

Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juiz. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 14, Alicante, 1993.

KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. Revista de Processo | vol. 17/1980 | p. 50 - 60 | Jan - Mar / 1980 | Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 5 | p. 1213 - 1228 | Out / 2010 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 745 - 760 | Out / 2011 | DTR\1980\19.

KEVIN E. DAVIS, HELEN HERSHKOFF, Contracting for procedure, William & Mary Law Review, 53:2011, pp. 511 e 512. Disponível em

<https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol53/iss2/7>, acesso em 24 de dezembro de 2018, às 16h34min.

KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KOMATSU, Roque. Da invalidade no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 140-141.

LACERDA, Galeno. Processo e cultura. Revista de Direito Processual Civil, São Paulo, v. 3, p. 74-86, jan./jun. 1961.

LEIBLE, V. Stefan. Proceso civil alemán, ed. Konrad Adenauer Stiftung/Diké, Medellín, 1999, p.137; Peter L. Murray e Rolf Stürner, German Civil Justice, ed. Carolina Academic Press, Durham, 2004, p.264. Apud. GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual. p. 7. Rio de Janeiro, out.-dez. 2007.

LESSA NETO, João Luiz. No acordo de procedimento qual é o papel do juiz (codeclarante, mero homologador ou outro)?. Revista Brasileira de Direito Processual: RBDPro, Belo Horizonte, v. 23, n. 91, p. 321-334, jul./set. 2015.

LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. Comparative international commercial arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2003. p. 4. Disponível em Kluwer Arbitration, acesso em 22 de dezembro de 2018, às 18h03min: <http://www.kluwerarbitration.com/search?q=%22Comparative%20International%20Commercial%20Arbitration%22>.

LIMA, Alcides de Mendonça. Os princípios informativos no Código de Processo Civil. Revista de Processo | vol. 34/1984 | p. 9 - 19 | Abr - Jun / 1984 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 1 | p. 151 - 164 | Out / 2011 | DTR\1984\10.

LIMA, Bernardo Silva de. “Sobre o negócio jurídico processual”. Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. Fredie Didier Jr.; Marcos Ehrhardt Jr. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2010.



LIMA, Matheus Carneiro. Standards de prova no direito brasileiro. 2018. 132 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Iura novit curia no processo civil brasileiro: dos primórdios ao novo CPC. Revista de Processo, vol. 251/2016, p. 127-158. Jan/2016.

LIPIANI, Júlia; e SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre mediação e conciliação. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. pp. 139-157.

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

LOPES, João Batista. Iniciativas probatórias do juiz e os artigos 130 e 333 do CPC. Revista dos Tribunais | vol. 716/1995 | p. 41 - 47 | Jun / 1995 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 1123 - 1133 | Out / 2011 | DTR\1995\258.

LOPES, João Batista. O ônus da prova no processo penal. Revista de Processo | vol. 11/1978 | p. 147 - 153 | Jul - Dez / 1978 | DTR\1978\44.

LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. Revista de Processo | vol. 35/1984 | p. 24 - 67 | Jul - Set / 1984 | DTR\1984\25.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Comentários de Paulo Henrique dos Santos Lucon ? art. 369 à 381. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (Org.). Comentários ao novo Código de Processo Civil. 1ed.Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. , pp. 572-589.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Compra de votos, direito sancionador e ônus da prova. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Org.). O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. v. 1, pp. 307-316.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Prova pericial no CPC/2015. Revista de Processo | vol. 267/2017 | p. 211 - 223 | Maio / 2017 | DTR\2017\1034.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Guilherme Recena. A prova e a responsabilidade de terceiros contratantes com o Poder Público na ação de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. (Org.). Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. pp. 371-372

MACEDO, Elaine Harzheim; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Negócios jurídicos processuais e políticas públicas: tentativa de superação das críticas ao controle judicial. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 2/2018 | p. 1195 - 1218 | Revista de Processo | vol. 273/2017 | p. 69 - 93 | Nov / 2017 | DTR\2017\6545.

MACÊDO, Lucas Buril de. Antecipação de tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 3/2018 | Revista de Processo | vol. 242/2015 | p. 523 - 552 | Abr / 2015 | DTR\2015\3692.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Ônus da prova e sua dinamização. Salvador: Jus Podivm, 2014.

MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 4/2018 | Revista de Processo | vol. 241/2015 | p. 463 - 487 | Mar / 2015 | DTR\2015\2135.

MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi. Ônus da prova e sua dinamização. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto do novo código de processo civil. Revista de Processo | vol. 208/2012 | p. 295 - 316 | Jun / 2012 | DTR\2012\44715.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Princípio da cooperação e processo civil arco-íris: onze exemplos para entender. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-principio-da-cooperacao-e-processo-civil-do-arco-%C2%ADiris-27042015>, acesso em 23 de dezembro de 2018, às 22h41min.

MAGNO, Justino. Os poderes do juiz no processo civil moderno. Revista de Processo | vol. 32/1983 | p. 94 - 106 | Out - Dez / 1983 | DTR\1983\75.

MALAGÓ, Fábio Machado. Distribuição dinâmica do ônus da prova. 2014. 260 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

MANGE, Flávia Foz; e CANERO, Carla Amaral de Andrade Junqueira. A gestão do tempo nos procedimentos arbitrais. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo | vol. 23/2009 | p. 49 - 64 | Jan - Jun / 2009 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3/2014 | p. 117 - 132 | Set / 2014 | DTR\2011\2993.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. O documento eletrônico como meio de prova. Disponível em <http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/DocumentoEletronico>, acesso em 25 de dezembro de 2018, às 22h02min.

MARCASSA FILHO, André Luiz. Técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova e a efetividade no processo civil. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2016.tde-11042016-090521. Acesso em 2 de janeiro de 2019, às 10h55min.

MARGHITOLA, Reto. Document Production in International Arbitration, International Arbitration Law Library, Volume 33 (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015). pp. 21-32 e; REDFER and HUNTER, op. cit., pp. 313-365.

MARIN, Jeferson Dytz. Coisa julgada no processo ambiental: a transição para uma matriz publicista. Revista de Direito Ambiental | vol. 69/2013 | p. 193 - 224 | Jan - Mar / 2013 | DTR\2013\1852.

MARINONI, Luís Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, n. 13, p. 60-72, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 268/269.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MARQUES FILHO, Vicente de Paula. Cláusula de representações estabelece garantias em fusões e aquisições. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jul-16/vicente-marques-clausula-representacoes-estabelece-garantias-ma>, acesso em 3 de janeiro de 2019, às 22h44min.

Marques, José Frederico. Ensaio sobre a jurisdição voluntária. 1ª ed. atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium, 2000.

MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil, v. II/187. Também Vicente Greco Filho, Direito Processual Civil Brasileiro, v. II.

MARTINS, Amanda Athayde Linhares. 'Idioma, Sede e Lei Material Estrangeiros na Arbitragem com a Administração Pública', Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2011, Volume VIII Issue 29) pp. 74 – 107.

MARTINS, Pedro Batista. Apontamentos sobre a lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp. 291- 292.

MATTOS, Ricardo Nemes de. O poder do advogado na condução do processo civil: propostas para ampliação. Tese de Doutorado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve diálogo entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. Revista de Processo | vol. 237/2014 | p. 223 - 236 | Nov / 2014.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovani dos Santos; RODRIGUES, Felipe Roberto; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; FERREIRA, William Santos. Migalhas de peso: A Defesa na Produção Antecipada de Provas – Uma leitura constitucional do artigo 382, § 4º, do novo CPC. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245536,41046-A+Defesa+na+Producao+Antecipada+de+Provas+Uma+leitura+constitucional>, acesso em 31 de dezembro de 2018, às 19h28min.

MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (org.) Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008, pp. 290-304.

MEHREN, George M. von; e SALOMON, Claudia T. Submitting evidence in an international arbitration: the common lawyer's guide, 20 1. Int'l Arb. 285, 286, jun. 2003. Disponível em <https://www.deepdyve.com/lp/kluwer-law-international/submitting-evidence-in-an-international-arbitration-the-common-lawyer-QBl6bV0XEf>, acesso em 27 de dezembro de 2018, às 21h09min.

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

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª Parte. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 14. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

Memorial de Respondent elaborado pela Albert-Ludwigs University Of Freiburg para o Twenty-Third Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot. Disponível em <https://vismoot.pace.edu/media/site/previous-moots/23rd-vis-moot/u-of-freiburg-respondent.pdf>, acesso em 28 de dezembro de 2018, às 10h23min.

Memorial de Respondent elaborado pela Albert-Ludwigs University Of Freiburg para o Twenty-Third Annual. Disponível em <https://vismoot.pace.edu/media/site/previous->

[moots/23rd-vis-moot/u-of-freiburg-respondent.pdf](https://moots/23rd-vis-moot/u-of-freiburg-respondent.pdf), acesso em 28 de dezembro de 2018, às 10h23min.

Memorial de Respondent elaborado pela University of Geneva para o Twenty-Third Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot. Disponível em <https://vismoot.pace.edu/media/site/previous-moots/23rd-vis-moot/u-of-geneva-respondent.pdf>, acesso em 28 de dezembro de 2018, às 10h29min.

MENDES, Anderson Cortez; e CAPIOTTO, Gabriele Mutti. Saneamento do processo no novo Código de Processo Civil. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 4/2018 | Revista de Processo | vol. 266/2017 | p. 79 - 97 | Abr / 2017 | DTR\2017\601.

MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. A atuação do juiz na direção do processo. BARBOSA, Andrea Carla et al.; FUX, Luiz (coord.) O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2.011, pp. 207 e 209.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. O princípio da liberdade na prestação jurisdicional in Teses, estudos e pareceres de processo civil, v. 2, Revista dos Tribunais, 2005.

MILHOMENS, Jônatas. A prova no processo. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MIRANDA, Vicente. Poderes do juiz no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1992. pp. 216-217.

MITIDIERO, Daniel Francisco.” O processualismo e a formação do Código Buzaid. Revista de Processo | vol. 183/2010 | p. 165 - 194 | Maio / 2010 | DTR\2010\331.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. Revista de Processo Comparado | vol. 2/2015 | p. 83 - 97 | Jul - Dez / 2015 | DTR\2016\40.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil, II. São Paulo: Memória Jurídica, 2005.

MONTEIRO, André Luís Quintas. Poderes instrutórios do árbitro na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil. Dissertação de Mestrado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação de Arruda Alvim, 2012.

MONTORO, Marcos André Franco. Flexibilidade do procedimento arbitral. Tese de Doutorado. Orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona. São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2010.

MONTORO, Marcos André Franco. Flexibilidade do procedimento arbitral. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 374. Disponível em [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082011-161411/pt-br.php](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082011-161411/pt-br.php), acesso em 25 de dezembro de 2018, às 20h15min.

MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa; A convenção arbitral em estatutos e contratos sociais in ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). Arbitragem interna e internacional (questões de doutrina e da prática). Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2003.

Moreira, José Carlos Barbosa. Elementos para uma teoría general del proceso civil latinoamericano. Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, pp. 76-81.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. Revista de Processo | vol. 33/1984 | p. 182 - 191 | Jan - Mar / 1984 Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 3 | p. 151 - 163 | Out / 2011 | DTR\1984\9.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e Processo. Revista de Processo | vol. 112/2003 | p. 177 - 185 | Out - Dez / 2003 | DTR\2003\837.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 2ª Série, 1980.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da divisão do trabalho entre o juiz e as partes. Aspectos terminológicos. Revista de Processo | vol. 41/1986 | p. 7 - 14 | Jan - Mar / 1986 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 3 | p. 1203 - 1212 | Out / 2011 | DTR\1986\43.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. in Temas de direito processual – nona série, São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo in Temas de direito processual – nona série, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 40. Apud FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. O juiz e a contratualização dos litígios. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. Revista de Processo | vol. 105/2002 | p. 181 - 190 | Jan - Mar / 2002 | DTR\2002\77.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. Revista de Processo | vol. 76/1994 | p. 114 - 126 | Out - Dez / 1994.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Revista de Processo | vol. 53/1989 | p. 122 - 133 | Jan - Mar / 1989.

MOREIRA, Victória Hoffmann; e PEIXOTO, Juliene de Souza. Negócios jurídicos processuais e poderes instrutórios do juiz. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

MORPURGO, Marco de. A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding, Cardozo Journal of International and Comparative Law, Vol. 343. Nova York: Benjamin N. Cardozo School of Law, 2011, p. 343. Disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2167802](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2167802), acesso em 22 de dezembro 2018, às 23h17min.

MOUZALAS, Rinaldo; e ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Distribuição do ônus da prova por convenção processual. Revista de Processo | vol. 240/2015 | p. 399 - 423 | Fev / 2015 | DTR\2015\815.

MÜLLER, Julio Guilherme. A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica. 2016. 421 f. Tese (Doutorado em



Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Guia politicamente incorreto da arbitragem brasileira: visão crítica de vinte anos de sucesso. *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 50/2016 | p. 213 - 227 | Jul - Set / 2016 | DTR\2016\23869.

NANNI, Giovanni Ettore. Notas sobre os negócios jurídicos da arbitragem e a liberdade de escolha do árbitro à luz da autonomia privada. *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 49/2016 | p. 263 - 284 | Abr - Jun / 2016 | DTR\2016\20523.

NAZO, Georgette Nacarato. Contrato judicial. *Revista dos Tribunais* RT 399/36 jan./1969. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos* | vol. 4 | p. 95 - 108 | Jun / 2011 | DTR\2012\1303.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição federal. 9. Ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2009. Pp. 118-119.

NERY JÚNIOR, Nelson; e NERY, Rosa Maria de Andrade , *Código Civil (LGL\2002\400) Comentado*, 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo: RT, 2005, coment. 4 CC 104.

NERY JÚNIOR, Nelson; e NERY, Rosa Maria de Andrade . *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2015, pp. 984-985.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Fatos Processuais. Atos Jurídicos Processuais Simples. Negócio Jurídico Processual (unilateral e bilateral). *Transação. Revista de Direito Privado* | vol. 64/2015 | p. 261 - 274 | Out - Dez / 2015 | DTR\2016\129.

NETO, Antônio José de Mattos. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem. *Revista de Processo* | vol. 122/2005 | p. 151 - 166 | Abr / 2005 | *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação* | vol. 2/2014 | p. 413 - 432 | Set / 2014 | DTR\2005\845.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo. Saraiva, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado, Salvador: Jus Podivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais no Código de Processo Civil de 2015. Juspodivm, 1ª ed., 2016.

NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático, 1. ed. 4.ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012.

Nunes, Dierle. What is left of Klein? Procedural reforms: statism or privatism? For a co-participative model on the new Brazilian CPC. Civil Procedure Review. Vol. 6, nº 3, 2015.

O GLOBO: Justiça nega pedido de liminar da Uber, e 99 mantém campanha publicitária no Rio. Disponível em <https://oglobo.globo.com/economia/justica-nega-pedido-de-liminar-da-uber-99-mantem-campanha-publicitaria-no-rio-22822245>, acesso em 26 de dezembro de 2018, às 00h59min.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A.%20A.%20de%20Oliveira%20-%20formatado.pdf>, acesso em 22 de dezembro de 2018, às 20h01min.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Fonte: <<http://www.abdpc.org.br>.

OLIVERA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Revista Processo e Constituição, Porto Alegre, v. 1, p. 89-121, 2004. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf), acesso em 26.11.2018, às 21h10min.

ONO, Taynara Tiemi. A flexibilização procedimental: uma comparação entre os sistemas jurídicos brasileiro, inglês e português. Revista de Processo | vol. 254/2016 | p. 407 - 427 | Abr / 2016 | DTR\2016\19696.

PANTOJA, Fernanda Medina. Convenções pré-processuais para a concepção de procedimentos preliminares extrajudiciais. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ; BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. pp. 139-157.

Parente, Eduardo de Albuquerque. Processo arbitral e sistema. São Paulo: Atlas, 2012.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Processo arbitral e sistema. São Paulo: Atlas, 2012.

PARENTE, Eduardo. Processo arbitral e sistema. Tese de doutorado orientada por Carlos Alberto Carmona na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. São Paulo, 2009, pp. 101–105.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PAULO II, Papa João. Carta Encíclica Fides et Ratio. Do Sumo Pontífice João Paulo II. São Paulo. Disponível em [http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_14091998\\_fides-et-ratio.html](http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091998_fides-et-ratio.html), acesso em 23 de dezembro e 2018, às 13h56min.

PEDRON, Flávio Quinaud; COSTA, Jéssica Nayara Duarte. O saneamento no Processo Civil como instrumento de efetividade da atividade jurisdicional. Revista de Processo | vol. 274/2017 | p. 161 - 203 | Dez / 2017.

PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no Código de Processo Civil de 2015. Revista de Processo | vol. 285/2018 | p. 121 - 156 | Nov / 2018 | DTR\2018\20777.

PEDRON, Flávio Quinaud; SILVA, Diogo Bacha e; MORAES BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de. Uma (re)construção jurídico-política do Direito Processual Civil Brasileiro: o Código de Processo Civil de 2015 como superação de certa tradição autoritária do processo. Revista de Processo | vol. 271/2017 | p. 49 - 69 | Set / 2017.

PEIXOTO, Ravi. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - v.3 - Processo de conhecimento – Provas. Juspodivm: Salvador, 2015.

PEIXOTO, Ravi. O princípio da cooperação e a construção de um sistema comunicativo das nulidades sob a ótica da teoria do Fato Jurídico Processual. Revista de Direito Privado | vol. 60/2014 | p. 99 - 125 | Out - Dez / 2014 | DTR\2014\17897.

PEIXOTO, Ravi. Rumo à construção de um processo cooperativo. Revista de Processo | vol. 219/2013 | p. 89 - 114 | Maio / 2013 | DTR\2013\2692.

PERIM, Evandro. Negócios jurídicos processuais no campo probatório. Disponível em JusBrasil, <https://evandroperim.jusbrasil.com.br/artigos/534117974/negocios-juridicos-processuais-no-campo-probatorio>, acesso em 08 de dezembro de 2018, às 16h35min.

PEZZANI, Titina Maria. Il Regime Convenzionale delle Prove. Milano: Giuffrè, 2009. Disponível em <https://shop.giuffre.it/catalog/product/view/id/30808/s/il-regime-convenzionale-delle-prove/>, acesso em 26 de dezembro de 2018, às 00h10min.

PEZZANI, Titina Maria. Il Regime Convenzionale delle Prove. Milano: Giuffrè, 2009. Disponível em <https://shop.giuffre.it/catalog/product/view/id/30808/s/il-regime-convenzionale-delle-prove/>, acesso em 26 de dezembro de 2018, às 02h10min.

PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. In: AROCA, Juan Montero (coord.). Proceso civil e ideologia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

PJERJ. Ação ordinária de obrigação de não fazer. Processo nº 0126092-88.2018.8.19.0001, em trâmite perante a 5ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro, UBER do Brasil Tecnologia Ltda. em face de 99 Tecnologia Ltda., distribuído em 29 de maio de 2018.

PLAZA, José María de la Jara; HUAMÁN, Julio Olórtegui. La pandemia arbitral Los árbitros tóxicos y la contaminación de las deliberaciones', Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International 2016, Volume XIII Issue 51) pp. 133 – 141.

POMJÉ, Carolina. A mitigação da incidência do adágio iura novit curia em virtude das convenções processuais: breve análise do art. 357, §2º, do Novo Código de Processo Civil. In: MARCATO, Ana (Org.) ; GALINDO, Beatriz (Org.) ; GÓES, Gisele (Org.) ;

BRAGA, Paula Sarno. (Org.) ; APRIGLIANO, R. (Org.) ; NOLASCO, R. D. (Org.) . Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1. P. 65-80.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Campinas: Bookseller, 2000. t. II e III.

PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. Tomo 3. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PRAGER, Dietmar W.; e DAVIDSON, Joanna E. Railroad Development Corporation v Republic of Guatemala, Decision on Provisional Measures, ICSID Case No. ARB/07/23, 15 October 2008, A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International.

PRAGER, Dietmar W.; Rowe, Samantha J. Ioannis Kardassopoulos & Ron Fuchs v. The Republic of Georgia, Award, ICSID Case No. ARB/05/18, ICSID Case No. ARB/07/15, 3 March 2010, A contribution by the ITA Board of Reporters, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International).

Prague Rules. Disponível em <http://www.pragerules.com/upload/medialibrary/1ce/1ceb209403ed5145d6b85c632489bf56.pdf>, acesso em 22 de dezembro de 2018, às 23h03min.

Princípios da Unidroit, traduzido por Lauro Gama Jr. Disponível em <https://unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>, acesso em 28 de dezembro de 2018, às 09h28min.

PROENÇA, José Marcelo Martins; BONIZZI, Marcelo José Magalhães . Proposta de uma nova tutela jurisdicional diferenciada: o processo societário brasileiro. In: Flávio Luiz Yarshell; Guilherme Setoguti J. Pereira. (Org.). Processo societário. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, v. 1.

QUEIROZ, Caique Bernardes Magalhães; TORTORELLA, Eduardo; e BANFIELD, Jéssica Scott. O negócio jurídico processual como instrumento de aproximação entre os procedimentos arbitrais e judiciais no Brasil. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 2/2018 | p. 1119 - 1155 | Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 55/2017 | p. 73 - 107 | Out - Dez / 2017 | DTR\2017\6789.

RAATZ, Igor. Autonomia privada e processo civil – negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto, Salvador, Juspodium, 2016.

RACIONAIS MC's. Vida Loka Parte I. Trata-se de uma canção do grupo brasileiro de rap Racionais MC's, lançado no álbum Nada como um Dia após o Outro Dia, em 2002. Definição em Wikipedia ([https://pt.wikipedia.org/wiki/Vida\\_Loka\\_I](https://pt.wikipedia.org/wiki/Vida_Loka_I)), acesso em 09 de dezembro de 2018, às 11h30min.

RAVAGNANI, Giovani dos Santos Ravagnani. A lei mineira de arbitragem como declaração de vontade do poder público em indicar o método adequado de resolução de conflitos em um contrato, o qual foi pré-aprovado para publicação na Revista dos Tribunais nº 1001 (março/2019).

RAVAGNANI, Giovani dos Santos, VAUGH, Gustavo Fávero, BRASIL, Renato Caldeira Grava. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do Juiz. Revista dos Tribunais | vol. 989/2018 | p. 377 - 404 | Mar / 2018 | DTR\2018\10317.

RAVAGNANI, Giovani dos Santos. A causa como elemento essencial do negócio jurídico. Trabalho de conclusão de curso, como requisito para a obtenção do título de bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2010.

RAVAGNANI, Giovani dos Santos. Automação da advocacia, gestão de contencioso de massa e a atuação estratégica do grande litigante. Revista de Processo, v. 265, 2017, pp. 219-256.

RAVAGNANI, Giovani dos Santos. Negócios Jurídicos Processuais: uma nova perspectiva. In: ABDO, Helena Najjar; FELITTE, Beatriz Valente; BRAGA, Carlos David Albuquerque. (Org.). Contencioso Empresarial na Vigência do Novo Código de Processo Civil. 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, v. 1, pp. 169-190.

RAVAGNANI, Giovani dos Santos. Negócios Jurídicos Processuais: uma nova perspectiva. In: ABDO, Helena Najjar; FELITTE, Beatriz Valente; BRAGA, Carlos David Albuquerque. (Org.). Contencioso Empresarial na Vigência do Novo Código de Processo Civil. 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, v. 1, pp. 169-190.

RAVAGNANI, Giovani dos Santos; CHEBATT, Thiago Fernandes. Considerações sobre a prova testemunhal no novo Código de Processo Civil. In FREIRE, Alexandre; Didier Jr, Fredie; de Macêdo, Lucas Buriel; e PEIXOTO, Ravi. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - v.3 - Processo de conhecimento – Provas. Juspodivm: Salvador, 2015.

RAVAGNANI, Giovani dos Santos; e CHEBATT, Thiago Fernandes. Considerações Sobre a Prova Testemunhal no Novo Código de Processo Civil. In: MACÊDO, Lucas Buriel de, PEIXOTO, Ravi e FREIRE, Alexandre (Org.). Processo de Conhecimento – Provas. Salvador : Juspodivm, 2015.

RAVAGNANI, Giovani dos Santos; VICTORIO, Wilson Rodrigues. Nulidade de Cláusula de Testamento que Obriga os Sucessores a se Valerem de Juízo Arbitral. Revista Nacional De Direito de Família e Sucessões, v. 8, p. 166-171, 2015.

RAVAGNANI, Giovani. Regras da IBA sobre 'taking of evidence': compatibilidade com as normas processuais brasileiras. Revista de Processo | vol. 283/2018 | p. 565 - 606 | Set / 2018.

RAVAGNANI, Giovani; CARDOSO, Igor Guilhen. Análise Comparada entre a Ação Monitória no Código de Processo Civil de 1973 e no Novo Código de Processo Civil. In: Alexandre Freire; Fredie Didier Jr; Lucas Buril Macedo; Ravi Peixoto. (Org.). Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - v.4 - Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório. 1ªed.Salvador: Juspodivm, 2015, v. 4, pp. 571-588.

RAZZO, Francisco. A imaginação totalitária. Record. Edição do Kindle.

REDFERN, Alan and HUNTER, Martin. Law and Practice of International Commercial Arbitration 2d ed. Kluwer Law International. 1991.p. 71 – 154. Mais: KOHLBACH, Marcela. A Produção de Prova no Procedimento Arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 32/2012 | p. 207 - 226 | Jan - Mar / 2012.

REDFERN, Alan; e HUNTER, Martin. Law and practice of international commercial arbitration, p. 315; Emmanuel Gaillard e John Savage, Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration, pp. 633 e 648.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios jurídicos processuais. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Temas essenciais do novo CPC (LGL\2015\1656): análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. São Paulo: RT, 2016.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: Necessidade de rompimento com o sistema do Código de Processo Civil de 1973 para a adequada compreensão da inovação do Código de Processo Civil de 2015. In: Didier Jr., Fredie; Cabral, Antonio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2015.

REDONDO, Bruno Garcia. Ônus da prova e distribuição dinâmica: lineamentos atuais. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes. (coords.). Panorama atual das tutelas individual e coletiva: Estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003.

RIGUETTI, Gabriel Felipe Roqueto. Processo e verdade: brevíssimas considerações sobre funções e conceitos. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 1/2018 | Revista de Processo | vol. 250/2015 | p. 61 - 90 | Dez / 2015 | DTR\2015\17055.

RIVITTI, Maria Augusta da Matta; e HAENSEL, Taimi. Apontamentos sobre negócio processual e valores mobiliários. Revista de Direito Empresarial | vol. 12/2015 | p. 207 - 236 | Nov - Dez / 2015 | DTR\2016\104.

Robson Godinho, Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. Revista de Processo. Vol. 235. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RODOVALHO, Thiago. CPC perdeu chance de colocar Brasil na vanguarda em processos com arbitragem. Disponível em Consultor Jurídico: [https://www.conjur.com.br/2016-mai-15/thiago-rodovalho-cpc-perdeu-chance-avancar-arbitragem-brasileira#\\_ftnref9](https://www.conjur.com.br/2016-mai-15/thiago-rodovalho-cpc-perdeu-chance-avancar-arbitragem-brasileira#_ftnref9), acesso em 25 de dezembro de 2018, às 07h01min.

ROJAS ELGUETA, Giacomo, Understanding Discovery in International Commercial Arbitration through 'Behavioral Law and Economics': A Journey Inside the Minds of Parties and Arbitrators (May 5, 2009). Harvard Negotiation Law Review, Vol. 16, 2011. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1399402> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1399402>, acesso em 23 de dezembro de 2018, às 09h16min.

ROQUE, André Vasconcelos. A tecnologia blockchain como fonte de prova no processo civil. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/a-tecnologia-blockchain-como-fonte-de-prova-no-processo-civil-15102018>, acesso em 24 de dezembro de 2018, às 15h30min.



ROSEN, Howard. 'How Useful Are Party-Appointed Experts in International Arbitration?', in Albert Jan van den Berg (ed), Legitimacy: Myths, Realities, Challenges, ICCA Congress Series, Volume 18 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015) pp. 379 – 430.

ROSSONI, Igor Bimkowski. Verdade, certeza e processo: apontamos sobre a verdade dos fatos no processo judicial. Trabalho exigido para fins de avaliação na disciplina Fundamentos de Teoria Geral do Direito Tributário do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Disponível em [https://www.academia.edu/9573647/Verdade\\_certeza\\_e\\_processo\\_apontamentos\\_sobre\\_a\\_verdade\\_dos\\_fatos\\_no\\_processo\\_judicial](https://www.academia.edu/9573647/Verdade_certeza_e_processo_apontamentos_sobre_a_verdade_dos_fatos_no_processo_judicial), acesso em 26 de dezembro de 2018, às 15h55min.

SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em contratos administrativos, São Paulo: Método, 2011.

SALLES, Carlos Alberto de. Transição paradigmática na prova processual civil. In: Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SAMAHA. Criminal Procedure. Belmont, 1998. p. 7. Apud MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e Processo. Revista de Processo | vol. 112/2003 | p. 177 - 185 | Out - Dez / 2003 | DTR\2003\837.

SANTOS, Hernani Fidélis dos. Manual de direito processual civil, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, v. 3, nº 1.660.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 1, pp. 321-326.

SANTOS, Silas Silva. Considerações críticas acerca do valor do depoimento do agente policial no Processo Penal. Revista dos Tribunais | vol. 901/2010 | p. 449 - 485 | Nov / 2010 | Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 3 | p. 1343 - 1382 | Jun / 2012 | DTR\2010\888.

SANTOS, Silas Silva; COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. Considerações críticas acerca do valor do depoimento do agente policial no Processo Penal. Revista dos Tribunais | vol. 901/2010 | p. 449 - 485 | Nov / 2010 | Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 3 | p. 1343 - 1382 | Jun / 2012 | DTR\2010\888.

SCALETSCKY, Fernanda Sirotsky; AZEVEDO, Marcelo Cândido; SERPA, Pedro Ricardo. Existência, validade e eficácia da convenção arbitral. Revista de Direito Empresarial | vol. 3/2014 | p. 321 - 351 | Maio - Jun / 2014 | DTR\2014\2689.

SCHULTZ, Thomas. Information Technology and Arbitration: a practitioner's guide. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2006. Disponível em <https://www.worldcat.org/title/information-technology-and-arbitration-a-practioners-guide/oclc/901240873/editions?referer=di&editionsView=true>, acesso em 25 de dezembro de 2018, às 21h52min.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de direito civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 2000. vol. I.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. In BUENO, Cassio Scarpinela (coord.), Comentários ao Código de Processo Civil, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2017.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. Revista de Processo | vol. 255/2016 | p. 435 - 460 | Maio / 2016 | DTR\2016\4685.

SILVA, Beclate Oliveira. “Verdade como objeto do negócio jurídico processual”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) Coleção grandes temas do novo CPC: negócios processuais. Salvador: Juspodivm, 2015.

SILVA, Beclate Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. IN CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) Negócios Processuais. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 383-406.

SILVA, Beclate Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. IN CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) Negócios Processuais. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 383-406.

SILVA, Clóvis V. do Couto E. Direito Material e Processual em tema de prova. Revista de Processo | vol. 13/1979 | p. 135 - 146 | Jan - Mar / 1979. Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 35 - 50 | Out / 2011 | DTR\1979\8.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. Para uma história dos conceitos no Direito Civil e no Direito Processual Civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow). Revista de Processo | vol. 37/1985 | p. 238 - 270 | Jan - Mar / 1985 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 1 | p. 705 - 750 | Out / 2011 | DTR\1985\6.

SILVA, Paula Costa e. Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

SILVA, Paula Costa e. Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord). Negócios Processuais. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 297-334\.

Silva, Sandoval Alves da, Acesso à justiça probatória: negativa de tutela jurisdicional como consequência de negativa de convicção judicial. Revista de Processo, Vol. 232. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 37-65.

SILVA, Ticiano Alves. O devido processo convencional: levando a sério os direitos humanos processuais. Revista de Processo | vol. 259/2016 | p. 55 - 78 | Set / 2016 | DTR\2016\22768.

Sítio eletrônico da Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs (versão 4.1.2018 do radar), disponível em <https://www.ab2l.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Radar-Lawtechs-411-1.jpg>, acesso em 3 de janeiro de 2019, às 18h54min.

SOUZA, Landolf Andrade de. Dissertação apresentada à da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Efetividade do Direito, 2013, São Paulo.

SOUZA, Luis Filipe Pires de. O standard de prova no processo civil e no processo penal. Disponível em <http://www.trl.mj.pt/PDF/O%20standard%20de%20prova%202017.pdf>, acesso em 8 de janeiro de 2019, às 18h21min.

SPIRITO, Marco Di. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual. Revista de Direito Privado. Vol. 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

STJ, Recurso Especial n. 910.888/RS, 4.<sup>a</sup> T., j. 15.12.2009, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 02.02.2010.

STJ. AgInt nos EDcl no AREsp 1241591/SC, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 06/11/2018, DJe 12/11/2018

STONE, William; 'Third Party Funding in International Arbitration: A Case for Mandatory Disclosure?', Asian Dispute Review, (© Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC); Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) 2015, Volume 2015 Issue 2) pp. 62 – 70.

STRECK, Lenio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto, disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em 14 de janeiro de 2019, às 11h51min.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a verdade real? – Uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de Terrae Brasilis. Revista dos Tribunais | vol. 921/2012 | p. 359 - 392 | Jul / 2012 | DTR\2012\44823.

TAKAHASHI, Bruno. Entre a liberdade e a autoridade: os meios consensuais no Novo Código de Processo Civil. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 2/2018 | p. 75 - 99 | Revista de Processo | vol. 264/2017 | p. 497 - 522 | Fev / 2017 | DTR\2016\25039.

TALAMINI, Eduardo. (In)Alienability of Public Interest: Procedural Consequences (Agreements in Court, Procedural Prerogatives, Arbitration, Procedural Agreements and Judicial Enforcement of Non-Executory Written Instruments) – Updated Version According to Brazilian Civil Procedure Law of 2015. Revista de Processo | vol. 264/2017 | p. 83 - 107 | Fev / 2017.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. Revista de Processo | vol. 264/2017 | p. 83 - 107 | Fev / 2017 | DTR\2016\25028.

TALAMINI, Eduardo. Palestra sobre negócios jurídicos processuais na arbitragem, organizada pela CBAr e pelo Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, ocorrida no dia 2 de julho de 2016. Degravação disponível em <http://www.ciesp.com.br/wp-content/uploads/2017/06/eletronicanegocios-juridicos-processuais-na-arbitragem.pdf>. Acesso em 25 de dezembro de 2018, às 07h19min.

TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. Revista de Processo | vol. 260/2016 | p. 75 - 101 | Out / 2016 | DTR\2016\23994.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. São Paulo: Revista de Processo, vol. 91, 1998.

TALAMINI, Eduardo. Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível in <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151020-17.pdf>, acesso em 23 de dezembro de 2018, à 00h23min.

TARRUFO, Michelle. Il processo civile adversary nell'esperienza americana. Cedam – Padova, 1979. Disponível em <https://www.worldcat.org/title/processo-civile-adversary-nellesperienza-americana/oclc/6033471>, acesso em 14 de janeiro de 2019, às 11h01min.

TARUFFO, Michele. A counsel's guide to examining and preparing witnesses in international arbitration. Kluwer Law International, 2015, disponível em: <http://www.kluwerarbitration.com/book-toc?title=A+Counsel%27s+Guide+to+Examining+and+Preparing+Witnesses+in+International+Arbitration>. Acesso em 2 de janeiro de 2019, às 10h20min.

TARUFFO, Michele. A prova. Tradução João Gabriel Couto (La prueba), 1a ed., São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 107-108.

TARUFFO, Michele. A prova. Tradução. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 15. Disponível em [http://www.marcialpons.com.br/wp-content/uploads/2014/11/L-09\\_tira-gosto\\_A-prova-Michele-Taruffo.pdf](http://www.marcialpons.com.br/wp-content/uploads/2014/11/L-09_tira-gosto_A-prova-Michele-Taruffo.pdf), acesso em 14 de janeiro de 2019, às 11h11min.

TARUFFO, Michele. Evidence, truth and the rule of law. Revista de Processo | vol. 238/2014 | p. 87 - 98 | Dez / 2014 | DTR\2014\19825.

TARUFFO, Michele. Il Processo Civile Adversary nella'esperienza Americana. Padova: Cedam, 1979. Apud RIGUETTI, Gabriel Felipe Roqueto. Processo e verdade: brevíssimas considerações sobre funções e conceitos. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 1/2018 | Revista de Processo | vol. 250/2015 | p. 61 - 90 | Dez / 2015 | DTR\2015\17055.

TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012.

TARUFFO, Michele. Verdade negociada? Revista Eletrônica de Direito Processual, volume nº 13, 2014. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11928>, acesso em 31 de dezembro de 2018, às 18h53min.

TARUFFO, Michelle. Istituzioni di diritto processuale. 5. Ed. Padova: Cedam, 1989, p. 58. Apud BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. São Paulo, 2018. Tese de Titularidade apresentada perante o Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito de São Paulo.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. Revista de Processo | vol. 284/2018 | p. 371 - 396 | Out / 2018 | DTR\2018\19905.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no Novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. Revista de Processo | vol. 254/2016 | p. 91 - 109 | Abr / 2016 | DTR\2016\19687.

TEIXEIRA, Bruno Barreto de Azevedo. O Financiamento da Arbitragem por Terceiros e o Dever de Revelação. Disponível em <http://www.cbar.org.br/blog/artigos/o-financiamento-da-arbitragem-por-terceiros-e-o-dever-de-revelacao>, acesso em 22 de dezembro de 2018, às 23h13min.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. A prova emprestada no CPC/15. DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Direito probatório. V. 5, 2ª ed. rev., atual. e ampl.. Salvador: Juspodivm, 2016;

TERCIER, Pierre; e BERSHEDA, Tetiana. Document Production in Arbitration: A Civil Law Viewpoint. 35 ASA Special Series 2011, pp. 77-102. Disponível em <http://www.jurispub.com/Document-Production-in-Arbitration-A-Civil-Law-Viewpoint-Chapter-7-Search-for-Truth-in-Arbitra.html>, acesso em 28 de dezembro de 2018, às 10h46min.

THAMAY, Renna Faria Kruger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro. Uma primeira análise constitucional sobre os princípios no Novo Código de Processo Civil. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros; FREIRE, Alexandre (org.). Provas. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco e PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC: fundamentos e sistematização. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, vol. 1, 56ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THORNBURG, Elizabeth. Designer Trials, Journal of Dispute Resolutions, 2006:2006. Disponível em [www.heinonline.com](http://www.heinonline.com), acesso 25 de dezembro de 2018, às 15h21min.

TJSP. 'André Azevedo Marques de Campos v. Odontoclinic S/A, Tribunal de Justiça de São Paulo, Registro 2012.0000665891, 11 December 2012', Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2013, Volume X Issue 37) pp. 95 – 98.

TJSP; Agravo de Instrumento 2002038-97.2013.8.26.0000; Relator (a): Hugo Crepaldi; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/06/2013; Data de Registro: 01/07/2013. No Superior Tribunal de Justiça, confira-se a Medida Cautelar n. 0247467-80.2013.3.00.0000, de relatoria da Ministra Isabel Galotti, da Quarta Turma.

TORRES, Amanda Lobão. Garantismo, ativismo e cooperação e(m) crise. 2016. 250 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em

<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19413>, acesso em 24 de dezembro de 2018, às 13h26min.

TORTORELLA, Eduardo; e BANFIELD, Jéssica Scott. O negócio jurídico processual como instrumento de aproximação entre os procedimentos arbitrais e judiciais no Brasil. *Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil* | vol. 2/2018 | p. 1119 - 1155 | *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 55/2017 | p. 73 - 107 | Out - Dez / 2017 | DTR\2017\6789.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Contra o processo autoritário. *Revista de Processo* | vol. 242/2015 | p. 49 - 67 | Abr / 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Espírito do processo civil moderno na obra de Rudolf von Ihering. *Revista de Processo* | vol. 66/1992 | p. 285 - 294 | Abr - Jun / 1992.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Natureza e objeto das convenções processuais. IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

TUCCI, Rogério Lauria. Perícia e Perito Criminal. *Revista dos Tribunais* • RT 601/284 nov./1985. *Doutrinas Essenciais Processo Penal* | vol. 3 | p. 1255 - 1263 | Jun / 2012.

TUNALA, Larissa Gaspar. Comportamento processual contraditório – a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro, Salvador, Juspodium 2015, pp. 132-133.

VALENTE, Natasha Rocha; BORGES, Felipe Garcia Lisboa. Conteúdo e limites ac poderes instrutórios do Juiz no Processo Civil contemporâneo. *Revista de Processo* | vol. 243/2015 | p. 109 - 132 | Maio / 2015 | DTR\2015\7906.

VAN DEN BERG, Albert Jan . (ed), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, ICC Congress Series, Volume 18 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015) pp. 379 – 430.

VAN DEN BERG, Albert Jan. ICC Case No. 1313 in (ed), *Yearbook Commercial Arbitration 2010 - Volume XXXV*, *Yearbook Commercial Arbitration*, Volume 35 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2010) pp. 129 – 157.



VAN DEN BERG, Albert Jan. State-owned corporation X v Corporation Y, Final Award, ICC Case No. 11307, 2003 in, Yearbook Commercial Arbitration 2008 - Volume XXXIII, Yearbook Commercial Arbitration, Volume 33 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2008) pp. 24 – 62.

VASCONCELOS, Ronaldo. Tributo à professora Ada Pellegrini Grinover: jurisdição, perspectivas e justiça consensual. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI264251,61044-Tributo+a+professora+Ada+Pellegrini+Grinover+jurisdiacao+perspectivas>, acesso em 1º de janeiro de 2019, às 19h14min.

VAUGHN, Gustavo Fávero, BRASIL, Renato Caldeira Grava. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do Juiz. Revista dos Tribunais | vol. 989/2018 | p. 377 - 404 | Mar / 2018 | DTR\2018\10317.

VAUGHN, Gustavo Fávero; COLETO DOS SANTOS, Guilherme Pizzotti; SÁ, Lucas Fernandes de. Um paralelo entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245509,11049-Um+paralelo+entre+os+negocios+juridicos+processuais+e+a+arbitragem>, acesso em 25 de dezembro de 2018, às 06h34min.

VERÇOSA, Fabiane. “Case Management em Arbitragem: Much Ado About Nothing Ou a Chave do Sucesso?” – Série de Debates CBAr – Rio de Janeiro, 12 de Julho de 2017, in João Bosco Lee and Daniel de Andrade Levy (eds), Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International 2017, Volume XIV Issue 55) pp. 186 – 190.

WALD, Arnold. A arbitragem contratual e os dispute boards. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 6, jul.-set./2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; e MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil, Artigo por artigo. 1ª ed.. São Paulo: FT, 2015.

WIPO. Regras de Arbitragem WIPO, disponível em <https://www.wipo.int/amc/pt/domains/rules/br/index.html>, acesso em 14 de janeiro de 2019, às 21h51min.

WOLFGANG, Peter. Witness conferencing revisited. *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 13 | p. 87 | Abr / 2007.

WOLKART, Erik Navarro. A busca da verdade no processo civil (ou o ‘o ouro de tolo’). *Revista de Processo* | vol. 222/2013 | p. 315 - 323 | Ago / 2013 | DTR\2013\7223.

XAVIER, Tricia Navarro. Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento. Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, 2008.

YARSHEL, Flávio Luiz; e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Apresentação a Processo societário, São Paulo: Quartier Latin 2012.

YARSHELL, Flávio Luiz e ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência. In: BUENO, Cássio Scarpinella (coord.). Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?. in CABRAL, Antônio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coordenadores), *Negócios jurídicos processuais*, Salvador: Juspodivm, 2015.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo à uma nova era? In *Negócios Jurídicos Processuais*, coordenação CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique. 2ª ed. Juspodivm, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *Coleção Grandes temas do Novo CPC: Negócios Processuais*, (Coord. Fredie Didier Jr.), vol.1, 2ª ed., Salvador, Jus Podivm, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. O Projeto de Novo Código Comercial e a Proposta de Permuta de Documentos entre as Partes: "Discovery" Brasileira?. In: Flávio Luiz Yarshell; Guilherme Setoguti J. Pereira. (Org.). Processo Societário. 1ed.São Paulo: Quartir Latin, 2012, v. 1.

YARSHELL, Flávio Luiz.. Que futuro está reservado para as convenções das partes em matéria processual? Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/que-futuro-esta-reservado-para-as-convencoes-das-partes-em-materia-processual/17175>, acesso em 24 de dezembro de 2018, às 16h37min.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. 8ed. Editorial Trotta: Madri, 2008. Apud. BONFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antônio. Negócios processuais. Salvador: Juspodivm, 2015.

ZAKIA, José Victor Palazzi; e VISCONTI, Gabriel Caetano. Produção antecipada de provas em arbitragem e jurisdição. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 59/2018 | p. 195 - 211 | Out - Nov / 2018 | DTR\2018\22475.

ZANELATO, Thiago del Pozzo. A autonomia da da vontade das partes na produção de provas em arbitragem internacional. In FINKELSTEIN, Cláudio (org). Direito e Arbitragem: estudos acadêmicos, Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 125. Mais: CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, 2ª ed. revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodivm, 2018.

ZANELATO, Thiago del Pozzo. A autonomida da vontade das partes na produção de provas em arbitragem internacional. In FINKELSTEIN, Cláudio (org). Direito e Arbitragem: estudos acadêmicos, Belo Horizonte: Arraes, 2017.

ZANETTI JUNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. Revista de Processo | vol. 116/2004 | p. 334 - 371 | Jul - Ago / 2004 | Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 171 - 212 | Out / 2011 | DTR\2004\452.