MARIA CELIA NOGUEIRA PINTO E BORGO

CONVENÇÕES PROCESSUAIS EM MATÉRIA DE PROVA:
interações do autorregramento da vontade das partes e dos poderes instrutórios do juiz no contexto do Processo Civil democrático

Tese de Doutorado

Orientador: Prof. Dr. Marcelo José Magalhães Bonizzi

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo – SP
2019

MARIA CELIA NOGUEIRA PINTO E BORGO

CONVENÇÕES PROCESSUAIS EM MATÉRIA DE PROVA:

interações do autorregramento da vontade das partes e dos poderes instrutórios do juiz no contexto do Processo Civil democrático

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Marcelo José Magalhães Bonizzi.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2019

Nome: BORGO, Maria Celia Nogueira Pinto e

Título: CONVENÇÕES PROCESSUAIS EM MATÉRIA DE PROVA: interações do autorregramento da vontade das partes e dos poderes instrutórios do juiz no contexto do Processo Civil democrático

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof.Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof.Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof.Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof.Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Aos meus avós Moacyr Miranda Pinto (in memorian) e Leda Ferraz Nogueira Pinto, em sinal de honra e amor, desde sempre e para sempre.

Ao meu pai José Jairo Borgo (in memorian), com saudade do que não pôde ser.

AGRADECIMENTOS

Nenhum título acadêmico tem sentido se não estiver a serviço das pessoas, especialmente quando obtido em instituição pública de ensino, financiada com recursos de toda a sociedade. Tenho convicção de que o final de um ciclo intenso como é um Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* significa ter mais condições de servir. Por isso, não se pode deixar de agradecer àqueles que participaram deste processo.

Ao Professor Dr. Marcelo José Magalhães Bonizzi, pela oportunidade de estar no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pela absoluta disposição em me orientar e a contribuir com o seu vasto conhecimento para a construção do meu. Sou grata pela forma sempre firme e gentil com que conduziu o processo de elaboração desta tese.

Aos docentes do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com especial registro aos Professores Drs. Cândido Rangel Dinamarco, Antônio Carlos Marcato e José Roberto dos Santos Bedaque pela inestimável contribuição à minha formação desde as primeiras leituras de Direito Processual Civil. Igualmente agradeço aos professores componentes da banca de qualificação, Professores Dr. Paulo Henrique dos Santos Lucon e Dr. Fábio Guidi Tabosa Pessoa, pela contribuição valiosa que me deram. Finalmente, aos monitores e assistentes pelo acompanhamento nas aulas, seminários e conversas que serão guardadas com profunda admiração.

Aos servidores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, especialmente da Secretaria de Pós-Graduação, Secretaria do Departamento de Processo Civil e das Bibliotecas.

À Pontifícia Universidade Católica do Paraná – *Campus* Londrina, na pessoa da Coordenadora do Curso de Direito, Professora Dra. Patrícia Sardeto, e aos colegas Clayton do Couto, Fernanda Raquel Tomás de Araújo, e Luiz Alberto Pereira Ribeiro pelo inestimável auxílio com as atividades acadêmicas, especialmente no período final de elaboração deste trabalho. Também à Universidade Estadual de Londrina, nas pessoas dos Chefes do Departamento de Direito Público, Professores Dr. Marcos Antonio Striquer

Soares e Nélia Batisti, sempre empenhados em compatibilizar minha carga-horária com as viagens semanais necessárias ao cumprimento de créditos durante o Curso.

Aos meus alunos de ontem, hoje e amanhã, pois a busca pelo conhecimento é também por eles.

Às companheiras de escritório e amigas Juliana Ramos Fernandes Braga e Natasha Brasileiro de Souza Storti, pelo imprescindível suporte especialmente nos últimos meses. Aos amigos Marcelo Dias da Silva e Thais Aranda Barrozo, pelo incentivo.

Não posso deixar de registrar especial agradecimento às amigas Kátia Alessandra Pastori Terrin, Juliana Milani, Janaína Braga Norte Pereira, Layne Ribeiro, Lívia Rossi Peixoto e Janete Rossi, pois com corações generosos foram bálsamo nos dias difíceis e expressaram a multiforme graça do Deus Todo-Poderoso sobre mim.

À tia Montaha Neide Soubhie Nogueira, minhas primas e primos que amorosamente me acolheram em São Paulo nos anos deste Curso, sempre com boas conversas, risadas e saborosa comida árabe. A vocês, minha sincera gratidão.

À minha família promissense, pela compreensão nas muitas ocasiões em que não pude me ausentar de Londrina para estar com eles. À minha mãe Celia Maria Nogueira Pinto, pois apesar dos quilômetros que nos separam é presença constante em amor e oração. Ao meu querido sobrinho José Augusto Borgo Filho, pela alegria que trouxe consigo.

Ao Marcos Bzuneck, meu *amor mais amor*. Há muita vida nos aguardando! Devo estender minha gratidão à família Bzuneck, pela acolhida carinhosa sobretudo nos almoços de domingo, que me proporcionavam sempre bons momentos de descanso.

Finalmente, dou graças a Deus, cuja mão fiel e poderosa tem transformado meus desertos em mananciais.

¡Ánimo, compañeros, que la vida puede más, que la fe se hace más fuerte si la tienes que gritar!

(Elia Fleta, na canção "Tu grito de Victoria")

RESUMO

BORGO, Maria Celia Nogueira Pinto e. **Convenções processuais em matéria de prova:** interações do autorregramento da vontade das partes e dos poderes instrutórios do juiz no contexto do Processo Civil democrático. 2019. 240 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

O tema da convencionalidade em matéria processual ganhou novos espaços de debate com a edição do Código de Processo Civil vigente. A permeabilidade do Processo Civil à atuação do autorregramento da vontade das partes exige o equilíbrio entre o publicismo processual e a autonomia privada, para que a celebração de convenções processuais alcance o objetivo de racionalizar o processo e torná-lo mais eficiente aos cidadãos a partir da atuação cooperativa entre os sujeitos processuais. Para tanto, interessa compreender como se dão as interações entre a atuação jurisdicional e as convenções processuais no contexto do Processo Civil democrático no Brasil. Pela relevância teórica e prática do tema no campo do direito probatório, o recorte metodológico traçado para a pesquisa é o das convenções processuais em matéria de prova. Nesse âmbito, a dificuldade para delimitar os espaços de convivência entre as convenções processuais em matéria de prova e os poderes instrutórios constitui o problema desta pesquisa. A partir dele, objetiva-se compreender como acontecem as interações entre as convenções processuais probatórias e os poderes instrutórios para identificar se aquelas têm aptidão para a limitar a iniciativa probatória do órgão jurisdicional. A pesquisa está alicerçada primordialmente na natureza publicista do sistema processual brasileiro; na opção legislativa de atribuir ao juiz poderes instrutórios amplos e independentes da atuação das partes e nas diretrizes cooperativa e de eficiência inerentes ao Processo Civil democrático e reafirmadas pelo Código de Processo Civil de 2015. Assentadas as premissas, examina-se, primeiramente, a ampliação do fenômeno da consensualidade relativamente ao litígio e ao processo, especialmente nos séculos XX e XXI, enfocando o exame ao Direito Processual cada vez mais permeável à atuação da vontade das partes. Num segundo momento, por meio de revisão bibliográfica correspondente, analisa-se a categoria dos negócios jurídicos aplicada ao Direito Processual Civil, focando nos seus aspectos conceituais e teóricos, que respaldam o reconhecimento de sua viabilidade e utilidade nesse ambiente. Realiza-se, ainda, um estudo do modelo de negociação processual estabelecido pelo Código de Processo Civil, com vistas a fornecer os elementos necessários à compreensão do fenômeno em relação à matéria probatória. Delimitada a análise às convenções – ou seja, os negócios jurídicos processuais bilaterais ou plurilaterais –, apresenta proposta ampliativa para a identificação de convenções processuais probatórias tendo como critério a utilidade à regulação direta ou indireta de situações processuais ou procedimentos relativos à fase instrutória. A partir disso, investiga-se a aptidão das convenções processuais probatórias à limitação do exercício de poderes instrutórios pelo juiz, com base no modelo de vinculação operada segundo as posições assumidas pelo órgão jurisdicional frente às convenções processuais probatórias, como parte ou terceiro (inclusive nas situações excepcionais de homologação da convenção). Com base na análise específica de cada uma das convenções processuais probatórias identificadas na pesquisa, são apontadas situações de possibilidade e impossibilidade de limitação legítima aos poderes instrutórios do juiz.

Palavras-chave: Autorregramento da vontade. Convenções processuais probatórias. Poderes instrutórios. Processo Civil democrático

ABSTRACT

BORGO, Maria Celia Nogueira Pinto e. **Conventional agreements in matter of evidence:** interactions of self-regulation of the will of the parties and the fact finding authority of the judge in the context of the democratic Civil Procedure. 2019. 240 f. Thesis (Doctoral Degree in Procedural Law) – School of Law of the University of São Paulo – São Paulo.

The subject of the agreement of the parties in procedural matters acquired new spaces for debate with the issue of the current Code of Civil Procedure. The permeability of the Civil Procedure to the self-regulating action of the parties' will requires a balance between the procedural public nature and the private autonomy, so that the procedural agreements attains the purpose of rationalizing the process and making it more efficient to the people, based on the cooperation between the process parties. For that purpose, it is important to understand how the interactions between the court action and the procedural agreements take place in the context of the democratic Civil Procedure in Brazil. Due to the importance in theory and in practice of this subject in the field of evidence law, the methodological option made for the research is that of procedural conventions in the field of evidence. In this area, the difficulty to limit the spaces between the procedural agreements in the matter of evidence and the fact finding authority of the judge is the problem of this research. Based on that, the purpose is to understand how the interactions between the procedural agreements in matter of evidence and the fact finding authority take place, in order to identify if the first are qualified to limit the evidence finding initiative of the court. The research is based essentially on the public nature of the Brazilian procedural system; on the positive law option to give broad fact finding authority to the judge, independent from the action of the parties, and on the cooperation and efficiency guidelines inherent to the democratic Civil Procedure and reasserted by the 2015 Code of Civil Procedure. Once the premises are established, it examines the extension of the consensuality phenomenon as regards the litigation and the process, in particular in the 20th and 21st centuries, with a focus on examining the Procedural Law that is increasingly permeable to the will of the parties. In a second moment, by means of the corresponding bibliographic review, an analysis is done of the legal transactions applied to the Law of Civil Procedure, with an emphasis on the conceptual and theory aspects which back the acknowledgment of their feasibility and usefulness in this area. A study of the procedural negotiation model found in the Code of Civil Procedure is performed, so as to supply elements necessary to understand this fact as regards evidence finding. The analysis limited to the agreements – that is, the bilateral or multilateral procedural legal transactions – an enlarging proposition is made to identify the evidence procedural agreements from the point of view of the usefulness to the direct or indirect regulation of procedural situations or proceedings related to the fact finding stage. Based on that, an inquiry is made of the capacity of the evidence procedural agreements to limit the fact finding authority of the judge, based on the model of the link existing according to the positions taken by the court as regards the evidence procedural agreements as party or as third party (including the exceptional situations when the agreement is court approved). Based on a specific review of each of the evidence procedural agreements identified in the research, it points to situations of possibility and impossibility to a legitimate limitation to the judge's fact finding authority.

Keywords: Self-regulation of the will. Evidence procedural agreements. Fact finding authority. Democratic Civil Procedure.

RÉSUMÉ

BORGO, Maria Celia Nogueira Pinto e. **Conventions de procédure en matière de preuve:** interactions d'autorégulation de la volonté des parties et des pouvoirs d'instruction du juge dans le cadre de la Procédure civile démocratique. 2019. 240 f. Thèse (Doctorat en Droit de la Procédure) - Faculté de Droit de l'Université de São Paulo, São Paulo.

Le thème de la conventionalité en matière de procédure a gagné de nouveaux espaces de débat avec l'édition du Code de Procédure civile en vigueur. La perméabilité de la Procédure civile à l'action d'autorégulation de la volonté des parties requiert un équilibre entre la publicité procédurale et l'autonomie privée, de sorte que la conclusion de conventions de procédure atteigne l'objectif de rationaliser le processus et de le rendre plus efficace pour les citoyens, basé sur l'action de coopération entre sujets de la procédure. Pour ce faire, il est important de comprendre comment se font les interactions entre l'action juridictionnelle et les conventions de procédure dans le contexte de la Procédure civile démocratique au Brésil. À cause de l'importance théorique et pratique du sujet dans le domaine du droit de la preuve, l'option méthodologique retenue pour la recherche est celle des conventions de procédure en matière de preuve. Dans ce contexte, la difficulté de délimiter les espaces de coexistence entre les conventions de procédure en matière de preuve et les pouvoirs d'instruction est le problème de cette recherche. À partir de lui, on cherche à comprendre comment les interactions entre les conventions de procédure probatoires et les pouvoirs d'instruction arrivent, pour identifier si elles sont aptes à limiter la initiative en matière de preuves de l'organisme juridictionnel. La recherche repose principalement sur la nature publique du système procédural brésilien; dans l'option législative de donner au juge des pouvoirs d'instruction étendus et indépendants de l'action des parties, et sur les principes de coopération et d'efficacité inhérents à la procédure civile démocratique et réaffirmés par le code de procédure civile de 2015. Une fois les prémisses établies, on analyse l'expansion du phénomène de la consensualité en ce qui concerne le litige et le procès, en particulier aux XXe et XXIe siècles, en mettant l'accent sur l'examen du droit processuel de plus en plus perméable à l'action de la volonté des parties. Après cela, à travers d'une révision bibliographique correspondante, la catégorie de les transactions juridiques appliquée au droit de procédure civile est analysée, en se concentrant sur ses aspects conceptuels et théoriques, qui soutiennent la reconnaissance de sa viabilité et de son utilité dans cet environnement. L'étude du modèle de négociation procédurale établi par le Code de Procédure civile est également réalisée, afin de fournir les éléments nécessaires à la compréhension du phénomène par rapport à la production de preuves. L'analyse limitée aux conventions - c'est-à-dire les transactions juridiques de procédure bilatérales ou plurilatérales - on présente une proposition d'amplification pour l'identification des conventions de procédure en matière de preuve, ayant pour critère l'utilité de réglementer directement ou indirectement les situations processuels ou procédurales relatives à la phase d'instruction. À partir de là, on examine la capacité des conventions de procédure en matière de preuve à limiter l'exercice des pouvoirs d'instruction par le juge, sur la base du modèle de lien opéré conformément aux positions adoptées par l'organisme juridictionnel en ce qui concerne les conventions de procédure en matière de preuve, en tant que partie ou tierce personne (y compris dans les situations exceptionnelles d'homologation de l'accord). Sur la base de l'analyse spécifique de chacune des conventions de procédure en matière de preuve identifiées dans l'enquête, on signale des situations de possibilité et d'impossibilité de limiter légitimement les pouvoirs d'instruction du juge.

Mots-clés: Autorégulation de la volonté. Conventions de procédure en matière de preuve. Pouvoirs d'instruction. Procédure civile démocratique.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....10

2 PREMISSAS AO ESTUDO DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.....16

2.1 PRIVATISMO E PUBLICISMO NA EVOLUÇÃO METODOLÓGICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL 17

2.2 O CARÁTER PUBLICISTA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO 25

2.2.1 A limitação do autorregramento da vontade das partes no ambiente processual 29

2.2.2 Reflexos em matéria probatória: modelos estruturais e atribuição de poderes instrutórios ao juiz.....35

2.3 O PROCESSO CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA PROPOSTA DE EQUILÍBRIO ENTRE PUBLICISMO E PRIVATISMO.....43

2.3.1 Democracia participativa e Poder Judiciário: uma aproximação necessária ...45

2.3.2 Reposicionamento do autorregramento da vontade no ambiente processual do Código de Processo Civil de 2015 48

2.3.3 Cooperação processual: um novo modelo? 52

2.3.4 Aplicabilidade do princípio da eficiência ao Processo Civil 56

3 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....61

3.1 DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS E TERMINOLÓGICAS 61

3.2 AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSUALIDADE RELATIVOS AO LITÍGIO E AO PROCESSO NOS SÉCULOS XX E XXI 69

3.3 OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: UMA POSTURA POLÍTICO-IDEOLÓGICA OU MERA IMPORTAÇÃO DE TÉCNICA PROCESSUAL? 81

3.4 O TRATAMENTO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 92

3.5 PAPEL E REPERCUSSÃO DA CLÁUSULA GERAL DE CONVENCIONALIDADE 102

4 CONVENÇÕES PROCESSUAIS EM MATÉRIA DE PROVA: INTERAÇÕES ENTRE O AUTORREGRAMENTO DA VONTADE E PODERES DO JUIZ 110

4.1 PONTOS NEVRÁLGICOS DA CONVENCIONALIDADE EM MATÉRIA PROBATÓRIA 112

4.2 UMA PROPOSTA AMPLIATIVA PARA A IDENTIFICAÇÃO DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS QUE PODEM SERVIR À MATÉRIA DE PROVA: *CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS PRÓPRIAS* E *CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS IMPRÓPRIAS* 123

4.3 CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS E A ATIVIDADE JURISDICIONAL: UMA ANÁLISE DAS INTERAÇÕES E POSSIBILIDADES DE LIMITAÇÃO DE PODERES DO JUIZ 127

4.3.1 Convenções processuais probatórias em que o juiz é parte 132

4.3.1.1 Vinculação do juiz às convenções processuais probatórias em que é parte 139

4.3.1.2 Interações com os poderes do juiz 141

4.3.1.2.1 O saneamento compartilhado (artigo 357, § 3º do Código de Processo Civil) 142

4.3.1.2.2 O calendário processual (artigo 191 do Código de Processo Civil) 148

4.3.2 Convenções processuais probatórias em que o juiz é terceiro 153

4.3.2.1 Vinculação do juiz às convenções processuais probatórias em que é terceiro 155

4.3.2.2 Interações com os poderes do juiz 159

4.3.2.2.1 A dinamização convencional do ônus da prova (artigo 373, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil) 160

4.3.2.2.2 A escolha consensual do perito (artigo 471 do Código de Processo Civil) 162

4.3.2.2.3 A convenção probatória atípica (artigo 190 do Código de Processo Civil)....166

4.3.2.3 Repercussões práticas quanto à determinação ex officio da prova excluída por meio de convenção atípica 174

4.3.3 Convenções processuais probatórias em que há exigência excepcional da homologação pelo juiz 177

4.3.3.1 Vinculação do juiz às convenções processuais probatórias homologadas por ele 178

4.3.3.2 Interações com os poderes do juiz 183

4.3.3.2.1 A delimitação consensual das questões de fato e de direito (artigo 357, § 2º do Código de Processo Civil) 184

4.4 OUTROS ASPECTOS PERTINENTES AOS PODERES DO JUIZ NA SUPERVISÃO DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS 188

4.4.1 As variações quanto ao tempo e o modo no exercício do controle de validade provocadas pela posição assumida pelo juiz na convenção processual probatória .190

4.4.2 A atuação jurisdicional para o equilíbrio entre convenção processual probatória e eficiência.....194

4.4.3 Utilidade do exercício de poderes instrutórios à supervisão da atuação ética das partes nas convenções processuais probatórias 205

5 CONCLUSÃO.....208

REFERÊNCIAS.....216

1 INTRODUÇÃO

A edição de um novo Código de Processo Civil brasileiro retomou e intensificou os debates sobre a possibilidade de celebração de negócios jurídicos em matéria processual. Para além do aspecto técnico do tema, as discussões sobre ele passam pela própria compreensão do Direito Processual Civil, sua natureza e os valores que deve refletir no contexto atual do Estado Democrático de Direito.

É pacífica a noção de que o Direito reflete os valores sociais, políticos, filosóficos e ideológicos do momento histórico em que se situa e de maneira semelhante o Direito Processual Civil, sua estrutura e seus institutos seguem a mesma tendência. Não poderia ser diferente na medida em que o sistema jurídico é instrumento dirigido à regulação da sociedade. A trajetória deste ramo da ciência jurídica deve ter como nota principal justamente a sua evolução de acordo com valores vigentes em determinado momento. Neste sentido, o sistema processual clássico se desenvolveu para manter a estrutura política e ideológica então vigentes, especialmente a igualdade formal e a liberdade, tratadas no século XIX praticamente como dogmas. A intangibilidade do indivíduo condicionou toda a construção do sistema jurídico da época, inclusive na seara processual, justificada pelo cenário político e social.[1]

A autonomia privada ou autorregramento da vontade foi alçada a um dos pilares do direito privado, permanecendo praticamente restrita àqueles limites. Enquanto historicamente o movimento das codificações tem raízes liberais firmadas na predominância do interesse dos indivíduos, o Direito Processual se estruturou baseado no *publicismo*, *estatismo* e *protagonismo do juiz*. Firmou-se, então, o dogma da irrelevância da vontade das partes para a prática e determinação dos efeitos dos atos processuais.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 reforçou, no país, a necessidade de modificar o sistema processual (e todo o sistema jurídico) para torná-lo cada vez mais um

---

[1] Para ilustrar essa condição, Luiz Guilherme Marinoni faz extensa referência à ausência de previsão legal de tutelas específicas das obrigações de fazer, ou então àquelas voltadas à prevenção do dano, primando, no sistema processual, pelo uso da tutela ressarcitória instrumentalizada por procedimento padrão (**Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 35-80).

instrumento eficiente de prestação da tutela jurisdicional ao cidadão. No Direito Processual, o fenômeno da constitucionalização trouxe os vetores indispensáveis à produção, interpretação e aplicação do direito.

Importam mais de perto a esta pesquisa dar ênfase a três desses vetores, a saber. Primeiramente, calcado na atuação cooperativa dos sujeitos do processo com vistas à obtenção de decisão de mérito justa, efetiva e tempestiva, na forma do artigo 6º do Código de Processo Civil, prestigiando a ampliação – sobretudo qualitativa – do diálogo como expressão do exercício democrático no ambiente processual. Em segundo lugar, firmado na projeção expressa do princípio da eficiência previsto no artigo 37 constitucional como baliza à atuação jurisdicional, a teor do artigo 8º do Código de Processo Civil[2]. Por fim, a promoção do reposicionamento do autorregramento da vontade das partes como expressão da liberdade presente no artigo 5º da Constituição Federal[3] que pode também avançar a espaços no processo.

Neste sentido, o Processo Civil democrático agrega às suas bases estruturantes os ideais de cooperação, eficiência e permeabilidade ao autorregramento da vontade. Logo, o compromisso de prestar tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e com otimização de esforços e recursos não passa apenas por questões ligadas à técnica, senão também pela gestão adequada do processo.[4] A readequação do modelo processual que se ajuste aos vetores do

---

[2] De acordo com Bruno Garcia Redondo, "a eficiência pode, dependendo do contexto, ser considerada tanto um *postulado*, quanto um *princípio*". Será, assim, tida por postulado quando servir de fundamento ao modo de aplicação de outra norma, seja ela princípio ou regra. E será, por sua vez, considerada princípio quando impuser ao Poder Judiciário e ao juiz o dever de gestão processual eficiente (Eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. **Revista Jurídica Unigran**, v. 15, n. 30, jul.- dez/2013, p. 97-110, p. 103, grifos do autor). Defendendo também a conexão do artigo 37 da Constituição Federal com o Processo Civil, especialmente à luz do comando expresso do artigo 8º do Código de Processo Civil, ver BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no código de processo civil.** São Paulo: Saraiva, 2016, p. 39.

[3] DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais.** Salvador: JusPodium, 2015, pp. 19-25.

[4]"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 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 de realização do direito material" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo.** São Paulo, v.27, n.105, jan./mar. 2002, p. 183-190, p. 181).

Estado Democrático de Direito foi uma das preocupações presentes na elaboração do Código de Processo Civil de 2015.[5]

É exatamente neste ponto que ganham relevo os negócios jurídicos como expressão concreta da abertura do ambiente processual - eminentemente público – ao autorregramento da vontade das partes e também como importante mecanismo de gestão do processo.[6] Embora não se trate de inovação absoluta, posto já se admitia o autorregramento pelas partes de determinadas situações, é certo que o Código de Processo Civil vigente sedimentou e ampliou o espaço de consensualidade no sistema processual brasileiro, a partir da previsão de negócios jurídicos processuais típicos e atípicos, estes alicerçados na cláusula geral de negociação prevista de maneira inovadora no artigo 190.

Conforme mencionado anteriormente, para além aproximação entre público e privado, a abertura à atuação das partes na formatação do procedimento decorre do modelo processual cooperativo e dialogado, plenamente compatível com os valores vetores do Estado Democrático de Direito. Todavia, por se tratar de atividade jurisdicional estatal, representativa de poder, há que se reconhecer a necessidade de limites que permitam a convivência entre autonomia privada, de um lado, e atividade jurisdicional pública, de outro.

Quanto ao recorte temático proposto para esta pesquisa – as convenções sobre matéria probatória[7] – acredita-se tratar de um dos espaços de dúvidas e debates mais relevantes sobre o tema dos negócios jurídicos processuais, exatamente porque transita nos tênues limites do público e privado, interferindo diretamente na divisão de trabalho entre juiz e partes. Além disso, convencionar as situações processuais, ou ainda os procedimentos relativos às provas, significa permitir a interferência das partes em matéria marcada por ser

---

[5] Conforme constou expressamente da Exposição de Motivos: "um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo" (BRASIL. **Anteprojeto de Código de Processo Civil.** Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf. Acesso em: 24 ago. 2015).

[6] CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès in droit français sur la contractualisation du règlement dês litiges. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, ano LXII – Suplemento n. 3. Milano: Giuffrè. Setembro 2008, p. 7-35, p. 10.

[7] Considerados como os negócios jurídicos bilaterais (celebrados entre as partes) ou plurilaterais (que contam com a participação do juiz na sua formação) firmados com o objetivo de regular situações processuais relativas à prova ou ao procedimento da fase instrutória.

regulada por normas tradicionalmente consideradas cogentes e, pois, com pouco ou nenhum espaço à autonomia privada. A isso se acrescentem a convergência de interesses - tanto das partes como do Estado na atividade instrutória, visto que o destinatário da prova não é mais exclusivamente o juiz - e, ainda, a relevância do resultado da prova à noção de verdade para o processo.

Portanto, nesse âmbito tende a ser maior a dificuldade para delimitar os espaços de convivência entre o autorregramento da vontade das partes e a atuação jurisdicional, especialmente quanto ao nível de interferência das convenções processuais em matéria de prova sobre os poderes instrutórios do juiz. Nisso consiste o problema central desta pesquisa. A partir dele objetiva-se compreender como acontecem as interações entre as convenções processuais probatórias e os poderes instrutórios para identificar se aquelas têm aptidão para limitar a iniciativa probatória do órgão jurisdicional.

Partindo desse ponto, a hipótese levantada nesta pesquisa é que, a depender da posição que o juiz assuma frente às convenções processuais probatórias, seja possível haver limitação legítima aos seus poderes instrutórios. Com o propósito de apresentar possíveis soluções ao problema posto, o estudo pretende, precipuamente, a partir de análise doutrinária: *(i)* delimitar as convenções processuais probatórias a partir de uma proposta ampliativa, que leve em conta o critério da utilidade à regulação de situações processuais e do procedimento relativo à prova; *(ii)* apontar a capacidade negocial do órgão jurisdicional, que o habilite à celebração de convenções processuais; *(iii)* verificar o modo de vinculação que as convenções processuais probatórias estabelecem ao órgão jurisdicional, com base nas distintas posições que pode assumir frente a elas; e *(iv)* aferir a relação da posição processual do juiz na convenção na determinação de restrições à parcela da atuação jurisdicional, com ênfase no exercício de poderes instrutórios.

A partir da hipótese emerge a tese: demonstrar como se dão as interações entre convenções processuais probatórias e atuação jurisdicional pela perspectiva da posição assumida pelo juiz na convenção, com o especial propósito de identificar as situações de possibilidade e, reversamente, de impossibilidade de limitação a poderes instrutórios. Pela sua especificidade, qualquer incursão que se faça sobre o tema das convenções processuais em matéria probatória guarda, naturalmente, em si, uma carga de ineditismo e originalidade

à Ciência Jurídica brasileira, atendendo, pois, aos critérios indispensáveis à construção de uma tese.

Estabelecidas essas bases, importa apresentar os limites da pesquisa e a estratégia da investigação que constitui seu objeto. A investigação inicia-se com a fixação de premissas ao estudo das convenções processuais que, em verdade, se destinam à compreensão geral do tema da negociação em matéria de processo. Conforme apontado anteriormente, a operacionalização de convenções processuais, a compreensão de seus limites e as possibilidades estão intimamente ligadas ao modo como se entende o sistema processual do país, bem como dos instrumentos postos à disposição de partes e juiz para o alcance de uma tutela jurisdicional efetiva. Assim, por exemplo, é pertinente incursionar em temas como os poderes instrutórios do juiz para situá-los no contexto do Processo Civil democrático, por ser este também um fator diretamente relacionado ao modo como as convenções processuais probatórias podem interferir na variação de abrangência da iniciativa probatória do juiz.

Num segundo momento, avança-se ao estudo da ampliação dos espaços de consensualidade no Direito, tanto nas relações de direito material como também no Direito Processual, especialmente a partir da retomada de sua importância nos séculos XX e XXI, em países europeus e no Brasil. Com vistas à construção da tese, essa fase da pesquisa destina-se a fornecer os elementos conceituais e teóricos indispensáveis à compreensão das convenções probatórias, à luz do tratamento dado à matéria pelo Código de Processo Civil de 2015.

Finalmente, busca-se delimitar, pela perspectiva da utilidade, o rol das convenções processuais probatórias para, em seguida, relacioná-las à capacidade negocial do órgão jurisdicional. Identificadas as modalidades convencionais probatórias em que o juiz atue como parte ou como terceiro. O estudo prossegue em demonstrar os diferentes modos de vinculação do órgão jurisdicional com o objetivo de aferir a possibilidade ou não de haver limitação legítima ao exercício de seus poderes instrutórios, apontando, inclusive, as circunstâncias para tanto.

Ao final, embora não seja o enfoque primordial da pesquisa, procura-se analisar outros aspectos relevantes decorrentes das interações entre o autorregramento da vontade das partes e a atuação jurisdicional, especialmente no que diz respeito ao poder-dever do juiz em supervisionar a prática das convenções processuais probatórias.

Ainda que sem pretensão de esgotamento do tema, tamanha a sua amplitude, espera-se trazer algumas luzes ao estudo da convencionalidade em matéria probatória, evidenciado, sobretudo, o necessário equilíbrio entre os interesses privados e públicos em torno do Processo Civil democrático, sem o qual corre-se o risco de que as dificuldades em torno das convenções processuais probatórias repercuta negativamente em relação à sua prática.

2 PREMISSAS AO ESTUDO DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Toda pesquisa científica demanda a contextualização do tema que permita ao leitor alcançar, com a maior exatidão possível, os resultados a que se pretende chegar de acordo com o objeto da investigação.

Este é o sentido proposto para este primeiro capítulo, em que o foco é examinar os pressupostos teóricos e estabelecer as premissas adequadas à compreensão do tema das convenções processuais em matéria probatória no ordenamento jurídico brasileiro, e especialmente das interações entre elas e os poderes do juiz, à luz do Código de Processo Civil de 2015.Ao longo do desenvolvimento do trabalho, o conteúdo abordado nesta oportunidade poderá ser retomado com a profundidade que se fizer necessária.

Desse modo, optou-se por traçar um panorama evolutivo do Direito Processual Civil enfocando principalmente a interação entre publicismo e privatismo, tendo em vista que as convenções processuais transitam necessariamente entre os dois sistemas, residindo aí o ponto de partida para o raciocínio proposto na tese.

Ademais, uma análise que se pretenda aprofundada do fenômeno da convencionalidade no âmbito processual e de suas implicações teóricas e práticas se vincula diretamente ao sentido que se dê ao Direito Processual Civil e até mesmo do próprio Direito. Especialmente no que toca às convenções processuais probatórias – que compõem o objeto da pesquisa – há inegável carga ideológica tanto para o incentivo à sua utilização, como também para o contrário.

Isso significa dizer que a compreensão que se tenha do Processo – não apenas jurídica, mas também do seu contexto social, político e ideológico – determina a postura em relação aos negócios jurídicos processuais de modo geral, e em especial, dos influxos entre eles e os poderes do juiz. Daí a relevância de apresentar o Processo Civil em suas bases publicistas antes e depois da Constituição Federal de 1988, que marcou o estabelecimento do Estado Democrático de Direito no país e redimensionou o olhar sobre o Direito, o Poder Judiciário e a função do processo.

Os desdobramentos do Estado Democrático de Direito apresentados especificamente no item 2.3 do Capítulo fixam as premissas ao estudo das convenções processuais na realidade do Processo democrático no Brasil, que nortearão a análise de seus aspectos dogmáticos e práticos na relação com os poderes jurisdicionais.

2.1 PRIVATISMO E PUBLICISMO NA EVOLUÇÃO METODOLÓGICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Como fruto da experiência humana, o Direito não está imune a interferências históricas, político-ideológicas e culturais observáveis na sociedade em que se insere, servindo-lhe de *índice*.[8] A despeito do seu caráter técnico, é certo que nele não se esgota. Ao contrário, ao tratar diretamente da relação entre Estado e cidadãos, inevitavelmente acaba por traduzir a opção político-ideológica como também aspectos culturais daquela sociedade.[9]

Do ponto de vista da ciência processual, essa interação é a principal justificativa aos movimentos evolutivos que conduziram às suas diversas fases metodológicas, todas marcadas por características específicas e que refletiram os escopos de justiça de então. Partindo de tal premissa, pode-se afirmar que o Direito Processual nem sempre teve a conformação atual, a começar da sua natureza científica, reconhecida apenas a partir da segunda metade do século XIX, e que foi determinante para o desenvolvimento dos seus institutos.

Desde os primórdios do Direito Romano o processo era tido como apenas um apêndice do direito material, confundindo-se com o plano processual do ordenamento, pois

---

[8]"Costumes religiosos, princípios éticos, hábitos sociais e políticos, grau de evolução científica, expressão do indivíduo na comunidade, tudo isto, enfim, que define a cultura e a civilização de um povo, há de retratar-se no processo, em formas, ritos e juízos correspondentes" (LACERDA, Galeno. Processo e cultura. **Revista de direito processual civil**, vol. III. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 74-86, p.75).

[9] Neste sentido afirma Robson Renault Godinho, para quem "o processo possui evidente cunho técnico, mas não se esgota no caráter formal de mero conjunto de atividades que visa à resolução de conflitos, isso porque o direito processual vincula a relação entre o poder público e o cidadão, traduzindo uma escolha político-cultural" (**Negócios processuais sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 57).

a ação se fundia ao próprio direito substantivo lesado.[10] Mesmo mais adiante, com as revoluções liberais europeias, manteve-se a mesma perspectiva do processo como mero procedimento voltado à efetivação do direito substantivo, razão pela qual era designado *direito adjetivo*, expressão há muito criticada[11], embora ainda aplicada por alguns.

A partir dessas considerações infere-se que, no período *praxista*[12], informado pela metodologia *sincretista ou sincrética*[13], predominava o caráter privatista do Processo Civil, tratando o processo como *coisa das partes*, marcado pela amplitude de disposição por elas. Convém ressaltar que o referido modelo se adequava à conformação histórica, política, ideológica e cultural tanto da sociedade romana quanto, posteriormente, à sociedade liberal, tendente à extrema valorização da autonomia privada.[14]

---

[10] O direito romano não previa, por assim dizer, um rol de direitos substantivos, mas sim de ações destinadas à reparação da lesão havida, de modo que a análise da pertinência da conduzia à concessão ou denegação da *actio*. A esse respeito ver: TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

[11] "Erro arraigado, cometido até por autores de tomo, consiste em definir o direito processual como direito adjetivo, ou como direito formal. O primeiro, de impropriedade manifesta, legou-nos Bentham. Tão impróprio é definir o arado como adjetivo da terra, o piano como adjetivo da música, quanto o processo como adjetivo do direito em função do qual ele atua. Instrumento não constitui qualidade da matéria que modela, mas ente ontologicamente distinto, embora a esta vinculado por um nexo de finalidade. Se não é qualidade, também não será forma, conceito que pressupõe a mesma e, no caso, inexistente integração ontológica com a matéria. A toda evidência, processo não significa forma do direito material. [...] Em suma, a antítese não é direito material – direito formal e sim, direito material – direito instrumental. Isto porque instrumento, como ente *a se*, possui matéria e formas próprias, independentes da matéria e da forma da realidade jurídica, dita material, sobre a qual opera" (LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 7. ed., vol. III, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 23-24).

[12] Segundo Daniel Francisco Mitidiero, "o praxismo em direito processual civil congrega todas as manifestações culturais que formam aquilo que Nicola Picardi apontou como sendo a pré-história do processo civil, antes, portanto, do aparecimento da 'ciência processual'. Vale dizer: processo como *iudicium* e não ainda como *processus*. Ensartam-se nesse endereço o processo civil romano, em qualquer de seus três períodos (*legis actiones, per formulas* e*cognitio extra ordinem*), e o processo civil comum (à evidência, aí retratados, em maior ou menor escala, igualmente os seus próprios elementos formativos: o romano, o canônico e o germânico bárbaro)" (**Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil**, 31p., p. 6. Disponível em: www.abdpc.org.br. Acesso em: 14 maio 2016).

[13]Sobre o tema ver: DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil** (de acordo com a Lei 13.256 de 4.2.2016). São Paulo: Malheiros, 2016, p. 17-18.

[14]É pertinente a análise de Juan Montero Aroca no sentido de que "la concepción liberal propia del siglo XIX se basaba, sobre todo, em que, suprimida la posibilidad de tomarse la justicia por propia mano y por lafuerza, la tutela judicial debía conceberse como la manera pacífica de resolver controvérsias, primero, por un tercero imparcial y, después, por um médio (= processo) em el que debía quedar asegurado el respeto al princípio de ccontradicción. Se trataba en conjunto de garantizar la plenitud de los derechos subjetivos de los ciudadanos y no, desde luego, la mera observancia del derecho objetivo, esto es, la salvaguarda del interés público; la jurisdición y el médio del processo estaban a servicio de los derechos de los ciudadanos. Además partiendo de que la función de la jurisdición era la tutela de los derechos de los ciudadanos, que se confiaba a un juez imparcial (em la terminología de la época neutral), el paso seguiente consistía em afirmar la naturaleza privada y, por tanto, disponible de esos derechos, los cuales eran en sentido estricto derechos subjetivos privados, y una y outra premisa llevaban a la consecuencia de que las partes tenían que ser las 'dueñas del processo' y en doble sentido" [Sobre el mito autoritário de la "buena fe procesal". In: AROCA, Juan Montero (Coord.)

Fato é que as transformações políticas e sociais, que na Europa culminaram com a implantação do Estado Liberal, também criaram, a um só tempo, a necessidade e as condições para a ruptura com estruturas até então vigentes, inclusive do ponto de vista do processo como uma das expressões da relação entre Estado e cidadãos.[15]

Foi no contexto do final do século XIX que a dedicação ao estudo dos fenômenos processuais se chegou à consciência da sua autonomia científica[16], inicialmente com a célebre polêmica *Windscheid e Müther* relativamente à distinção entre a *actio* romana e o conceito civilista da ação e, posteriormente, com os estudos de Oskar von Büllow. Na obra *Die Lehrevonden Processeinredenund die Processvoraussetzungen*[17], publicada em 1868, o autor identifica a relação jurídica processual como distinta daquela formada a partir do direito material. Ademais, fundamenta a separação entre direito processual e direito material a partir da perspectiva de existência de pressupostos processuais, que constituem requisitos próprios à formação e desenvolvimento válido do processo.

Tem-se a partir daí o primeiro passo ao reconhecimento da ciência processual, ao qual se agregou o trabalho de Adolf Wach com a estruturação e desenvolvimento dos institutos fundamentais do Direito Processual Civil, devidamente separados os conceitos processuais e materiais. Informado pela metodologia *autonomista* ou *conceitual*, o processsualismo alemão guarda coerência com a pandectística do século XIX naquele país[18], marcada pela busca de conceitos puros.

Processo civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: TirantloBlanch, 2006, p. 294-336, p. 302-303].

[15]A respeito, ver: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 18-19.

[16]Importante esclarecer que a autonomia não anula a relação de complementaridade, em que aquele existe em função deste (CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias, sociedad**. Traducción de Santiago SentísMelendo y Tomás A Banghaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, p. 24).

[17] Traduzida livremente para o português como *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*.

[18] Referindo-se à obra de Oskar von Bülow, Daniel Francisco Mitidiero afirma que "de um modo geral, chamam sobremaneira a atenção duas questões nesse seu intento: primeiro, sua tentativa de construir conceitos puros, separando direito e processo; segundo, seu objetivo de fundamentar e legitimar sua pesquisa a partir do direito romano clássico. [...] ao proceder desta maneira Bülow encontrava-se em plena sintonia com a cultura de sua época: a pandectística alemã do século XIX tinha por objetivo purificar o Direito, sistematizando as fontes romanas, opondo-se ao jusnaturalismo racionalista que dominava a cultura francesa de então. [...] O direito processual civil a partir daí pode ser compreendido e aplicado com alusão a conceitos puramente processuais. A purificação conceitual pretendida pela doutrina alemã do final do século XIX encontra aqui o seu ponto mais alto: separa-se direito e processo de tal modo que o direito processual pode ser trabalhado com recurso apenas a conceitos simplesmente processuais" (O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de processo**, vol. 183, p 165-194, maio/2010, p. 2. Disponível em:

No início do século XX, o processualismo ecoou na Itália por meio dos estudos de juristas como Giuseppe Chiovenda, Piero Calamandrei e Enrico Tullio Liebman. Consequentemente influenciou a produção legislativa processual brasileira, que culminou com o Código de Processo Civil de 1939, aprimorado conceitual e tecnicamente[19] pelo Código de 1973 (conhecido Código Buzaid).[20] O rigor terminológico, o uso da técnica de conceituação legal de institutos e situações jurídico-processuais, a estruturação dos livros componentes do Código são notas marcantes da preocupação científica da época.

Se do ponto de vista científico a principal contribuição do processualismo foi a tecnicização do Direito, a perspectiva política também exerceu significativa interferência sobre o processo. Leonardo Greco aponta que as transformações operadas após a Revolução Francesa impuseram mudanças na condução do processo. A indiferença do juiz em relação

---

http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000162db15bc65c8f86bae&docguid=Ia3d25750f25411dfab6f010000000000&hitguid=Ia3d25750f25411dfab6f010000000000&spos=10&epos=10&td=13&context=18&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 16 out. 2017).

[19] "não se mostra substancialmente grandiosa a reforma operada mediante a edição do vigente Código de Processo Civil, no ano de 1.973. Ele representou um passo de gigante, sim, no que diz respeito à técnica processual, à adoção de conceitos modernos, à correta estruturação dos institutos. [...] A reforma de 1.973 não se caracterizou como repúdio a uma velha estrutura, ou aos seus pressupostos, com opção por uma nova, inspirada em novas e substanciais conquistas. Mesmo tendo sido elaborado com o declarado intuito de se constituir efetivamente em um novo estatuto e não em meros retoques à lei velha, o *Código Buzaid* foi ainda o retrato do pensamento jurídico-processual tradicional e, nesse plano, não havia tanto a modificar então como em 1.939. [...] Por isso é que, como dito de início, o vigente Código de Processo Civil não representa uma revolução metodológica, ideológica ou estrutural em relação ao precedente. Consagra um *modelo processual* equivalente ao que tínhamos antes, embora revestindo de melhor aspecto estético alguns institutos, aperfeiçoando outros e, sem dúvida alguma, introduzindo alguns progressos substanciais. É um Código *individualista* como o de antes e o estilo de processo e procedimentos que oferece é o mesmo" (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 21-23, grifos do autor).

[20] "A influência da processualística alemã do final do século XIX e, mais fortemente, da doutrina italiana da primeira metade do século XX na formação do Código Buzaid é evidente. [...] A repercussão das ideias do processualismo europeu no Código Buzaid pode ser nitidamente aferida a partir de sua estrutura. Ainda, as linhas fundamentais do sistema do Código Buzaid podem ser bem compreendidas diante das suas relações com a realidade social e com o direito material, predeterminadas identicamente pelo clima de cientificismo próprio do processualismo" (O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de processo**, vol. 183, p 165-194, maio/2010, p. 6. Disponível em: http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000162db15bc65c8f86bae&docguid=Ia3d25750f25411dfab6f010000000000&hitguid=Ia3d25750f25411dfab6f010000000000&spos=10&epos=10&td=13&context=18&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 16 out. 2017).

às partes, tal como implantada pelo liberalismo, passou a conflitar com os interesses da época, além de acentuar a dominação social das camadas mais pobres da sociedade.[21]

Foi então que, inspirado por ideais socializantes que, desde o final do século XVIII, na Europa, já influenciavam os estudos para elaboração do Código de Processo Civil austríaco, o processo caminhou à estatização como reação ao liberalismo característico do praxismo e, sobretudo, às suas distorções ao longo daquele período.

O reconhecimento do processo como fenômeno social, proposto por Franz Klein, foi determinante à sedimentação de uma nova perspectiva axiológica que o deslocou do eixo liberal individualista para o social. Nessa condição, cabia ao Estado geri-lo como instituto público não apenas para assegurar os interesses privados, mas antes e, sobretudo, a ordem social.[22]

---

[21] Refere o autor: "Se liberal podia ser considerado o processo dessa época, deve-se entender que o era pela absoluta indiferença do julgador quanto à delimitação fática e jurídica do objeto litigioso, à prova dos fatos, ao drama humano, ao impacto das suas decisões sobre o interesse das partes. [...] Os ideólogos do socialismo do final do século XIX criticavam o abandono a que o laissez-faire do liberalismo relegava os mais pobres, numa luta social desigual, e pregavam no processo um juiz ativo, que prestasse assistência decidida à parte mais fraca, a fim de não permitir que o processo se tornasse mais um instrumento de opressão em benefício do mais forte" (GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de processo**, vol. 164, p. 29-56, out/2008, p. 7-8. Disponível em: http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000162f986064fb7590907&docguid=Iae86f180f25711dfab6f010000000000&hitguid=Iae86f180f25711dfab6f010000000000&spos=19&epos=19&td=22&context=18&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#. Acesso em: 16 out. 2017. Publicado também em **Doutrinas essenciais de processo civil**, vol. 1, p. 1221-1254, out./2011).

[22] Ao analisar a proposta de Franz Klein, Rainer Sprung explica que o desenvolvimento da mercancia e do consumo na sociedade liberal afetaram o Direito, inclusive o processo, que àquela altura ainda era moldado pelo viés liberal-individualista, muitas vezes cenário de "chicanas" jurídicas. Diz o autor: "daí se deduziu que não mais era a teoria do indivíduo a prevalente, como no direito processual, orientado por critérios liberais, e, também, não era a teoria da classe dominante, mas só a teoria da sociedade poderia ser o princípio válido dum regulamento processual. O ponto de partida desta concepção era a opinião de que conflitos de interesse que atingem as normas de vida social, através disso conseguem um significado social, e, portanto não só devem ser meramente ordenados, segundo dimensões estatais e sociais estabelecidas no sentido do direito material, neste domínio jurídico, mas que também em razão disso, quanto ao regulamento da forma de resolução destes conflitos de interesse (= direito processual), os interesses do Estado e da sociedade devem ser tomados em atenção. Neste sentido, as situações jurídicas isoladas gozam proteção só como parte do todo. O processo - como instituto do direito público – deve por isso, ao lado da segurança dos interesses privados, satisfazer também os valores sociais mais elevados, o que, de vez em quando enseja pretexto para limitações de liberdade do indivíduo em proveito do todo e do Estado; o seu timoneiro, o juiz, representa aqui 'o representante profissional do interesse geral'" (SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. **Revista de processo**, vol. 17, jan.-mar./1980, pp. 138-149, p. 6-7. Disponível em: http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000162f98ad9311f3cee51&docguid=Ic4a9f9a0f25511dfab6f010000000000&hitguid=Ic4a9f9a0f25511dfab6f010000000000&spos=20&epos=20&td=29&context=33&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 16 out. 2017).

A estatização do processo colocou o juiz efetivamente como seu diretor, atribuindo-lhe poderes, de um lado, e limitando as partes, de outro. A partir daí afastou-se a autonomia privada do campo processual para isolá-la no âmbito do direito privado, prevalecendo o caráter publicista do processo.

Como mencionado nos parágrafos anteriores, a edição do Código de Processo Civil de 1973 recebeu influências diretas dos movimentos de estatização e publicização vindos da Europa, de tal modo que são marcantes essas características ao longo do seu texto como fundamentos do sistema processual de então.

Além daquelas já referidas anteriormente neste texto, outra das principais notas do Código Buzaid foi a de evidenciar o papel do juiz na condução e direção do processo, reforçando a autoridade do Poder Judiciário e, consequentemente, revelando a opção político-ideológica publicista do processo.[23] À semelhança do que se estabeleceu nas décadas anteriores em países como Portugal e Itália, e coerentemente à proposta austríaca de Franz Klein, o Código brasileiro evidenciava a estatalidade do processo como instrumento de administração da justiça, e não – como outrora – à disposição exclusivamente do interesse das partes.[24]

É preciso deixar registrada a importância da compreensão do processo pelo viés constitucional, já que todo o ordenamento deve se conformar à Constituição, promovendo o alinhamento de institutos, princípios e normas jurídicas no sentido de unidade sistêmica.[25] Deste modo, assegura-se a conformação também dos institutos e técnicas processuais e do

---

[23] Na Exposição de Motivos do Código Alfredo Buzaid chegou a afirmar expressamente, por exemplo, que "O projeto consagra o princípio dispositivo (artigo 266), mas reforça a autoridade do Poder Judiciário, armando-o de poderes para prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da Justiça (artigo 130, lII)" [**Código de Processo Civil**: histórico da lei, vol. I, tomo I. Brasília: Senado Federal (Subsecretaria de edições técnicas), 1974, p. 21].

[24] Ainda na Exposição de Motivos se diz que: "O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça. Não se destina a simples definição de direitos na luta privada entre os contendores. Atua, como já observara BETTI, não no interesse de uma ou de outra parte, mas por meio do interesse de ambas. O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos. A aspiração de cada uma das partes é a de ter razão; a finalidade do processo é a de dar razão a quem efetivamente a tem. Ora, dar razão a quem a tem é, na realidade, não um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda sociedade" (Ibidem, p. 12-13).

[25] WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000, p. 26.

mecanismo de atuação do processo aos preceitos emanados da ordem constitucional vigente.[26]

E, se a Constituição reflete os valores, princípios e aspirações do paradigma estatal vigente, não se pode negar que, sob a perspectiva constitucional, a compreensão do processo é – ao menos deve ser - impregnada pelos atributos do Estado Democrático de Direito.[27] O compasso entre esses ideais e o Direito demanda esforço dos juristas para buscar o melhor raciocínio do sistema. A mudança de paradigma estatal não significa o abandono imediato dos valores de seus predecessores. Basta verificar que até mesmo as legislações processuais do século XX ainda refletiam valores liberais, marcados pelo individualismo, igualdade formal, centralidade do aspecto patrimonial, dentre outras características que atualmente precisam ser compatibilizadas à pauta do modelo estatal vigente. Somente a partir das últimas décadas é que se passou a buscar a compatibilização entre a opção ideológica do Estado Democrático de Direito e processo.[28]

A busca pelo modelo processual capaz de unir técnica e realidade social resultou na construção da *instrumentalidade do processo*, que marca a terceira fase metodológica da ciência processual.[29] Seu mérito é o de reconhecer o processo como instrumento do direito

---

[26]DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 27.

[27] "O processo não é mero instrumento técnico, nem o direito processual constitui ciência neutra, indiferente às opções ideológicas do Estado. [...] A regulamentação do processo depende basicamente de concepções filosóficas, políticas e culturais inerentes ao direito material. Daí ser insuficiente o formalismo dogmático, que deve ser complementado pela idéia de valor" (sic) (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo.** Influência do direito material sobre o processo. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 23-24).

[28] Merece destaque a explanação de Ovídio Araújo Baptista da Silva: " conseqüência do *dogmatismo* é sua tendência para conceber as categorias processuais – por isso que apenas conceituais – como se elas fossem eternas. Este pendor pela 'naturalização' das instituições processuais constitui propriamente o *dogma*. Uma de suas expressões mais óbvias é a formação de um direito processual eminentemente *conceitual*, que se desliga da realidade social. [...]. O pensamento dogmático considera natural que as estruturas legais de um processo civil concebido para a sociedade européia do século XIX sirva para a sociedade pós-industrial do século XXI. [...]. Nosso processo civil, concebido como pura forma, ao estilo das matemáticas, para a doutrina, deveria servir a qualquer sociedade humana. [...]. A neutralidade da ciência processual é nosso dogma" (sic) (**Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 300, grifos do autor).

[29] Há quem sustente a superação da instrumentalidade como fase metodológica do processo, situando-o atualmente naquela denominada *formalismo-valorativo*, ou então, *neoprocessualismo* (na expressão de Fredie Didier Junior), que alinha o Direito Processo à força normativa da Constituição. Neste sentido, seria a face processual do *neoconstitucionalismo*. Para os fins desta pesquisa, entende-se que a releitura do fenômeno processual apregoada pelos defensores dessa corrente não contraria a instrumentalidade, que de nenhuma forma nega ou afasta o Processo Civil de suas raízes constitucionais. Para compreensão mais aprofundada do tema ver: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil.** vol. 1. Salvador: JusPodium, 2014, p. 89-94; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13-14; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 81.

material posto a serviço do cidadão, sem o qual ele se torna apenas uma sucessão de atos sem sentido. Sob essa perspectiva se reconheceu que o processo tem escopos não apenas jurídicos (fazer atuar a ordem jurídica), mas igualmente sociais (pacificar com justiça e educar) e políticos (reafirmar a autoridade estatal e proporcionar a participação dos sujeitos, em atuação democrática).[30]

A finalidade não é apenas a de reposicionar o direito processual dentro do todo jurídico, mas principalmente de obter resultados externos ao processo, segundo a conhecida lição de Chiovenda de que "o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir"[31]. Em outras palavras, pretende-se que o processo seja instrumento hábil a produzir efeitos nos planos jurídico e empírico, que legitimam o sistema.[32]

A elevada preocupação com o desenvolvimento científico do Direito Processual – plenamente justificável, levando-se em conta a metodologia sincretista vigente no período praxista – levou ao natural, mas indesejável, afastamento seu em relação ao direito material. Enquanto se avançou em termos científico-conceituais, perdeu-se em termos de resultados e, consequentemente, de efetividade.

Não se pretende, com isso, afastar a importância da técnica processual. Ao contrário, uma das premissas do Direito Processual atual é de que o emprego da boa técnica se reflete na maior efetividade da tutela jurisdicional prestada por meio do processo.[33]

---

[30] Sobre o tema dos escopos do processo ver: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

[31] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** vol. 1. São Paulo: Saraiva 1942, p. 84.

[32]Segundo Cândido Rangel Dinamarco, empreendedor da instrumentalidade do processo na doutrina brasileira, "os resultados que legitimam o sistema são necessariamente externos ao processo" (Tutela jurisdicional. **Revista de processo,** São Paulo, a. 21, n. 81, p. 54-79, jan./fev./mar. 1996, p. 61).

[33] Assevera Kazuo Watanabe, a respeito da instrumentalidade do processo, que "não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos -, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos. É a tendência ao *instrumentalismo* que se denominaria *substancial* em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal" (WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000, p. 20-21, grifos do autor).

A compreensão do processo pela perspectiva da instrumentalidade não compromete a sua característica publicista, que continua a prevalecer. Contudo, a centralidade se desloca do rigor técnico para a busca por resultados não somente jurídicos (proporcionados pela evolução científica do processo), mas também práticos, conferindo sentido à técnica adequadamente manejada.

2.2 O CARÁTER PUBLICISTA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Da exposição feita até este momento da pesquisa é possível concluir que a autonomia científica do Direito Processual, no século XIX, favoreceu a incremento da presença de órgãos estatais na sociedade.[34]

No plano processual realçou o processo como instrumento de interesse do Estado na administração de justiça e manutenção da ordem política e social. Afinal de contas, o interesse pelo processo não é exclusivo e limitado às partes componentes da relação processual, senão também do Estado, que custeia a estrutura judiciária e da própria sociedade, que é afetada – ainda que mediatamente – pelas decisões em seu bojo proferidas.[35]

A afirmação da existência de uma relação jurídica processual estabelecida entre partes e juiz - baseada nos estudos de Oskar von Bülow, mencionados no item anterior– sedimentou a noção de que tal relação independe da natureza material dos interesses em conflito. Essa cisão entre direito processual e direito material foi determinante para o abandono da noção do processo como coisa das partes, que atuavam com maior ou menor amplitude desde o Direito Romano, com a *litiscontestatio.*

---

[34] A respeito dessa temática, ver também: CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, anno LXII – Supplemento al fascicolo 3/2008. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2008, pp. 99-119, p. 101-102.

[35] MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo. In: _____. **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 43-56, p. 51-54. Ver também: MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo, as partes e a sociedade. In: _____. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 29-40.

No Brasil, para além das questões expostas, a opção por um sistema processual de cunho publicista se evidencia por outras razões específicas e relacionadas ao próprio modelo de Estado.

Do ponto de vista constitucional vigente, o Estado Democrático de Direito, adotado expressamente pelo artigo 1º, objetiva: (*i)* a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; (*ii)* garantir o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a redução de desigualdades sociais; e (*iii)* promover o bem de todos, segundo baliza o artigo 3º do texto. Essas disposições demonstram com segurança a opção política e ideológica de um Estado voltado ao aspecto social, a despeito das distorções que se observam na prática.[36]

Se, pois, o Estado se propõe a atuar para a consecução de tais objetivos, é certo que o faz também (e não exclusivamente) pela atuação do Direito, por meio do processo. Há, portanto, evidente correspondência com a proposta da instrumentalidade do processo, objeto de análise no item anterior.

Propõe-se, assim, certo afastamento da concepção liberal privatística do processo como instrumento para a realização unicamente de interesses individuais. Ao contrário, valores como justiça e efetividade da tutela jurisdicional e segurança jurídica devem ser assegurados, legitimando o sistema processual.

A opção política e ideológica ora defendida tem se manifestado, evidentemente, nas normas processuais brasileiras, confirmando o que se expôs no início deste capítulo no sentido de que o sistema jurídico e a sua legislação são permeáveis a tais escolhas. Como decorrência lógica do publicismo processual o juiz – representante do Estado na relação jurídica processual – é alçado à condição de protagonista do processo.[37]

Restringindo, por enquanto, a análise ao Código de Processo Civil de 1973[38], veio sobretudo da experiência italiana a preocupação na implementação dos poderes do juiz com

---

[36] Escapa ao objeto desta pesquisa a análise aprofundada de questões políticas ou sociais relacionadas ao cumprimento, pelos diferentes setores do Poder Público, dos objetivos elencados no mencionado artigo 3º da Constituição Federal. Ademais, convém ressaltar que, ainda que a partir da década de 90 o país tenha adotado posturas neoliberais, especialmente no campo econômico, isso não invalida a opção do legislador constituinte em opor-se à noção de um Estado abstencionista.

[37] Ainda que atualmente o termo exija alguma readequação à luz do Código de Processo Civil vigente, conforme adiante se analisará.

[38] Embora o Código de 1939 não se aparte, por óbvio, da opção publicista do Direito Processual no país.

vistas à direção do processo[39]. A título de exemplificação, ressaltam-se os artigos 125, *caput*[40], 130[41] e 262[42] daquele Código, que demonstram com segurança o protagonismo judicial no desenrolar do processo, sem com isso excluir o poder de iniciativa das partes no que respeita ao ajuizamento da demanda e à prática dos atos de postulação, inclusive de provas.

A tônica do publicismo e da estatização do processo está no fato de que mesmo quando ocupado de questões envolvendo interesses individuais, o Estado – por meio do Poder Judiciário – ainda persegue objetivos maiores que ultrapassam os limites daquelas relações.

Não se pode deixar de mencionar que essa tendência fez eclodir, já nos séculos XX e XXI, uma série de debates em torno do possível autoritarismo e visão antiliberal do processo. Dentre as importantes vozes críticas à natureza publicista do processo, Juan Montero Aroca (na Espanha) e Franco Cipriani (na Itália) defenderam que a publicização

---

[39] Merece transcrição a análise de Alfredo Buzaid sobre a influência de Enrico Tullio Liebman no sistema processual do Código de 1973, especialmente no que concerne ao protagonismo judicial: "o estudo dos poderes do juiz e a determinação dos seus limites, sobre ser um dos temas fundamentais do direito processual civil, serve também para apreciar a tendência política do Estado, ou como regime totalitário, ou como sistema democrático de garantia de direitos individuais. É que, sendo o juiz, como órgão do Estado, parte integrante da relação processual, pode o Código conferir-lhe atribuições tais, que importem em sacrificar o princípio dispositivo. Que o juiz seja *dominus processi*, cabendo-lhe o controle, até de ofício, dos pressupostos processuais e das condições de admissibilidade da ação, —parece ponto pacífico na legislação e na doutrina dos países democráticos. O processo é uma instituição de direito público destinada à administração da justiça. Ele não pode ser utilizado para fins contrários ao direito, à ética e à justiça. A concepção publicística, que se funda na autoridade do Estado como parte integrante da relação jurídica processual, justifica a ampliação dos poderes do juiz. Mas o mérito do legislador está em estabelecer uma real harmonia entre o princípio dispositivo e o fortalecimento da autoridade judicial. Liebman fez a tal respeito ponderações judiciosas, procurando conciliar as duas tendências antagônicas.
O Código de Processo Civil vigente realiza o equilíbrio entre as partes. [...] Aí estão três princípios cardiais do novo sistema. À parte cabe a iniciativa de ajuizar a ação; este poder é, de sua natureza, pessoal e indisponível, sendo defeso ao Estado subrogar-se nele ou expropriá-lo. Mas, uma vez proposta a ação, o impulso de promover os atos que formam a relação processual fica a cargo do juiz, sem prejuízo do interesse que tem a parte de ativar o andamento célere do processo, para o que está habilitada a requerer as providências que se destinam a esse fim" (A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 72, n. 1, 1977, pp. 131-152, p. 147).
[40] Art. 125. **O juiz dirigirá o processo** conforme as disposições deste Código, competindo-lhe. (grifo nosso)
[41] Art. 130. **Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas** necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. (grifo nosso)
[42] Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas **se desenvolve por impulso oficial**. (grifo nosso)

não alcançou o objetivo de fazer predominar o coletivo sobre o individual, senão de gerar um processo autoritário, afastando-se da noção de ser ele um instrumento de garantia.[43]

De outra banda, juristas como Michele Taruffo[44] advertiram sobre a inexistência de relação direta e necessária entre publicismo (e consequentemente o aumento de poderes judiciais) com regimes autoritários e ideologia antiliberal, como defendido pela corrente crítica acima mencionada[45].

O Brasil é um exemplo dessa condição, pois, ao estabelecer o Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 não afastou – senão reforçou – a preocupação social do processo e o seu caráter publicista, ainda que em diferentes níveis ao longo dos anos, o que será tratado oportunamente ainda neste capítulo.

Por enquanto, resta analisar os influxos da opção brasileira em estruturar seu sistema processual civil a partir da perspectiva publicista, enfocando a abordagem em dois pilares

---

[43] Para Juan Montero Aroca, "la sociedad ha visto nacer y desarrollarse vários intentos, no ya de haver predominar lo colectivo sobre lo individual en todos los ordenes de la vida, sino de processo ha incidido con claras manifestaciones autoritarias y que em processo civil se ha llamado publicización. [...] Si el passado es la publicización y el autoritarismo, en el futuro está la concepción del processo, también el civil, como garantia" [El processo civil llamado 'social' como instrumento de justicia autoritaria. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). **Processo civil e ideologia**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quinceensayos. Valencia: Tirantlo Blanch, 2006, p. 130-166, p. 165]. Na mesma obra coletiva Franco Cipriani afirmou que a publicização e a tendência de aumento dos poderes instrutórios do juiz "se compreenden em um contexto ideológico que parte de dar como sobrentendido que los ciudadanos no tienen derecho de 'pelear' por lo que crean que es suyo y a hacerlo con todas las armas que les proporciona el ordenamiento jurídico" [El processo civil italiano entre revisionistas y negacionistas. *In* AROCA, Juan Montero (Coord.). **Processo civil e ideologia**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quinceensayos. Valencia: TirantloBlanch, 2006, p. 59-72, p. 59]. Para uma análise da "tensão" entre público e privado no sistema processual italiano consultar também: PISANI, Andrea Proto. Público e privado no Processo Civil na Itália. **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 16, 2001, pp. 23-42.

[44]TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. **Revista de processo**, ano 31, vol. 133, mar./2006, pp. 239-266, p. 242-243.

[45] No Brasil, Leonardo Greco acompanha o entendimento de Michele Taruffo ao afirmar que "não me parece possível estabelecer uma correlação direta e homogênea entre regimes políticos e leis processuais, para daí extrair que regimes ou governos autoritários editam leis processuais autoritárias e de que as leis processuais são sempre o reflexo dos regimes políticos dominantes nos períodos em que elas são editadas. Pode-se admitir que governos e regimes autoritários pretendam exercer sobre a justiça e sobre os cidadãos o mais completo domínio. Entretanto, a edição de leis que imponham esse domínio pode tornar-se mais ou menos necessária, correlacionada à própria reação e ao próprio comportamento do Judiciário em face daqueles governos e regimes" (Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de processo**, v. 164, p. 29-56, out/2008, p. 5. Disponível em: http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000162f98f248ec5ac9bf1&docguid=Iae86f180f25711dfab6f010000000000&hitguid=Iae86f180f25711dfab6f010000000000&spos=19&epos=19&td=22&context=50&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1 Acesso em: 10 maio 2016).

centrais: a limitação da vontade das partes no ambiente do processo; e a implementação de poderes instrutórios ao juiz.

2.2.1 A limitação do autorregramento da vontade das partes no ambiente processual

Um dos reflexos evidentes da opção política e ideológica por um sistema processual de matriz publicista consistiu na negação – ou pelo menos uma severa restrição – à atuação da vontade das partes naquele âmbito, contrariando uma das notas marcantes do modelo liberal individualista.

É bem verdade que a autonomia do indivíduo sempre esteve de alguma maneira limitada pelo ordenamento jurídico. Entretanto, o nível dessa limitação variou conforme os fatores externos (econômicos, sociais, filosóficos e políticos) dominantes em cada momento histórico. Daí porque se diz que a autonomia privada tinha contornos praticamente absolutos no contexto do Estado Liberal, representado pelos princípios do *pacta sunt servanda* e do *contractus est lex interpartes*. Por outro lado, apresentava-se limitada de modo mais contundente no modelo social, em razão da tendência à maior intervenção estatal.

Relativizar o alcance do autorregramento da vontade não implica a dissolução do seu mínimo essencial, especialmente porque qualquer limitação àquele poder tem como fundamento a sua funcionalização, de acordo com os valores eleitos pelo paradigma estatal vigente. Portanto, se o primeiro passo para o exercício do autorregramento da vontade é o seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico de determinada sociedade, o passo seguinte consiste em definir a medida de sua abrangência.

De acordo com Marcos Bernardes de Mello:

> O que, na verdade, ocorre é que o direito deixa aos indivíduos certa margem de liberdade quanto a poder autorregular seus interesses, porque, conforme Pontes de Miranda '...somente dentro dos limites prefixados, podem as pessoas tornar jurídicos atos humanos e, pois, configurar relações jurídicas e obter eficácia jurídica' [...]. Daí se pode concluir que a margem deixada à vontade pelo sistema jurídico traça os contornos do campo onde se pode exercer o poder de autorregramento (autonomia). Constitui, portanto, regra fundamental a de que a

> vontade somente pode ser manifestada quando admitida e sempre de conformidade com as normas jurídicas de natureza cogente.[46]

No Processo Civil não foi diferente, conforme se exporá ao longo deste tópico. O distanciamento da vontade das partes no ambiente processual repercutiu diretamente na resistência ao reconhecimento dos negócios jurídicos processuais. Os reflexos de tal postura são sentidos ainda atualmente, na prática, quando partes (advogados e juízes) resistem à celebração de convenções processuais, seja pelo desconhecimento quanto aos benefícios da negociação, seja pela amplitude normativa do Código de Processo Civil relativamente ao tema.

Esses aspectos serão tratados com maior detalhamento no capítulo seguinte, sendo oportuno, por ora, analisar a limitação da vontade como resultado do publicismo processual. Para isso cumpre estabelecer distinções terminológicas que, embora não comprometam a compreensão da análise proposta, devem ser pontuadas numa pesquisa dessa natureza.

Ao tratar dessa temática, a doutrina comumente se vale de expressões como autonomia privada, autonomia da vontade ou mesmo autorregramento da vontade. A despeito do uso praticamente indistinto delas, a doutrina civilista mais tradicional e agora também alguns processualistas as diferenciam nos seus contornos.

A autonomia privada guarda íntima ligação com a liberdade do indivíduo não apenas em relação ao aspecto negocial – em que a liberdade contratual é sua expressão máxima[47]-, mas também, e mais amplamente, com o aspecto da intangibilidade pelo Estado da esfera de regulação do indivíduo.

---

[46] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:** plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 185 e 187.

[47]Embora seja nesta seara que se dê sua manifestação mais intensa e extensa, afirma Wilson Steinmetz que "ali ela se concretiza como liberdade contratual (liberdade negocial). O nexo entre autonomia privada e liberdade contratual é tão forte que, não raras vezes, no discurso dos juristas, toma-se uma pela outra" (**A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 192). Assim o faz, por exemplo, Ana Prata ao afirmar que "a autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se pois no poder *reconhecido* pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua actividade (designadamente, a sua actividade económica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos" (**A tutela constitucional da autonomia privada.** Coimbra: Almedina, 1982, p. 11). É possível que a redução da compreensão do conceito ao seu viés negocial tenha contribuído, ainda que em menor medida, para o afastamento da vontade das partes nos limites do processo.

Segundo Francisco Amaral[48], ela se refere à liberdade do indivíduo para regulação das relações de que participam com vistas à definição de conteúdo e respectiva disciplina jurídica, através do exercício de sua própria vontade. Convém esclarecer que a autonomia privada deve ser considerada a partir de dois aspectos interligados: de um lado, ela diz respeito à liberdade de regulação dos próprios interesses; de outro, refere-se à liberdade de se vincular ou não juridicamente a determinada obrigação. Ainda segundo o civilista, a autonomia da vontade teria contornos mais amplos, de conotação subjetiva e psicológica, menos direcionada à dimensão jurídica.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda também distinguia a amplitude dos termos sob análise, ressaltando que a autonomia privada remete ao autorregramento da vontade voltada ao direito privado. Assim, seria inadequado o uso da expressão no âmbito do direito público, sendo mais apropriado neste último caso falar em autorregramento da vontade, para desvincular o ato do ramo jurídico em que seja praticado.[49]

A isso se acrescente a lição de Antonio Junqueira de Azevedo, que ao analisar a definição de negócio jurídico observa que a autonomia da vontade se identifica com a gênese do ato, ou seja, com a própria liberdade para a sua prática. Diversamente, o autorregramento da vontade se relaciona com o momento final do ato, a saber, a regulação ou regramento dos efeitos que dele derivam.[50]

Por isso se prefere adotar o termo *autorregramento da vontade* nesta pesquisa, em prestígio à sua maior amplitude que se coaduna à linha de raciocínio desenvolvida nesta oportunidade. Ou seja, "um complexo de poderes, que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada, de acordo com o ordenamento jurídico"[51].

A manifestação do autorregramento da vontade se dá com maior ou menor intensidade nos vários âmbitos do Direito.[52] Significa dizer que a sua função ordenadora

---

[48] AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 345.
[49] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, parte geral, tomo III: Negócios Jurídicos. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Junior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 111.
[50] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico:** existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 3-4.
[51] NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPodium, 2016, p. 136.
[52]Evidentemente a autonomia privada tem aplicação mais ampla no âmbito das relações patrimoniais, ao passo que se mostra mais restrita – não inexistente - em relação às relações pessoais e de família, tendo em vista que a própria natureza das relações impõe maior número de normas cogentes para sua regulação.

proveniente não se dá de modo linear no âmbito das relações jurídicas. Ao contrário, seu conceito não é estanque, mas também se sujeita a movimentos históricos, sociais, políticos e culturais, sob pena de inadequação à realidade em que se insere.[53]

A superação do processo "coisa das partes" teve como consequência lógica a restrição da atuação dos sujeitos parciais na sua condução, dando espaço à postura ativa do magistrado.[54] Nesse sentido a questão se conecta ao *princípio dispositivo* como uma das expressões da liberdade das partes em matéria de processo. É possível dizer que a variação de amplitude dessa autonomia repercute diretamente na dimensão prática da disponibilidade das partes no processo.

Para compreender o fenômeno e consequentemente o seu alcance, importa registrar que sua origem histórica remonta ao importante momento de transição do Estado Absolutista ao Liberalismo entre o final do século XVIII e ao longo de XIX[55], decorrente da necessidade de se estabelecer uma adequada divisão de trabalho entre partes e juiz. Era de se esperar que naquele cenário se reservasse às partes uma parcela de atuação sem interferência judicial, como mecanismo de salvaguarda dos cidadãos contra eventuais arbitrariedades do Estado.

Parece apropriado registrar que a necessidade da circulação de bens indispensável à consolidação da sociedade liberal acabou por praticamente restringir a identificação da autonomia privada com o seu aspecto econômico - conforme referido anteriormente neste capítulo. Razão pela qual ainda hoje se faz referência a ela como a liberdade negocial e de determinação de seus efeitos.

Mesmo numa compreensão menos aprofundada quanto ao sentido técnico do termo, é possível relacionar o princípio dispositivo à parcela do processo que se acha no âmbito de disposição das partes, como se referiu inicialmente. Contudo, a doutrina reconhece que a

---

[53] Sobre o tema ver: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil:** introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 277.

[54]Importa esclarecer que não se confundem postura ativa do juiz com ativismo judicial, cujos contornos são diversos e se referem, em essência, à atuação judicial pautada por certo grau de discricionariedade e subjetividade. Sobre o tema ver: ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 709 e seguintes.

[55] Informa Jorge Walter Peyrano que "fácil es comprender el exito alcanza do por el principio em estudio en la segunda mitad del siglo XIX, período histórico durante el cual toda restricción del poder estatal era bienvenida por todos los que habían soportado el duro yugo de las monarquias absolutas" (**El processo civil:** princípios y fundamentos. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p. 52)

expressão é utilizada com significados diversos, o que a torna, de certa forma, carente de densidade científica.

Embora a doutrina pouco se ocupe da questão e das controvérsias em torno da sua origem[56], José Carlos Barbosa Moreira[57] e José Roberto dos Santos Bedaque[58] esclarecem que as confusões terminológicas se relacionam ao direito alemão do século XIX, época marcada pela estruturação de princípios (ou máximas) informadoras do processo.

Na época, cunhou-se a expressão *verhandlungsmaxime* (segundo o autor, *máxima do debate*, em tradução literal, ou *aportação de parte*, como referido por Joan Picó i Junoy[59]) para designar as atividades judiciais que se subordinassem à das partes. A ela corresponderia "...a limitação do material utilizável no julgamento àquilo que os litigantes mesmos cuidem de trazer à discussão em juízo"[60]. Isso significa dizer que em sua concepção original, o princípio se referia ao poder das partes em delimitar o objeto (ou a parcela do conflito), além da iniciativa do processo.

Com o intuito de aprimorar a terminologia até então difundida passou-se a usar a expressão *dispositionsmaxime*, mais próxima do seu conteúdo. A partir daí se fez distinção entre dois fenômenos: o primeiro atrelado à possibilidade do titular do direito material de se valer ou não do processo para a solução da sua pretensão (*dispositionsmaxime*), enquanto o segundo ao funcionamento do instrumento processual relativamente aos fatos e produção de provas (*verhandlungsmaxime*).[61]

---

[56] Segundo Jordi Nieva Fenoll, da Universidade de Barcelona, a origem remonta ao período final do século XII e início do século XIII, possivelmente ligada ao Direito Romano. (La actuación de oficio del juez nacional europeo. **Revista de processo**, vol. 279, maio/2018, pp. 419-439).

[57] MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos. **Revista de processo**, ano 11, vol. 41, pp. 7-14.

[58] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 97 e seguintes.

[59] PICÓ I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova:** estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientian* e sua repercussão atual. 2. ed. rev. e ampl. Trad. Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 44.

[60] MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos. **Revista de processo**, ano 11, vol. 41, pp. 7-14, p. 2-3. Disponível em: http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000162f9937b07f8fa1773&docguid=I703da0e0c73711df8be8010000000000&hitguid=I703da0e0c73711df8be8010000000000&spos=13&epos=13&td=25&context=71&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 10 maio 2016).

[61] Ibidem, p. 3.

Além da Alemanha, a imprecisão terminológica ecoou na Itália, onde o uso indiscriminado da expressão reforçou a sua falta de cientificidade. Com isso, veio à luz também o termo *princípio da demanda - principio della domanda*, para os italianos – para designar a exclusividade de iniciativa do processo pela parte.[62]

A tradução insuficiente e descontextualizada das expressões alemãs contribuiu para o seu emprego equivocado. Difundiu-se, naquele momento, que a disponibilidade do direito material se estenderia aos seus aspectos processuais, o que não se pode inferir em termos absolutos.[63]

Esclarecidas as questões terminológicas em torno do princípio dispositivo, afirmava José Carlos Barbosa Moreira que "a rigor, a denominação poderia reputar-se adequada a um único tópico: o dos atos de disposição que as partes pratiquem no curso do processo[64]". Em tais hipóteses se ocuparia o juiz de analisar a matéria da perspectiva da validade, "mas não

---

[62] Merece registro a explicação de Marcelo José de Magalhães Bonicio, no seguinte sentido: "o princípio dispositivo, na verdade, informa praticamente todo o processo civil e não apenas o seu início, passando pela impossibilidade de o juiz alterar o pedido ou a causa de pedir, pela proibição de julgar algo que não tenha sido pedido, isso para não falar da execução e das medidas cautelares.
Por este motivo, para parte da doutrina, é preferível falar em princípio da demanda quando se faz referência à impossibilidade de o juiz iniciar um processo de ofício, do que propriamente em princípio dispositivo" (**Princípios do processo no novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 2016, p. 187).

[63] Fazendo referência à crítica de Tito Carnacini, Igor Raatz ensina que "a separação entre *Dispositionsmaxime* e *Verhandlungsmaxime* – vale dizer, entre a iniciativa do processo e a alegação dos fatos e a conseqüente instrução probatória, movimento que ele denomina de *sceveratore* (distinguidor) – não teria sido bem apreendida pela doutrina italiana, na medida em que incorporada a idéia (sic) de que a disponibilidade do direito material e da tutela jurídica se estenderia, quando não houvesse interesse público envolvido (direito indisponível), também ao desenvolvimento do processo e mais precisamente da instrução da causa, como se isso tudo se tratasse de um único fenômeno, expresso em um único princípio. A expressão *princípio dispositivo* acabou sendo utilizada de modo equivocado, sem respaldo na própria tradução da palavra 'verhandlung', absorvendo-se na noção de dispositivo o conceito de disposição por obra da parte independente do objeto dessa mesma disposição" (**Autonomia privada e processo civil:** negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação da construção do caso concreto. Salvador: Juspodium, 2017, p. 139, grifos do autor).
José Carlos Barbosa Moreira (O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos. **Revista de processo**, ano 11, vol. 41, pp. 7-14, p. 4 Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000162f9937b07f8fa1773&docguid=I703da0e0c73711df8be8010000000000&hitguid=I703da0e0c73711df8be8010000000000&spos=13&epos=13&td=25&context=71&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1> . Acesso em: 10 maio 2016) e José Roberto dos Santos Bedaque (**Poderes instrutórios do juiz.** 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 100) concordam em que a reserva às partes da iniciativa do processo não se relaciona com a natureza – disponível ou indisponível – da relação de direito material.

[64] MOREIRA, op. cit., p. 4.

pode pronunciar-se (sic) sobre o conteúdo do ato praticado, sob pena de indevido cerceamento da autonomia da vontade dos litigantes”[65].

Vale dizer que a atuação da vontade se limitaria tão somente à escolha da prática ou abstenção do ato, já que as situações processuais não se estabelecem por atuação dos seus sujeitos, senão da própria lei. Logo, “a vontade das partes seria, então, irrelevante na determinação dos efeitos que os atos processuais produzem. Os efeitos dos atos processuais não seriam, em outras palavras, moldáveis”[66].

A despeito da indiscutível relevância do princípio dispositivo e da liberdade que representa para o Processo Civil, no contexto publicista o seu alcance deve estar em harmonia com a atuação do juiz como representante estatal. Como se afirmou previamente, a amplitude conferida ao autorregramento da vontade em questão processual repercute na expressão do princípio dispositivo, que não pode ser invocado para respaldar extremos: nem a atuação irrestrita das partes, tampouco a passividade judicial, sobretudo em matéria probatória, conforme se analisará no item a seguir.

2.2.2 Reflexos em matéria probatória: modelos estruturais e atribuição de poderes instrutórios ao juiz

Considerando o objeto central da pesquisa – as convenções processuais em matéria probatória –, importa analisar os reflexos da estruturação de um modelo processual publicista e estatizado sobre questões em torno da prova. Afinal, de acordo com Vittorio Denti[67], o direito probatório é das matérias mais sujeitas às influências dos movimentos políticos, sociais e culturais. Mais do que técnica, o tratamento jurídico das provas revela, muitas

---

[65] MOREIRA, op. cit., p. 4.
[66] CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios processuais.** Salvador: Juspodium, pp. 27-62, p. 38.
[67] DENTI, Vittorio. La evolución del derecho de lãs pruebas em los processos civiles contemporáneos. In:_____. **Estudios de derecho probatório**. Buenos Aires: EJEA, 1974, p. 155.

vezes, o pacto ideológico destinado à compreensão do que se espera do processo como instrumento de exercício da jurisdição.

Nesta etapa inicial do trabalho, a incursão sobre o assunto será feita tão somente na medida necessária à sua contextualização e fixação como premissa ao tema central da pesquisa. Mais adiante serão retomadas algumas discussões relativas, sobretudo, a relação entre poderes instrutórios e as convenções processuais em matéria de provas. O modo como a direção e instrução processual se desenvolvem reflete as características dos modelos estruturais tradicionalmente reconhecidos pela doutrina.

O primeiro, conhecido como *adversarial* ou *acusatório*, é próprio de países filiados à tradição de *common law*, e tem como nota a predominância da atuação das partes na iniciativa de produção probatória. Segundo Nicolò Trocker[68], tal opção notabiliza certa valorização das provas orais, colhidas em fase pré-judicial (*pre-trial*), submetida ao contraditório por meio da técnica de *cross examination*[69], além do *discovery*[70]. Cabe ao juiz a análise das provas já na fase judicial (*trial*), sem ingerência sobre as informações apresentadas pelas partes[71], realçando, portanto, o viés privatista desse modelo[72].

---

[68] TROCKER, Nicolò. Il contenzioso transnazionale e il diritto delle prove. **Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, a. XLVI, n. 2, giugno/1992. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, pp. 475-507, p. 475 e seguintes.

[69] Técnica representativa do exercício do contraditório durante a produção de prova testemunhal, assim como no depoimento pessoal (provas orais, em geral) e também na produção de prova pericial, que permite a inquirição de testemunha, da parte depoente ou do perito, pela parte contrária. Opõe-se ao *direct examination*, em que a inquirição é feita pela própria parte que produz a prova.

[70] Trata-se de expressão do dever de colaboração, pois consiste na exigência de apresentação, por uma parte, de todos os documentos que a outra entenda potencialmente relevantes à solução da questão debatida, sob pena de sanção (*contemptofcourt*) no caso de descumprimento.

[71] Na análise proposta por Marcelo Garcia da Cunha, "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 judgewho opens hismouth, closes hismind'". (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, nov./2015, pp. 451-468, p. 4-5. Disponível em: http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000162f99715d116ed14f9&docguid=Idcaf4830a86b11e5a10d010000000000&hitguid=Idcaf4830a86b11e5a10d010000000000&spos=2&epos=2&td=20&context=88&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1.Acesso em: 16 out. 2017).

[72]Michele Taruffo afirma que mesmo nos países filiados à *common law* há particularidades que conferem diferentes contornos ao sistema, a exemplo de Inglaterra e Estados Unidos, referindo que nestes últimos a

Diversamente, no modelo *inquisitivo* ou *dispositivo* - aos quais se vinculam os países de tradição legislada (*civil law*) - o magistrado participa ativamente da produção das provas, observados certos limites impostos pelo próprio sistema. Esse modelo tende, pois, ao fortalecimento das regras de distribuição do ônus da prova[73], dos poderes instrutórios, e consequentemente também do livre convencimento do juiz. O que, evidentemente, depende de motivação e deve guardar coerência com o conjunto probatório geral dos autos.

Apesar da vedação à tarifação probatória, Leonardo Greco ressalta certo prestígio às provas documentais e periciais (em regra, escritas), em detrimento da prova oral (testemunhal e depoimento das partes).[74] Acredita-se que uma das razões para isso esteja na compreensão – verdadeira ou não – de maior fragilidade da prova oral cuja produção reflete, em regra, maior interferência da parte. Neste sentido, as características do modelo dispositivo reforçam a estatalidade e o publicismo do Processo Civil.

Para além das críticas sobre a adequação da nomenclatura[75], há que se reconhecer a inexistência de modelo puro. Como se tem defendido, a predominância de tais características

---

autonomia das partes relativamente à instrução é mais evidente. Além disso, o autor admite certo enfraquecimento do modelo adversarial. Dentre outras, aponta como causas a mudança paulatina de compreensão sobre o processo, a partir da sua perspectiva publicista e, logo, do juiz como agente estatal ativo, inclusive na busca pela verdade (Poteriprobatoridelle parti e delgiudice in Europa. **Revista de processo**, ano 31, vol. 133, mar./2006, p. 239-266).

[73] Ainda que, atualmente, com contornos mais flexíveis, é certo que o sistema vigente se preocupa com a distribuição do ônus da prova entre as partes (regra de procedimento), inclusive com a finalidade de auxiliar a atividade decisória do juiz quando necessário (regra de julgamento). Os aspectos atuais relativos às regras do ônus da prova (e sua dinamização) serão abordados oportunamente. Apenas por registro, a observação de José Carlos Barbosa Moreira sobre o tema: "a aplicação das regras sobre o ônus da prova, o julgamento segundo o ônus da prova, é uma tragédia psicológica para qualquer juiz de sensibilidade apurada. Esse julgamento, segundo o ônus da prova, só deve sobrevir depois que se esgotarem todos os meios. E não está dito em parte alguma que entre esses meios não possa figurar a iniciativa do juiz" (O juiz e a prova. **Revista de processo**, vol. 35, jul-set/1984, pp. 178-184, p. 4. Disponível em: http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000162f998bf6b6686c963&docguid=I1c5e68b0f25711dfab6f010000000000&hitguid=I1c5e68b0f25711dfab6f010000000000&spos=9&epos=9&td=24&context=99&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 16 out 2017.

[74] GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. **Scientia iuris**, vol. 5/6, 2001/2002, pp. 93-123, p. 98. Disponível em http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris. Acesso em 14 nov. 2017.

[75] Michele Taruffo aponta que "il termine 'inquisitorio' è poi fuorviante perchè non è mai esistito, e non esiste ora in alcun ordinamento, um processo civile che possa considerarsi davvero inquisitório: nelquale, cioè, le parti non abbiano diritti o garanzie e tutto il processo venga posto in essere d'ufficio dal giudice. Non è um caso, d'altronde, che la tradizionale contrapposizione tra processo *adversarial* e processo *inquisitorial* venga ormai ritenuta priva di validità sul piano della comparazione tra modelli processuali. Per queste ragioni appare particolarmente utile un'operazione di terapia lingustica consistente nel cessare di usare il termine 'inquisitorio', almeno com riferimento al processo civile" (Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. **Revista de processo**, ano 31, vol. 133, mar./2006, p. 239-266, p. 240).

reflete a opção político-ideológica - e também cultural - de determinada sociedade, podendo a divisão de trabalho entre magistrado e partes assumir diferentes tendências em variados momentos processuais.[76] Desde o modelo de Estado Social, a perspectiva publicista do processo justifica o aparelhamento do sistema com técnicas e mecanismos capazes de conferir ao juiz alcançar a melhor solução do caso concreto.

Sobretudo a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e do fortalecimento da instrumentalidade como metodologia do Direito Processual Civil, a busca por resultados externos ao processo passou a lugar de destaque. Exatamente por isso a prova é tema de indiscutível relevância, situando-se entre os pontos centrais da efetividade do processo.[77]

Se é correto afirmar que o alcance de resultados pelo processo passa necessariamente pela solução da crise jurídica que constitui seu objeto, é certo também que a qualidade da decisão judicial se relaciona diretamente com a prova produzida. Afinal, quanto maior o grau de certeza alcançado, maior também a qualidade da decisão proferida pelo magistrado.[78]

É o caso da atribuição de poderes instrutórios ao juiz, que o legitima à iniciativa da produção probatória e se manifesta como um dos principais reflexos do caráter público do Direito Processual brasileiro. O seu lastro está exatamente no dever estatal de prestar a tutela jurisdicional efetiva, adequada à pacificação social e restabelecimento da ordem jurídica.

---

[76]Sobre a existência dos modelos estruturais da prova, Leonardo Greco afirma que "essa comparação evidencia que, de um lado, o sistema da *common law* se apresenta mais apto à apuração da verdade, enquanto o sistema da *civil law* é mais respeitoso da dignidade humana e dos direitos da personalidade, o que me levaria a acreditar que o ideal de um processo justo exigiria que, da fusão dos dois sistemas, pudessem ser aproveitados esses seus dois grandes méritos" (GRECO, op. cit., p. 99). Sobre o tema, vide, ainda: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reformas processuais e poderes do juiz. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 22, 2003, p. 58-72. E ainda: MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos. **Revista de processo**, a. 11, vol. 41, jan./1986, p. 7-14.

[77] A respeito da compreensão axiológica da prova, da relação com a Constituição e os desdobramentos relativos à efetividade processual, ver: CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil.** Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

[78]"In sostanza, non ogni decisione è buona sol perché pone fine al conflitto; ladecisione è buona e pone fine al conflito essendo fondata su critério legali e razionali, tra i quale assume importanza particolare la veridicità dell'acertamento dei fatti. [...] L'orientamento favorevole all'attribuizione di poteri struttori al giudice, Che si manifesta – come si à visto – in numerosi ordinamenti, si fonda evidentemente su scelte ideologiche in funzione dele quali la qualità della decisione che chiude il processo non è affatto indiferente ed irrelevante, e deve invece tendere a fondarsi su un acertamento veritiero dei fatti della causa" (TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. **Revista de processo**, ano 31, vol. 133, mar./2006, p. 239-266, p. 260-261).

Para tanto, é imprescindível que o juiz tenha condições de reconstruir o arcabouço fático que embasa os argumentos das partes, com vistas a alcançar o maior grau de convencimento possível. Somente nessas circunstâncias é possível pensar em efetividade da prestação jurisdicional. Logo, a partir da superação do privatismo processual no século XIX e a consequente afirmação do seu caráter publicista, não havia mais lugar para um juiz passivo e mero espectador da atuação das partes.

Aliás, como tratado anteriormente nesta pesquisa, foi exatamente tal postura que contribuiu em grande medida para as distorções éticas, técnicas e mesmo temporais do processo de matriz liberal individualista. Significa dizer que a transição para um sistema publicista comprometido com aspectos sociais e para além do interesse particular, demandaria maior atuação judicial. Daí a indiscutível importância do incremento de poderes ao magistrado naquele momento histórico, justamente para representar as mudanças de paradigma que o próprio Estado (Social) buscava implantar.

Uma leitura mais rígida desse cenário indica que a possibilidade de atuação oficiosa do magistrado em relação às provas realça o publicismo e, consequentemente, o afastamento do autorregramento da vontade em matéria processual. Se assim o é, não há justificativa para excluir do juiz a iniciativa probatória, deixando-a exclusivamente às partes. Nesse contexto, as provas não poderiam ser reguladas pela vontade das partes, senão pela via legislativa.[79]

Convém pontuar que essa compreensão teve repercussão direta sobre a rejeição às convenções processuais probatórias, cenário que se pretende ver alterado com o Código de Processo Civil de 2015. Se é certo que os negócios jurídicos processuais em geral interferem na atividade jurisdicional em alguma medida, as convenções processuais em matéria probatória interferem de forma mais direta, sobretudo no que tange às tensões com os poderes instrutórios do juiz. Conforme José Roberto dos Santos Bedaque, “os sujeitos parciais do processo podem estabelecer limites quanto aos fatos a serem examinados pelo

---

[79] Para uma análise sobre o tema dos poderes instrutórios no sistema italiano e de outros países europeus, ver BONATO, Giovani. Il sistema probatorio nel processo civile italiano. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, jul.-dez./2017, pp. 165-188, p. 178-182. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1876/1778>. Acesso em: 01 jan. 2019.

juiz, não em relação aos meios de prova que ele entender necessários à formação de seu convencimento"[80].

Assim, a questão da "divisão do trabalho"[81] entre as partes e o juiz no processo civil é aspecto central para entender como as convenções processuais e os poderes instrutórios podem conviver em harmonia. O alcance dos poderes instrutórios e a eventual parcialidade do juiz são polêmicos na doutrina. Daí porque saber se os poderes instrutórios são *subsidiários e complementares* ou *autônomos e amplos,* em relação à atuação das partes.

A questão é alvo de debates doutrinários ainda hoje e deve ser analisada a partir do direito posto, pois que cada ordenamento pode regular de modos distintos a atribuição de poderes ao juiz. Analisando a tradição legislativa brasileira exposta nos artigos 117 do Código de Processo Civil de 1939[82] e 130, de 1973[83], parece mais adequado afirmar que não se submetem à iniciativa probatória das partes. Ou seja, a construção das linhas estruturantes desta pesquisa se faz a partir do entendimento de que o seu exercício independe e, portanto, não está condicionado às hipóteses de omissão ou insuficiência da atuação daquelas.[84]

É, assim, autônomo e amplo, porquanto amparado em fundamento diverso. Enquanto a atuação das partes se volta à reconstituição fática apresentada segundo seus interesses para a comprovação dos respectivos argumentos, a atuação judicial tem como objetivo alcançar o maior grau de convicção para julgamento, a partir do maior esclarecimento dos fatos.[85] Quanto mais próximo da verdade (ainda que não seja objetivo do

---

[80] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz.** 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 102.

[81] Expressão empregada por José Carlos Barbosa Moreira (O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos. **Revista de processo**, ano 11, vol. 41, pp. 7-14).

[82] "Art. 117. A requerimento ou *ex officio*, o juiz poderá, em despacho motivado ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação a seu objeto, ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios".

[83] "Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias".

[84] Apenas como referência histórica Robson Renault Godinho faz menção ao artigo 127 do Código de Processo Civil baiano, de 1915 (período em que os Estados membros detinham competência legislativa em matéria de processo), em cuja redação se optou expressamente pela atribuição de poderes instrutórios de alcance supletivo: "o juiz pode ordenar *ex officio* as diligências que julgar necessárias para apurar a verdade dos factos allegados, depois de realizadas as que forem requeridas pelas partes" (**Negócios processuais sobre o ônus da prova do novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p 89-90, nota de rodapé nº 122).

[85] Como afirma José Roberto dos Santos Bedaque: "os sujeitos parciais do processo buscam apenas a vitória e, para alcançar esse objetivo, valem-se da dialética, deduzindo argumentos e reproduzindo provas favoráveis exclusivamente ao interesse próprio" (**Poderes instrutórios do juiz.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 74).

processo alcançá-la a qualquer custo, insiste-se), maiores as chances de ser adequada a tutela jurisdicional prestada.

Apesar disso, parcela da doutrina defende o entendimento de que os poderes instrutórios são complementares e subordinados à atuação inicialmente das partes, fundamentando essa compreensão no equilíbrio necessário à atividade probatória, de modo a não transferir toda a tarefa de apurar os fatos ao órgão jurisdicional, mas também não tornar o juiz um mero expectador do embate entre as partes.[86]

Este entendimento – contrário ao adotado aqui – não parece consentâneo com o *caput* do artigo 370 do Código de Processo Civil, expresso em que "caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito", sem qualquer referência à subordinação desses poderes à atuação das partes[87]. Não significa, por certo, que a iniciativa probatória conferida ao juiz seja exercitável sem qualquer proporcionalidade[88]. Naturalmente deve o magistrado pautar a sua atuação probatória em

---

[86] Assim entende Moacyr Amaral Santos, para quem "a regra é que as provas sejam propostas pelas partes; por exceção, o juiz poderá, de ofício, ordenar diligências necessárias à instrução da causa" (**Prova judiciária no cível e comercial.** 4. ed. v.1. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 127); atualmente também WAMBIER, Luiz Rodrigues; SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais:** estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wmabier**.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 152-164. Defendendo que a amplitude dos poderes instrutórios é variável de acordo com o grau de disponibilidade dos interesses em jogo no processo, ver José Carlos Baptista Puoli (**Os poderes do juiz e as reformas do processo civil.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 27) e Flávio Luiz Yarshell (**Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova.** São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 118-125).

[87] "En el derecho brasileño, no obstante, el artículo 370, CPC-15 otorga al juez poderes instructorios autónomos sin ninguna excepción, es decir, possibilitando al magistrado determinar la producción de cualquier prueba, incluso si no han sido solicitados por las partes; aunque la doctrina no es pacífica com relación al carácter ilimitado de este poder" [FARIA, Marcela Kohlbach de. Vinculacióndeljuez a las convenciones em materia de prueba. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CAVANI, Renzo (Coords.). **Convenciones procesales**: Estudios sobre negocio jurídico y processo. vol. 1. Lima: Raguel ediciones, 2015, p. 384]. Em sentido idêntico já afirmava José Carlos Barbosa Moreira: "quando o juiz determina a realização de prova para melhor esclarecimento dos fatos relevantes, não está, em absoluto, *usurpando* função da parte; não está agindo *no lugar dela*, fazendo algo que *a ela, e só a ela, incumbia fazer.* Sua iniciativa não é, a rigor, um *sucedâneo* da iniciativa da parte: é qualquer coisa de *inerente* à sua missão de julgador. Ele não atua *como substituto da parte*, atua *como juiz*, como juiz empenhado em julgar bem" (O neoprivatismo no processo civil. **Revista brasileira de letras jurídicas**, nº 26, pp. 197-210, p. 203. Disponível em: http://www.ablj.org.br/revistas/revista26.asp. Acesso em: 05 maio 2016, grifos do autor). Demonstrando entendimento no sentido que os poderes instrutórios são complementares à atuação das partes: "de ahí que eljuez, para que pueda cumplir su cometido, necessita, primero, que pueda intervenir em la prueba producida por las partes y, después, que pueda completar o suplirel material probatório aportado por los litigantes para resolver laduda sobre algúnhecho o dato que no há quedado claro y que puedetener influência em la resolución del litigio" (SOTELO, José Luis Vázquez. Iniciativas probatórias del juez em el processo civil. **Revista de processo**, a. 34, nº 177, nov./2009, p. 93-152, p. 126).

[88] Nesse sentido, a advertência de Marcelo José Magalhães Bonicio no sentido de que o juiz deve conduzir a fase instrutória em observância ao princípio da proporcionalidade, com vistas a não inviabilizar o direito das

juízo de *necessidade* de determinada prova, bem como a *utilidade* e a *viabilidade* de sua produção no caso concreto. Vale dizer: mesmo autônomos, o exercício de poderes instrutórios deve ter como parâmetro a possibilidade concreta de fornecer elementos para a prestação de tutela jurisdicional efetiva.[89] Sem a correlação com a eficiência no campo das provas, não há razões plausíveis para se admitir a iniciativa probatória do juiz.

Sobre eventual parcialidade resultante do exercício de poder instrutório, o contraditório como contraponto a impedi-la e/ou controlá-la evita que a autoridade do magistrado se transforme em arbítrio.[90] Isso também não viola a imparcialidade, visto que não é possível ao magistrado saber o resultado da prova no momento em que determina a sua realização. Deste modo, não há que se falar em favorecimento de qualquer das partes em razão do aumento do poder instrutório do juiz.[91]

Não obstante, a garantia do contraditório e o dever de motivar as decisões judiciais tratam-se de mecanismos hábeis ao controle da atuação jurisdicional, [92] reforçando o dever de imparcialidade do julgador. Frise-se, finalmente, que os poderes instrutórios do juiz não guardam nenhuma relação com arbitrariedade, pois o julgador deve fundamentar sua decisão atendendo requisitos legais.[93]

A despeito do debate em torno dessas questões postas, o que se pretende por enquanto é afirmar a atuação *ex officio* do juiz na instrução como resultado direto da opção político-ideológica de estruturação do sistema processual civil brasileiro. E assim,

---

partes à prova, tampouco a duração adequada do processo (**Proporcionalidade e processo:** a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006, p. 81.

[89] Pela pertinência direta com o objeto da pesquisa, o tema dos poderes instrutórios será abordado em outras oportunidades do trabalho, especificamente quanto às interações com as convenções processuais probatórias e possíveis limitações a eles daí decorrentes. Sobre isso ver especialmente o Capítulo 4.

[90] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 82. Em idêntico sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: _____. **Temas de direito processual**: Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 45-51; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a "participação" do juiz no processo civil. In: _____.**Temas de direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 53-66.

[91]BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 119.

[92] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 49.

[93]BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 161.

apresenta-se como premissa à compreensão da relação entre convenções processuais probatórias e as suas repercussões na atuação jurisdicional.

Importa realçar que a atribuição de poderes instrutórios ao magistrado, muito embora alvo de duras críticas, sobretudo por aqueles combatentes do publicismo processual[94], tem o principal propósito de alinhar a técnica processual ao resultado mais eficiente possível.

2.3 O PROCESSO CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA PROPOSTA DE EQUILÍBRIO ENTRE PUBLICISMO E PRIVATISMO

Até esta etapa da pesquisa foram analisadas as características marcantes do movimento evolutivo do Direito Processual ao longo da história, para com isso destacar a preponderância do privatismo ou publicismo em cada uma das suas fases metodológicas. Semelhantemente foram examinadas as implicações da opção político-ideológica do Brasil relativamente ao Processo Civil.

A pretensão, nesta etapa, de enfocar o processo civil no Estado Democrático de Direito exige, antes, tomá-lo como resultado da superação dos modelos de Estado Liberal e Social, estruturado para melhor atender às transformações econômicas, sociais, ideológicas e políticas da sociedade, especialmente no caso da experiência brasileira.[95]

---

[94]Conforme mencionado anteriormente, a exemplo das críticas de Juan Montero Aroca [El processo civil llamado ‘social’ como instrumento de justiciaautoritaria. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). **Processo civil e ideologia**: un prefacio, una sentencia, dos cartasyquinceensayos. Valencia: Tirantlo Blanch, 2006, p. 130-166] e Franco Cipriani [El processo civil italiano entre revisionistas y negacionistas. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). **Processo civil e ideologia**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quinceensayos. Valencia: Tirantlo Blanch, 2006, p. 59-72]. Em posição contrária, no sentido de não haver relação direta entre poderes instrutórios e autoritarismo político nem democracia: TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. **Revista de processo**, ano 31, vol. 133, mar./2006, p. 239-266

[95] Neste sentido: “Por vezes, o Estado que demonstrou preocupações com problemas sociais como os da pobreza e da miséria, exibiu uma face paternalista, enquanto a outra se encarregou de suprimir liberdades

Superar não implica, necessariamente, rejeitar ou invalidar por completo o modelo anterior. A melhor compreensão do termo indica tratar-se de aprimoramento, sem desprezar as contribuições do paradigma antecedente. Assim, institutos, princípios, regras e conceitos podem ser aprimorados para atender às exigências e diretrizes axiológicas do contexto atual.

Historicamente faz-se referência sobre o final da Segunda Guerra Mundial como marco da estruturação do Estado Democrático de Direito, reconhecendo que se trata de paradigma em franca construção, num processo contínuo de aprimoramento e concretização dos valores inerentes ao modelo. A sua proposta redimensiona a relação entre o Estado e o indivíduo (e a sociedade, num todo) em razão da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais de modo geral. Pode-se dizer, então, que há um deslocamento na finalidade do Estado que não é mais a de simplesmente manter a ordem econômica e social fundantes do modelo liberal ou social, mas sim a de promover efetiva transformação da sociedade em que se insere. A promoção dessas transformações deve se dar em múltiplos aspectos e em diferentes áreas, inclusive no âmbito do processo.

Nos tópicos seguintes serão apresentados os influxos do Estado Democrático de Direito sobre o processo contemporâneo, especialmente refletidos no Código de Processo Civil de 2015. Com isso mantém-se a intenção inicial deste capítulo de fixar as premissas necessárias à análise das convenções processuais em matéria de prova e o seu controle jurisdicional. Além disso, precisamente nesta etapa também se buscará enfrentar questões interessantes relacionadas à inauguração ou não de novo sistema processual pela codificação processual atual, bem como a natureza ou caráter preponderante do Processo Civil brasileiro contemporâneo diante das mudanças ora abordadas.

---

fundamentais de pensamento e de expressão de quem ousasse apresentar o menor sinal de discordância com a ideologia imposta por um partido único e pelas esferas governamentais. Em outras ocasiões, adotou atitudes ditatoriais, porém, revestidas de um discurso ‘desenvolvimentista’ que afastava qualquer oposição ou crítica mediante violenta repressão. Tudo isso estimula a busca por um paradigma estatal capaz de *superar* as limitações egoísticas e opressoras detectadas tanto no Estado Liberal quanto no Estado Social” (GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica constitucional**: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008, p. 268).

“o Estado Democrático de Direito, enquanto paradigma superador de outros tipos de Estado que o antecederam, requer não apenas uma nova hermenêutica constitucional, mas também, um ‘novo juiz’ cujo modo de interpretar e aplicar o Direito supere a figura do juiz que poderia servir no Estado absolutista ou no Estado Liberal, mas não, no Estado Democrático de Direito. Este, em razão de sua Constituição principiológica, necessita de uma hermenêutica constitucional capaz de trabalhar não apenas com *regras*, mas também com *princípios”* (Ibidem, p. 363, grifos do autor).

2.3.1 Democracia participativa e Poder Judiciário: uma aproximação necessária

Conforme se esboçou acima, a centralidade do modelo estatal atual está na ascensão do princípio democrático como elemento estruturante do Estado (artigo 1º, *caput* e parágrafo único, da Constituição Federal vigente) e consequentemente do sistema jurídico correspondente.

Como influxo necessário, a relação entre Estado e cidadão também passa por indispensável reconfiguração. Porquanto, aduz Joaquim José Gomes Canotilho que o "princípio democrático implica democracia participativa"[96]. Do mesmo modo, reconhece-se a insuficiência do exercício democrático formalista e limitado à eleição de representantes políticos para a configuração da efetiva participação popular na condução de uma sociedade.

No seio do Estado Democrático de Direito o papel do cidadão não é meramente como um "inimigo" da ingerência estatal como no Liberalismo, tampouco "consumidor" dos benefícios que essa estrutura pode lhe oferecer, a exemplo do modelo Social. Espera-se que o cidadão se torne efetivo participante da atuação política estatal legitimando-a por meio da manifestação democrática da sua vontade.[97] A conexão entre cidadão e Estado é reformulada a partir de um novo compromisso que reposiciona a Constituição – e os valores e princípios que ela encerra – como fundamento para todo o sistema

A partir dessas afirmações, é possível concluir que o Estado Democrático de Direito não se alinha à relação entre público e privado estabelecida outrora, na configuração dos paradigmas Liberal e Social. Salienta-se, conforme já referido anteriormente neste trabalho,

---

[96] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 5 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 280. Esclarece o jurista, ainda no mesmo excerto, que a democracia participativa significa "a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir 'imputs' políticos democráticos".

[97] A respeito do tema ver: RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa. **Revista *Scientia iuris***, v. 13, 2009, pp. 155-168. Disponível em http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris. Acesso em 13 jun. 2016.

que ambos foram marcados pelo privatismo e publicismo, respectivamente, em níveis extremados[98] que levaram à falência de cada um.

A proposta democrática do atual modelo não é outra senão a de equilibrar a tensão entre público e privado a partir do reposicionamento de seus espaços e limites. O cidadão inimigo do Estado e/ou mero consumidor dos seus benefícios cede lugar ao cidadão (co)participativo.[99] Não se afigura apropriado pensar naqueles sistemas como ambientes completamente cindidos e estanques, de modo a se estabelecer relação excludente entre ambos. Ao contrário, sempre haverá, com maior ou menor intensidade, a interação entre público e privado. De nenhum modo isso exclui a distinção entre os dois planos, mas reafirma o fato de que essa tensão é complexa e não se exaure de forma definitiva.

As interações entre publicismo e privatismo não são objeto de debate apenas no campo jurídico, sendo, em realidade, consequência do que se apresenta também no âmbito da Teoria Política relativamente à interação entre Estado e sociedade (e individualmente, o cidadão).

Em Jürgen Habermas, essa dicotomia pode ser mitigada a partir da linguagem. Recorrendo à sua construção, tem-se que o processo democrático permite e promove "a livre flutuação de temas e de contribuições, de informações e argumentos, assegura um caráter

---

[98] Apresentando suas primeiras impressões sobre as transformações no cenário político brasileiro José Joaquim Calmon de Passos afirmou o seguinte: "democratizado o Estado, percebeu-se que, embora importante, era insuficiente esse passo, havendo risco de retrocesso. Impunha-se, também, democratizar a sociedade. A solução institucional pensada para a democracia liberal (democratização do Estado) não responde satisfatoriamente às exigências postas pelo processo de democratização da sociedade. [...]. A democracia liberal foi fruto da dissociação entre o político e o econômico. A democracia social representou a tentativa de re-aproximação (sic) de ambos, assumindo o Estado não só tarefas de promoção, coordenação e planejamento, mas ele próprio se fazendo produtor e empresário. E se isso o levou à condição de Estado que provê, fê-lo também Estado que oprime". [Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Participação e processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pp. 83-97, p. 92].

[99] Para José Joaquim Calmon de Passos "não constitui despropósito associar-se processo à democracia, porquanto, com esse relacionamento, pretende-se, justamente, denunciar a necessária dimensão política do processo jurisdicional". Prossegue o autor, então, no sentido de que a democracia verdadeira deve "ser aquela que privilegia e estimula a *participação*, tão intensa e constante quanto seja possível" (Ibidem, p. 83-84 e 113, grifos do autor).

discursivo à formação política da vontade”[100]. O discurso como expressão de participação do cidadão assume, então, papel central no exercício democrático da sociedade[101].

Ainda segundo Jürgen Habermas:

> A compreensão discursiva do sistema dos direitos conduz o olhar para dois lados: de um lado, a carga da legitimação dos cidadãos desloca-se para os procedimentos da formação discursiva da opinião e da vontade, institucionalizados juridicamente; de outro lado, a juridificação da liberdade comunicativa significa também que o direito é levado a explorar fontes de legitimação das quais ele não pode dispor.[102]

É nesse sentido que a manifestação de vontade do cidadão, por meio do exercício participativo nos espaços políticos, sociais e jurídicos, como fator de legitimação da produção da norma jurídica (geral e abstrata ou individual e concreta).

Enquanto o processo legislativo é, por excelência, a fonte da normatividade do Direito, a perspectiva democrática desloca a sua legitimidade para a existência de co-originariedade entre autonomia privada e pública. Vale dizer que a autonomia pública somente é garantida a partir da efetivação da democracia participativa. Esta não apenas revela, mas ratifica a autonomia privada dos indivíduos que a compõem.

Portanto, a democracia participativa não se restringe à representatividade que respalda a atuação do Poder Legislativo e Executivo. Ao contrário, a efetiva participação do cidadão assume importante papel de legitimação da própria atuação do Poder Judiciário. Exatamente por se tratar de função do poder estatal cujos representantes não são eleitos pelo povo – ao contrário do que acontece no contexto dos Poderes Executivo e Legislativo – sua atuação é respaldada pelos mecanismos de participação àqueles que se submetem às decisões judiciais.

---

[100] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. t. II. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, p. 308.

[101] Esclareça-se que o corte metodológico e temático desta pesquisa não permite – nem requer – o aprofundamento da questão filosófica e política da teoria habermasiana. Ademais, outros autores tratam, no âmbito da Filosofia e Sociologia Política, de outros fundamentos de racionalidade para o Direito, a exemplo de Niklas Luhmann. Optou-se pela menção àquele autor exatamente por trabalhar o diálogo entre autonomia privada e pública como fundamento de racionalidade para o Direito.

[102] HABERMAS, op. cit., p. 168.

Bem por isso o sistema prevê, por exemplo, o contraditório, bem como a inércia do Judiciário como garantias de que esse Poder atue em harmonia com os limites apresentados pelas partes no exercício do princípio dispositivo. São faces complementares de uma mesma moeda, e que na proposta do Estado Democrático de Direito buscam equalizar publicismo e privatismo.

A partir dessa perspectiva, o Judiciário passa a ser, indiscutivelmente, um dos cenários propícios e mais interessantes ao exercício da democracia participativa. Sobretudo contemporaneamente com a tendência – que aparenta ser irrevogável – de judicialização de questões políticas que em alguma medida se alinha ao ativismo judicial.[103]

O Estado Democrático de Direito tem como pauta a realização de direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal, inclusive no desempenho da atividade jurisdicional. Por isso exige, ao Processo Civil, um olhar compatível com o projeto constitucional, sob pena de não serem alcançados os seus escopos.

2.3.2 Reposicionamento do autorregramento da vontade no ambiente processual do Código de Processo Civil de 2015

No início deste capítulo demonstrou-se a inafastável e direta relação entre o Direito e o contexto político, cultural e ideológico que permeia a sociedade em que se encontram. As transformações operadas no cenário político e social do Estado Democrático de Direito repercutiram necessariamente no sistema jurídico.

No que concerne ao Processo Civil, a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o fortalecimento da instrumentalidade como fase metodológica do Processo Civil convergiram para a quebra de paradigma na sua compreensão e desenvolvimento.

À luz do que se expôs anteriormente, no sistema jurídico do Estado Democrático de Direito o cidadão deixa de ser apenas destinatário da normatividade jurídica, senão se

---

[103] Embora, conforme já se consignou anteriormente neste capítulo, este trabalho não pretende se aprofundar em questões relativas ao chamado ativismo judicial, por se tratar de temática alheia ao objeto da pesquisa.

desloca para a posição de partícipe da sua construção. Isso porque a manifestação de vontade característica da democracia participativa decorre diretamente do direito fundamental à liberdade, previsto genericamente no artigo 5º, *caput* da Constituição Federal, que é (ou que se mostra como) um dos mais importantes pilares não apenas do modelo estatal, além de servir como sustentáculo para o reposicionamento da autonomia privada no ambiente processual.

O seu conteúdo, todavia, é complexo e amplo[104]. Direitos dessa natureza têm a sua delimitação diretamente impactada pelo contexto da sociedade onde se inserem, bem como ao seu momento histórico. É o que permite, aliás, a adaptabilidade da norma ao longo do tempo.

Há, portanto, uma previsão genérica de liberdade como direito fundamental constitucional que admite que dela mesma se extraiam outros direitos que lhe sejam decorrentes ou conexos, ainda quando não expressos, de maneira que o seu exercício não se esgota em uma única área da vida do indivíduo[105]. Ao contrário, é o direito à liberdade que fundamenta a permissão de autorregramento e manifestação de sua vontade, com maior ou menor amplitude, conforme definido pelo ordenamento jurídico.

Observe-se que essa liberdade apresenta tanto um aspecto negativo – consistente na vedação à interferência na esfera deixada à livre regulação – como também, de outro lado, um aspecto positivo que se relaciona à possibilidade de ação voltada ao autorregramento, ou seja, ao exercício ativo da autonomia privada.

É certo, ainda, que o contexto particular de cada paradigma estatal impõe variações e predominância de uma dessas perspectivas. Se durante o liberalismo predominou o seu

---

[104] "Há a liberdade de pensamento, de crença, de locomoção, de associação etc. No conteúdo eficacial do direito fundamental à liberdade está o direito ao autorregramento: o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente os seus interesses, de poder definir o que reputa melhor ou mais adequado para a sua existência; o direito de regular a própria existência, de construir o próprio caminho e de fazer escolhas. Autonomia privada ou autorregramento da vontade é um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana" [DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios processuais.** Salvador: Juspodium, pp. 19-25, p. 20].

[105] Já se referiu no item 2.2.1 deste capítulo que especialmente no período liberal a autonomia privada como expressão da liberdade encontrou sua maior expressão no campo econômico, exatamente por ser aquela área um dos fundamentos para a implantação e sedimentação do liberalismo. No entanto, a sua noção mais adequada não se limita a essa.

viés negativo – o afastamento do Estado da esfera privada do indivíduo –, o modelo social reforçou a sua dimensão positiva. Em ambos os casos, a liberdade foi levada a extremos.

No Estado Democrático de Direito, contudo, essas não são perspectivas excludentes entre si. Complementam-se na medida em que a concretização de um depende da garantia do outro, e vice-versa, como bem delineado na proposta de Jürgen Habermas exposta no item precedente.

Exatamente neste ponto importa reafirmar que a interação entre publicismo e privatismo são inevitáveis e, mais ainda, indispensáveis ao adequado exercício das liberdades, de modo geral. Há que se reconhecer que a exacerbação da autonomia privada sem qualquer limitação (no caso, pela atuação da norma jurídica) leva ao caos. Assim como é danoso tomar a autonomia pública em termos absolutos, retirando do indivíduo a sua própria cidadania.

O sistema processual naturalmente recebe os influxos dessas configurações, pois, segundo o que se afirmou neste trabalho, o Poder Judiciário passou a ser *locus* adequado ao exercício da democracia participativa, que se dá necessariamente por meio do processo. Daí a preocupação do Código vigente em proporcionar o diálogo entre juiz e partes por meio do contraditório efetivo, previsto nos artigos 9º e 10.

Para além desse aspecto, a dimensão democrática do processo também se revela pela maior abertura do sistema à atuação do poder de autorregramento pelas partes. Desde o período de sua elaboração, um dos temas que ganhou considerável relevância foi o das convenções processuais. Por meio delas, e atendidos os requisitos especificados pela norma regente e outros amparados pelo ordenamento, as partes podem convencionar, conforme seus interesses, sobre seus “ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”, além de “estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa”, conforme expressa o artigo 190 do Código, que representa a cláusula geral de negociação.

Ressalte-se que questões específicas sobre as convenções processuais serão abordadas no capítulo seguinte, permanecendo este capítulo circunscrito ao estabelecimento das premissas ao seu estudo.

De todo modo, ao franquear às partes a possibilidade de autorregramento de situações processuais pela via convencional,[106] o ordenamento jurídico reconhece o caráter normativo da autonomia privada em seara eminentemente pública. Pode-se concluir, ainda, que há certo redimensionamento da abrangência do princípio dispositivo – tratado no subitem 2.2.1 – na medida em que se ampliam os seus limites para alcançar questões processuais até então excluídas de disposição pelas partes. Por isso é indispensável, neste importante momento do Processo Civil, reconhecer as interações entre publicismo e privatismo[107] e os limites dela, sob pena de se frustrar o equilíbrio dessa interação.

Seguindo o raciocínio estampado acima, a autonomia das partes em matéria processual sofre restrições quando comparada com situações afetas ao direito privado, especialmente considerando a opção brasileira por um sistema processual publicista. Limites devem existir, ainda que com intensidades distintas e previamente amparadas pelo próprio ordenamento jurídico.[108]

Os espectros distintos do autorregramento da vontade também acontecem na comparação entre o processo arbitral e o estatal[109]. Por se tratar de mecanismo privado de solução de conflito[110], na arbitragem as partes gozam do nível mais amplo de autonomia para

---

[106] Típicas ou atípicas, conforme se verá no capítulo seguinte.

[107] "No Estado Democrático de Direito deve-se buscar um equilíbrio entre as noções de liberdade negativa e positiva, entre o domínio público e privado. Na verdade, sendo o processo civil um ramo do direito público, mas que serve estritamente à tutela dos direitos particulares, essa questão torna-se bastante complexa e interessante. Embora haja um núcleo mínimo de direitos de natureza processual que, em princípio, não podem ser violados, é necessário questionar se, fora desses limites, o autorregramento da vontade estaria excluído" (RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil:** negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto. Salvador: Juspodium, 2017, p. 97).

[108] "Seguramente que o autorregramento da vontade, na sua relação com as normas processuais cogentes, encontrará limites significativamente maiores do que no espaço que lhe é deixado no âmbito do direito privado. Apesar disso, parece inquestionável a existência de um espaço deixado aos diversos sujeitos processuais, para que possam influir e participar na construção da atividade procedimental, sem que isso represente o reflexo ou a consagração de uma postura 'neoprivatista', pois não se está defender os limites, em maior ou menor extensão, desse campo de autonomia, mas sim e somente a sua própria existência" [NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: *Juspodium*, 2015, p.81-92, p. 84. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC)]. Em semelhante sentido: COSTA e SILVA, Paula. **Acto e processo:** o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do actopostulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 270 e NERY, Rosa Maria Andrade. Fatos processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócio jurídico processual (unilateral e bilateral). Transação. **Revista de direito privado**, vol.64, out.- dez./2015, pp. 261-274.

[109]Ressalte-se que para tal afirmação não tem pertinência a discussão sobre a natureza jurisdicional ou não da arbitragem, muito embora a doutrina e a jurisprudência tenham, há algum tempo, praticamente pacificado a questão, havendo, todavia, quem discorde dessa natureza no ambiente acadêmico.

[110] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo:** um comentário à Lei nº 9.307/1996. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2006, p. 51.

a construção do procedimento. A amplitude dessa liberdade alcança, inclusive, a definição da norma material aplicável[111], a teor do artigo 2º da Lei nº 9.307/1996.

Diferentemente do que acontece na arbitragem, , é mais restrito o campo de livre atuação das partes no processo estatal. E não poderia ser diferente num ambiente eminentemente público, desenvolvido por estrutura componente do Poder estatal e custeada com recursos também públicos.

2.3.3 Cooperação processual: um novo modelo?

As ideias lançadas ao longo deste tópico, sustentadas pela compreensão democrática do Processo Civil, conduzem às bases do chamado modelo cooperativo, identificado por realçar a cooperação no âmbito do processo. Atualmente positivada como norma fundamental do Código de Processo Civil vigente, diz o artigo 6º que "todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

Contrariando a falsa noção que a nomenclatura pode gerar, convém esclarecer que não se trata da eliminação da antítese própria da natureza da relação processual. Afinal, ela se dá num ambiente de contraposição de interesses, de modo que a cooperação tem muito mais relação com o papel assumido pelo juiz na condução processual do que propriamente com a postura das partes entre si, especialmente no que toca ao objeto do processo.[112]

---

[111] Em comentário ao mencionado artigo 2º da Lei nº 9.307/1996 Carlos Alberto Carmona afirma que "ponto fundamental da arbitragem é a liberdade dos contratantes ao estabelecer o modo pelo qual seu litígio será resolvido. Tal liberdade diz respeito ao procedimento a ser adotado pelos árbitros e ao direito material a ser aplicado na solução do litígio [...]. A Lei de Arbitragem [...] permite que o árbitro julgue por equidade, sem adstrição às normas de direito positivo; permite ainda que os árbitros dirimam a controvérsia segundo um determinado ordenamento jurídico, escolhido de antemão pelos litigantes, tudo sem prejuízo de preferirem as partes que os árbitros tomem por base princípios de direito, usos e costumes ou regras internacionais de comércio" (Ibidem, p. 75).

[112]Significa "inserir o processo na época pós-moderna, 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. [...] 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 [...], importa fundamentalmente o exercício da cidadania dentro do processo, índice da colaboração das partes com o juiz, igualmente ativo, na investigação

A cooperação traz consigo a exigência da comunicação, do processo dialogado a partir da oportunização de contraditório efetivo, alinhando-se à proposta *habermasiana* de racionalidade fundamentada na prática discursiva que serve à legitimação do Direito no contexto constitucional democrático[113]. Não se trata de negar o publicismo processual, mas de compreender o processo a partir dele. E isso não exclui as partes, senão as estimula ao exercício democrático também nos limites do processo.[114]

Faz parte, ainda, da cooperação a atribuição ao juiz de deveres como os de esclarecimento, consulta lealdade e proteção, todos ligados umbilicalmente ao desenvolvimento do contraditório como também aos vetores éticos do processo, a fim de ampliar o debate e com isso alcançar (ou construir) melhores resultados. Optou o legislador brasileiro por não minudenciar o texto legal para identificar expressamente os deveres componentes da cooperação, de maneira que a sua delimitação depende de uma interpretação sistêmica da legislação processual, à luz dos vetores hermenêuticos constitucionais e das particularidades presentes no caso concreto.[115]

---

da verdade e da justiça" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Ajuris**, ano XXX, nº 90, jun./2003, pp. 55-84, p. 63-64).

[113] Para aprofundamento sobre o tema dos fundamentos do Código de Processo Civil de 2015 na proposta de um processo constitucionalizado, ver: CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Revista de processo**, vol. 209, julho/2012, pp. 349-374.

[114] Robson Godinho Renault pondera que "o déficit democrático que se vê nos processos não será sequer amenizado se o discurso persistir unicamente no protagonismo jurisdicional, assim como será agravado se houver uma exclusividade privatística dos rumos dos processos. Ou seja: nem uma exclusão das partes que pareça autoritarismo estatal, nem uma exclusividade da vontade que se confunda com indiferença estatal" (**Negócios processuais sobre ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 64).

[115] A legislação processual portuguesa, recentemente reformada com a vigência de um novo Código de Processo Civil (Lei n.º 41/2013), elencou alguns deveres corolários da cooperação, seguramente sem excluir outros que possam ser dela extraídos. Assim o fez, por exemplo, nos artigos 7º e 417:

"Artigo 7.º (art.º 266.º CPC 1961)

Princípio da cooperação

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

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

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

4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, *providenciar pela remoção do obstáculo"* (grifo nosso).

Além da previsão genérica do dever de cooperação, há outras disposições que a evidenciam ao longo do texto do Código vigente, a exemplo do artigo 396 pelo qual "o juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa que se encontre em seu poder", inclusive com imposição de multa ou outra medida indutiva ou coercitiva para assegurar o cumprimento da decisão (artigo 139, IV). Trata-se de expressão da cooperação relativamente à busca da verdade e à viabilidade do exercício do contraditório e da ampla defesa. Eventual recusa à cooperação recíproca entre as partes pode configurar litigância de má-fé ou ato atentatório à dignidade da justiça, e sancionados como tal. Como se nota, a observância da cooperação não se limita a uma ou outra fase processual, mas ao longo de todo o processo, inclusive durante a instrução.

A despeito da atualidade do tema, é pertinente questionar se, de fato, o Código de Processo Civil de 2015 implantou – ou pretende implantar - um modelo cooperativo. Na realidade, as características e os elementos que compõem a noção de cooperação não são inéditos, tampouco eram desconhecidos até a elaboração da norma processual vigente. Trata-se de releitura do princípio constitucional do contraditório, cujos traços já poderiam ser vistos a partir da perspectiva publicista e instrumental do processo, conforme se sustentou no item 2.1.

Não parece haver ruptura drástica com a concepção processual dos últimos anos do Código de Processo Civil de 1973. Tampouco o Código de Processo Civil de 2015 teria inaugurado um novo modelo propriamente dito, embora, não resta dúvida, lhe tenha dado novas feições, mais concretas do que no sistema anterior. A nova legislação promoveu a positivação sistematizada daquilo que a própria Constituição Federal já apregoava.

Foi, sem dúvidas, uma opção do legislador que trouxe ao texto do Código uma série de princípios e regras de origem constitucional, elencando-as especialmente no Capítulo I denominado "Das normas fundamentais do Processo Civil"[116]. Falar em modelo cooperativo

---

[116] A esse respeito, embora tratando especificamente dos princípios mencionados no artigo 8º do Código de Processo Civil de 2015, Marcelo José Magalhães Bonicio esclarece que "essa iniciativa do legislador de fazer referência a conhecidos princípios constitucionais é de duvidosa utilidade, pois não é a lei que estabelece quais princípios dever ser seguidos pelo juiz, mas sim a doutrina, em seu papel elementar de identificar quais são os princípios preponderantes numa determinada situação" (**Princípios do processo no novo código de processo civil**. São Paulo: Saraiva.2016, p. 17-18). Acredita-se que a opção do legislador tenha função didática para enfatizar a aplicabilidade dos princípios constitucionais ao Processo Civil, adequando-os ao seu contexto e reafirmando-lhes o *status* de normas fundamentais.

de processo é, antes de tudo, tratar do modelo enraizado na Constituição Federal e produto dos vetores nela estabelecidos.

Diante destas considerações é relevante questionar se a abertura do sistema processual à maior atuação da autonomia privada das partes invalida o caráter publicista do processo, para torná-lo privatista. A resposta, aqui, também parece ser negativa.

O que ocorre é a ampliação dos espaços de participação fundamentada na compreensão democrática do Processo Civil e no consequente reconhecimento do caráter normativo da vontade das partes em matéria processual. Essa (re)leitura estabelece uma relação mais fluida entre publicismo e privatismo, que em matéria processual se manifesta pela noção de que o processo não é exclusivamente "coisa das partes", tampouco "coisa do juiz"[117]. É, pois, de ambos, no sentido de que todos os personagens processuais têm responsabilidade, através da sua participação, na construção da melhor decisão possível. Afinal, quanto mais adequado e mais efetivo o resultado do processo, tanto as partes como o Estado terão seus interesses satisfeitos. E este é o objetivo da cooperação estampado no mencionado artigo 6º do Código: a obtenção de decisão justa e efetiva, e em tempo razoável.

A partir dessas afirmações há quem defenda o policentrismo processual – a exemplo de Nicola Picardi[118], na Itália, e aparentemente de modo mais moderado Robson Renault Godinho[119], no Brasil - consistente em retirar o foco de centralidade do juiz para compartilhá-lo com as partes no exercício da cooperação no processo.

---

[117] Conforme enuncia Loïc Cadiet, "dans la conception du modele coopératif, le procès n'est nil a chose dês parties, nil a chose du juge, mais à la fois la chose dês parties et la chose du juge, carles parties et le juge son nécessairement conduits à coopérer afin d'aboutir dans un délai raisonnable à la solution équitable et efficiente de l'affaire" (Pour une "théoriegénérale du procés". **Ritsumeikan Law Review**, n.º 28, junho/2011, pp. 127-145, p. 143. Disponível em: http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr28/rlr28idx.htm
Acesso em 11 abr. 2018).

[118]" [...] l'attività giurisdizionale è strutturata necessariamente come processo, inteso come sotto specie del procedimento, cioè come procedimento a struttura policentrica ed a svolgimento dialettico (cfr. Artt. 111 e 24 Const. E 101 CPC). Il processo è policentrico poichè coinvolge soggetti diversi, ognuno dei quali ha una collocazione particolare e svolge um ruolo specifico. Alla struttura soggetiva smente complessa corrisponde poi uno svolgimento dialettico" (PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile.** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2006, p. 208).

[119] Segundo o autor, apoiando-se na terminologia proposta por Daniel Francisco Mitidiero, haverá paridade entre partes e juiz relativamente à condução do processo, ou seja, o foco de centralidade não estará exclusivamente no órgão jurisdicional, mas alternadamente com as partes, o que conduz à noção policêntrica do processo. Todavia, relativamente à atividade decisória o autor mantém – e não poderia ser de outro modo – a preeminência do juiz. Afirma: "Um terceiro modelo de organização do processo centra-se no princípio da cooperação, cujos contornos decorrem do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, em que se inclui o juiz no diálogo processual, a condução do processo não se mantém ao livre arbítrio das partes

Em sentido diverso, juristas como José Rogério Cruz e Tucci[120], Fábio GuidiTabosa Pessoa[121], Carlos Alberto Carmona[122] e Marcelo José Magalhães Bonizzi[123] defendem que a cooperação não exclui a preeminência do juiz e, ao contrário, expande o seu papel ativo na medida que o insere no diálogo com as partes.

Em conclusão, a cooperação reforça o papel ativo do juiz e não o anula, ainda que também amplie as possibilidades de participação efetiva das partes. Eis o equilíbrio entre público e privado proposta pelo Estado Democrático de Direito.

2.3.4 Aplicabilidade do princípio da eficiência ao Processo Civil

---

e muito menos se outorga um papel inquisitorial ao juiz. O processo mantém-se simétrico até a prolação da sentença, quando, por se tratar de ato exclusivo da autoridade estatal, incide uma função eminentemente assimétrica, mas que está submetida igualmente a deveres decorrentes do devido processo legal" (GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 83).

[120]" [...] a ampliação dos poderes do juiz, ou seja, a concepção de um juiz proativo, não implica, *tout court*, a instituição de um processo necessariamente autoritário. Com efeito, hoje, a dilatação dos poderes judiciais de direção e de instrução deve ser sempre equacionada com as garantias constitucionais do processo ('autoridade da lei'), a permitir que as partes possam participar- cooperando com o juiz, em constante contraditório- de todos os rumos que o procedimento venha a trilhar , por força de decisão judicial, incluindo-se, aí por óbvio, toda a atividade relacionada à produção de prova (consulte-se, à guisa de exemplo, o art. 6º do nosso novo CPC, com a seguinte redação: 'Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva')" (TUCCI, José Rogério Cruz e. Contra o Processo Autoritário. In: **O Novo Código de Processo Civil:** questões controvertidas. (Vários autores). São Paulo: Atlas, 2015, pp. 267-281, p. 271).

[121]"[...] na medida em que o princípio da cooperação passa a ser expressamente adotado no ordenamento jurídico processual brasileiro expande-se o papel presidencial (diretivo) do juiz. Antes, exclusivamente no controle da relação processual e da tomada de decisões. Agora, como órgão colaborativo, cooperador, a trabalhar em conjunto com as partes para que se alcance um melhor resultado" (PESSOA, Fábio GuidiTabosa**.** Breves Considerações em Torno da Disciplina do Direito Intertemporal no CPC 2015.In**: O novo Código de Processo Civil:** questões controvertidas. (Vários autores). São Paulo: Atlas, 2015, pp. 120-153, p. 137-138.

[122] "O art. 6º do CPC, ao incorporar no texto legal o princípio da cooperação, leva alguns a imaginar que o legislador teria implementado entre nós um sistema policêntrico, que retiraria dos ombros do magistrado a responsabilidade por uma decisão equânime. Não penso assim. Ao contrário, apesar das palavras de ordem empregadas pelo legislador, o sistema adotado está completa e irremediavelmente centrado no magistrado. Por mais que as partes possam cooperar (e devem fazê-lo) 'para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva', o que se percebe é que sem um juiz muito bem preparado, que disponha de tempo, de recursos e de assessoria adequada para fazer uma boa gestão do processo, não acontecerá" (CARMONA, Carlos Alberto. O novo Código de Processo Civil e o juiz hiperativo. In: **O novo Código de Processo Civil:** questões controvertidas. (Vários autores). São Paulo: Atlas, 2015, pp. 61-75, p. 74).

[123]"[...] é certo que as poucas disposições do novo CPC a esse respeito, embora deixe clara a tendência de adoção da ideologia da cooperação, não parecem suficientes para afirmar que passaremos a tratar o processo de forma radical e ideologicamente diferente daquela que vem sendo utilizada. [...] É possível afirmar, portanto, que a colaboração no processo, tal como vem sendo adotada no novo CPC, é um novo modo de enxergar o contraditório, mas que não tem força suficiente para inaugurar um novo modelo ideológico de processo [...]" (BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva 2016, p. 82 e 84).

Eficiência é um conceito que foi importado de outras ciências para o Direito. Enfocando aspectos distintos, é compreendida pela Administração como critério de avaliação quantitativa e qualitativa dos resultados. Diversamente, no campo das ciências Econômicas, o termo leva em conta a melhor capacidade de alocação dos recursos e a menor produção de desperdícios.

A partir disso, pode-se conceituar eficiência como o alcance do melhor resultado possível, tendo em vista a menor quantidade de esforço ou dispêndio para alcançá-lo. Assim, a eficiência está relacionada ao alcance das finalidades anteriormente estabelecidas, em relação aos meios utilizados para tanto[124]. Segundo Marco Antonio dos Santos Rodrigues e José Roberto Sotero de Mello Porto[125], o conceito de eficiência engloba três concepções: a quantitativa, a qualitativa e a universalidade. Ou seja, alcança-se a eficiência quando se reduz gastos (concepção quantitativa), apresenta-se um bom padrão de serviço (concepção qualitativa) e obtém-se um resultado não setorizado (concepção universal).

Para o Direito, o conceito ganhou maior relevo a partir da segunda metade do século XX, quando se buscou maior objetividade e precisão nas decisões[126]. No Brasil, o artigo 37 da Constituição Federal de 1988 dá à eficiência *status* de princípio norteador da Administração Pública dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

---

[124] CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Previsão do Princípio da Eficiência no Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 233, jul./2014, pp. 65-84. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc6000001666a2fbf8519c65fa6&docguid=I8fdb6720fcf311e3999a010000000000&hitguid=I8fdb6720fcf311e3999a010000000000&spos=1&epos=1&td=4000&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em 12 out. 2018.

[125] RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Princípio da eficiência processual e direito à boa jurisdição. **Revista de Processo**, n. 275, pp. 89-117. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001666a495bdd04f444c5&docguid=If606d830fb3d11e78357010000000000&hitguid=If606d830fb3d11e78357010000000000&spos=2&epos=2&td=3655&context=77&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1 Acesso em: 07 out. 2018.

[126] CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 6-8.

Municípios. Sem qualquer dúvida, a norma constitucional estendeu a eficiência também à atuação do Poder Judiciário.[127]

Diante de uma série de possibilidades de sua manifestação prática no contexto judiciário, a eficiência pode ser entendida ao menos sob duas perspectivas igualmente relevantes: uma ampla e outra estrita.

Em sentido amplo, refere-se ao funcionamento da estrutura judiciária em sua totalidade. Compreende, então, desde as atividades administrativas dos órgãos componentes do Poder Judiciário, bem como aquelas voltadas ao desempenho das tarefas em torno da função jurisdicional. Dizem respeito, por exemplo, às funções atípicas como também às *atividades-meio* de responsabilidade dos auxiliares da Justiça.

Em sentido estrito, a eficiência se manifesta no adequado desenvolvimento do processo, com o objetivo de se alcançar a efetividade da tutela jurisdicional. Tem por foco o papel do juiz não apenas como órgão de decisão, senão também de gestor do processo para que, ao final, ele chegue a bom termo.

Convém esclarecer que os conceitos de eficiência e efetividade não são coincidentes, muito embora se relacionem diretamente. Enquanto esta se direciona aos efeitos práticos das decisões judiciais, aquela guarda pertinência com a gestão mais adequada do processo, evitando-se deficiências no seu curso.

Neste sentido, a eficiência integra o núcleo rígido do devido processo legal, do qual não se pode prescindir propositadamente. É este o sentido do artigo 8º do Código de Processo Civil, que impõe ao juiz o dever de aplicar o ordenamento jurídico observando a eficiência. Sendo assim, cabe ao juiz conduzir ativamente o processo, com efetiva atuação das partes, buscando sempre a economia e a celeridade, reprimindo atos processuais procrastinatórios.[128]

Da análise das perspectivas – ampla e estrita – ora propostas, depreende-se que a eficiência decorre do modelo democrático. Razão pela qual se sustenta a existência de direito

---

[127] REDONDO, Bruno Garcia. Eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. **Revista Jurídica Unigran**, v. 15, n. 30, jul.- dez/2013, pp.97-110, p. 98-100.
[128] SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Poderes Éticos do Juiz:** a igualdade das partes e a repressão ao abuso do processo. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 87.

constitucional fundamental à prestação jurisdicional eficiente, inclusive no âmbito do Poder Judiciário. Isso reafirma o sentido da gestão processual, que no ambiente cooperativo do Processo democrático e expressamente incentivado pelo Código Processual Civil vigente, ganha contornos mais amplos e interessantes.

Isso porque, para além da gestão exercida pelo juiz, à luz das diversas disposições da legislação processual que lhe atribuem esse poder-dever, renova-se a importância da gestão dialogal e eficiente do processo.[129] Por este viés as partes envolvem-se na gestão de processo, numa comunidade de trabalho que se desenvolve no seio da relação processual, conforme já se apontou ao longo dos itens anteriores (2.3.1 a 2.3.4).

Além do diálogo proporcionado pelo exercício do contraditório, a crescente permeabilidade do sistema ao fenômeno da convencionalidade processual tem lançado novas luzes ao tema, que é também o objeto desta pesquisa. Não há dúvidas de que a celebração de convenções processuais é valorosa técnica de gestão processual e, portanto, importante ferramenta que, bem usada, contribui para a melhoria da prestação jurisdicional em diversos aspectos.[130]

Ao fim deste Capítulo, portanto, é possível afirmar que o Processo Civil democrático deve se desenvolver a partir de alguns vetores, especialmente representados *(i)* pela compreensão do Poder Judiciário como espaço legítimo ao exercício democrático, por meio do exercício da comunicação e cooperação; *(ii)* pela valorização do autorregramento da vontade permitindo às partes atuarem na nomogênese processual; *(iii)* pelo aplicabilidade do princípio da eficiência em sentido amplo e estrito, sem o qual dificilmente se alcançará a efetividade da tutela jurisdicional.

Esses vetores favorecem o reconhecimento e a implementação da convencionalidade em matéria processual, ainda que em ambiente processual predominantemente público como o que ainda se tem no Brasil. Neste sentido, há que se trabalhar a permissão ao autorregramento processual pelas partes não numa perspectiva exclusivamente privatística.

---

[129] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodium, 2016, p. 196-201.
[130] DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais.** 3. ed. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 165-212, p. 168-172.

Ao contrário, a carga democrática do processo ao mesmo tempo que admite a manifestação da autonomia das partes, lhe deve impor os contrapesos indispensáveis.

3 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Fixadas as premissas principais da pesquisa no Capítulo anterior, torna-se possível avançar ao estudo dos negócios jurídicos processuais, amplamente considerados, conduzindo o estudo ao aprofundamento temático das convenções processuais aplicadas à matéria probatória. O propósito nesta etapa da pesquisa é fornecer os subsídios às propostas de tratamento das convenções processuais em matéria de prova, como também ao estudo das interações entre elas e os poderes do juiz.

Por razões de ordem metodológica, inicialmente serão apresentados conceitos da Teoria do Direito diretamente vinculados ao tema amplo dos negócios jurídicos, que mais adiante servirão de base à delimitação das convenções processuais, e mais especificamente, aquelas relativas à prova.

Encaminhando-se para a análise do crescimento da convencionalidade no ambiente processual, serão apresentadas algumas raízes do fenômeno nos séculos XX e XXI, responsáveis pelo declínio do legiscentrismo e favorecimento da retomada do autorregramento da vontade voltada ao processo.

Na mesma linha, serão apresentados antecedentes legislativos que, no Brasil, dão conta da existência praticamente ininterrupta de exemplos de negócios jurídicos processuais. Com isso se pretende reafirmar que as disposições do Código de Processo Civil de 2015 não são absolutamente inovadoras, porém têm o mérito de ampliar as hipóteses positivadas e de criar – nisso, sim, a inovação – uma cláusula geral de negociação.

3.1 DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS E TERMINOLÓGICAS

Inicialmente importa delimitar conceitos importantes à construção da tese, assim como tecer esclarecimentos terminológicos, pois o prosseguimento da pesquisa impõe a

delimitação mais precisa possível do seu objeto. Faz parte desse propósito a adoção de expressões mais adequadas e técnicas.

Tradicionalmente a elaboração conceitual do negócio jurídico coube à doutrina do direito privado, pois ali encontra maior espaço, pelas razões expostas no Capítulo 2. Todavia, em reforço ao raciocínio que se tem desenvolvido ao longo do trabalho, não se trata de instituto restrito ao direito privado, menos ainda ao Direito Civil. A compreensão do negócio jurídico como conceito jurídico fundamental não o limita a um ou outro ramo do Direito. Ao contrário, deve ser entendido como categoria de natureza geral, ou seja, pertencente à Teoria do Direito.

O propósito desta pesquisa não é o aprofundamento o tema, visto que escapa ao seu próprio objeto. Porém, convém apresentá-lo com a abrangência necessária a apenas situar o leitor para as construções que se seguirão ao longo do texto. Assim, as teorias surgidas nessa trajetória evolutiva do conceito partiram de perspectivas ou ligadas à gênese do negócio jurídico (expressão da vontade); à sua função (normativa) ou à sua estrutura (elementos componentes).

Para a teoria voluntarista ou subjetivista, o negócio jurídico se caracteriza pela vontade do agente em obter efeitos práticos ("fine pratico tutelo dall'ordinamento giuridico"[131]) ou jurídicos (criação, modificação ou extinção de relações jurídicas)[132]. Vale dizer que, sendo o ato jurídico fundamentalmente um ato de vontade praticado com vistas a um fim, no negócio jurídico essa vontade se canaliza à produção dos efeitos pretendidos pelos agentes.

À luz dessa teoria, o negócio jurídico é analisado a partir de perspectiva psicológica em que a vontade assume a condição de desencadeadora dos seus efeitos jurídicos[133]. Por

---

[131] FERRARA, Luigi Cariota. **Il negozio giuridico nel diritto privato italiano.** Napoli: Casa Editrice A. Morano, ?, p. 59-60.

[132] Antônio Junqueira de Azevedo afirma que a teoria voluntarista apresenta diferentes matizes no que se refere à qualificação dos efeitos pretendidos pelo(s) agente(s) do negócio jurídico, razão pela qual se dividem em práticos ou jurídicos. (**Negócio jurídico:** existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 8). Em virtude do corte temático deste trabalho a controvérsia não será tratada em profundidade. De todo modo, para aprofundamento vide: BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico** (ristampa corretta della II edizione). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 54-74.

[133] A perspectiva psicológica do dogma da vontade para a teoria voluntarista foi objeto de crítica por Emilio Betti, especialmente porque, segundo o autor, a relevância e necessidade de reconhecimento social do negócio jurídico impede a sua compreensão como mero fato psicológico interno ao agente (Ibidem, p. 55).

sua vez, a teoria preceptiva ou objetivista realça a função normativa do negócio jurídico, assim entendido como "um comando concreto ao qual o ordenamento jurídico reconhece eficácia vinculante"[134]. É possível notar que o enfoque dessa compreensão não está na formação do negócio como ato de vontade, mas sim na sua aptidão como meio legítimo de criação de normas jurídicas (preceitos) a partir da autorregulação das relações mútuas dos indivíduos[135].

Finalmente, o conceito estrutural de negócio jurídico não enfatiza a sua gênese, tampouco a sua função, senão os elementos que o compõe. Segundo Antônio Junqueira de Azevedo, ao contrário das teorias anteriormente expostas (voluntarista e preceptiva), a definição do negócio jurídico a partir da sua estrutura constitutiva põe em relevo aspectos da ciência do Direito, ao invés de psicológicos (vontade) nem sociológicos (autorregramento de relações)[136].

Segundo essa perspectiva,

> negócio jurídico é 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[137].

A sua nota marcante está em ser uma declaração de vontade qualificada por circunstâncias negociais que conduzem ao reconhecimento social de que tal manifestação se destina à produção de efeitos jurídicos. Esses são atribuídos pelo Direito em correspondência àqueles que foram manifestados pelo agente como queridos[138].

---

[134] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico:** existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 15.
[135] Assim como a teoria voluntarista, a teoria preceptiva também sofreu críticas contundentes essencialmente em torno da (im)possibilidade de que o negócio jurídico crie normas jurídicas. De acordo com Luigi Cariota Ferrara, "dal negozio giuridico possono scaturire solo *rapporti giuridici*, non *precetti*, e che se scatuiscono gli uni non possono aversi gli altri, e viceversa" (**Il negozio giuridico nel diritto privato italiano.** Napoli: Casa Editrice A. Morano, ?, p.98).
[136] AZEVEDO, op. cit., p. 19.
[137] Ibidem, p. 20.
[138] Ibidem, p. 21-27.

Em outras palavras, o suporte fático do negócio jurídico constitui a manifestação consciente de vontade e direcionada à sua conclusão, a que Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda chamava "vontade de negócio"[139]. Nisso o conceito estrutural se distancia – embora não invalide por completo – as concepções voluntarista e preceptiva.

De outro modo, põe ênfase na manifestação qualificada da vontade, a saber, direcionada e apta ao autorregramento voltado à criação, modificação ou extinção de relações jurídicas[140]. E nisso se diferenciam dos atos processuais, em cujo suporte fático não há espaço para o autorregramento.

Ao longo de sua evolução, o negócio jurídico foi concebido a partir de diferentes perspectivas, que levaram em conta não apenas a sua dimensão jurídica, mas também aspectos oriundos dos paradigmas estatais vigentes em cada momento. Exatamente por isso é possível afirmar que seu conceito sofreu alterações para adaptá-lo às realidades impostas, por exemplo, pelo modelo liberalista (com maior ênfase ao individualismo e à autonomia privada) e, posteriormente, às exigências do Estado Social e do Estado Democrático de Direito, que projetaram sobre o negócio jurídico a eficácia de direitos fundamentais constitucionais[141], funcionalizando-o[142].

A isso acrescente-se que, desde a Constituição Federal de 1988 e mais precisamente do Código Civil de 2002, as relações privadas (em especial as patrimoniais e negociais) tiveram seu enfoque ampliado, para se projetar em caráter ultrassubjetivo. Significa que no

---

[139] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, parte geral, tomo III: Negócios Jurídicos. Atual. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Junior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 58-59.

[140] "Todo negócio jurídico cria *relação jurídica*, constituindo, ou modificando, ou constituindo negativamente (extintividade) direitos, pretensões, ações, ou exceções" (Ibidem, p. 61 – grifo do autor).

[141] Para não fugir aos limites deste trabalho, não se analisará com profundidade o tema. Assim, sobre o reflexo eficacial dos direitos fundamentais nas relações privadas vide: LIMA, Jairo Néia. **Direito fundamental à inclusão social**: eficácia prestacional nas relações privadas. Curitiba: Juruá, 2012. Também: NALIN, Paulo. **Do contrato:** conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2004.

[142] "A autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema de normas constitucionais" (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil:** introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 277).

contexto atual não se admite pensar o negócio jurídico, por exemplo, limitadamente aos seus celebrantes. Ainda que os seus efeitos diretos se produzam de forma restrita aos contratantes, ele se projeta e interessa à sociedade como um todo[143].

Partindo dos conceitos estruturados e firmados no direito privado, a doutrina processual civil, ao estudar o fato e o ato processual, também faz incursões ao tema dos negócios jurídicos. Francesco Carnelutti, por exemplo, aponta o negócio jurídico como

> manifestazione di volontà privata diretta a produrre um effetto giuridico, cioè a costituire, a modificare o a sciogliere un vincolo giuridico", este entendido como uma obrigação. Diante disso, ressalta que "il negozio giuridico è il diritto subbiettivo in esercizio, o, in altri termini, il modo di esercizio del diritto subbiettivo[144].

Conforme será analisado mais detidamente nos itens 3.3 e 3.4 a seguir, um dos entraves ao reconhecimento da existência de negócios jurídicos processuais pela doutrina sempre esteve ligado à suposta irrelevância da atuação da vontade das partes no processo. Isso se dá especialmente quanto à autorregulação dos efeitos do ato processual - do qual o negócio jurídico é espécie – pois estaria previsto antecipadamente na lei.[145]

Para estabelecer o conceito de negócio jurídico processual utilizado nesta pesquisa parte-se da sua concepção estrutural, por entender que o conceito dela extraído se aproxima da linha ora desenvolvida. A articulação dos elementos estruturantes do negócio jurídico proposta por aquela concepção se apresenta mais adequada à transposição ao Direito Processual.

Isso porque, ao estabelecer o núcleo[146] do negócio jurídico como sendo a declaração de vontade consciente e voltada ao autorregramento de relações ou situações jurídicas, não

---

[143] MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: ALVIM, Manuel Arruda; ALVIM, Thereza (Coords.). **Comentários ao Código Civil brasileiro:** Parte geral, vol. I (arts. 1º a 103). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 141.

[144] CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile**. Padova: La litotipo – Editrice Universitaria, 1920, p. 84-85 (grifo do autor).

[145] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 6. ed. V. II. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 481-489.

[146] Conforme a nomenclatura utilizada por Marcos Bernardes de Mello. Segundo o autor, o suporte fático dos negócios jurídicos é composto por *elementos nucleares* (subdivididos em *cerne* e *elementos completantes*) e *complementares*, que se referem aos planos da existência e validade ou eficácia, respectivamente. Há ainda os

se nega existência – e pode-se dizer até mesmo necessidade – de limitação à regulação do complexo eficacial dele decorrente.

É oportuno realçar uma vez mais a existência de limites predeterminados e de amplitude vária direcionados tanto à escolha da categoria jurídica, como à estruturação total ou parcial do conteúdo eficacial do negócio jurídico[147]. Diversamente, na classe dos atos processuais em sentido estrito, a manifestação de vontade das partes restringe-se à opção pela prática ou não do ato, sem ingerência na estipulação do seu conteúdo eficacial.

Transpondo o conceito para o âmbito do Direito Processual, pode-se conceituar negócio jurídico processual como "declarações de vontade unilaterais ou plurilaterais admitidas pelo ordenamento jurídico como capazes de constituir, modificar e extinguir situações processuais, ou alterar o procedimento"[148].

Em outra perspectiva, Pedro Henrique Nogueira o define como

> 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 estabelecer, dentre os limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais[149].

Por situação jurídica se entende "toda e qualquer consequência que se produz no mundo jurídico em decorrência do fato jurídico, englobando todas as categorias eficaciais [...]; define, portanto, qualquer posição em que um sujeito de direito se encontre no mundo

---

elementos ou *atos integrativos*. Estes, apesar de não comporem o suporte fático do negócio jurídico, consistem na prática de ato jurídico por terceiro (geralmente autoridade pública) com vistas à irradiação de determinado efeito adicional aos efeitos ordinários do negócio (**Teoria do fato jurídico:** plano da existência, 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 54-64).

[147] Neste aspecto, merece destaque a explicação de Pedro Henrique Nogueira no sentido de que nem mesmo no plano do direito material se exige correspondência unívoca entre o autorregramento da vontade e os efeitos do ato. Ao contrário, é possível que alguns de seus efeitos permaneçam previstos de antemão na norma legal, a despeito da celebração de negócio jurídico processual (NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais.** 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2018, p. 182).

[148] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais.** 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2018, p. 52.

[149] NOGUEIRA, op. cit., p. 175.

jurídico”[150]. Empregando-se esta noção ao Direito Processual, tem-se que em decorrência de um fato processual (compreendendo os atos e negócios processuais) se estabelece uma determinada situação jurídica processual.

Os conceitos adotados permitem a harmonia necessária entre o autorregramento da vontade e a predominância publicista do Processo Civil, equilibrando-os. Em ambos os conceitos referidos é evidente o destaque *(i)* à existência a uma norma jurídica autorizativa ao autorregramento de situações processuais pelas partes; e *(ii)* à limitação desse poder.

Reforçando o conteúdo exposto nos itens 2.2.1 e 2.3.2 do Capítulo anterior, o autorregramento da vontade será mais ou menos limitado a depender de alguns fatores combinados e não exclusivamente jurídicos, senão também políticos, ideológicos, sociais e culturais. Os limites ao autorregramento da vontade decorrem das prescrições normativas específicas aos negócios jurídicos, e também – como não poderia deixar de ser - da interpretação integral do sistema processual, a começar do texto constitucional.

De acordo com a linha que se tem defendido ao longo da pesquisa, a bitola do autorregramento da vontade pelas partes no ambiente processual é inegavelmente menor em comparação ao que se verifica no direito privado. E mesmo no Direito Processual a manifestação da vontade das partes encontra limites variáveis, mais ou menos amplos[151].

Há de se observar, ainda, que para a categorização do negócio jurídico como *processual* são indiferentes o *locus*, o momento da sua celebração e também o agente. Importam diretamente o seu conteúdo – situações processuais e procedimento – e a referibilidade a um processo futuro[152].

---

[150] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:** plano da eficácia (1ª parte). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95. Esclareça-se que o autor apresenta ainda outros sentidos mais estritos, que não interessam diretamente aos fins deste estudo.

[151] Por desbordarem do recorte proposto para o tema, questões relativas às limitações (de validade e eficácia) das convenções processuais serão tratadas adiante, e apenas na profundidade necessárias para a pesquisa. Contudo, faz-se oportuno destacar a explicação de Paula Costa e Silva no sentido de que “a expressão negócio processual pode induzir em erros e através dela se pretende, uma vez mais, afirmar que todos os efeitos introduzidos por um acto processual devem ser abrangidos pela vontade do respectivo autor. Há efeitos do acto processual negocial que continuam a estar tabelados. Os efeitos que os actos, independentemente do respectivo conteúdo e zona de ataque, têm no processo estão estabelecidos por lei” (**Acto e processo:** o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 270).

[152] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais.** 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2018, p. 52. No mesmo sentido: NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 3. ed. rev.

Postas as questões conceituais, outro esclarecimento pertinente nesta etapa diz respeito à utilização do termo "contratualização do processo" difundida na doutrina nacional e estrangeira sobre o tema, tem origem possivelmente na Alemanha por força da expressão *prozessverträge*, que em tradução literal corresponde à locução "contratos processuais"[153].

Qualquer avaliação sobre a adequação ou não da expressão relaciona-se ao sentido que se atribui a *contrato*. Por certo não se pretende fazer referência ao caráter econômico do conceito[154], mas sim ao seu aspecto negocial. Ou seja, remete à noção de convergência de vontades manifestadas ou consenso entre partes para autorregulação de determinada situação. Neste caso, de natureza processual.

Portanto, melhor seria o uso da locução "convenções processuais"[155], exatamente para excluir qualquer referência de cunho econômico-negocial, bem como realçar a ideia de declarações expressas de vontade das partes sobre matéria processual, sem confundi-las com as convenções que tenham por objeto questões materiais, a exemplo da transação.

A expressão proposta remete à manifestação convergente de vontades pelas partes em posições processuais distintas, sem o viés econômico e sem a necessidade de que os interesses estejam contrapostos[156]. Todavia, conforme se verá com mais detalhes no item 3.3 adiante, o sistema processual brasileiro reconhece a possibilidade de que também por meio de manifestações unilaterais seja possível constituir, modificar ou extinguir situações

---

ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2018, p. 175-183. Convém registrar que os autores ora mencionados divergem quanto aos critérios do conceito de negócio jurídico processual, pois diferentemente de Pedro Henrique Nogueira, Antonio do Passo Cabral entende desnecessária a inclusão da possibilidade de "escolha da categoria jurídica", por considerar o termo desprovido de sentido técnico-jurídico e não correspondente a uma atuação exclusivamente negocial do agente (CABRAL, op. cit., p. 73).

[153] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. In: _____. **Temas de direito processual:** terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 87-98, p. 88.

[154] Para Enzo Roppo, embora o contrato seja um conceito jurídico, não é esta a sua única e exclusiva dimensão. Ao contrário, os conceitos jurídicos refletem sempre uma realidade externa ao próprio Direito, que lhes servem de substrato. "As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de *operação económica*. De facto, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediatamente – para a ideia de operação económica". Por isso o autor propõe falar em "contrato-conceito jurídico" e "contrato-operação econômica", sendo aquele a formalização deste (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 8-9).

[155] MOREIRA, op. cit., p. 89. No mesmo sentido: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais.** Salvador: JusPodium, 2016, p. 54-55.

[156]Ibidem, p. 56.

processuais, conforme consta expressamente o *caput* do artigo 200 do Código de Processo Civil[157].

Logo, falar em "convenções processuais" exclui, naturalmente, tais manifestações que também podem assumir a condição de negócio jurídico processual. Daí porque neste momento da pesquisa se preferiu fazer referência genericamente à tendência ao exercício da consensualidade no processo.

A partir do próximo Capítulo que se restringirá a análise às convenções processuais propriamente ditas (em matéria probatória), consistentes nas manifestações bilaterais de vontade. Insiste-se que se trata de opção acadêmica condizente com o recorte e as diretrizes deste trabalho sem, contudo, invalidar o uso de outras expressões encontradas na doutrina a exemplo de *contratos, acordos, avenças, protocolos* ou *pactos* processuais.

3.2 AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSUALIDADE RELATIVOS AO LITÍGIO E AO PROCESSO NOS SÉCULOS XX E XXI

Expostas no Capítulo anterior as bases sobre as quais se assenta a pesquisa e que nortearão o seu desenvolvimento, importa identificar a relação que se estabelece entre o cenário processual cooperativo e os movimentos tendentes à consensualidade voltada aos aspectos materiais litígio e do processo no direito contemporâneo.

A densificação dessa tendência privilegia o processo participativo e dialogado, cujas vantagens podem ser sentidas na sua gestão mais eficiente como um todo. Vale dizer, em sua dimensão interna (do desenvolvimento do procedimento e satisfação das partes no plano do direito material) e externa ou estrutural (relativa ao funcionamento órgão judiciário)[158].

---

[157] "Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais".

[158] ZUFELATO, Camilo. Flexibilização procedimental e gestão processual no direito brasileiro. In:_____ et al. **I colóquio Brasil-Itália de direito processual civil**. Salvador: Juspodium, 2016, pp. 245-264, p. 261-262.

Mas não somente isso. Para além dos benefícios jurídicos o estímulo à consensualidade[159] traz consigo componentes sociais e políticos relevantes, de emancipação do indivíduo e de exercício de cidadania democrática em espaços antes improváveis. Em qualquer das vertentes da negociação (do litígio ou do processo) as partes são levadas à comunicação construtiva, seja para a solução material do litígio ou para ajustar as regras do jogo processual.

Recorrendo mais uma vez à concepção *habermasiana*, o exercício da democracia participativa se mostra como alternativa à redução da tensão permanente entre autonomia pública (Estado) e autonomia privada (sociedade), rompendo a noção de exclusividade de uma ou outra na tomada de decisões. O que se propõe é a releitura dos processos democráticos a partir da comunicação, com o enfrentamento de problemas por meio do exercício discursivo e da identificação de soluções cooperativas de questões reais, incluindo a negociação de compromissos[160].

Transferindo o raciocínio para o âmbito jurídico, a abertura à convencionalidade se alinha aos vetores do Estado Democrático de Direito e contribui para mitigar a antítese entre publicismo e privatismo, ampliando os espaços de consensualidade na ordem jurídica. Frise-se, ademais, que a possibilidade de que as partes se valham do acordo de vontades como forma de solução de disputas pode ter como objeto tanto o litígio (que tem inegáveis implicações processuais), como o processo[161].

---

[159] Mais diretamente os mecanismos voltados à solução material do litígio, visto que as partes participam ativamente da solução das próprias questões de maneira mais adequada à sua realidade particular, sem contar a possibilidade de manutenção (ou menor degradação) das relações envolvidas.

[160] HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez:** sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoria del discurso. 4 ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 384.

[161] "La contractualisation du procès né se réduit pas, em effet, à la seule contractualisation du litige, qu'il s'agisse d'en anticiper la survenance au moyen de clauses contractuelles relatives aux différends, ou d'en élaborer la solution grâce aux diffèrentes formes de négociation et de conciliation, judiciaire ou conventionnelle; elle doit également s'entendre de la contractualisation de la procédure elle-même. Cette contractualisation de la procédure evoque d'emblée l'arbitrage et il est vrai que l'arbitrage trouvant as source dans la convention des parties peut apparaître comme une procédure de type contractuel" [CADIET. Loïc. La qualification juridique des accords processuels. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios processuais.** Salvador: Juspodium, 2015, pp. 93-103, p. 94]. Em sentido semelhante: CADIET, Loïc. La tendance a la contractualisation de la justice et du procés. **Revista de processo**, vol. 261, nov./2016, pp. 117-137. Disponível em: http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001634aa21ed32a3acba0&docguid=Iab0a23508f9b11e6862e010000000000&hitguid=Iab0a23508f9b11e6862e010000000000&spos=2&epos=2&td=2&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 10 maio 2018.

Ao longo da evolução do Direito o fenômeno se manifestou através dos meios autocompositivos[162] e heterocompositivos, com variações tanto no modo de realização como também na amplitude de sua utilização[163]. É bem verdade que durante longo período a monopolização da jurisdição e da atividade legislativa sobre processo, pelo Estado, acabou por provocar certo alijamento das partes quanto à iniciativa para a solução dos seus litígios, concentrando essa função na pessoa do juiz[164].

No Brasil ainda se nota a predominância da cultura da litigância e a preferência pela busca da jurisdição estatal, com espaço relativamente pequeno às soluções consensuais, apesar de muitos avanços obtidos ao longo das últimas décadas. É digna de registro a atuação do Conselho Nacional de Justiça na promoção de meios alternativos de resolução de controvérsias, expressa na Resolução nº. 125/2010, que implantou da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos. A pretensão de uma nova arquitetura – alinhada à democracia constitucional – para a tutela dos direitos tem sido denominada "Justiça Multiportas".

Nesse contexto, técnicas como mediação e conciliação são incentivadas expressamente pelo Código de Processo Civil de 2015. O artigo 3º, por exemplo, não apenas permite o recurso à arbitragem (§ 1º), como também estabelece que "o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos" (§ 2º). Diz ainda que "a

---

[162] Dentre as modalidades clássicas de autocomposição, a transação, a conciliação e a mediação são as que se alinham à noção de contratualização, enquanto manifestação bilateral da vontade das partes está voltada à solução do litígio.

[163] Analisando o fenômeno a partir da experiência francesa, afirma Loïc Cadiet: "las convenciones relativas al proceso no son entonces tan nuevas; se inscriben dentro de uma antigua tradición contractualista em materia de regulamento de conflictos, se trate del análisis contractual Del vínculo de instancia, herdado de la *litis contestatio* del derecho romano, o del papel que la conciliación, la transacción, la composición o el compromiso han desempeñado siempre em derecho francés desde la Edad Media" (Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de la contractualización Del proceso y de la justicia em Francia. **Civil procedure review**, v. 3, n. 3, aug-dec./2012, pp. 3-35, p. 4. Disponível em www.civilprocedurereview.com. Acesso em: 03 ago. 2015).

[164] "Essa nova fase, iniciada no século III dC, é, por isso mesmo, conhecida por período da *cognitio extra ordinem*. Com ela completou-se o ciclo histórico da evolução da chamada *justiça privada* para a **justiça pública**: o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo-lhe da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses" (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 23, grifos dos autores). Atualmente, vale dizer, a atividade jurisdicional não é exclusividade do Estado, ante o reconhecimento do caráter jurisdicional da arbitragem, ainda que a sua origem seja contratual, como afirma Carlos Alberto Carmona: "em conclusão, o compromisso é negócio jurídico processual através do qual 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" (**Arbitragem e processo:** um comentário à Lei 9.307/96. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2006, p. 171).

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" (§ 3º).

Convém mencionar também a modificação introduzida pelo artigo 334, com a inclusão da audiência de conciliação ou de mediação no início ainda na fase postulatória do procedimento, que não acontecerá apenas nas hipóteses do parágrafo 4º da citada norma, quando houver recusa expressa das partes à sua realização (inciso I) ou, por razões lógicas, quando o caso concreto não admitir a autocomposição (inciso II).

Ainda parece cedo para avaliar os resultados da postura adotada pelo Código atual, mas é certo que o Poder Judiciário tem à sua frente a missão de se estruturar e capacitar os seus membros e servidores ao enfrentamento das novas realidades que se impõem. Insta salientar que, em consonância com a temática da pesquisa, o estudo enfocará primordialmente a dimensão processual do fenômeno, porquanto o desestímulo à atuação da autonomia da vontade no processo foi ainda mais acentuado.

A intensificação dos movimentos socializantes do processo a partir do século XIX imprimiu ao processo civil caráter predominantemente publicista e centrado na figura do juiz como ator principal, circunscrevendo a autonomia privada das partes aos estreitos limites do princípio dispositivo[165].

Importa reiterar, à luz do que foi exposto nos itens do capítulo anterior, que a feição *hiperpublicista* foi essencial naquele momento histórico para afirmação do Direito Processual em sua cientificidade e autonomia relativamente ao direito material. Porém, trouxe consigo o mito da impossibilidade praticamente absoluta de que as partes participassem da nomogênese processual, estabelecendo, consequentemente, a lei como fonte principal do direito processual[166].

---

[165] Essas questões foram tratadas mais detidamente no capítulo anterior deste trabalho.

[166] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodium, 2016, p. 164. O autor ressalta que, apesar disso, o texto constitucional não faz qualquer reserva à lei para exclusividade de regulação do direito processual, admitindo-se outras fontes da norma legislada, a exemplo do costume. A partir daí parece possível concluir que o dogma da intangibilidade do processo pela autonomia privada decorre muito mais diretamente da opção política e ideológica por um sistema predominantemente publicista. No mesmo sentido: CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, anno LXII – Supplemento al fascicolo 3/2008. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2008, pp. 99-119, p. 103-104.

Esses são fatores que, nas palavras de Remo Caponi[167], condicionaram historicamente a antítese entre contratualização e processo. Enquanto o contrato traduz a existência de acordo, o processo tem como suporte a existência de conflito, reforçando o aparente paradoxo entre ambos[168]. Com isso, a doutrina dos negócios jurídicos se desenvolveu atrelada muito mais ao direito material privado.

Em sentido oposto, no direito processual, a vontade das partes se restringiu prioritariamente à opção pela prática ou não do ato processual, e não à eleição dos seus efeitos, os quais se produzem independentemente da manifestação volitiva (positiva ou negativa) do agente.

Todavia, à proporção da dinamização das relações sociais e comerciais evidenciou-se a insuficiência estatal em regular condutas a partir da imposição normativa unilateral. É bom que se diga que tal incapacidade não se avalia quantitativamente, ou seja, pelo volume de atos normativos de um Estado, por exemplo. Ao contrário, quantidade legislativa não garante regulação eficiente das condutas humanas. Numa sociedade de relações cada vez mais complexas e voláteis, a dificuldade de regulação pelo Direito legislado tende a se acentuar.

É o que Loïc Cadiet chama de declínio do legiscentrismo[169], fenômeno que se desenvolveu a partir dos anos 60 no caso da França[170], a que faz também referência Remo Caponi[171]. É exatamente neste ponto que ganham relevo as convenções processuais como mecanismo de ampliação dos espaços de liberdade, capaz de promover o deslocamento da ordem jurídica imposta para a ordem jurídica negociada[172].

---

[167]Ibidem, p. 101-102.

[168] CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès em droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, anno LXII – Supplemento al fascicolo 3/2008. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2008, p. 7-35, p 7. O autor utiliza os termos *contrato*, *contratualização*, mais comum ao Direito francês, o que não invalida a preferência de se usar, neste trabalho, expressões de sentido mais abrangente e que destaquem a consensualidade como núcleo.

[169] Ibidem, p 10-11.

[170] Idem. Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia em Francia. **Civil procedure review**, v. 3, n. 3, aug-dec./2012, pp. 3-35, p. 4-5. Disponível em www.civilprocedurereview.com. Acesso em: 03 ago. 2015.

[171] CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, anno LXII – Supplemento al fascicolo 3/2008. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2008, pp. 99-119, p. 100-101.

[172] "La réflexion sur la contractualisation de la justice, du procès ou, plus généralement des modes de réglement des différends, depuis une quinzaine d'années, participe assurément de ce mouvement qui traduit l'emergence

Logo, o incentivo à convencionalidade[173] não se ampara somente no prestígio ao autorregramento da vontade, mas decorre muito possivelmente do reconhecimento, pelo Estado, de "sua incapacidade de gerir o processo civil, especialmente num cenário de forte congestionamento de processos"[174]. Por essa razão o Estado franqueia às partes a participação na "gestão de fases e nos atos importantes do processo"[175], como forma de enfrentamento de situações de crise na prestação jurisdicional.

Significa, mais amplamente, tratar dos diferentes mecanismos de tratamento de conflitos como também de gestão processual, podendo ser uma resposta viável à crise da justiça, o abarrotamento dos tribunais e a morosidade de tramitação[176]. Sabe-se que fatores como lentidão, publicidade, imprevisibilidade de resultado ou necessidade de especialização do julgador para determinados assuntos[177] têm determinado, ao longo dos anos, a retomada dos espaços de consensualidade, ampliando o incentivo aos meios alternativos de solução de disputas.

Em sentido mais amplo, a crise da regulação estatal e da administração da Justiça seguem estimulando o reposicionamento da autonomia privada no sistema e, consequentemente, o resgate de espaços de convencionalidade como importante instrumento de gestão processual voltado, em última análise à eficiência jurisdicional.

A análise exige alguma incursão histórico-evolutiva, na medida necessária ao esclarecimento de retomada da consensualidade no processo civil. Assim, a pretensão de um

---

d'un ordre juridique negocie entre les acteurs sociaux, à cote de l'ordre juridique imposé par l'Etat" (CADIET, op. cit., 2008, p. 7-35, p. 9).

[173] Sobretudo no âmbito processual.

[174]BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo. **Revista de processo**, vol. 269, a. 42, p. 139-149, jul./2017, p. 140.

[175]Ibidem, p. 140.

[176] "D'autre part, d'um point de vue plus particulier, le renouvellement actuel tient à au nouvel usage qui est fait de la technique contractuelle, comme une dês réponses possibles à la crise de la justice, à l'encombrement des tribunaux et l'allongement dês procédures: d'abord, em amont du litige, les parties recourent de plus en plus à la convention comme instrument d'anticipation conventionnelle du réglement de leur différend; par ailleurs, une fois le litige né, le recours au contrat s'opère au sein même de l'institution judiciaire comme un instrument de gestion de l'instance" (CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès em droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, anno LXII – Supplemento al fascicolo 3/2008. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2008, p. 7-35, p. 10). Vide também: CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia em Francia. C**ivil procedure review**, v. 3, n. 3, aug-dec./2012, pp. 3-35, p. 6. Disponível em www.civilprocedurereview.com. Acesso em: 03 ago. 2015.

[177] Esses fatores isolados ou conjuntamente têm sido decisivos, na prática, nas hipóteses em que se opta pela jurisdição arbitral, por exemplo, em lugar da atuação estatal.

estudo a partir de tal perspectiva é de proporcionar a compreensão do contexto e das razões que levam à permeabilidade do sistema processual à manifestação de vontade das partes. Ademais, permite refletir sobre as bases em que se assenta a experiência brasileira nesse campo e quais os seus propósitos no direito vigente. A adequada elucidação dos aspectos estruturantes do fenômeno da contratualização voltada ao processo é fundamental à operacionalização eficiente das convenções processuais. São eles que fornecem os elementos capazes de auxiliar as partes na celebração e, de outro lado, o indispensável exercício do controle pelo magistrado, objeto central de que se ocupa a pesquisa.

No direito europeu, por exemplo, as convenções processuais voltaram a ser tema de estudo nas primeiras décadas do século XX e mais tarde foram implementadas como mecanismo de enfrentamento e gestão da crise judiciária, diante da necessidade de congregar celeridade processual, de um lado, e a qualidade da prestação jurisdicional, de outro, sempre com foco na eficiência.

Como ilustração disso tem-se a Alemanha que, sobretudo no período entre as décadas de 20 e 30, desenvolveu estudos sobre a admissibilidade das convenções sobre processo em questões específicas como a prova, e também a respeito de aspectos gerais e dogmáticos voltados à sua formação, requisitos e produção de efeitos.[178]

Apesar do entusiasmo acadêmico alemão não ter impactado de modo relevante a prática processual então vigente, as construções teóricas e o desenvolvimento de princípios favoráveis à abertura do ambiente processual à autonomia privada serviram de base para a sedimentação, anos mais adiante, das convenções processuais no país e em outros ordenamentos jurídicos europeus. Antonio do Passo Cabral faz menção expressa a importantes princípios como *o que não é proibido, pode ser permitido* e *in dubio pro libertate* cuja aplicação no Direito Processual foi defendida nas teses produzidas na Alemanha por Beweisverträge Sachse e Peter Schlosser[179], respectivamente[180].

---

[178] Posteriormente outros temas foram agregados aos estudos, retomando e expandindo a possibilidade de celebração das convenções relativas a diferentes áreas do processo como os custos e a execução, por exemplo (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais.** Salvador: Juspodium, 2016, p. 114-115).
[179] SCHLOSSER, Peter F. Einverständliches parteihandeln im deutschen zivilprozess. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios processuais.** Salvador: JusPodium, 2015, pp. 105-120, p. 118-119. No texto, o professor alemão enfatiza a liberdade das partes na celebração de convenções processuais, bem como na postura do juiz em não lhes impedir a produção de efeitos, em regra.
[180] CABRAL, op. cit., 2016, p. 114-115.

Atualmente, o crescimento da arbitragem e de outros mecanismos de solução de disputas pautados na vontade das partes tem reforçado a noção de que a lei não é fonte exclusiva da norma processual, que também pode se originar de instrumentos convencionais[181].

A despeito do papel relevante da Alemanha na (re)construção do ambiente doutrinário para a retomada dos espaços de convencionalidade no processo, o país - assim como o Brasil, conforme se verá adiante – busca o equilíbrio entre a atuação da autonomia privada e publicismo processual. Mesmo admitindo o recurso das partes à construção de normas processuais convencionais, dúvidas ainda existem quanto à possibilidade de celebração de convenções em que o Estado – incluindo aí o juiz[182] - seja parte[183]. Também como no Brasil, pela ausência de disposição legal específica, temas dessa ordem permanecem sem resposta consolidada e, acredita-se, dependerão em grande medida da atuação de doutrina e jurisprudência para sua definição.

Diferentemente do movimento observado no direito germânico, os estudos das convenções processuais na França não atingiram profundidade dogmática suficiente para desvinculá-las do direito privado, especificamente do regime das obrigações civis. Contudo, repercutiram de modo mais efetivo na prática judiciária daquele país, que implementou a contratualização processual como instrumento de gestão e enfrentamento de questões práticas ligadas ao desenvolvimento da litigiosidade, sobretudo a partir da metade da década de 80[184].

---

[181] Nessa esteira, o ordenamento alemão admite a negociação processual ao menos em duas modalidades: a primeira em sentido estrito, pela qual as partes definem as regras processuais de aplicação no caso concreto, inclusive excluindo normas existentes ou criando outras. A produção de efeitos de tais negócios é imediata e vincula não apenas as partes, mas se estende ao órgão jurisdicional. Outra possibilidade é a de estabelecer comportamentos para as partes diante das normas previstas no sistema sem, contudo, alterá-las (KERN, Cristoph A. Procedural contracts in Germany. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios processuais.** Salvador: Juspodium, 2015, pp. 179-191, p. 188-189).

[182] Como se propõe na fixação de calendário processual, por exemplo, no artigo 191 do Código de Processo Civil brasileiro.

[183]Embora não haja, a princípio, exclusão legal expressa, o sistema alemão prevê normas genéricas a respeito da participação de entes públicos, o que acaba dificultando sua implementação prática das convenções processuais no contexto da Administração Pública. Sobre isso ver a análise de KERN, op. cit., p. 189-190.

[184] A respeito do assunto ver: CANELLA, Maria Giulia. Gli accordi processuali francesi volti alla "regolamentazione collettiva" del processo civile. **Rivista trimestrale didiritto e procedura civile**, anno LXIV, n. 2, vol. 64. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2010, pp. 549-580. Ainda: BARROZO, Thais Aranda. O calendário processual no direito francês e no italiano: reflexos no novo Código de Processo Civil. In: ZUFELATO, Camilo et al. (coords). **I colóquio Brasil-Itália de direito processual civil**. Salvador: Juspodium, 2016, pp. 481-502.

Algumas condições foram cruciais para o favorecimento da contratualização em âmbito processual, apontadas por Antonio do Passo Cabral como justificadoras de um certo nível de "elasticidade normativa do procedimento"[185]. A primeira concerne à menor rigidez do sistema de preclusões do processo francês, o que imprime maior flexibilidade ou adaptabilidade procedimental às circunstâncias concretas do litígio[186]. Além disso, a Constituição Federal daquele país não reserva a regulação do Direito Processual à lei. Ao contrário, o artigo 34 constitucional admite a possibilidade de que as matérias, fora do espectro de regulamentação legal exclusiva, sejam disciplinadas por decreto do Poder Executivo[187]. Tal medida conduz, ainda que indiretamente, à compreensão de outras vias de regulamentação de situações processuais.

Numa perspectiva evolutiva, a estipulação de convenções processuais na França se voltou inicialmente à solução de problemas práticos enfrentados pelas instâncias judiciárias daquele país em decorrência dos mecanismos legais de adaptação procedimental disponíveis à época. Considerando a permissão do sistema francês a outras fontes normativas do procedimento que não exclusivamente a lei, recorreu-se à celebração dos chamados protocolos coletivos "... para padronização de formalidades processuais"[188], especialmente aqueles ligados à *mise en état* (correspondente ao momento de produção probatória próprio das causas submetidas ao *circuit moyen* e *ciruit long*[189]), além de questões relativas à informatização do processo como a comunicação e prática de atos processuais[190].

---

[185]CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais.** Salvador: Juspodium, 2016, p. 117.

[186] "É bene chiarire che le norme processual contenute nel *code di procédure civile* (d'ora in poi *c.p.c.*) sono state formulate per poter essere utilmente applicate dal giudice a seconda dela complessità della lite, favorendo uma trattazione più personalizzata ed efficace" (CANELLA, Maria Giulia. Gli accordi processuali francesi volti alla "regolamentazione collettiva" del processo civile. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, anno LXIV, n. 2, vol. 64. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2010, pp. 549-580, p. 550, grifo do autor).

[187](FRANÇA, Constituição da República Francesa, de 04 de outubro de 1958. Disponível em http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp. Acesso em: 30 abr. 2018, grifo nosso)

[188] CABRAL, op. cit., p. 118.

[189] Para os processos nos *Tribunals de Grande Instance* – que têm competência em primeiro grau de jurisdição para causas de valor menor – o sistema francês prevê três modalidades de procedimento – *circuit court, circuit moyen* e *circuit long* – adaptáveis à complexidade do caso concreto, segundo avaliação do juiz. Somente naqueles dois últimos circuitos há o ingresso à fase instrutória, restingindo o *circuit moyen* a provas menos complexas. Sobre o assunto ver: CANELLA, op. cit.; BARROZO, Thais Aranda. O calendário processual no direito francês e no italiano: reflexos no novo Código de Processo Civil. In: ZUFELATO, Camilo et al. (coords). **I colóquio Brasil-Itália de direito processual civil**. Salvador: Juspodium, 2016, pp. 481-502, p. 485-486.

[190] ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da "contratualização" do processo. **Revista de processo**, vol. 193, mar./2011, pp. 167-200, p. 9. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000016331dd65d90f0341d0&docguid=Ic54dc100659311e0bd4c0000855dd350&hitguid=Ic54dc100659311e0bd4c0000855dd

Até mesmo em razão do seu objeto, os protocolos de procedimento ora mencionados eram firmados entre Tribunais[191] e instituições representativas de profissionais vinculados à função judiciária. Isso permitia a adaptação de regras do processo às especificidades locais ou regionais ou à sua harmonização caso se mostrassem de difícil aplicação prática dada a excessiva individualização de tratamento admitida pelo Código francês[192].

Num segundo momento, a experiência da pactuação coletiva passou também aos processos individualmente considerados, com a celebração de *contrat de procédure* entre as partes ou entre as estas e o juiz – como no caso do calendário processual – com vistas à gestão mais eficiente do processo. Nessa perspectiva, a legislação processual prevê a possibilidade de convenções relativas à instauração do processo (*l'introduction de l'instance*) como também ao seu desenvolvimento (*déroulement de l'instance*)[193].

As primeiras fazem referência à *requête conjointe*[194] que, na expressão do artigo 57 do *Code de Procédure Civile*, se trata de *ato comum* das partes voltado à delimitação do objeto litigioso. É, sem dúvidas, ato convencional. Segundo Loïc Cadiet[195], a intenção do legislador foi oferecer às partes técnica equivalente ao compromisso de arbitragem, com a ressalva de que, diversamente do processo arbitral, há vedação à escolha do julgador, cuja fixação de competência cabe prévia e exclusivamente à lei.

Por sua vez, as convenções destinadas à fase de desenvolvimento do processo carecem de regulação minuciosa pelo Código, que se preocupou em definir os papéis ou a divisão de trabalho entre partes e juiz, podendo tais acordos assumir variados formatos[196].

350&spos=2&epos=2&td=3&context=45&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 20 abr. 2018.

[191] Segundo Maria Giulia Canella, as convenções coletivas visavam regular os processos em trâmite nos "Tribunals de Grande Instance" e nas "Cours d'appel" (Gli accordi processuali francesi volti alla "regolamentazione collettiva" del processo civile. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, anno LXIV, n. 2, vol. 64. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2010, pp. 549-580, p. 550).

[192] Ibidem, p. 551.

[193] CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès em droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, anno LXII – Supplemento al fascicolo 3/2008. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2008, p. 7-35, p. 20.

[194] Article 57. La requête conjointe est l'acte commun par lequel les parties soumettent au juge leurs prétentions respectives, les points sur lesquels elles sont en désaccord ainsi que leurs moyens respectifs.

[195] CADIET, op. cit., p. 21.

[196] Idem. Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia em Francia. **Civil procedure review**, v. 3, n. 3, aug-dec./2012, pp. 3-35, p. 25. Disponível em : www.civilprocedurereview.com. Acesso em : 03 ago. 2015.

Àquelas cabe o cumprimento das normas do procedimento do modo e nos prazos estabelecidos na convenção[197], enquanto o juiz se incumbe da supervisão do desenvolvimento do processo, mantendo os poderes para a determinação de medidas ou prazos que entenda necessárias para tanto[198].

Tais convenções se assemelham ao que o Código de Processo Civil brasileiro procura implantar com a cláusula geral de negociação expressa no artigo 190 vigente, com vistas à maior atuação possível da autonomia das partes na nomogênese processual. Evidentemente que a proposta de uma "maior atuação possível" não é desprovida de limitações, sob pena do efeito reverso e indesejado de obstar o seu uso exatamente pela certeza de que, em se tratando de terreno predominantemente público, a vontade das partes individualmente considerada cede à do legislador.

Parece correto atribuir tal fato à força do publicismo processual e protagonismo judicial herdados, no Brasil, da tradição do Processo Civil italiano no século XX e que, de alguma forma, ainda ecoe contemporaneamente. Ao lado disso, o argumento tendente à impossibilidade de que as partes determinem os efeitos do ato processual também lançava dúvidas a respeito da admissibilidade de negócios jurídicos em matéria processual[199].

A despeito das restrições doutrinárias à contratualização processual, a prática forense foi responsável pela implementação dos chamados *protocolli di procedura* no ordenamento italiano. À semelhança do que anteriormente acontecia no ordenamento francês, esses acordos se revestiam de forma coletiva e institucional, ou seja, firmados prioritariamente entre o órgão jurisdicional e entidades de classe, especialmente a dos advogados. Embora o seu conteúdo fosse variável, em muitos casos se referiam a questões menos específicas do processo, a exemplo do comportamento e modo de tratamento entre os sujeitos, pontualidade de audiência, e algumas pontuações a respeito do conteúdo e da forma de atos. Nada

---

[197] Article 2. Les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent. Il leur appartient d'accomplir les actes de la procédure dans les formes et délais requis.

[198] Article 3. Le juge veille au bon déroulement de l'instance; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires.

[199]Em oportuna análise evolutiva da categoria dos negócios processuais no sistema italiano Luca Penasa explica a importância da crítica desenvolvida por Vittorio Denti em diversos textos do final da década de 50 para a retirar de pauta o tema na doutrina italiana. A receptividade da crítica dentiana pelos doutrinadores que o sucederam foi marcada pela (re)aproximação do negócio processual à disciplina civilista do negócio jurídico. Daí a designação de *negócio jurídico de natureza material com efeitos processuais.*

obstante, tais protocolos também regulam, em seus diversos dispositivos, questões processuais mais específicas ou técnicas[200]/[201].

Essa breve incursão a modelos europeus de convenções processuais oriundos de sistemas tradicionalmente próximos ao Brasil permite algumas interessantes conclusões. A primeira de que a ampliação dos espaços de convencionalidade no processo é multifatorial, em que se inclui a experiência como mecanismo de gestão e enfrentamento de problemas práticos em situações de crise judiciária. A segunda conclusão possível está em que a despeito do inegável empoderamento das partes pela ampliação da atuação da sua autonomia, o recurso às convenções processuais simultaneamente reforça os poderes do juiz relativamente à direção e gestão processual. Por fim, estes são fatores que põem em relevo a cooperação no âmbito processual, especialmente voltados para o gerenciamento do processo[202] em seus mais diversos aspectos: tempo, custos, questões em torno da prática de atos processuais, provas, dentre outros.

---

[200] CANELLA, Maria Giulia. Gli accordi processuali francesi volti alla "regolamentazione collettiva" del processo civile. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, anno LXIV, n. 2, vol. 64. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2010, pp. 549-580, p. 572-575. Ao longo do texto, a autora analisa alguns dos *protocolli di procedura* coletivos, inclusive à luz das normas constitucionais e legais pertinentes ao processo naquele país.

[201]Além das convenções coletivas em matéria processual, em 2009 houve importante alteração do Código de Processo Civil italiano (pela *Leggen. 69*) para prever expressamente a possibilidade de calendarização do processo, o que elevou o interesse doutrinário pelo tema da contratualização processual. Novamente à semelhança da França, o crescimento da litigiosidade e a crise instalada no Poder Judiciário italiano pela demora processual levaram o país a buscar na calendarização um meio eficiente de gestão cooperada do tempo do processo.

[202] "A gestão ou gerenciamento, ou o assim chamado *case menagement*, importa na enucleação de três importantes instrumentos para sua concretização: (a) flexibilização processual, com mudança na estruturação dos procedimentos judiciais; (b) criação do calendário do processo; (c) 'contratualização' do processo". (ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da "contratualização" do processo. **Revista de processo**, vol. 193, mar./2011, pp. 167-200, p. 5. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000016331dd65d90f0341d0&docguid=Ic54dc100659311e0bd4c0000855dd350&hitguid=Ic54dc100659311e0bd4c0000855dd350&spos=2&epos=2&td=3&context=45&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em : 20 abr. 2018). Também Loïc Cadiet: "une fois le litige né, le recours au contrat s'opère au sein même de l'institution judiciaire comme un instrument de gestion de l'instance" (CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, anno LXII – Supplemento al fascicolo 3/2008. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2008, p. 7-35, p. 10).

3.3 OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: UMA POSTURA POLÍTICO-IDEOLÓGICA OU MERA IMPORTAÇÃO DE TÉCNICA PROCESSUAL?

Conforme demonstrado nos itens anteriores deste Capítulo, a noção contemporânea de negócios jurídicos processuais tem sido estudada e construída há algumas décadas, notadamente a partir do século XX. É possível afirmar ainda que a admissibilidade da sua celebração em matéria processual não é linear, mas variável nos diferentes ordenamentos jurídicos, mais ou menos permeáveis à interferência da vontade das partes no processo civil e, logo, à convencionalidade nesse âmbito[203].

Convém ressaltar que esse fenômeno se deve não apenas a aspectos ligados à tradição publicista do processo. Há outra questão teórica relevante como a aplicação de conceitos oriundos da Teoria Geral do Direito ao Direito Processual.

A tradicional compreensão do negócio jurídico como instituto do direito privado certamente restringe o seu tratamento a apenas uma de suas dimensões possíveis. Afinal de contas, o estudo do fato jurídico em sentido amplo – do qual é espécie o negócio jurídico – fornece os subsídios necessários à assimilação de outros espaços do conhecimento jurídico, razão pela qual tem o *status* de conceito jurídico fundamental[204]. De todo modo, a negação dos negócios jurídicos de conteúdo processual parte da premissa de que o processo é entidade complexa para a qual a vontade das partes não tem relevância, tal qual acontece nas relações de direito privado.

Conforme se afirmou no item 3.1, a doutrina se posicionava refratária ao reconhecimento dos negócios jurídicos processuais. No Brasil destacava-se, por exemplo, a

---

[203] Conforme leciona Cândido Rangel Dinamarco, "jamais se pacificou na doutrina a polêmica questão da existência ou inexistência de negócios jurídicos processuais, havendo, porém, alguma tendência pela negativa, ou seja, pela sua inexistência. Com a chegada do Código de Processo Civil de 2015, todavia, abrem-se os olhos da doutrina para uma premissa metodológica a cujo respeito jamais se preocuparam os doutrinadores que é a vinculação dessa questão ao *direito positivo de cada país*, não sendo possível generalizar uma resposta, fosse esta positiva, fosse negativa. Toma-se pois (sic) a consciência de que nenhuma posição seria válida em relação aos ordenamentos processuais de todo o planeta nem à lei processual de dado país, em todos os tempos" (**Instituições de direito processual civil.** 7. ed., rev. e atual. v. II. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 550, grifos do autor).

[204] NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodium, 2016, p. 121.

posição de Cândido Rangel Dinamarco, que sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 sustentava a inexistência dessa categoria, sendo os atos processuais aqueles praticados *no processo*, pelos sujeitos *do processo* e voltados à produção de efeitos *no processo*, estes decorrentes diretamente da lei, o que impediria (ou tornaria irrelevante) qualquer estipulação pelo sujeito que o pratica.[205] Ainda para o jurista,

> as escolhas voluntárias de determinada situação processual não poderiam jamais ir além de se direcionar em um sentido ou em outro nos estritos limites do que a lei permita, sem terem as partes liberdade para construir o *conteúdo específico* de cada um dos atos realizados Os efeitos dos atos processuais são em princípio os que resultam da lei e não necessariamente da vontade do agente, estando pois ausente, nesses atos, a vinculação o entre a vontade manifestada no ato e o efeito a ser produzido, sendo essa uma fundamental característica dos *negócios jurídicos* (Emilio Betti). Não é um negócio jurídico, mas mero ato jurídico *lato sensu*, o ato com que as partes simplesmente optam por uma solução com repúdio a outra, sem construírem elas próprias o regramento substancial da situação pela qual hajam optado. É um puro e simples exercício da faculdade de *pegar ou largar*, sem nada poder construir[206].

A partir dessa noção, o posicionamento até então defendido pelo processualista se restringia à possibilidade de prática de *atos conjuntos*, consistentes em requerimentos feitos pelas partes em concordância, porém sem a possibilidade de autorregulação dos efeitos processuais porquanto já expressos na lei. Seriam, pois, *atos estimulantes*, pois a produção de efeitos depende da atuação prévia do juiz em deferir ou autorizar o tal requerimento. Diversamente, os negócios jurídicos processuais se enquadrariam como *atos determinantes ou causativos*, em que "a vontade negocial das partes é *suficiente* para atingir os efeitos, i.e., para criar, modificar, extinguir situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento"[207].

Significa dizer que a autonomia da vontade das partes se limita ao plano da existência, ou seja, em optar pela prática ou não do ato processual (no caso, o requerimento conjunto) e não no plano da eficácia, este desenhado pela lei processual.

---

[205] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 6. ed. v. II, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 481-489.
[206] Idem. **Instituições de direito processual civil.** 7. ed. rev. e atual. v. II. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 551, grifos do autor.
[207] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2018, p. 76-77.

Atualmente o autor admite que o Código de Processo Civil de 2015 tornou viável a celebração de negócios jurídicos processuais no direito nacional, por força dos artigos 190 e 191. Tais dispositivos habilitam as partes à prática de atos de autorregulação de seus próprios interesses, cujos efeitos são determinados também pela vontade dos celebrantes ao estabelecer o seu conteúdo material[208].

Também José Joaquim Calmon de Passos se posicionava refratário ao reconhecimento da negociação processual no sistema brasileiro, exatamente por entender que a eficácia das declarações das partes respaldadas pelo então artigo 158 do Código de Processo Civil de 1973 dependia da intermediação do magistrado, a despeito da redação da norma[209].

Para o autor, tratar figuras como a desistência da ação ou do recurso e a suspensão do processo convencionada pelas partes como espécies de negócio jurídico processual se justificaria tão somente "por motivo da relevância que, nessas circunstâncias, se deve dar, necessariamente, à vontade do resultado, sem que se creia, contudo, que as declarações das partes, por si sós, de logo e de pronto, sejam eficazes para o processo"[210].

Vale dizer que o efeito buscado não é obtido diretamente pela declaração consensual em si, mas por força da decisão judicial. Seria esta a razão que os distanciaria, segundo o entendimento em análise, da categoria dos negócios jurídicos processuais. Nesses, em

---

[208] DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil** (de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016). São Paulo: Malheiros, 2016, p. 187-188.

[209] "No tocante ao nosso sistema processual, tenho dúvidas quanto à existência de lídimos negócios jurídicos processuais. Em face da literalidade do art. 158 do Código de Processo Civil somos tentados a admiti-los. Dizendo ele que os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais, ressalvando apenas, em seu parágrafo único, a desistência da ação, sugere a existência de negócios jurídicos processuais em nosso sistema. Sempre coloquei ressalvas a esse entendimento, porque convencido de inexistirem, em nosso processo civil, declarações de vontade das partes com eficácia imediata no processo, sempre reclamando, para isso, a intermediação do magistrado. De toda e qualquer declaração de vontade das partes é ele destinatário e seu pronunciamento sobre elas é essencial para a produção de efeitos no processo" (PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 69).

[210] Ibidem, p. 69.

princípio, os efeitos se produzem imediatamente, à luz do que estabelece o artigo 200, *caput*, do Código de Processo Civil[211]/[212].

Diz-se em princípio por ser possível que a própria lei condicione a produção de efeitos de determinado negócio jurídico processual à homologação judicial, a exemplo do que acontece com a desistência da ação (parágrafo único do artigo 200 do Código de Processo Civil), considerada por parte da doutrina como hipótese de negócio jurídico processual unilateral[213]. Ademais, os próprios celebrantes do negócio jurídico podem condicionar a sua eficácia à homologação judicial, desde que o façam expressamente.

José Carlos Barbosa Moreira admitia a existência de figuras negociais no sistema processual nacional desde o Código Processual de 1939, porém diferenciando-as daqueles atos que, contendo manifestações concordantes das partes, são inconfundíveis com os negócios jurídicos processuais[214]. Segundo o processualista, eles são distintos tanto a partir do plano da existência (no ato da declaração das vontades das partes), como também em relação ao plano da eficácia. Muito embora as convenções processuais[215] existam a partir de ao menos duas declarações de vontades, elas se integram de tal modo que formam um ato processual (*lato sensu*) único e apto a produzir efeitos jurídicos específicos.

Fenômeno diverso é aquele em que o deferimento judicial do requerimento de uma das partes se subordina à concordância pela outra, a exemplo do que acontece com o

---

[211] Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

[212] De acordo com o Enunciado nº 261 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, "o art. 200 aplica-se tanto aos negócios unilaterais quanto aos bilaterais, incluindo as convenções processuais do art. 190".

[213] Segundo Pedro Henrique Nogueira, "às vezes, a propagação dos efeitos do negócio jurídico processual fica sujeita a algum acontecimento descrito na própria norma jurídica. A desistência da ação, *v.g.*, para gerar o efeito de extinguir o processo, depende da homologação judicial (CPC-2015, art. 200, parágrafo único). Esse fato posterior – a homologação – constitui verdadeira *conditio iuris*, elemento complementar do suporte fático daquele negócio processual. Note-se que o negócio jurídico já existe com a manifestação da vontade no processo, porque o seu suporte fático se compôs com os respectivos elementos. O ato, porém, enquanto não sobrevier a homologação, será impotente em relação à sua eficácia típica" (**Negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPodium, 2016, p. 181, grifos do autor).

[214]MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. In: _____. **Temas de direito processual:** terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 87-98, p. 89-91.

[215] Para esta análise não se está considerando a prática de negócios jurídicos processuais unilaterais, porquanto originados, como a própria nomenclatura, a partir da manifestação de uma única vontade.

aditamento e a alteração do pedido e da causa de pedir no período compreendido entre a citação do réu e o saneamento, na forma do artigo 329, II do Código de Processo Civil[216].

A chancela judicial à pretendida modificação está condicionada à concordância expressa do réu, sob pena de comprometimento da garantia do contraditório e do devido processo legal, em última análise. Neste caso, assim como nos requerimentos conjuntos mencionados por Cândido Rangel Dinamarco (citação acima), a decisão tem o condão de iniciar a produção de efeitos do ato. Ou seja, atua no plano da eficácia como condição para o seu início.

Assim, na condição de atos postulativos ou indutivos tais atos, apesar de conjuntos não efetivam um vínculo negocial entre as partes, senão apenas viabilizam o exercício consensual de situações processuais unilaterais, cuja produção de efeitos depende de decisão judicial que os defira. Não obstante as divergências apontadas, a existência de negócio jurídico processual não é novidade implantada pelo Código de Processo Civil vigente.

Da perspectiva legislativa, outros diplomas na história do Direito Processual Civil brasileiro continham previsões acerca do tema. Seguramente se tratava de positivação mais tímida se comparada à atual legislação, e de repercussão prática considerada pouco relevante[217]. Mesmo no período de aplicação das Ordenações portuguesas ao Brasil, "marcadas pela rigidez das regras cogentes, deixando pouco ou praticamente nenhum espaço à livre estipulação das partes"[218]quanto à matéria processual, era possível às artes a eleição de juízes árbitros para julgamento da causa, presente no Livro III, Título XVI das Ordenações Filipinas.[219]

---

[216] Art. 329. O autor poderá: [...]; II – até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com o consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

[217] Neste sentido ver: TUCCI, José Rogério Cruz e. Natureza e objeto das convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios processuais**. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodium, 2017, pp. 23-29, p. 27. Tal conclusão, todavia, não é absolutamente pacífica na doutrina, a exemplo de Cândido Rangel Dinamarco, para quem "não havia antes do vigente Código de Processo Civil espaço para o autorregramento dos próprios interesses, inerente aos negócios jurídicos em geral". Ainda que o ordenamento admitisse que certas situações processuais positivadas pudessem sofrer alterações pela prática de atos voluntários dos interessados, não poderiam ser consideradas como negócio jurídico (**Instituições de direito processual civil.** 7. ed. rev. e atual. v. II. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 551).

[218] NOGUEIRA, op. cit., p. 139.

[219]Idem. **Negócios jurídicos processuais:** análise dos provimentos judiciais como atos negociais. 2011. Tese (Doutorado), Universidade Federal da Bahia, 243 p., p.125. Disponível em: http://www.repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10743. Acesso em: 01 out. 2015.

Com a edição do Regulamento nº. 737/1850, já era possível encontrar exemplos de atos negociais, como a convenção do foro prevista no artigo 62[220] e aquela para a extensão do procedimento sumário a outras ações não previstas no Título III (Das acções summarias), a teor do artigo 245[221]. Havia, outrossim, disposição sobre o compromisso das partes em submeter o litígio ao juízo arbitral, conforme artigos 411, § 1º[222] e 412[223], cuja celebração poderia ser judicial ou extrajudicial (artigo 415)[224].

O Código de Processo Civil de 1939 igualmente normatizava algumas possibilidades, embora aparentemente mais restritas em relação até mesmo ao Regulamento nº. 737. O foro de eleição, por exemplo, não foi contemplado pelo Código, que, por outro lado, incluiu a possibilidade da suspensão convencional do processo (então denominada suspensão da instância), a teor do artigo 197, II[225]/[226].

Posteriormente, o Código de Processo Civil de 1973 ampliou o rol de hipóteses pactuáveis pelas partes, estendendo a abertura à contratualização sobre matéria processual em comparação à codificação antecedente. Além de retomar a previsão do foro de eleição (artigo 111[227]), passou a admitir a pactuação sobre a suspensão do processo (artigo 265, II e

---

[220]Art. 62. Todavia obrigando-se a parte expressamente no contrato a responder em logar certo, ahi será demandada, salvo si o autor preferir o fôro do domicilio (sic).
[221]Art. 245. Esta fórma de processo é extensiva a qualquer acção, si as partes assim convencionarem expressamente (sic).
[222]Art. 411. O Juizo arbitral ou é voluntario ou necessario:
§ 1.º É voluntario, quando é instituido por compromisso das partes (sic).
[223]Art. 412. O Juizo arbitral voluntario póde ser instituido, ou preferido ao Juizo ordinario do commercio, antes ou na pendencia de qualquer demanda, na primeira ou na segunda instancia, e até depois de interposta ou concedida a revista(sic).
[224]Art. 415. O compromisso póde ser judicial ou extrajudicial (sic).
[225]Art. 197. Suspender-se-á a instância:
(...)
II – por convenção das partes.
[226] Pedro Henrique Nogueira menciona outras situações negociais amparadas pelo artigo 206 do Código de Processo Civil de 1939 que, todavia, se ligam ao litígio e, pois, às questões de direito material (transação) ou têm natureza unilateral (desistência). (**Negócios jurídicos processuais:** análise dos provimentos judiciais como atos negociais. 2011. Tese (Doutorado), Universidade Federal da Bahia, 243 p., p.126. Disponível em: http://www.repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10743. Acesso em: 01 out. 2015).
[227]Art. 111. A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.
§ 1º O acordo, porém, só produz efeito, quando constar de contrato escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico.
§ 2º O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes.

§ 3º[228]), a disposição do ônus probatório (artigo 333, parágrafo único[229]), a distribuição do prazo para apresentação de alegações finais em audiência, quando houver litisconsorte ou terceiro (artigo 454, § 1º[230]), dentre outras hipóteses[231].

A análise evolutiva das legislações processuais em outros tempos aplicadas no Brasil demonstra que desde os séculos XIX e XX o sistema era permeável à contratualização processual variando, evidentemente, em maior ou menor intensidade, especialmente se consideradas à luz do Código de 2015. Nesse contexto importa refletir: a crescente abertura à contratualização processual no Brasil constitui uma questão político-ideológica ou mera importação legislativa de técnicas processuais?

Embora as questões sujeitas à contratualização na legislação setentista tivessem importante repercussão processual, é possível dizer que se limitavam, em sua maioria, a aspectos mais superficiais ou tangenciais do desenvolvimento procedimental (suspensão da tramitação, dispensa de audiência, modo de entrega de memoriais, por exemplo), sem avançar quanto a outras situações processuais que implicassem, de fato, uma ruptura de paradigma.

A interação entre autonomia da vontade e o publicismo processual ainda acontecia de modo menos significativo. Uma explicação possível está no pequeno – ou quase nenhum – uso prático de instrumentos de contratualização processual no país. Ao que tudo indica, as referências legislativas à negociação processual não tinham – e pode-se dizer que ainda não

---

[228]Art. 265. Suspende-se o processo:
(...)
II - pela convenção das partes;
(...)
§ 3º A suspensão do processo por convenção das partes, de que trata o nº Il, nunca poderá exceder 6 (seis) meses; findo o prazo, o escrivão fará os autos conclusos ao juiz, que ordenará o prosseguimento do processo.
[229]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.
[230]Art. 454. Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e ao do réu, bem como ao órgão do Ministério Público, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por 10 (dez), a critério do juiz.
§ 1º Havendo litisconsorte ou terceiro, o prazo, que formará com o da prorrogação um só todo, dividir-se-á entre os do mesmo grupo, se não convencionarem de modo diverso.
[231] Já na década de 1980, Rogério Lauria Tucci elencou espécies de negócios jurídicos processuais então presentes no Código de Processo Civil de 1973. No entanto, ao analisar o elenco de negócios processuais apresentado por José Frederico Marques e referendado por Marcos Afonso Borges, o autor criticava a inclusão de hipóteses como a transação e o reconhecimento do pedido por entendê-las como "negócios referentes, não ao processo, mas à relação de direito material litigiosa" (**Temas e problemas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 152).

têm – origem empírica, ao contrário do exemplo francês e italiano abordados no tópico anterior. Por outro lado, é possível extrair de muitas dessas referências a intenção colaborativa ou de cooperação entre as partes como fundamento das convenções processuais.

Também no contexto do Código de Processo Civil de 2015, a cooperação – positivada no já mencionado artigo 6º – é um dos fundamentos ao avanço do fenômeno da contratualização, mas não exclusivamente. É possível afirmar que a ampliação do sistema jurídico à celebração de convenções sobre o processo se deve a fatores internos e externos a ele, conforme oportunamente destacados no início deste capítulo (item 3.1).

No Direito brasileiro, a conjunção dos valores democráticos aplicados ao Processo Civil e materializados pelo binômio diálogo e cooperação conduz à noção[232] de co-participação dos sujeitos processuais. Assim, o processo não deve ser um instrumento hermético, mas verdadeira comunidade de trabalho[233], marcada pela atuação mais efetiva tanto do órgão jurisdicional, como também das partes.

Ressalte-se, mais uma vez, que a origem dessa dinâmica de atuação dos sujeitos processuais não foi o Código de Processo Civil de 2015. Deriva, sobretudo, da Constituição Federal de 1988 e mais precisamente da perspectiva democrática do devido processo legal, eleito princípio basilar do sistema processual. O mérito do Código foi de empreender a positivação, o aprimoramento e a ênfase, em nível infraconstitucional, daquilo que se extrai do texto constitucional.

A leitura constitucional e infraconstitucional do sistema processual civil brasileiro respalda a compreensão de que a permeabilidade do sistema à contratualização processual exprime uma postura político-ideológica, relacionada diretamente ao incremento da participação nos espaços de poder (inclusive o Judiciário), à emancipação do indivíduo pelo diálogo e consenso (mesmo que pertinente ao processo) e à cooperação.

Além disso, o necessário enfrentamento de questões em torno da gestão eficiente do processo (não apenas no seu aspecto temporal) reforça o traço político-ideológico da previsão dos negócios processuais no Código de Processo Civil vigente. Portanto, “avança

---

[232] Exposta no capítulo anterior mais detidamente.
[233] DIDER JUNIOR, Fredie. Três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de processo**, v. 198, a. 36, pp. 213-225, ago./2011.

a ciência processual brasileira no estudo de temas como a contratualização do processo e a flexibilização do procedimento, bem como do princípio constitucional da eficiência, previsto nos arts. 5º, LIV e 37 da Constituição Federal”[234].

A despeito da inspiração em ordenamentos estrangeiros e que algumas técnicas tenham sido importadas daquelas legislações – a exemplo do calendário processual – há uma preocupação em imprimir ao processo os vetores do Estado Democrático de Direito.

Torna-se forçoso admitir, todavia, que nem sempre o legislador brasileiro adapta adequadamente institutos e técnicas estrangeiras à realidade processual, social, cultural, o que consiste num problema de outra ordem, que desborda dos estreitos limites deste trabalho. Apesar disso, parece impossível negar que o alargamento das possibilidades de contratualização do processo no sistema brasileiro vigente não simbolize uma postura político-ideológica expressada, sobretudo, na Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, as questões político-ideológicas de fundo não são suficientes para extrair, na prática, a maior eficiência das convenções processuais. Servem, como dito anteriormente, à sua adequada compreensão e fornecem os elementos indispensáveis à operacionalização rente àqueles ideais. Mas isoladamente não garantem o êxito da proposta legislativa, pois alcançá-lo demanda esforço de todos os sujeitos do processo em alinhar as dimensões prescritivas (expressadas na lei) e prática das convenções processuais.

A opção de ampliar e incentivar a negociação processual impõe ao advogado outras perspectivas de atuação profissional, alinhadas com a tônica cooperativa e dialógica do processo. Para cumprir o seu objetivo de racionalizar o processo, é indispensável que ela – negociação processual – seja objeto de análise multidisciplinar. Nesse sentido o advogado deve voltar sua atenção a pelo menos dois aspectos essenciais ao êxito das convenções processuais na realidade processual do Código de 2015: um de ordem comportamental e outro relativo à avaliação do custo da negociação *versus* custo do litígio.

Quanto ao primeiro, invariavelmente está ligado a uma cultura – consciente ou não – de que o bom advogado é aquele combativo, que não foge ao litígio. Com pequenas

---

[234] BARROZO, Thaís Aranda. O calendário processual no direito francês e no italiano: reflexos no novo código de processo civil. In: ZUFELATO, Camilo et al. (coords.). **I Colóquio Brasil-Itália de direito processual civil.** Salvador: *Juspodium*, 2016, p. 481-502, p. 495.

variações de intensidade, de modo geral os bancos escolares formatam os futuros advogados para o litígio. Tratando-se de matéria processual, com maior razão, haja vista serem as disciplinas dessa área voltadas praticamente integralmente ao ensino das técnicas pertinentes ao processo judicial. Muito pouco ou quase nada se estuda sobre a negociação (em sentido amplo) nos cursos jurídicos, em suas grades curriculares básicas.

Reafirmando o exposto no item 3.2, a falta de conhecimento e de habitualidade com a negociação tem reflexos diretos na sua implementação como mecanismo útil ao Direito. Especificamente no Processo Civil, o autorregramento pela via negocial é interessante instrumento de realização da cooperação. Cabe ao advogado, sempre que viável, incentivar e conduzir as partes ao exercício da convencionalidade. Para tanto, deve ele estar predisposto a isso. Na prática forense, é comum que os próprios advogados resistam à celebração de acordos, sejam eles em torno do direito material ou processual.

O segundo viés relevante é o dos custos da negociação[235]. A desconsideração de questões dessa ordem pode representar um obstáculo importante ao avanço das convenções. E mais, um problema até mesmo anterior às dificuldades jurídicas expostas acima, relativas às limitações à autonomia das partes. Cite-se, por exemplo, a eleição de foro em contratos empresariais, que deverá considerar os custos de eventual deslocamento, de contratação profissional em outra localidade, e de outras situações de vantagem ou desvantagem que decorram da convenção[236].

De acordo com Robert Cooter e Thomas Ulen[237], o processo judicial é dispendioso pela sua inerente complexidade. O seu uso implica em *custo administrativo* e, ainda, *custo social*. Da perspectiva da teoria econômica do Direito, os autores defendem a solução

---

[235] No Brasil tem crescido o interesse pela análise econômica do Direito, que em outros países se mostra mais madura. No campo das convenções processuais, como se tem dito, este certamente é um dos entraves à sua implementação prática mais efetiva. Sobre as interações entre Direito e Economia ver, por exemplo: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia.** 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

[236] "É preciso reconhecer que, ao celebrar contrato empresarial, o agente econômico poderá custos e riscos, para que possa decidir por contratar com terceiros [...]. Os negócios jurídicos processuais estão inseridos nessas vantagens e desvantagens levadas em conta pelos contratantes quando da pactuação do contrato; eles fazem parte do poder de disposição das partes no momento da negociação. É possível que, para pleitear um negócio material mais vantajoso, uma das partes faça concessões nos negócios jurídicos processuais e vice-versa" (DIDIER JUNIOR, Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais.** Salvador: Juspodium, 2018, pp. 169-191, p. 180).

[237] COOTER; ULEN, op. cit., p. 405-406.

consensual como a melhor opção de mitigação dos custos sociais, o que é possível também pensar em termos de convenções processuais.

Contudo, se por um lado o processo judicial tem um *custo administrativo e social*, também é certo que a operacionalização de certas convenções processuais implicará algum dispêndio, especialmente aquelas que disponham sobre alteração procedimental, sejam atípicas ou típicas (como no caso do calendário, adiante abordado). A customização do procedimento pela via negocial também exigirá do Poder Judiciário o investimento em estrutura para essa operacionalização.

Possivelmente nos próximos anos, os Tribunais terão de enfrentar questões práticas como, por hipótese: *(i)* a organização de varas especializadas à tramitação de processos calendarizados ou com alterações procedimentais substanciais; *(ii)* investimento em melhorias do sistema eletrônico para alcançar tais processos em suas particularidades, ou ainda, *(iii)* aumentar o valor de custas processuais, para compensar eventual incremento do custo dos processos personalizados pela via convencional?[238]

Ao que tudo indica, esses aspectos não foram considerados pelo legislador do Código de Processo Civil de 2015 e refletem – ainda não se sabe exatamente em qual medida – na implementação prática das convenções. Entretanto, são questões que se impõem a quem pretenda exercitar o autorregramento da vontade em matéria processual e que antecedem às discussões jurídicas em torno das convenções processuais.

---

[238] A questão dos custos de operação das negociações processuais é tratada de modo interessante e crítico por Bruno Silveira de Oliveira, para quem "há, já na existência de negócios jurídicos processuais em concreto, um custo operacional que precisa ser traduzido monetariamente. Falamos, aqui, de um custo que envolve, primeiramente, identificar os feitos que se apartam da "linha de produção *prêt-a-porter"* daqueles que hão de ser conduzidos *su misura*; depois, de lhes dar a tramitação especial neles prevista e, para tal, adaptar os sistemas eletrônicos de tramitação (o que nem sempre é possível), contagem de prazo, publicações etc., tudo voltado às peculiaridades daqueles feitos, que insistem em ir na contramão da padronização (até mesmo taxonômica) ditada pelo Colendo Conselho Nacional de Justiça, fazendo envergar as rotinas cartorárias às exigências neles contidas. [...]. Logo se vê que os custos operacionais de identificação e de adaptação são imensos, quiçá incalculáveis em abstrato" (Notas acerca dos negócios jurídicos processuais atípicos – parte I: custos operacionais. **Revista de processo**, vol. 283, set./2018, pp. 39-54, p. 5 (versão online). Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000166db231f1accc65f1c&docguid=Ia6e688f097ae11e8aa89010000000000&hitguid=Ia6e688f097ae11e8aa89010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 26 out. 2018.

Estas afirmações não contradizem as premissas estabelecidas no capítulo anterior, especialmente quanto à predominância do publicismo processual no contexto do Código de Processo Civil de 2015[239]. A permeabilidade do processo à autonomia privada não se dá, evidentemente, de maneira irrestrita, senão dentro de certos limites[240], cujo estabelecimento seguramente constituirá uma das mais relevantes e desafiadoras tarefas da doutrina, da jurisprudência e eventualmente da lei nos próximos anos.

3.4 O TRATAMENTO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

À luz do exposto no item anterior, pode-se dizer que o Código vigente tornou superada a discussão sobre a admissibilidade de negócios jurídicos processuais no ordenamento brasileiro, ao menos a partir da perspectiva prescritiva[241]/[242]. Essa circunstância, porém, não impede que se mantenha alguma resistência do ponto de vista acadêmico, e também prático, à negociação em matéria processual. Para tanto o legislador atuou em duas frentes distintas, porém complementares.

A primeira é de ampliação do rol das situações processuais negociáveis típicas, ou seja, previamente eleitas e reguladas pelo Código a partir da positivação de pressupostos, requisitos, elementos (subjetivo e objetivo) e características específicas relativas, em geral, aos planos de existência, validade e eficácia. A despeito da opção legislativa em regular

---

[239] É o que afirma Cândido Rangel Dinamarco, em edição atualizada de sua obra, no sentido de que "essas aberturas para o reconhecimento da configurabilidade de negócios jurídicos processuais segundo o vigente direito positivo brasileiro não chegam ao ponto de desnaturar a visão geral do processo como categoria jurídica de *direito público* nem o põem na condição de um *negócio combinado em família* (Liebman)" (**Instituições de direito processual civil**. 7. ed. rev. e atual. v. II. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 553).

[240]BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo. **Revista de processo**, vol. 269, a. 42, pp. 139-149, jul./2017.

[241] Salienta-se que, a partir da edição da edição do Código de Processo Civil de 2015, Cândido Rangel Dinamarco reviu o posicionamento anteriormente defendido passando a admitir a abertura do sistema a espaços de ajustes relativamente a matérias processuais que se afastam dos padrões de generalidade e abstração da norma positivada e, por sua vez, permitem a configuração de "um novo regramento concreto ditado pelas vontades convergentes de ambas" (**Instituições de direito processual civil.** 7. ed. rev. e atual. v. II. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 552).

[242] Com a ressalva feita no início deste tópico de se tratar de fenômeno sujeito a variações de ordem jurídica ou mesmo político-ideológica, no tempo (vide nota de rodapé n. 147).

negócios processuais de modo específico, a regulação costuma ainda conter lacunas[243], seja porque muitas vezes é impossível ao legislador prever todas as situações, seja porque simplesmente disse menos do que poderia.

Impõe ressaltar que a tipificação restringe as partes quanto ao conteúdo do negócio, uma vez que o seu elemento objetivo se encontra delimitado pela norma legal. Evidentemente que, nesse cenário, o autorregramento da vontade das partes é exercido prioritariamente quanto aos detalhamentos do objeto negocial e à sua dinâmica, sempre guardando pertinência com a cláusula geral normativa da negociação.

Como exemplo disso pode-se pensar na convenção prevista no artigo 373, § 3º do Código de Processo Civil. Ali o objeto está limitado à distribuição do ônus probatório de modo diverso do que prevê o *caput* da norma, cabendo às partes a especificação de como isso se dará, no caso concreto. Não há espaço para, nesse negócio, determinar a respeito de outras questões que não a dinamização do ônus da prova.

Nada impede, é claro, que num mesmo suporte documental sejam celebrados dois ou mais negócios jurídicos processuais, o que não afasta o que se afirmou nos parágrafos anteriores. O negócio processual típico permanece restrito no seu objeto àquilo que está estabelecido previamente pelo legislador, de modo que a sua "ampliação" se dá pela celebração de outro negócio (típico ou atípico), que se agrega ao primeiro.

Por sua vez, a segunda frente – esta, sim, inovadora – consistente na introdução de uma cláusula geral de negociação que respalda a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, prevista no artigo 190 do Código de Processo Civil, que será abordada mais detidamente no item seguinte.

Por ora, é suficiente afirmar que os negócios atípicos são assim chamados por não haver um modelo previamente estabelecido pelo legislador, senão apenas diretrizes normativas amplas, a permitir maior atuação das partes no exercício do autorregramento da vontade. Porquanto alcançam também a conformação do próprio conteúdo negocial.

---

[243] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. In:_____. **Temas de direito processual:** terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 87-98, p. 88 e 92.

Além da distinção quanto à previsibilidade ou tipicidade legal, os negócios jurídicos processuais comportam outras classificações propostas pela doutrina, com o fim preponderante de auxiliar a sua compreensão teórica e, consequentemente com inegáveis reflexos na sua operacionalização prática. A existência de outras classificações eventualmente não abordadas aqui não invalida o propósito de delimitar o objeto de estudo do tema. Para tanto, considerando a utilidade à compreensão das convenções processuais em matéria probatória, interessa analisar os critérios classificatórios que aludem (*i*) aos sujeitos celebrantes do negócio jurídico processual; (*ii*) ao momento de celebração; (*iii*) ao local de celebração e (*iv*) ao objeto ou às possibilidades de conteúdo da negociação.

Quanto ao primeiro critério, convém esclarecer que se refere aos sujeitos que emitem vontade voltada à constituição do negócio jurídico processual. E nesse aspecto podem ser *unilaterais*, quando a sua formação depende da manifestação de uma única vontade; ou bilaterais, que demandam a convergência de duas vontades; e, finalmente, *multilaterais* ou *plurilaterais*, nas hipóteses em que concorrerem mais de duas vontades para a celebração do negócio[244].

O recorte temático proposto a esta pesquisa não engloba os negócios jurídicos processuais unilaterais, mas tão somente as convenções processuais, conforme adiante se verá. Mesmo assim, é importante pontuar que, a partir da revalorização do papel autorregrador da vontade no processo, alguns atos processuais foram revisitados e reenquadrados pela doutrina como sendo negócios jurídicos processuais unilaterais[245].

Analisando esse fenômeno, Heitor Vitor Mendonça Sica questiona a utilidade prática de tal recategorização, pois não haveria distinção substancial a justificá-la. Segundo o processualista:

---

[244] Em sentido diverso, Antonio do Passo Cabral considera que, da perspectiva de sua formação, os negócios processuais se dividem em unilaterais ou plurilaterais apenas, inseridos nesta última espécie também aqueles formados pela convergência de duas vontades, neste trabalho designados como bilaterais. Ainda para o autor a uni ou plurilateralidade podem se referir à atribuição de obrigações a apenas uma ou a todas as partes do negócio, respectivamente (**Convenções processuais**. Salvador: JusPodium, 2016, p. 49-51).

[245] São alguns exemplos citados por Leonardo Carneiro da Cunha: desistência do recurso; reconhecimento da procedência do pedido; renúncia ao recurso; renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação; a escolha do juízo da execução; a desistência da penhora pela parte exequente e a desistência da ação (Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios processuais.** Salvador: JusPodium, 2015, pp. 39-74, p. 56).

> Mesmo que fossem mantidos classificados como atos jurídicos em sentido estrito, não poderíamos ignorar os vícios de manifestação de vontade (e, para tanto, o regime não é diverso, como se pode extrair do art. 185 do Código Civil) e tampouco o papel da vontade na interpretação do ato (ainda que seja para identificação de qual efeito previsto em lei foi querido pelo sujeito que o praticou)[246].

Especificamente quanto às duas últimas espécies importa enfatizar que a convergência de duas ou múltiplas manifestações de vontade devem ser entendidas a partir das posições processuais dos sujeitos, e não destes individualmente considerados, o que levaria uma análise meramente quantitativa e não qualitativa, como deve ser. Deste modo, ainda que celebrado por autor e dois réus, por exemplo, o negócio processual será bilateral e não plurilateral[247].

Relativamente ao momento de celebração dos negócios jurídicos, eles podem ser *pré-processuais, prévias ou preparatórias*[248] quando formados anteriormente à existência de processo, ou mesmo do próprio conflito. É o caso, por exemplo, da cláusula de eleição de foro incluída na celebração de contrato material. Trata-se de regulação antecipada de situação processual ou de procedimento para eventual processo judicial.

Cumpre esclarecer que a eficácia do negócio se vincula à concretização do ajuizamento posterior do processo correspondente. Todavia, no plano da existência, o negócio está celebrado pela convergência das manifestações de vontade. Antonio do Passo Cabral faz menção à tradição doutrinária em refutar essa modalidade de convenção, baseada na necessidade de resguardar os sujeitos do negócio "das vinculações que pudessem assumir de maneira irrefletida ou precipitada, num momento em que não poderiam prever as

---

[246] SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. 1 (arts. 1º a 317). BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 736-773, p. 747.

[247] COSTA, Marília Siqueira da. **Convenções processuais sobre intervenção de terceiros**. Salvador: Editora JusPodium, 2018, p. 48.

[248] Nomenclaturas apresentadas por Antonio do Passo Cabral, com a ressalva do próprio autor quanto à inadequação do termo "preparatória", usado também por Miguel Teixeira de Sousa (**Estudos sobre o novo processo civil.** 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 193). Segundo ele, "muitas vezes as convenções processuais são destinadas a que não haja ajuizamento de qualquer demanda, e portanto se orientam para que não haja processo. Não seria correto, por óbvio, rotulá-las de 'preparatórias'" (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodium, 2016, p. 75, nota de rodapé 140).

consequências do pacto"[249]. Consequentemente, a disponibilidade se restringiria às situações processuais atuais, e nunca prévias ao processo.

Nesse sentido, em comentário à renúncia ao direito de recorrer prevista no artigo 502 do revogado Código de Processo Civil de 1973, José Carlos Barbosa Moreira defendia a vedação a que fosse feita previamente ao recurso, exatamente por se tratar de ato voltado para situação processual inexistente e que sequer se sabe se virá a se concretizar[250]. Segundo o autor, ainda que fosse possível, no plano dogmático, compreender a renúncia como ato processual gravado por condição suspensiva, a aceitação desse raciocínio dependeria da previsibilidade, pela parte renunciante, das consequências de sua conduta, de modo mais preciso e exato possível[251].

Por isso, nas hipóteses de negociação processual prévia é imprescindível se ater à previsibilidade e determinabilidade do objeto como critérios de segurança das partes em relação ao pacto e, inclusive, de sua viabilidade prática. Deverá, portanto, fazer referência a um processo eventual e futuro, como também prever o maior número de elementos relativos à negociação (objeto, previsão temporal, sujeitos, dinâmica, situações processuais ou procedimentais alcançadas, etc.) com vistas a que as partes possam dimensionar as consequências da convenção da melhor maneira possível.

---

[249] Ibidem, p. 76.

[250] "Só se pode renunciar validamente ao direito de recorrer a partir do momento em que ele já seria exercitável *in concreto*: assim como não se desiste de recurso *ainda não interposto*, tampouco se renuncia a recurso *ainda não interponível.* Tal era a *communis opinio* em nossa doutrina, sob o Código de 1939. O anteprojeto Buzaid pretendeu inovar, admitindo, no art. 550, 2ª parte, a 'renúncia antecipada', desde que por 'declaração comum de todas as partes', e assim figurava a norma no art. 508 do projeto, não obstante houvesse a Comissão Revisora sugerido a respectiva modificação, para tornar certo que a renúncia só poderia ser manifestada *a posteriori*. O Congresso Nacional suprimiu a parte concernente à 'renúncia antecipada', é verdade que sem proibi-la expressamente. [...] Pensamos que deve prevalecer entre nós, na interpretação do dispositivo ora sob exame, a tese tradicional, que nega validade à renúncia prévia. Renunciar ao direito de recorrer antes de proferida a decisão é renunciar a um direito que *ainda não se tem* e, a rigor, *nem sequer se sabe se nascerá* – o que depende, como é intuitivo, do sentido em que venha a pronunciar-se o órgão judicial"[MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil** (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973). 14. ed. rev. e atual. v. V (arts. 476 a 565). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 341-343, grifos do autor].

[251]"Sem dúvida se pode conceber aí a renúncia, no plano dogmático, à maneira de ato praticado *sob condição suspensiva* (tácita), cujos efeitos se produzirão ao renunciante, à vista da decisão adquira na verdade o direito de recorrer. Tal construção, porém, só se tornaria aceitável se, ao praticar o ato, pudesse o renunciante prever-lhe as eventuais conseqüências com toda a precisão, em ordem de ter a noção exata da extensão do seu possível prejuízo; repugna admitir que se renuncie a um (futuro) direito não apenas *incerto*, senão também *indeterminado* no conteúdo. [...] Assim, a possibilidade de renunciar-se validamente apenas surge, ao nosso ver, no instante em que surge a possibilidade de interpor-se o recurso" (sic) [Ibidem, p. 341-343, grifos do autor].

A exigência de previsibilidade e determinabilidade (ou *princípio de determinação*, segundo o direito alemão[252]) põe em relevo a importância de que, nos negócios processuais prévios, as suas cláusulas sejam, sempre que possível, *cheias*[253] ou completas em conteúdo, evitando o surgimento de dúvidas ou facilitando a sua solução para que se garanta, por outro lado, a viabilidade e utilidade prática da convenção[254].

Importa dizer que o negócio processual prévio estabelecido por meio de cláusula genérica, sem precisão nem delimitação adequadas do seu objeto, viola os pressupostos genéricos de validade do negócio jurídico, previstos no artigo 104 do Código Civil vigente: agente capaz; *objeto lícito, possível, determinado ou determinável* e forma prescrita ou não defesa em lei.

A despeito das questões apontadas pela doutrina, fato é que a negociação processual prévia passou a ser expressamente admitida pelo legislador brasileiro, a exemplo dos artigos 190, *caput*[255]e 373, § 4º[256] do Código de Processo Civil de 2015. Importa esclarecer, ainda, que eventual silêncio do Código sobre o momento de celebração de determinado negócio

---

[252] Referência feita por CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodium, 2016, p. 78.

[253] Neste aspecto é possível traçar um paralelo com o que acontece na arbitragem, em que a elaboração de cláusula compromissória cheia evita distorções de compreensão e interpretação da vontade das partes na instauração do procedimento. Segundo Luiz Antonio Scavone Junior, "a cláusula arbitral cheia é aquela que contém os requisitos mínimos para que possa ser instaurado o procedimento arbitral (as condições mínimas do art. 10 da Lei de Arbitragem), como, por exemplo, a forma de indicação dos árbitros, o local etc., tornando prescindível o compromisso arbitral" (**Manual de Arbitragem**. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 69). No mesmo sentido, José Maria Garcez exemplifica que uma cláusula compromissória cheia pode "prever, por exemplo, como o conflito surgido será denunciado, como serão apresentados os sumários dos casos, inclusive com a fixação de prazos para isto ser realizado, o número e a qualificação prévia que os árbitros devem ter, o prazo para emissão da sentença ou laudo arbitral, ou fazer referência às normas de uma instituição arbitral existente que administre o procedimento arbitral para as partes em conflito ou, ainda, adotar fórmulas já consagradas para aplicar diretamente a arbitragem pelas partes, num sistema misto" (**Elementos básicos de direito internacional privado.** Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 148).

[254] Antonio do Passo Cabral ressalta que a ausência desses dois requisitos conduz à nulidade da convenção (**Convenções processuais**. Salvador: JusPodium, 2016, p. 80). Por sua vez, Marco Paulo Denucci Di Spirito sustenta que repercute não no plano da validade do negócio, mas sim da existência, porquanto o desconhecimento (ainda que parcial) sobre o objeto leva ao vício da própria emanação da vontade. (Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual. **Revista de direito privado**, ano 16, vol. 63, jul.-set./2015, pp. 125-193, p. 145).

[255] 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 seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

[256] Art. 373. O ônus da prova incumbe:

(...)

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

não constitui, em princípio, óbice à sua celebração prévia ao processo, por força da regra geral do *caput* do artigo 190.

Apenas para exemplificar, ao admitir que "as partes podem, de comum acordo, escolher o perito", o artigo 471 não restringe essa negociação ao momento do saneamento ou da instrução. Não há vedação a que as partes convencionem sobre essa situação anteriormente ao processo ou até mesmo ao surgimento do conflito em si.

Aliás, de acordo com Loïc Cadiet[257], o momento pré-processual (que pode ser, repita-se, prévio ao próprio conflito) parece ser o mais adequado, em termos práticos, para o êxito da negociação processual em virtude, sobretudo, do comportamento dos sujeitos. A proposta de regular questões de um processo futuro e eventual enquanto se estabelece a relação de direito material – por meio da celebração de um contrato civil, por exemplo –permite aos envolvidos visualizar a situação com menor animosidade, e possivelmente mais propensos à convergência de vontades.

Por outro lado, se firmados na pendência de um processo judicial, os negócios serão *incidentais* ou *interlocutórios*[258]. Esses, por sua vez, são instrumentos de gestão processual na medida em que permitem "o desenho privado do procedimento (ou de situações jurídicas)"[259], voltados à condução mais adequada do processo já iniciado. A celebração, nesses casos, pode acontecer tanto nos momentos iniciais do processo - inclusive durante a audiência de conciliação ou de mediação prevista no artigo 334 do Código de Processo

---

[257] "Sans aucun doute, il est plus facile de se mettre d'accord sur la manière de règler le litige à naître que sur le règlement d'un litige né et déjà cristallisé. L'anticipation des parties peut les conduire à envisager carrément une solution extrajudiciaire de leur diffèrend: la convention a alors pour objet d'éviter le procès judiciaire; elle peut aussi les amener simplement à aménager la solution judiciaire de leur èventuelle querelle" (Les conventions relatives au procès em droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, anno LXII – Supplemento al fascicolo 3/2008. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2008, p. 7-35, p. 11). No mesmo sentido: CABRAL, op. cit., p. 76.

[258] Expressão de Miguel Teixeira de Sousa **(Estudos sobre o novo processo civil.** 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 194-195).

[259] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodium, 2016, p. 80. É oportuno lembrar da lição de Camilo Zufelato a respeito das convergências e distinções entre gestão processual (mais ampla) e a flexibilização procedimental, como uma de suas técnicas. (Flexibilização procedimental e gestão processual no direito brasileiro. In: _____ et al. **I colóquio Brasil-Itália de direito processual civil**. Salvador: Juspodium, 2016, pp. 245-264, p. 261).

Civil[260] -, ou ainda, ao longo do procedimento, desde que haja compatibilidade lógica entre o conteúdo da convenção e o momento processual correspondente.

Em complemento ao que se pontuou nos parágrafos anteriores, muito embora o sistema processual brasileiro admita a possibilidade genérica de celebração dos negócios processuais antes ou durante a tramitação do processo judicial, há algumas convenções que, pelas suas próprias características se restringem a um ou outro momento. É o caso da eleição de foro, que somente pode ser pactuada em caráter pré-processual, haja vista a sua finalidade, que é de regular a competência territorial para um processo futuro. Noutro sentido, o negócio será necessariamente incidental quando se exigir a presença do magistrado como emissor de vontade à sua formação, como ocorre no caso do calendário processual, por exemplo[261].

Pelo critério do local ou lugar de celebração, é possível classificar os negócios jurídicos processuais em procedimentais ou extraprocedimentais, a partir de sua ocorrência dentro ou fora do procedimento judicial, respectivamente, compondo ou não a sua sequência típica dos atos processuais[262].

Quanto a esta classificação, algumas ponderações merecem ser feitas, especialmente porque ela tangencia a própria definição do negócio jurídico processual, à luz da teoria geral dos fatos e atos jurídicos. Para tanto, toma-se por premissa a possibilidade de transportar, ao menos parcialmente, conceitos oriundos da Teoria Geral do Direito para o Direito Processual. E assim, é possível identificar fatos jurídicos de natureza processual como fatos jurídicos processuais *stricto sensu*, quando a verificação do suporte fático independe de ação humana. Ou seja, a sua qualificação resulta da incidência da norma processual em um evento que passa a ter aptidão à produção de efeitos em um processo.

Ao lado deles, há os atos jurídicos processuais *lato sensu*, cujo elemento estruturante apoia-se na manifestação da vontade. Estes, por sua vez, subdividem-se em (*i*) atos jurídicos

---

[260] Nesse sentido é o Enunciado nº 628 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, pelo qual "as partes podem celebrar negócios jurídicos processuais na audiência de conciliação ou mediação".

[261] Ao estabelecer que "o juiz e as partes podem fixar calendário", o artigo 191 do Código de Processo Civil restringe a celebração do calendário durante a pendência do processo judicial. Em tese, não há óbice a que as partes previamente estipulem um "esboço" do que poderia ser um calendário processual em caso de ajuizamento de eventual demanda, o qual seria submetido ao juiz para anuência (não homologação, pois o juiz é parte celebrante do negócio). Todavia, ainda que possível em tese, tal situação não parece ter repercussão prática efetiva.

[262] NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPodium, 2016, p. 174.

processuais *stricto sensu* e (*ii*) negócios jurídicos processuais, distintos em razão da possibilidade de que, nestes últimos, os celebrantes estipulem os efeitos para constituir, modificar ou extinguir situações processuais. Embora haja divergência doutrinária quanto a admissão da figura dos fatos jurídicos processuais[263], a questão que interessa mais diretamente ao objeto da pesquisa e com o critério de classificação sob análise diz respeito aos atos jurídicos processuais em sentido amplo.

Como dito nos parágrafos anteriores, o seu elemento estruturante consiste na manifestação de vontade. Tradicionalmente o *locus* dessa manifestação importava para a sua qualificação como processual ou não. Significa dizer que somente quando praticados pelo juiz ou pelas partes internamente à relação processual os atos jurídicos ostentariam a natureza processual[264]. Entretanto, vincular a natureza do ato jurídico (processual ou não) ao *locus* de celebração parece não ser adequado na medida em que exclui desse espectro aqueles atos que, muito embora praticados fora do ambiente processual, tenham repercussão eficacial sobre ele[265].

Portanto, em reforço ao que se explicou no item 3.1, a compreensão mais ampliada do ato processual, a partir da sua aptidão à produção de efeitos jurídicos no processo, e não apenas quando praticados no processo. Consequentemente, sendo o negócio jurídico espécie de ato processual, guarda essa mesma característica, ou seja, existem ainda quando firmados

---

[263] Ver: PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

[264] "A relevância da sede para a caracterização do ato processual parece conclusão correta, desde que atendido quanto ao exposto. Não há atos processuais praticados fora do processo. Só a atividade desenvolvida no processo pode consubstanciar-se em atos processuais que se colocam sob disciplina (teoria geral) comum aos atos processuais, o que não significa, entretanto, sejam processuais todos os atos praticados no processo. Somente são atos processuais aqueles que também produzem, no processo, efeitos processuais. Tanto não basta, contudo. Ainda se faz necessário cuidar-se de ato que só no processo pode ser praticado. Atos processuais, por conseguinte, são os atos jurídicos praticados no processo, pelos sujeitos da relação processual ou pelos sujeitos do processo, capazes de produzir efeitos processuais e que só no processo podem ser praticados" (PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 53).

[265] "A sua volta l'atto processuale è una specie *dell'atto giuridico, denotata dal carattere processuale del mutamento giuridico*, in cui si risolve la giuridicità dela fatto cioè l'effetto giuridico del fatto materiale. Tenendo conto di questo criterio per stabilire la qualità processuale di un atto giuridico occorre determinare se sai o non sai processuale Il rapporto giuridico, che dall'atto riesce costituito, sostituito o modificato. Pertanto *la processualità dell'atto non è dovuta al suo compiersi nel processo ma al suo valere per Il processo*. Così è che un atto compiuto fuori dal processo può essere processuale (ad esempio, Il compromesso o la convenzione relativa alla competenza) e, viceversa, un atto compiuto nel processo può non essere processuale (ad esempio, la rinunzia o Il riconoscimento della pretesa)" (CARNELUTTI, Francesco. **Istituzioni del nuovo processo civile italiano**. 4ª edizione emendata e aggiornatta, vol. primo. Roma: Soc. ed. del "foro italiano", 1951, p. 283, grifos do autor).

fora do procedimento, pois o seu critério distintivo está na determinabilidade dos seus efeitos pelas próprias partes.

A partir do critério do objeto ou dos conteúdos possíveis, os negócios jurídicos processuais assumirão a qualificação de negócios jurídicos processuais sobre procedimento (também chamados procedimentais) ou sobre situações jurídicas. Essa distinção decorre do próprio *caput* do artigo 190 do Código de Processo Civil, expressa em que as partes podem "estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais"[266].

Não há impedimento para que as partes, num mesmo documento, pactuem tanto a respeito do procedimento como de situações jurídicas processuais. Neste caso, haverá multiplicidade de convenções processuais, ainda que em suporte documental único. Tampouco se exige que as possibilidades de convenção (sobre situações processuais e procedimento) aconteçam conjuntamente. Nesse sentido, o Enunciado nº 258 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, afirma que "as partes podem convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa".

Quanto aos negócios jurídicos procedimentais, Pedro Henrique Nogueira os subdivide em *acordos de procedimento estáticos* e *dinâmicos*, a partir da previsibilidade convencional de que o rito se desenvolva de acordo com um regramento diferenciado. Assim, segundo o autor, quando a convenção das partes se limitar à eleição de um procedimento diverso, porém previamente estabelecido pelo legislador, se estará diante de um acordo estático. Diversamente, quando se tratar de ajustes que resultem na criação de um procedimento personalizado pelas partes, se estará diante de um acordo dinâmico[267].

Em razão da amplitude normativa do artigo 190 e das repercussões disso na adequada interpretação e operacionalização das convenções processuais. é importante analisá-la mais detidamente no item 3.3.1 a seguir. Por ora, importa estabelecer que os negócios jurídicos

---

[266] O Enunciado nº 257 do Fórum Permanente de Processualistas Civis reforça a prescrição legal ao afirmar que "o art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convencionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais".

[267] NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais.** 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2018, p. 265-266.

procedimentais promovem a alteração, flexibilização ou mesmo a criação do procedimento em seus variados aspectos, como a *indicação* dos atos processuais que o compõe; a determinação da *forma* a que se revestem; definição da *ordem sequencial* para a sua prática; ou a sua diversificação estrutural[268].

Ao franquear genericamente essa possibilidade às partes, o Código de Processo Civil vigente enaltece a gestão processual pela via negocial para que, saindo da formatação legal padrão, o procedimento alcance a maior eficiência possível[269].

Por outro lado, o artigo 190 ainda admite que as partes convencionem sobre situações jurídicas processuais consistentes em seus ônus, poderes, faculdades e deveres dentro do processo. Ou seja, constituem acordos sobre o exercício ou não de prerrogativas processuais, estabelecendo para elas um fazer ou não fazer no âmbito do processo. Por isso Antonio do Passo Cabral, baseado na tradição doutrinária alemã, prefere denominar tais negócios processuais como *acordos de obrigação*, ao lado dos *acordos de disposição* (procedimentais)[270].

3.5 PAPEL E REPERCUSSÃO DA CLÁUSULA GERAL DE CONVENCIONALIDADE

---

[268] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 7. ed. rev. e atual. v. II. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 516. Para o autor, são esses quatro elementos que coordenam as atividades contidas nas normas de natureza procedimental.

[269] Em obra específica sobre a temática, Fernando da Fonseca Gajardoni menciona três sistemas possíveis à flexibilização procedimental. O primeiro deles, *legal (genérico e alternativo)*, promove as mudanças procedimentais no plano normativo mediante a elaboração de procedimentos e previsão de formas adequadas às necessidades do caso concreto. Em razão da vinculação predominante do ordenamento jurídico brasileiro ao sistema da legalidade das formas, trata-se de regra. O segundo modelo é o *judicial*, representativo dos *cases menagements* originários dos países filiados ao *common law*, que acontece no âmbito do processo, a partir da atribuição de poderes ao juiz para, dentro de determinados limites previamente estabelecidos, adaptar o procedimento de modo concreto. No Brasil, tal possibilidade vem expressamente prevista no artigo 139, VI do Código de Processo Civil, por exemplo, ao autorizar o magistrado a dilatar prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, com vistas à maior efetividade da tutela do direito em questão. Por fim, há a possibilidade de que as próprias partes assumam postura ativa no sentido de participar da construção do procedimento, seja para ajustá-los às particularidades da causa, seja em função de seus interesses. Trata-se do modelo *voluntário*, que se materializa por meio de convenções processuais. (**Flexibilização procedimental:** um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008).

[270] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodium, 2016, p. 72-75.

Reforçando o exposto anteriormente neste Capítulo, apesar de não ser novidade absoluta no sistema processual porquanto previstas em praticamente todas as grandes leis processuais brasileiras, o Código de Processo Civil de 2015 ampliou significativamente o espaço à negociação processual. E o fez a partir de duas perspectivas também já mencionadas nos itens 3.3 e 3.4, a saber: *(i)* de alargamento das hipóteses de negócios jurídicos processuais típicos e *(ii)* de permissão expressa da possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos.

A permissão aos negócios jurídicos processuais atípicos remete à existência de uma norma jurídica autorizativa à atuação das partes e tem como principal característica a amplitude enunciativa, que fornece ao seu destinatário os contornos gerais da conduta nela prevista. Assemelha-se a uma moldura, em cujos limites os indivíduos podem exercer o autorregramento da vontade. Trata-se da verdadeira *cláusula geral*, espécie normativa textual marcada pelo uso da "linguagem de tessitura intencionalmente 'aberta', 'fluida' ou 'vaga', caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico"[271].

Mas além de espécie normativa, a cláusula geral é também técnica legislativa de regulamentação a partir de hipótese legal ampla (conceitos jurídicos indeterminados). Nesse sentido, atua como *metanorma* que exige do juiz (e da jurisprudência) a construção progressiva da resposta ao caso concreto a partir das suas particularidades como também de variáveis do contexto social, político e cultural. Segundo Judith Martins Costa, a cláusula geral confere ao juiz a competência para criar, complementar ou desenvolver a norma jurídica, valendo-se de elementos cuja concretização esteja até mesmo fora do sistema[272]. Contrapõe-se à casuística, técnica legislativa consistente na regulamentação mais concreta e completa da *fattispecie*, ou seja, na tipificação de conduta pelo legislador com a maior completude possível de elementos[273].

---

[271] COSTA, Judith Matins. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**. Brasília: Senado Federal, a. 35, n. 139, jul.-set./1998, pp. 5-22, p. 8. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/r139-01.pdf. Acesso em: 09 out. 2018.

[272] COSTA, Judith Matins. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**. Brasília: Senado Federal, a. 35, n. 139, jul.-set./1998, pp. 5-22, p. 8. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/r139-01.pdf. Acesso em 09 out. 2018.

[273] Sobre isso ver: YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional.** São Paulo: Atlas, 1998, p. 38-53. Num sentido mais amplo de análise, afirma o autor: "busca-se, no direito processual, o *típico* e o *atípico* como forma

No caso específico das convenções processuais é o artigo 190 do Código de Processo Civil[274] que ostenta as características de cláusula geral de convencionalidade[275], complementado pela disposição do artigo 200 do mesmo Código, quanto ao seu aspecto eficacial. Contudo, a análise proposta nesta etapa se dirigirá mais diretamente à primeira norma, pela sua especificidade relativamente ao tema desenvolvido na pesquisa.

Interessante registrar que apesar dos objetivos manifestados na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil[276], no sentido de "criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa" e de "dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado", a sua primeira versão não contemplava uma norma equivalente ao mencionado artigo 190. Ou seja, não franqueava às partes poderes amplos e genéricos voltados à *adaptação* do processo à sua realidade subjacente, embora previsse hipóteses de convenções típicas[277]. O que se nota é que o *poder geral de adaptação* do processo à sua realidade subjacente caberia, em regra, ao juiz, a teor do artigo 107, V[278], complementado pelo artigo 151, § 1º[279], ambos do Anteprojeto.

Durante a tramitação nas casas do Congresso, o texto foi revisto, optando-se por restringir o poder do juiz às hipóteses previstas atualmente no artigo 139, VI consistentes

---

de melhor identificar as vias de acesso ao controle estatal jurisdicional de situações da vida, 'desdobrando' ou 'especificando' o direito ou poder de *ação*" (p. 53).

[274] 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 e encontre em manifesta situação de vulnerabilidade

[275] Ou cláusula geral de negociação sobre o processo, como prefere Pedro Henrique Nogueira (**Negócios jurídicos processuais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2018, p. 262 e seguintes).

[276] Comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do novo Código de Processo Civil. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil.** Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em:
http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1. Acesso em: 30 ago. 2016.

[277] A exemplo da convenção relativa ao ônus da prova (artigo 263) e sobre o foro (artigo 48). Estas, aliás, já previstas no Código de Processo Civil de 1973.

[278] Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
(...)
V – adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa.

[279] Art. 151. (...)
§ 1º Quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste.

em dilatar prazos e alterar a ordem de produção da prova. Paralelamente a isso, foi inserida a cláusula geral de convencionalidade atribuindo às partes poder geral para a negociação processual, que culminou na redação do artigo 190 em análise[280]. Convém destacar mais uma vez que a norma não se restringiu à flexibilização procedimental negociada, senão também alcança a possibilidade de convenção sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes.

Se por um lado a cláusula geral confere significativa maleabilidade à norma e a abertura do sistema legislado para torná-lo mais rente à dinâmica social e à realidade do caso concreto, por outro traz consigo a dificuldade do estabelecimento de limites, exatamente pela imprecisão e vagueza de seus termos. Evidentemente que a amplitude enunciativa não significa, insista-se, ausência de limites, sobretudo em se tratando de cláusula geral de negociação processual, em que são maiores as restrições ao poder de autorregramento pelas partes.

O exercício da autonomia da vontade não é ilimitado, nem mesmo no âmbito do direito privado, conforme se tem defendido neste trabalho, em especial nos itens 2.2.1 e 2.3.2. A própria indicação genérica dos elementos, características e pressupostos que viabilizam a negociação já constitui limitação, porquanto as situações excluídas dessa *moldura* mais ampla não podem ser constituídas, modificadas ou extintas pela atuação da vontade das partes. Bem por isso é possível afirmar que a compreensão das possibilidades encartadas pelo artigo 190 revela também as limitações à convencionalidade sobre o processo.

O êxito dessa desafiadora tarefa de identificar as possibilidades e os limites das convenções processuais depende da análise adequada da norma, numa perspectiva que ressalte os vetores do Estado Democrático de Direito para o processo civil (estampados nos princípios constitucionais processuais). Ademais, que ponha em evidência a finalidade das convenções processuais em racionalizar o processo e emprestar maior eficiência à prestação da tutela jurisdicional.

---

[280] Sobre as modificações operadas no Anteprojeto ao longo da sua tramitação ver: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC**: crítica e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Ainda: [SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil.** vol. 1 (arts. 1º a 317). BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 736-773, p. 748].

A conjunção desses fatores apontados pode dificultar a operacionalização prática da convencionalidade em matéria processual, de modo que o esforço acadêmico, doutrinário e jurisprudencial em desvendar o tema é de inegável importância.

Embora extrapole o recorte temático desta pesquisa, importa realçar que além dos fatores jurídicos que podem representar dificuldade prática do desenvolvimento das convenções processuais, o desconhecimento sobre a negociação também pode ser um entrave a elas. A permeabilidade crescente do sistema processual à autorregulação da vontade demanda, necessariamente, a participação comunicativa e cooperativa dos atores processuais, como se tem defendido ao longo deste trabalho.

O ambiente comunicativo não se limita à análise técnica das questões processuais que serão objeto da convenção, senão também para avaliar as vantagens e desvantagens. Ou seja, a celebração de tais negócios requer o incremento da comunicação interna ao processo, mas também sobre questões externas a eles.

Como exposto no item 3.3, desde as técnicas para o seu adequado desenvolvimento, os custos de operacionalização e até os benefícios para o processo e para as partes, ainda há muito a conhecer e trabalhar para que a negociação processual realize a sua máxima potencialidade prática. Do contrário, pouco se conseguirá avançar.

Retornando à análise central deste tópico, importa estabelecer que o artigo 190 do Código de Processo Civil contempla a celebração de *convenções processuais*, entendidas como negócios jurídicos processuais bilaterais ou plurilaterais, por meio da qual as partes determinam a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais, ou ainda, a alteração do procedimento legal padrão[281]. Excluem-se do seu campo de abrangência os negócios jurídicos processuais unilaterais, pela própria restrição do texto legal a expressões como “é lícito às partes”; “convencionar” e “convenção”[282].

---

[281] Antonio do Passo Cabral inclui no conceito elementos relativos ao momento da celebração e da produção de efeitos da convenção, considerando que “convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, *antes ou durante o processo* e *sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito*, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento” (**Convenções processuais.** 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2018, p. 74).

[282] O entendimento, todavia, não é uníssono na doutrina, havendo quem defenda o alcance do mencionado artigo também aos negócios jurídicos processuais unilaterais. Sobre o tema ver: COSTA, Marília Siqueira da. **Convenções processuais sobre intervenção de terceiros.** Salvador: JusPodium, 2018, p. 74.

À interpretação literal (normalmente insuficiente, diga-se) se acrescente, ainda, o sentido finalístico e lógico do dispositivo que corrobora a posição ora adota. Não parece adequado pensar que apenas uma das partes pudesse, unilateralmente, promover alterações procedimentais. Salvo aquelas situações em que o próprio sistema processual confere ao autor a possibilidade de *optar* por um ou outro procedimento (por exemplo, entre ajuizar ação monitória ou ação de conhecimento pelo rito comum), a conformação ou alteração procedimental unilateral implicaria violação à garantia fundamental de isonomia.

Do mesmo modo, em relação à autorregulamentação das demais situações processuais mencionadas no *caput* do artigo 190 (ônus, poderes, faculdades e deveres) também se mostra adequado restringir ao âmbito das convenções, e não da negociação unilateral. Embora seja possível a prática de negócio jurídico processual – conforme tratado no item 3.4 – admitir a incidência do artigo 190 também a esse tipo de negociação implicaria, em verdade, em limitação indevida e indesejável decorrente dos pressupostos de validade especificados pelo legislador. Nesse sentido, restaria vedada, por exemplo, a prática unilateral de determinados atos processuais de natureza negocial aos incapazes, uma vez que o pressuposto de validade normativo é a capacidade plena[283].

Outra constatação relevante diz respeito à relação entre o artigo 190 e as convenções processuais típicas. Ao assumir a natureza de uma cláusula geral de convencionalidade, o mencionado dispositivo não respalda exclusivamente a celebração de convenções processuais atípicas, embora se destine direta e imediatamente a elas. Pelo contrário, ele se aplica supletiva e subsidiariamente às convenções processuais típicas, irradiando a sua carga normativa para complementar ou suprir eventuais lacunas da regulamentação específica, especialmente quanto aos pressupostos de validade.

A doutrina distingue os termos *supletivo* e *subsidiário*, atribuindo-lhes contornos diferentes apesar de próximos. A supletividade tem sentido mais amplo e remete à omissão legislativa que justifica a aplicação de determinada norma (geralmente de caráter geral) para suprir a inexistência de regulamentação. Por outro lado, a subsidiariedade se refere à

---

[283] "Imagine-se que se qualifique como negócio processual o ato de desistir de recurso: à luz do art. 190, somente poderia exercê-la a parte capaz, o que contrariaria a lógica do sistema. Ao incapaz se reconhece, sim, o cabimento de atos de disposição, desde que com a concordância do Ministério Público" [SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. 1 (arts. 1º a 317). BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 736-773, p. 749].

aplicação de uma determinada norma com a finalidade de enriquecer ou complementar outra de caráter especial e previamente existente[284]. A menção às duas expressões neste trabalho tem a pretensão de ampliar a função integradora intrassistemática da cláusula geral de convencionalidade, sem excluir qualquer dos seus aspectos internos.

A aplicação nesses moldes terá oportunidade quando, além de eventual lacuna normativa referida no parágrafo anterior, os elementos e requisitos da cláusula geral não se mostrarem incompatíveis com a convenção típica em questão.

Diante disso, não é razoável afirmar que todos os pressupostos de validade previstos no artigo 190 serão automaticamente aplicados às convenções típicas. É indispensável avaliar *se* e *em qual medida* é viável estender a cláusula geral de convencionalidade a uma convenção típica sem restringi-la indevidamente. Por exemplo, é inadequado limitar a possibilidade de celebração do calendário processual (previsto no artigo 191) apenas no bojo de processos que admitam a autocomposição em relação ao direito material[285], a pretexto de se aplicar subsidiariamente o artigo 191 à hipótese.

O sentido é conferir maior eficiência prática a estas convenções, sem comprometer as características, requisitos e pressupostos previamente estabelecidos pelo legislador na norma de regência específica. Trata-se, portanto, de função integradora intrassistemática[286] das cláusulas gerais, que possibilitam a denominada mobilidade interna de disposições contidas no Código de Processo Civil (e eventualmente em normas esparsas que prevejam convenções típicas), tendo em vista um mesmo fato.

Assentadas as bases conceituais e teóricas do tratamento dos negócios jurídicos processuais, conforme o tratamento dado à categoria pelo Código de Processo Civil, é possível avançar a análise em matéria probatória. Conforme se demonstrará no Capítulo a

---

[284] A distinção entre aplicação supletiva e subsidiária ganhou atenção da doutrina recentemente em razão da referência expressa a eles no artigo 15 do Código de Processo Civil. Sobre a distinção dos termos vide: PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. 1 (arts. 1º a 317). BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 191-207, p. 205-206; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil:** artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 74-76.

[285] Conforme o Enunciado nº 494 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "a admissibilidade de autocomposição não é requisito para o calendário processual".

[286] COSTA, Judith Matins. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**. Brasília: Senado Federal, a. 35, n. 139, jul.-set./1998, pp. 5-22, p. 11. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/r139-01.pdf. Acesso em: 09 out. 2018.

seguir, as questões em torno da fase instrutória são interessantes ao fenômeno da convencionalidade processual. Na mesma medida, são tormentosas, pois tocam diretamente na atuação jurisdicional e, assim, repercutem sobre a abrangência dos poderes inerentes àquela atividade.

Em razão disso, torna-se indispensável equacionar o poder conferido às partes para o autorregramento de situações processuais e do procedimento com os poderes do juiz, especialmente os instrutórios, no caso de convenções processuais probatórias. Sem isso, corre-se o risco de que as dificuldades em torno da técnica das convenções repercutam negativamente em relação à sua prática.

4 CONVENÇÕES PROCESSUAIS EM MATÉRIA DE PROVA: INTERAÇÕES ENTRE O AUTORREGRAMENTO DA VONTADE E PODERES DO JUIZ

Ao longo do Capítulo 3 foi apresentada a evolução do fenômeno da convencionalidade no Direito, que redundou na abertura gradual e cada vez mais incentivada do sistema processual às suas manifestações, especialmente nos séculos XIX e XX. No Brasil, as interações entre privatismo e publicismo do Processo Civil têm sido alvo de atenção nos últimos anos em função da edição do Código de Processo Civil, que ampliou consideravelmente as possibilidades de celebração de negócios jurídicos processuais.

A autorização legislativa expressa – disposta em várias normas ao longo do texto codificado – traz consigo uma série de questões de ordem teórica e prática sobre a delimitação dos espaços negociáveis dentro do processo. Conhecer as fronteiras entre poderes das partes e do Estado-juiz é fundamental para o êxito dos negócios jurídicos processuais.

Convém frisar, todavia, que o objeto central da pesquisa se limita às *convenções* em matéria probatória, assim, entendidas como negócios jurídicos processuais celebrados pelas partes (bilaterais) ou por elas e o juiz (plurilaterais) com o objetivo de criar, modificar ou extinguir situações processuais ou alterar procedimento relativamente à prova. Portanto, não serão objeto de estudo os negócios jurídicos processuais unilaterais, até porque pela própria sua característica, nelas não há atuação diretamente cooperativa e comunicativa entre os sujeitos processuais, onde se identificam as potencialidades e as dificuldades da negociação processual[287].

---

[287] Nesse sentido tem pertinência a lição de Heitor Vitor Mendonça Sica: "considero, com o devido acatamento, que se mostra estéril do ponto de vista prático o esforço de realocação de diversos atos processuais (especialmente os unilaterais) para a categoria dos negócios jurídicos (tais como a desistência da ação, a desistência do recurso e os atos postulatórios em geral). [...] O reconhecimento da existência de negócios jurídicos processuais e sua valorização podem, sim, prestar serviços relevantíssimos para a ciência processual civil brasileira justamente no campo das chamadas *convenções processuais*, assim entendidos como negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais" [SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. 1 (arts. 1º a 317). BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 736-773, p. 747, grifos do autor].

Reafirmado o recorte temático do trabalho, importa também delimitar a perspectiva de estudo, sob pena de incursões impertinentes ou desnecessárias aos seus objetivos. Assim, o estudo será empreendido com enfoque no fenômeno da convencionalidade e das suas interações com a atividade jurisdicional. A intenção é de contribuir para o enfrentamento da problemática que envolve a possibilidade ou não da limitação legítima ao exercício de poderes do juiz, sobretudo os instrutórios em razão da pertinência com o recorte temático da pesquisa.

O desenvolvimento dos temas componentes deste Capítulo demanda a identificação das convenções processuais que têm aptidão à regulação de situações processuais em torno da prova, inclusive no que toca ao procedimento para a sua produção. A partir delas é que se fará a análise mencionada no parágrafo anterior. Com isso também será enfrentado o tema da vinculação do magistrado às convenções probatórias a partir das diferentes posições que possa assumir frente a elas, que servirão de fundamento à identificação de hipóteses de limitação legítima ao exercício dos poderes instrutórios.

Nesse contexto a prova, entendida como "conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento"[288], servirá de pano de fundo. No entanto, o objeto da pesquisa se volta à dinâmica de exercício e acomodação desses mencionados polos de poder. Em razão disso, eventual referência a conceitos pertinentes ao direito probatório será feita pontualmente e explorada na medida necessária ao intento que ora se propõe.

Torna-se importante frisar, desde logo, que grande parte do que se tratará nesta etapa do trabalho não se aplica exclusivamente às convenções processuais probatórias, senão, antes, são empregáveis às convenções genericamente consideradas. Todavia, em função do recorte temático proposto para a pesquisa, a análise será feita a partir e com ênfase nas convenções concernentes ao direito probatório. Deste modo, eventuais referências a aspectos teóricos e práticos serão feitas com base nas modalidades convencionais apontadas neste Capítulo.

---

[288] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 7. ed. v. III. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 47.

4.1 PONTOS NEVRÁLGICOS DA CONVENCIONALIDADE EM MATÉRIA PROBATÓRIA

Como afirmado no início deste Capítulo, a tensão entre privatismo e publicismo do Processo Civil tem estado em evidência no contexto de valorização da negociação processual[289]. A equação entre estas duas dimensões é carregada de caráter ideológico, político e cultural[290] e que, por isso, podem se alterar ao longo do tempo e pela conjugação de diversos fatores, conforme se analisou ao longo do Capítulo 2 desta pesquisa. As premissas fixadas ali passaram, necessariamente, pela análise evolutiva do Direito Processual Civil em suas fases metodológicas. Em cada uma delas um modelo de processo se estabeleceu condicionado não apenas por elementos jurídicos, senão também externos ao Direito.

Também se analisou nos Capítulos anteriores que a rejeição à admissão de negócios jurídicos processuais se sustentou, em grande medida, a partir de aspectos ideológicos, políticos e culturais. A crescente permeabilidade do sistema processual brasileiro ao fenômeno da convencionalidade resulta, como se tem defendido, de uma postura político-ideológica estampada na Constituição Federal (vide item 3.3). Por isso qualquer análise mais específica sobre o tema deve ser empreendida à luz do direito posto, ainda que se faça alguma menção à experiência de outros países em relação à operacionalização de convenções processuais, serão pontuais e tão somente para fins de comparação crítica.

No que toca ao direito probatório, conquanto se trate de terreno fértil à utilização de convenções processuais é, ao mesmo tempo, de inegável complexidade em razão da conjugação de diversos fatores que a mera previsão legal não é capaz de transpor. Ora, se por um lado a prova apresenta aspectos interessantes para o desempenho da

---

[289] A constante tentativa de equacionar essas duas dimensões se manifesta em outros aspectos da técnica processual, como no caso da restrição à atuação da vontade das partes no processo, bem como o fortalecimento dos poderes do juiz, inclusive voltados à sua iniciativa probatória, situações que foram analisadas mais detidamente nos itens 2.2.1 e 2.2.2 anteriores.

[290] Neste sentido, Robson Renault Godinho afirma que "o processo possui evidente cunho técnico, mas não se esgota no caráter formal de mero conjunto de atividades que visa à resolução de conflitos, isso porque o direito processual vincula a relação entre o poder público e o cidadão, traduzindo uma escolha político-cultural" (**Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 57).

convencionalidade processual, por outro lado também é mais suscetível às dificuldades decorrentes deste espaço ainda pouco explorado. Daí porque desde antes do Código de Processo Civil de 2015[291] e mesmo agora na sua vigência percebe-se, ainda, uma espécie de *desconforto* ou até mesmo *rejeição* à convencionalidade no campo das provas.

Apenas para fins de registro, durante a elaboração desta pesquisa, foram muitas as tentativas de se obter material prático sobre as convenções probatórias (decisões ou mesmo exemplos de acordos) especialmente com juízes da Comarca da Região Metropolitana de Londrina, no Estado do Paraná. No entanto, ao menos na realidade daquela Comarca, constatou-se a baixíssima utilização das convenções processuais voltadas à matéria probatória, a despeito da ampla variedade de arranjos que a legislação atual permite nesse tema.

Conforme se verá mais adiante neste Capítulo, por iniciativa judicial, o calendário processual tem sido utilizado para a programação de fase instrutória com resultados práticos positivos, segundo informações obtidas com os magistrados que gentilmente forneceram o material.

Importa deixar claro que não se trata de discutir a admissibilidade do autorregramento em matéria probatória. Tal questão restou ultrapassada pela edição do Código de Processo Civil vigente, que ampliou significativamente as hipóteses para a celebração de convenções processuais probatórias típicas e atípicas. O problema está muito mais relacionado à dimensão cultural e ideológica do processo, em que o próprio Poder Judiciário em sua estrutura, os juízes, as partes e seus advogados, obviamente, ainda se encontram despreparados para atuar na realidade processual que se impõe.

Alguns aspectos merecem menção pois a compreensão que se tenha sobre eles atua diretamente no modo como o sistema processual pode promover a acomodação entre as dimensões privada e pública no cenário das convenções processuais probatórias. Para os fins desta pesquisa serão abordadas três dessas questões, a saber: *(i)* o caráter bifronte da prova e a suposta indisponibilidade das normas que a regulam; *(ii)* a coexistência de interesses do

---

[291] Haja vista a previsão, já no Código de Processo Civil de 1973, da possibilidade de distribuição convencional do ônus da prova (parágrafo único do artigo 333 revogado), de pouquíssima repercussão prática.

Estado e das partes sobre o resultado da prova; *(iii)* a relação entre prova e verdade no Processo Civil.

São pontos nevrálgicos em torno do tema e que, interligados, conduzem à compreensão das mais adequada das convenções em matéria probatória no plano prático, e, sobretudo, incentivam o seu manejo prático eficiente e alinhado às diretrizes do Processo Civil democrático.

(i) o caráter bifronte da prova e a suposta indisponibilidade das normas que a regulam

Os chamados institutos bifrontes são aqueles que se apresentam importantes tanto para o direito material como processual e compõem o que Cândido Rangel Dinamarco, baseando-se no magistério de Piero Calamandrei e Giuseppe Chiovenda, chama de "*faixas de estrangulamento* existentes entre a ordem processual e substancial"[292].

Pela perspectiva da instrumentalidade, o processo deve ser um instrumento útil à obtenção de resultados práticos adequados, o que torna indispensável sintonizá-lo ao direito material. Portanto, há uma relação direta e simbiótica entre os dois planos (processual e material) e que aponta para a especial relevância dos institutos jurídicos que caminhem por entre ambos. Isso porque, no caso concreto levado a juízo, o direito material se realiza pela via do processo.

Logo, ainda que em planos distintos, há evidente interação entre eles. Eventualmente a proximidade entre os dois planos se dá de tal maneira que se torna impossível e até inviável separar os conceitos e isolá-los completamente em um ou outro nível[293]. A prova é, inegavelmente, um exemplo disso.

---

[292] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 4. ed. rev. e atual. v. I. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 48, grifo do autor.

[293] LEONEL, Ricardo Barros. Normas bifrontes no novo Código Civil: prescrição e decadência. **Revista justitia**, ?, p. 1-42, p. 2-3. Disponível em: https://www.google.com/search?source=hp&ei=Zh_iW5T8M4q8wASL-6SoDw&q=normas+bifrontes+no+novo+c%C3%B3digo+civil+ricardo+barros+leonel&oq=normas+bifrontes+no+novo+c%C3%B3digo+civil+ricardo+barros+leonel&gs_l=psy-

Apesar de predominantemente regulada pelas normas do Código de Processo Civil, porquanto a sua dinâmica acontece no processo e uma de suas finalidades principais é influir na formação do convencimento do juiz[294], é certo que alguns aspectos seus se localizam em legislações de caráter material. Contudo, o *locus* da norma não indica, necessariamente, a sua natureza. É comum que em legislações predominantemente materiais existam normas de natureza processual ou administrativa, por exemplo.

Por essa razão são encontradas no Código Civil disposições sobre prova, a exemplo dos artigos 1.543 a 1.547, que tratam da comprovação do casamento. Segundo Marcelo José Magalhães Bonizzi essa característica "permite afirmar que a disciplina da prova pertence ao direito processual, embora seja um dos pontos que mais se aproxime da esfera material"[295], justamente porque a prova também permeia a vida e as relações dos sujeitos envolvidos no processo[296]. São, pois, normas de caráter instrumental, que se distinguem daquelas que objetivam a regulação dos requisitos de forma de atos jurídicos, que ostentam, por sua vez, natureza material.[297]

A característica bifronte de prova é um dos fatores que realça a sua complexidade. É possível afirmar que dela decorrem outras relações em que evidenciam a tensão entre publicismo e privatismo em matéria probatória. Se a prova transita em alguma medida pelos dois planos – processual e material – é de se concluir que a atividade instrutória interessa a

---

ab.3..33i160k1.682.13528.0.13818.61.52.0.5.5.0.344.7098.0j27j8j3.38.0....0...1c.1.64.psy-ab..18.41.6721...0j0i131k1j0i10k1j0i22i30k1j33i21k1.0.3Lr2olvizWo. Acesso em: 30 ago. 2018.

[294] Neste sentido, Flávio Luiz Yarshell lembra que "a exclusiva e estrita vinculação entre prova e julgamento estatal, [...], afigura-se visão limitada – e, em certa medida, arbitrária – do fenômeno probatório. Com efeito, ela desconsidera o relevante papel que a prova – entendida como demonstração ou até mesmo como *experimentação* - desempenha relativamente aos sujeitos da relação material, atual ou potencialmente conflituosa; inclusive antes da instauração do processo declaratório do direito" (**Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova.** São Paulo: Malheiros, 2009, p. 25-26, grifos do autor).

[295] BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 28. Em sentido idêntico entende GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre ônus da prova no Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 183.

[296] Referindo-se à prova, Cândido Rangel Dinamarco afirma: "é no processo que se desenvolve toda sua *dinâmica* e é nele que produzirá sua eficácia institucionalizada. Mas as *fontes de prova*, ou seja, as pessoas e coisas capazes de fornecer informações ao juiz que julgará, são elementos externos ao processo, fazem parte da vida comum e apenas em um segundo tempo serão trazidas a ele e utilizadas como *meios instrumentais*. Em seu aspecto estático, as fontes de prova residem no direito substancial. Daí sua configuração bifronte e a necessidade de a categoria jurídica *prova* ser encarada com a consciência de que as fontes de prova vêm para o processo carregadas de conotações relacionadas com o próprio conflito a que se referem" (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 4. ed. rev. e atual. v. I. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 44-45, grifos do autor).

[297] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil.** v. II. Tocantins: Intelectus, 2003, p. 83. No mesmo sentido DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 7. ed. rev. e atual. v. III São Paulo: Malheiros, 2017, p. 49-51.

todos os sujeitos processuais, e não apenas ao juiz, como tradicionalmente se concebia, conforme se demonstrará no item a seguir.

Pela relação direta com a atividade jurisdicional, a convencionalidade em relação às provas encontrou, historicamente, barreiras na doutrina processual, atribuindo-se natureza cogente às suas normas reguladoras,[298] o que impediria ou pelo menos dificultaria a disposição pelas partes. Todavia, não parece adequada a afirmação categórica nesse sentido. Mesmo considerando que a disciplina das provas pertença ao Direito Processual – como se adota neste estudo – é certo que este fato é insuficiente para definir como cogentes ou imperativas as suas normas reguladoras.

À luz do que se tem sustentado desde os Capítulos iniciais, o ambiente processual estatizado comporta maiores restrições à liberdade das partes, pois se está diante de atividade pública, regida por normas também públicas e financiada por recursos desta mesma natureza. Essas são algumas razões que impedem, por óbvio, que o processo se torne um campo demasiadamente aberto a interesses privados.[299] Isso não significa que o publicismo processual não deva e não possa ser permeável à manifestação da vontade das partes, como também se tem demonstrado ao longo da pesquisa.

A despeito da regulação da prova ser feita por meio de normas processuais – portanto, de direito público –, *não* significa dizer que sejam necessariamente de ordem pública, tampouco cogentes ou imperativas.[300] A natureza de direito público se consubstancia no fato de serem destinadas a reger a atividade jurisdicional estatal. Questão diversa diz respeito a serem normas de ordem pública. Estas são todas as normas – processuais ou materiais –

---

[298] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** v. 1. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 73-74.

[299] Sobre isso reforça Marcelo José Magalhães Bonizzi: "o processo é, antes de tudo, um instrumento público de solução de conflitos, mantido pelos contribuintes e inserido num complexo de regras essencialmente públicas, circunstâncias que revelam um ambiente em que a liberdade das partes não pode transformar tudo numa espécie de 'arbitragem pública'" (**Fundamentos da prova civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 25).

[300] "A natureza de direito público da norma processual não importa em dizer que ela seja necessariamente *cogente*. [...] P. ex., o Código de Processo Civil acolhe a convenção das partes a respeito da distribuição do ônus da prova, salvo quando recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma delas o exercício do direito" (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 90.

disciplinadoras de relações que ultrapassem a esfera de interesses privados dos sujeitos. Ou seja, voltam-se "ao interesse da sociedade como um todo, ou ao *interesse público*"[301].

Nesse sentido, apesar da imprecisão do conceito, podem ser consideradas de ordem pública as normas que compõem o núcleo rígido do devido processo legal, previsto constitucionalmente. A partir daí se estabelecem graus distintos de imperatividade normativa, de onde surgem os conceitos de *norma cogente*, quando absoluta a imperatividade e *norma dispositiva*, quando passível de disposição pelas partes.

Logo, mesmo as normas processuais – onde se encaixam aquelas sobre a prova – podem ser alvo de disposição pelas partes. Basta observar, nesse sentido, a presença de negócios jurídicos processuais ao longo das legislações aplicáveis no Brasil ao longo dos anos, inclusive as de origem portuguesa. A digressão apresentada no item 3.3 do Capítulo anterior demonstra que, mesmo em menor número ou com menos destaque, a previsão de hipóteses de negócios processuais afirma os espaços de relevância da vontade das partes, desmistificando a questão em torno da natureza da suposta indisponibilidade da norma processual.

Especificamente em relação à matéria probatória, a disponibilidade normativa já se manifestava em alguns aspectos antes mesmo do Código vigente, por exemplo, na admissão da inversão convencional do ônus da prova, bem como na amplitude de utilização dos meios de prova, inclusive atípicos.

Ademais, a dicotomia *norma cogente-norma dispositiva* é insuficiente para refutar a ideia de vedar a disposição das partes sobre situações jurídicas processuais,[302] pela via convencional, inclusive no campo probatório. Até mesmo aquelas tradicionalmente compreendidas como absolutamente imperativas podem eventualmente ser objeto de disposição desde que em benefício da eficiência processual e sem excluir garantias constitucionais processuais. Isso não afasta a dificuldade de estabelecer qual é a abrangência

---

[301] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 9. ed. v. I. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 137. Também em: DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil** (de acordo com a Lei 13.256 de 4.2.2016). São Paulo: Malheiros, 2016, p. 45-46.

[302] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais.** 2. ed. rev. atual. e ampliada. Salvador: JusPodium, 2018, p. 346-347.

da liberdade franqueada às partes, o que reforça a necessidade de se compreender como as convenções processuais e a atuação jurisdicional se afetam mutuamente.

(ii) a coexistência de interesses do Estado e das partes sobre o resultado da prova

Em razão da clássica concepção de que o juiz seria o único e exclusivo destinatário das provas, o autorregramento voltado a esse tema importaria indevida interferência das partes em atividade tipicamente jurisdicional, alheia às partes na divisão de trabalho do processo. No ambiente processual democrático, a concepção de um direito constitucional à prova, derivado das garantias constitucionais da ação, do contraditório e da ampla defesa,[303] conduz à necessária conclusão de que a atividade probatória não é exclusivamente jurisdicional. Este é, portanto, um terceiro prisma que demonstra a dificuldade de conciliação entre prova e convencionalidade.

A despeito de ser o órgão jurisdicional investido de poder para decidir o caso a partir da apreciação e valoração de toda a prova constante nos autos, não se pode dizer que o interesse seja exclusivamente seu.[304] À semelhança do que afirma Daniel Francisco Mitidiero, a cooperação que permeia o Processo Civil democrático confere ao juiz dupla posição, a saber: simétrico às partes no diálogo ao longo do desenvolvimento do procedimento, e assimétrico no que tange à decisão[305] (quando a valoração da prova se

---

[303] "O direito à prova é uma manifestação essencial da garantia constitucional da ação e da defesa, porque 'agir e defender-se provando' é uma condição necessária para a atuação dessas garantias. Consequentemente, a restrição excessiva do poder de alegar os fatos relevantes e o direito de prová-los, em juízo, tornam sem efeito a expressão dinâmica dessas garantias processuais" (CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil.** Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 112-113). No mesmo sentido: LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. **Direito probatório.** 3. ed. Salvador: JusPodium, 2018, pp. 55-64, p. 57.

[304] Enunciado nº 50 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz.

[305] MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 101.

manifesta). Às partes a prova funciona sob, ao menos, outras três perspectivas de interesse, que serão brevemente expostas[306].

Uma primeira de natureza *persuasiva* consistente em reforçar os argumentos fáticos componentes da causa de pedir que, uma vez provados, formarão o convencimento do juiz a partir da reconstrução mais próxima possível da realidade.

Na mesma medida, tem função *epistemológica* destinada a fornecer às partes elementos necessários ao esclarecimento e à avaliação de possíveis resultados do processo, o que interfere diretamente nas estratégicas jurídicas de condução do caso concreto, inclusive no sentido de dar maior espaço a soluções consensuais pela autocomposição no plano do direito material.

Finalmente, a prova serve como substrato ao *controle da racionalidade* da decisão judicial. Sobre este aspecto, convém ressaltar a sua proximidade com o dever constitucional de motivação dos pronunciamentos jurisdicionais, expresso no artigo 93, X da Constituição Federal e especificamente no artigo 371, parte final e artigo 489, ambos do Código de Processo Civil. A exposição, na motivação, do raciocínio jurídico empreendido pelo magistrado é uma das maneiras pelas quais o ordenamento jurídico confere legitimidade à atuação do Poder Judiciário. O diálogo processual reafirmado pelo intuito cooperativo passa, necessariamente, pela motivação.

No caso da prova, ela é material para controle de eventual *error in judicando* da decisão. A ausência ou inadequada valoração da prova contida nos autos abre caminho ao controle da decisão pela via recursal. Remotamente também é possível admitir o interesse de terceiros sobre o seu resultado, pois "além da hipótese de prova emprestada, as provas produzidas podem repercutir na informação, construção e consolidação do direito, inclusive em precedentes, cujos efeitos transcendem às partes e afetam certo número de pessoas"[307].

---

[306] Sobre o assunto ver MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 193-194.

[307] MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 194. No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. El acuerdo sobre la prueba y los objetivos del processo civil. In**: La prueba em el processo/Evidence in the process** (II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal). Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2018, pp. 79-104. Disponível em: https://www.academia.edu/38120569/El_acuerdo_sobre_la_prueba_y_los_objetivos_del_proceso_civil?email_work_card=view-paper. Acesso em: 09 jan. 2019, p. 100.

(iii) a relação entre prova e verdade no Processo Civil

Até aqui se observou que a função da prova sempre esteve alinhada ao esclarecimento de fatos, seja para a gestão de risco relativo a um processo futuro, ou ainda da controvérsia de um processo atual e que, consequentemente, interessa ao julgamento de mérito ou, mais amplamente, à solução do litígio. Por esse ângulo, quanto maior o nível de reconstrução fática proporcionado pelo conjunto probatório, maior também as chances de que a decisão judicial seja adequada.

Isso aponta, fatalmente, para a relação entre prova e verdade, que tem se mostrado um tema clássico no estudo probatório. Uma decisão judicial não é necessariamente justa, nem efetiva só por que põe fim ao conflito que lhe deu origem. Para além disso, a qualidade da decisão se relaciona diretamente à qualidade do esclarecimento dos fatos controvertidos, que por sua vez passa pela reconstrução fática mais próxima possível da realidade.[308]

Registre-se que para os fins desta pesquisa e em função do recorte temático a ela proposto, não cabe incursionar com profundida sobre a temática da verdade. Por se tratar de conceito dotado de elevado grau de abstração e de cunho filosófico, que extrapola os limites da análise predominantemente voltada à dogmática do Direito Processual Civil. De todo modo, na linha do que se estabeleceu como premissa no Capítulo 2 (item 2.2.2), os poderes instrutórios existem para permitir ao juiz que ele tenha instrumentos aptos para obter o maior grau possível de verdade.

Com maior razão, no cenário do processo civil democrático, a cooperação chama o juiz ao diálogo processual, não apenas pelo contraditório, mas também assumindo uma postura ativa no que tange à prova. A cooperação vem, portanto, para reafirmar a importância

---

[308] Neste sentido TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. **Revista de** processo, ano 31, vol. 133, mar./2006, p. 239-266, p. 260-261. Sugere-se, ainda, a leitura de COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. **Protagonismo judicial:** novo ativismo e teoria geral da função jurisdicional. São Paulo: Leud, 2017. *E-book*, p. 725-728, em que o autor trata especificamente da tensão entre verdade e poderes instrutórios no contexto das convenções processuais, enfatizando a dificuldade de delimitar o espaço da função jurisdicional que pode ser “mutilado” pelo autorregramento das partes.

do papel do órgão jurisdicional na atividade instrutória e da própria atribuição de poderes instrutórios do juiz.

Nem por isso eles devem ser exercidos sem qualquer limite conforme, aliás, se sustentou no Capítulo 2. O Processo Civil democrático exige do juiz a observância do princípio da proporcionalidade na condução da fase instrutória, de modo a não inviabilizar o direito à prova garantido às partes, mas ao mesmo tempo zelar pela rápida solução do litígio. Afinal, não é factível reconstruir de forma precisa fatos pretéritos, razão pela qual a verdade absoluta não deve ser um objetivo a qualquer custo no processo.[309] Vale dizer: todo juízo de verdade enseja um juízo de probabilidade em maior ou menor grau, a partir de uma projeção do que normalmente acontece[310]. O processo objetiva, portanto, obter elementos que possibilitem combater ou, ao menos, minimizar as incertezas que lhe são próprias, para permitir a solução mais adequada possível do caso concreto.

A complexa e intrincada relação entre prova, verdade e exercício dos poderes instrutórios é, pois, um fator de dificuldade para as convenções processuais neste campo.[311] As interações entre privatismo e publicismo que emergem da realidade do Código de Processo Civil de 2015 exigem o enfretamento das tensões entre verdade e limites dos poderes instrutórios. Sem isso não se alcançará a convivência harmônica entre autorregramento da vontade e atividade jurisdicional.

---

[309] BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo:** a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006, p. 81-83.

[310] De acordo com Danilo Knijnik, o direito probatório oscila entre as concepções demonstrativa e persuasiva de prova. Enquanto aquela enaltece a enfatiza a busca pelo alcance máximo da verdade dos fatos, esta outra admite alguma chance de erro na reconstrução fática subjacente ao processo. Na dinâmica própria da fase instrutória, essas dimensões se relacionam em tom de complementaridade (**A prova nos juízos cível, penal e tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 10 e 15).

[311] Há bom tempo, a doutrina reflete as dificuldades do enfrentamento dessas questões, a exemplo de Michele Taruffo, que em várias oportunidades defende a viabilidade e necessidade de apuração da verdade por meio das provas por ser critério legitimador da decisão judicial, razão pela qual se posiciona mais refratário à convencionalidade nesse campo. Sobre a concepção do autor, ver: Verità negoziata? **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, anno LXII – Supplemento al fascicolo 3/2008. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2008, p. 69-98; Veritá e probabilità nella prova dei fatti. **Revista de processo**, vol. 154, dez./2007, pp. 207-222). Propondo um debate com a perspectiva de Michele Taruffo em *Verità negoziata?*, Beclaute Oliveira Silva se posiciona no sentido de que convencionalidade em matéria probatória, defendendo que a verdade não é o único critério de legitimação da decisão sobre determinado fato, e que o próprio sistema estabelece outros como as presunções e regras de distribuição do ônus da prova, por exemplo (Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais.** 3. ed. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 553-576).

Acrescente-se que a invocada complexidade em torno do tema das provas decorre da combinação de diversos fatores, todos eles ligados em maior ou menor medida a questões de cunho ideológico refletidas no Processo Civil, como se sustenta desde as linhas estruturantes da pesquisa. Seja em razão da sua característica bifronte, seja pela coexistência de interesses em relação às provas e às relações estabelecidas com a verdade, ela é, a um só tempo, atraente e tormentosa quando compõe o objeto de eventual negociação no processo.

Por um lado, a conjugação dessas características indica a relevância que as convenções em matéria probatória podem assumir no Processo Civil democrático. Os pontos abordados neste tópico não impedem que a fase instrutória seja exposta ao autorregramento da vontade das partes, muito embora tenham servido à doutrina como argumento para defender o contrário. Na realidade, o modelo de Processo Civil no Estado Democrático de Direito deve obedecer às suas diretrizes, estampadas na Constituição Federal. E nisso as convenções processuais em matéria de prova têm o potencial de efetivar o ideal de cooperação e eficiência estampados na norma constitucional e no próprio Código de Processo Civil.

Por outro lado, os mesmos pontos expostos também apontam para as dificuldades da operacionalização prática, em especial pela indiscutível possibilidade de que o conteúdo de uma convenção probatória atinja diretamente poderes do juiz - sobretudo os instrutórios, embora não exclusivamente -, conforme se demonstrará ao longo deste Capítulo.

Em respeito ao recorte temático proposto, a pesquisa se desenvolverá com ênfase nas interações entre autorregramento da vontade característico das convenções processuais e os poderes do juiz, especificamente em matéria probatória.

Interessante notar, por fim, que a utilidade das convenções processuais em matéria probatória ultrapassa os modelos previamente estabelecidos pelo legislador do Código de Processo Civil de 2015. Evidentemente é plenamente possível recorrer ao artigo 190 para estabelecer convenções probatórias atípicas, desde que respeitados os pressupostos de validades estabelecidos pela norma. Porém, é possível ir ainda mais além, pois há convenções típicas que, mesmo não fazendo referência direta à matéria probatória – diferentemente do que acontece, por exemplo, com a dinamização convencional do ônus da prova ou a escolha convencional do perito – ainda assim podem ser úteis ao autorregramento da fase instrutória ou tangenciá-la em alguma medida.

Em virtude disso nesta pesquisa se propõe uma visão ampliada das convenções processuais em matéria de prova, a partir de identificação de relação entre o objeto convencional e a fase instrutória, em seus variados aspectos.

4.2 UMA PROPOSTA AMPLIATIVA PARA A IDENTIFICAÇÃO DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS QUE PODEM SERVIR À MATÉRIA DE PROVA: *CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS PRÓPRIAS* E *CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS IMPRÓPRIAS*

Ao abordar o tratamento dado aos negócios jurídicos processuais pelo Código de Processo Civil vigente no Capítulo 3, foram apresentadas classificações estruturadas pela doutrina a partir de critérios extraídos da própria regulação empreendida pela referida lei. Certamente aquelas possibilidades podem ser estendidas às convenções processuais probatórias que, por serem espécies de um determinado gênero, também podem assumir modalidades compatíveis com os critérios expostos na ocasião. Assim, uma convenção processual probatória poderá ser, por exemplo, pré-processual ou incidental; unilateral, bilateral ou plurilateral; típica ou atípica, a depender de sua conformação prática.

No entanto, em matéria de convenções processuais probatórias pode-se avançar para além da sistematização genericamente estruturada. Tomando por base a relação que se estabelece entre a prova e o elemento objetivo da convenção processual é possível ampliar ao rol inicialmente apresentado pelo Código de Processo Civil, identificando até mesmo outras modalidades que sejam úteis à autorregulação das diversas etapas da prova, ainda que apenas de modo tangencial. Esse olhar ampliado das convenções processuais probatórias, a partir do critério da utilidade à autorregulação de aspectos da fase instrutória, permite estender a elas a proposta de verificação de limitações de poderes do juiz a partir do modo como esteja vinculado às convenções.

A partir daí se buscará examinar o modo como se dão as interações entre o autorregramento da vontade das partes e os poderes do juiz em cada uma delas, com o objetivo de verificar em quais situações e em qual medida estes últimos poderão sofrer limitações pela convenção.

Segundo essa proposta, as *convenções processuais probatórias próprias* são aquelas em que se estabelece vinculação objetiva imediata da convenção com a prova. Significa dizer que a prova[312] é o próprio objeto do autorregramento e, consequentemente, da convenção. Por outro lado, as *convenções processuais probatórias impróprias* existirão em outras hipóteses. A primeira quando, sendo típica, a convenção não tenha sido concebida exclusivamente para autorregramento da prova. Ou quando, independentemente da tipificação, o objeto seja diverso, atingindo a prova apenas de modo mediato ou tangencial. Nesses casos, a elação com a prova se dá por força de efeitos reflexos do conteúdo convencionado.

A compreensão das modalidades ora propostas se torna mais palpável a partir da identificação de hipóteses de convenções processuais probatórias no Código de Processo Civil. Do rol de convenções processuais típicas, as que podem ser consideradas probatórias são: a dinamização convencional do ônus da prova (artigo 373, §§ 3º e 4º) e na escolha consensual do perito (artigo 471); o calendário processual (artigo 191); a delimitação consensual das questões de fato e de direito (artigo 357, § 2º) e o saneamento compartilhado (artigo 357, § 3º).

Como se observa, as duas primeiras convenções guardam pertinência direta ao direito probatório, pois tem como objeto imediato a prova (ou, no caso, situações inerentes a ela, como a distribuição do ônus e a pessoa do perito). Amoldam-se, portanto, à noção ora apresentada de *convenções processuais probatórias próprias.* Quanto às três últimas, embora não haja relação necessária e imediata com a prova, certamente podem se prestar à autorregulação da prova e interferir a atividade instrutória, ainda que de modo mediato.

Nesse sentido, é plenamente factível e útil fixar um cronograma para a fase instrutória, embora ele não tenha sido concebido pelo legislador exclusivamente para esse fim. Do mesmo modo, a convenção que tenha por objeto a delimitação das questões de fato e de direito interferirá também na atividade probatória. Logo, são *convenções processuais probatórias impróprias.*

---

[312] Consistentes nas situações processuais ou procedimentais diretamente relativos a ela.

Neste ponto importa esclarecer a opção de incluir o saneamento compartilhado no rol das convenções processuais probatórias[313]. A justificativa para isso se dá, em primeiro lugar, pela natureza negocial que se lhe atribui, segundo os conceitos fixados ao longo desta pesquisa.

Embora o Código de Processo Civil não se refira expressamente ao saneamento compartilhado como uma convenção processual plurilateral – visto que para a sua formação concorrem as vontades das partes e juiz – há elementos normativos e interpretativos do sistema para concluir pela sua natureza negocial. Em vista do conceito de negócio jurídico adotado neste estudo (vide itens 3.1 e 3.4), o diálogo desenvolvido em conjunto por partes e juiz constituem as tratativas que conduzirão ao consenso quanto aos aspectos do processo e da demanda estabelecidos nos incisos do artigo 357, já referidos.

Neste sentido, o Enunciado nº 676 do Fórum Permanente de Processualistas Civis aponta para essa conclusão ao afirmar que "a audiência de saneamento compartilhado é momento adequado para que *o juiz e as partes deliberem* sobre as especificidades do litígio coletivo, as questões fáticas e jurídicas controvertidas, as provas necessárias". Mais específico é o Enunciado nº 631 também do Fórum, em que "a existência de *saneamento negocial* ou compartilhado não afasta a incidência do art. 493" (grifos nossos). Em ambos se reconhece, tácita ou expressamente, o caráter negocial encartado no saneamento quando realizado pelo juiz com a cooperação das partes. Evidentemente que, insiste-se, somente se tratará de convenção processual quando se alcance o consenso, ou seja, a manifestação de vontade dirigida à formação do acordo plurilateral sobre as matérias apontadas na norma. Do contrário, a despeito de eventuais tratativas em audiência, o saneamento será realizado normalmente pelo juiz, segundo o seu entendimento.[314]

Ademais, pelo critério de utilidade do conteúdo do saneamento compartilhado ao autorregramento de matéria probatória, ainda que tangencialmente, reafirma a possibilidade

---

[313] No item a seguir, o saneamento compartilhado será objeto de análise quando à possibilidade de limitação legítima ao exercício de poderes instrutórios pelo juiz. Por esta razão entendeu-se necessário, antes, justificar a sua natureza convencional.

[314] Muito embora não se posicione expressamente em admitir a natureza negocial do saneamento compartilhado, Eduardo Talamini afirma que "é necessário que debatam sobre os diversos temas que serão objeto de decisão de saneamento. O juiz procurará atingir soluções de consenso quanto às questões controvertidas e os meios de prova. Não sendo possível, prevalecerá o entendimento do juiz" [TALAMINI, Eduardo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 2 (arts. 318 a 538). BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 141-214, p. 191].

do seu enquadramento como convenção probatória imprópria.[315] Quanto a este aspecto, à semelhança do que foi dito no parágrafo anterior sobre a delimitação consensual das questões de fato e de direito, o objeto do saneamento compartilhado guarda pertinência com a prova. Basta observar os incisos do artigo 257, *caput*, em especial de II a V[316] para perceber que as matérias ali elencadas, uma vez negociadas e definidas em cooperação por partes e juiz repercutirá, em maior ou menor medida na fase instrutória.

Como é possível extrair do que foi exposto nos parágrafos anteriores, também as convenções processuais probatórias atípicas poderão assumir a condição de próprias ou impróprias, quer tratem diretamente da prova ou de questões reflexas a ela.

Quanto à atipicidade das convenções processuais, o tema foi tratado especificamente nos itens 3.4 e 3.5, referindo-se ali à existência de um modelo prévia e amplamente estabelecido. Essa moldura confere às partes maior possibilidade criativa na concepção de convenções processuais, desde que respeitados os espaços definidos amplamente pela cláusula geral, que na codificação processual brasileira se acha no artigo 190.

A doutrina aponta algumas convenções processuais atípicas que versam sobre matéria probatória, que pela própria amplitude normativa e, pode-se dizer, o maior grau de liberdade criativa das partes, serão apenas citadas sem pretensão de análise detalhada e muito menos exaustiva, porque desborda os limites desta pesquisa.

Baseando-se, por exemplo, nos Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis se extraem algumas dessas possibilidades, a saber: “dispensa consensual de assistente técnico”; “pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclousure*)”; “acordo de produção antecipada de prova”; “convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal” (Enunciado nº 19). Ainda: “acordo para realização de sustentação oral”; “acordo para amplicação do tempo de sustentação oral”

---

[315] A opção por enquadrá-lo como convenção processual probatória imprópria se justifica porque a depender do conteúdo consensual do saneamento (que respalda a sua natureza negocial) ele poderá não se relacionar com a prova. É o caso do inciso I do artigo 357, que se refere à resolução de questões processuais pendentes, que não importarão – ao menos, em princípio – à regulação da fase instrutória.

[316] Segundo o artigo 357, *caput* fazem parte do saneamento: “I – resolver as questões processuais pendentes, se houver; II – delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; IV – delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; V – designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento”.

e “convenção sobre prova”, em geral (Enunciado nº 21). Evidentemente são hipóteses exemplificativas com o intuito de em alguma medida nortear operadores do Direito na celebração de convenções atípicas voltadas à matéria probatória.

Considerando o objeto da pesquisa, merece destaque a convenção processual por meio da qual as partes ampliem, limitem ou excluam determinado meio de prova no caso concreto.[317] À luz da análise proposta neste item, trata-se de exemplo de *convenção processual probatória própria*, justificada pela vinculação objetiva da convenção com a prova, mais especificamente quanto à sua realização no processo. Diversamente, o acordo, por meio da qual as partes disponham a respeito da distribuição entre elas dos custos de determinada prova (a exemplo de uma perícia), configura, no máximo, hipótese de *convenção processual probatória imprópria.*

O afastamento total ou parcial da regra enunciada no artigo 95, *caput* do Código de Processo Civil[318], por exemplo, não guarda pertinência imediata com a prova. Na hipótese proposta, o objeto da convenção não diz respeito a situações processuais nem procedimentais diretamente relacionadas à prova, mas sim com a responsabilidade pelo pagamento de honorários periciais. Logo, o conteúdo da convenção alcança apenas reflexamente a prova, mas que não interfere diretamente nas atividades destinada à sua produção.

4.3 CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS E A ATIVIDADE JURISDICIONAL: UMA ANÁLISE DAS INTERAÇÕES E POSSIBILIDADES DE LIMITAÇÃO DE PODERES DO JUIZ

Por sua própria natureza, uma convenção processual tem sempre em vista, com maior ou menor intensidade, a atividade do juiz.[319] Portanto, a condução dialógica do processo externada pela cooperação que, como se tem sustentado desde o início, se relaciona

---

[317] A inegável relação do seu objeto com o exercício de poderes instrutórios demandará análise específica para estabelecer a possibilidade ou não de que tal convenção limite a atuação jurisdicional.
[318] Art. 95. Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes.
[319] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** v. 1. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 66.

diretamente com o fenômeno da convencionalidade provoca, naturalmente, a interação entre privatismo e publicismo, em diferentes expressões e níveis.

Em consonância com o conceito de negócio jurídico processual adotado no Capítulo 3, destaca-se como sua principal nota a aptidão para a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais, consistentes em ônus, poderes, faculdades e deveres. Deste modo, as convenções processuais influenciam de alguma maneira, mais ou menos diretamente, nas situações processuais sujeitos do processo.[320] Mesmo as convenções relativas ao procedimento, embora tenham por objeto a modificação da cadeia de atos processuais em sua complexidade, interferem em situações jurídicas processuais dos sujeitos da relação.[321]

A convivência entre autorregramento da vontade e poderes atribuídos ao juiz, entrelaçada pelo vetor cooperativo e dialógico do Processo Civil democrático, promove novas configurações e ajustes desse quadro. Daí surgirão, naturalmente, limitações ou condicionamentos ao desenvolvimento da atividade jurisdicional.[322] Portanto, o alcance da atividade jurisdicional pela convenção se dá em diferentes níveis, comunicando-se com maior ou menor intensidade no exercício dos poderes inerentes a ela.

---

[320] Na relação jurídica processual o juiz é detentor de poderes e deveres, entendendo parcela significativa da doutrina não ser adequado falar em ônus e faculdades, porque não se alinham à imperatividade própria da atividade jurisdicional e, por esta razão têm pertinência à atuação das partes. Nesse sentido entendem, por exemplo, Cândido Rangel Dinamarco (**Instituições de direito processual civil**. 7. ed. v. II. São Paulo: Malheiros, 2017, 231-233) e Heitor Vitor Mendonça Sica (**Preclusão processual civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 105-108). Em sentido contrário entende Daniel Amorim Assumpção Neves, para quem a iniciativa probatória de que trata o artigo 370 do Código de Processo Civil constitui faculdade conferida pelo sistema ao juiz, e não poder (**Manual de direito processual civil.** 8. ed. v. único. Salvador: JusPodium, 2016, p. 322).

[321] "Desta forma, ainda que alterar o procedimento não se confunda com alteração de situações jurídicas processuais, como estas últimas decorrem de fatos processuais (aí inclusa a prática dos atos processuais), pode-se dizer que um acordo processual que altere o procedimento, necessariamente influenciará nas situações jurídicas dos sujeitos processuais, motivo pelo qual um e outro caminham juntos" (AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais – já uma releitura. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais.** 3. ed. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 401-424, p. 407).

[322] Tratando das consequências do franqueamento do diálogo entre partes e juiz, Cândido Rangel Dinamarco admite que "por todos esses modos as normas vigentes sobre cooperação entre as partes e o juiz interferem na configuração do quadro de poderes, deveres, faculdades e ônus inerentes à relação jurídica processual – seja ao limitarem certos poderes do juiz [...]. Esse quadro de *cooperação e diálogo* insere-se com toda clareza no âmbito da garantia constitucional do contraditório (Const., art. 5º, inc. LV) – e, quando se têm em vista as limitações e condicionamentos impostos ao poder exercido pelo juiz, em substância se cuida da efetividade da garantia do devido processo legal (Const., art. 5º, inc. LIV), o qual outra coisa não é senão um sistema de limitações ao exercício do poder" (DINAMARCO, op. cit., p. 244-245, grifos do autor).

O objeto da pesquisa constitui-se justamente em buscar demonstrar em como se dão essas interferências no âmbito da convencionalidade em matéria probatória e em quais situações elas implicarão limitações ao exercício de poderes do juiz. Mais uma vez reafirme-se que a questão ganha importância no contexto das convenções processuais probatórias, por algumas razões já abordadas oportunamente neste Capítulo (item 4.1), e que evidenciam de modo muito prático a tensão entre as dimensões privatista e publicista no âmbito do Processo Civil.

À luz do que se expôs nos Capítulos anteriores, a atividade probatória é permeada por inegável carga ideológica, especialmente no que tange à divisão de trabalho entre as partes e o juiz. Além de ser direito fundamental das partes, é indispensável ao bom desenvolvimento da jurisdição e alcance da efetividade da tutela[323]. O interesse dos sujeitos processuais no resultado da prova os torna ativos na sua produção, pelo que a opção legislativa brasileira é a de atribuir ao magistrado poderes instrutórios.

A primeira conclusão, então, é de que há convenções com maior ou menor aptidão para interferir na atuação jurisdicional e, pois, no feixe de poderes que lhe são atribuídos pelo próprio sistema para desempenho da função. Esta afirmação merece esclarecimento adicional a partir da relação entre as situações processuais tituladas pelas partes e pelo juiz. Isso porque é inerente ao desenvolvimento da relação jurídica processual que as situações processuais das partes e do juiz influenciem a conduta futura umas das outras[324]. Ou seja, o desenvolvimento do procedimento provoca necessariamente desdobramentos nas situações jurídicas processuais de partes e juiz. No entanto, há atribuições do juiz que independem da atuação das partes e, portanto, estarão menos sujeitas a esses desdobramentos.

---

[323] "In sostanza, non ogni decisione è buona sol perché pone fine al conflitto; la decisione è buona e pone fine al conflito essendo fondata su critério legali e raionali, tra i quale assume importanza particolare la veridicità dell'acertamento dei fatti" (TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. **Revista de processo**, ano 31, vol. 133, mar./2006, p. 239-266, p. 260-261).

[324] "Exemplificadamente: o ato inicial *demanda* pressupõe uma situação jurídica material *pré-procedimental* que possibilita ao autor demandar (o direito de ação). Do ato *demanda* surge para o sujeito *juiz* o dever de proceder ao exame de admissibilidade da exordial. Admitindo-se, ordena-se a citação do réu para o comparecimento à audiência prévia de conciliação ou mediação (art. 334)..." e assim sucessivamente, até o trânsito em julgado da decisão final. (AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais – já uma releitura. *In* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**, 3 ed. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 401-424, p. 408).

Assim, compreender em quais hipóteses e como se dá a implicação da convenção processual probatória sobre a atividade jurisdicional se liga diretamente à dinâmica da interação entre o autorregramento da vontade com os poderes do juiz. Diante disso, como identificar se uma convenção processual probatória tem aptidão para atingir e limitar poderes do juiz, em especial os instrutórios?

Para os fins desta pesquisa, a resposta a essa indagação será construída pelo exame das convenções processuais probatórias delimitadas no item 4.2, a partir das posições que o juiz pode assumir frente a elas. Ou seja, a referência invocada nesta análise diz respeito ao plano de existência das convenções, porquanto a posição assumida pelo órgão jurisdicional será determinada, nesta perspectiva, pela sua qualidade de emissor da declaração de vontade consciente e dirigida à formação do acordo.

A conformação subjetiva da convenção processual e o papel do juiz em relação a ela serão determinantes para estabelecer como e quando haverá vinculação do órgão jurisdicional. Consequentemente, as interações entre o autorregramento da vontade das partes e os poderes do juiz sofrerão diferentes impactos. Por isso interessa, ainda, indagar: como equacionar os polos de poder atuantes no processo? É possível que a convenção processual limite ou exclua poderes do juiz? Em caso positivo, em quais situações isso é legítimo?

Como se afirmou nos parágrafos anteriores, a investigação sobre a viabilidade de vinculação do juiz às convenções processuais probatórias e as repercussões no exercício de seus poderes passa pela compreensão das posições que pode o magistrado assumir frente àquelas. Partindo para a análise do rol das convenções que, pela linha de raciocínio ora desenvolvida se adota, o juiz pode assumir duas posições distintas, a saber: *(i)* como parte ou *(ii)* como terceiro. Nesta última posição, poderá, ainda, assumir função específica, quando chamado a homologar a convenção processual, com vistas ao início da produção de efeitos.

Além das posições assumidas pelo juiz nas convenções probatórias, o estudo demanda o enfrentamento da vinculação do juiz a elas, que não é tarefa é simples. Uma das razões está no silêncio do Código de Processo Civil quanto ao tema, o que desemboca na necessidade de se fazer uma análise sistemática de como se dá a vinculação do sujeito aos negócios jurídicos de modo geral. Somente a partir disso é possível vislumbrar de que maneiras pode o juiz estar vinculado à convenção processual.

A despeito da complexidade do assunto, a sua importância não se restringe ao plano teórico do Processo Civil. Os seus reflexos práticos estão diretamente ligados ao modo como o quadro de poderes do juiz será atingido e eventualmente limitado, por força das interações privatismo e publicismo promovidas pelas convenções processuais.

Logo, cada uma daquelas posições (parte ou terceiro) e o modelo de vinculação que delas decorrem diferenciam as condutas do magistrado frente à convenção, conforme se analisará logo adiante à luz das hipóteses de convenções processuais probatórias. Consequentemente, interferem no modo como poderão ser alcançados os seus poderes.

Por conta da interconexão entre essas questões e no intuito de facilitar a compreensão da proposta deste Capítulo, a abordagem dos assuntos será desenvolvida em três frentes: na primeira, serão analisadas as situações em que o juiz é parte na convenção probatória; na segunda, aquelas em que ele seja terceiro a ela e, por último, as hipóteses excepcionais em que atue homologando a convenção[325]. Em todas essas frentes serão apresentados os fundamentos que justificam a posição assumida pelo juiz na convenção probatória, seguida de como se dará a sua vinculação. Ao final, serão analisadas as convenções probatórias correspondentes com enfoque nas suas interações com a atuação jurisdicional e eventual limitação a poderes.

Desde logo convém esclarecer que a análise a seguir passa pelas interações das convenções processuais probatórias com os poderes do juiz em geral porque, como se tem sustentado ao longo deste estudo, o exercício do autorregramento da vontade pelas partes alcança espaços da atuação jurisdicional, numa dinâmica natural e necessária à convivência de ambos. Todavia, em função da pertinência temática proposta à pesquisa, serão enfatizadas as relações estabelecidas com os poderes instrutórios. Além da conexão direta com o objeto da pesquisa, não se pode olvidar que a discussão sobre eventual limitação à iniciativa probatória do juiz se apresenta como um dos problemas sensíveis à convencionalidade em matéria de prova (vide item 4.1), razão pela qual merecem um olhar mais específico.

---

[325] Conforme se expõe no item 4.3.3, nas convenções em que se exija a homologação o juiz permanece na condição de terceiro ao acordo. Contudo, pela especificidade dessa situação, entendeu-se adequado abordá-la em separado.

4.3.1 Convenções processuais probatórias em que o juiz é parte

Uma das posições que o juiz[326] pode assumir na convenção processual é a de parte. Admiti-la significa, necessariamente, reconhecer capacidade negocial ao órgão jurisdicional para integrar o acordo na condição de manifestante da vontade indispensável à sua formação.

Trata-se, sem dúvidas, de posicionamento sobre o qual diverge a doutrina, que desponta com diferentes correntes sobre o tema. Uma primeira que nega a capacidade negocial ao juiz e, pois, veda a sua atuação como parte da convenção processual, a que se filiam, por exemplo, Flávio Luiz Yarshell[327], Antonio do Passo Cabral[328] e Eduardo Fonseca Costa[329].

Uma segunda corrente admite a existência de convenções processuais plurilaterais[330] limitando-se, na maior parte das vezes, a invocar o calendário processual como exemplo sem, todavia, enfrentar a questão da capacidade negocial do juiz. Assim o fazem, por exemplo, Daniel Amorim Assumpção Neves[331], José Miguel Garcia Medina[332], Heitor Vitor

---

[326] Apenas a título de esclarecimento, refere-se ao órgão jurisdicional e não à pessoa física do juiz, à semelhança do que consta do Enunciado nº 414 do Fórum Permanente de Processualistas Civis ("o disposto no § 1º do artigo 191 refere-se ao juízo"). Em sentido contrário aparentemente entendem Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Francisco Mitidiero quando afirmam que um acordo (processual) firmado por um juiz não deva ser oponível a outro (**Curso de processo civil**, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 531). Longe de ser apenas terminológica, a questão tem importante repercussão no reconhecimento de que as convenções são, em regra, oponíveis também aos Tribunais.

[327] Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais.** 3. ed. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 75-92, p. 91.

[328] **Convenções processuais.** 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2018, p.

[329] Calendarização processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais.** 3. ed. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 511-526.

[330] Adriano Soares da Costa prefere utilizar o termo negócio jurídico preterpolar para indicar aqueles em que o juiz seja parte. **Brevíssimas notas sobre os negócios jurídicos processuais.** 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/23775732/BREV%C3%8DSSIMAS_NOTAS_SOBRE_OS_NEG%C3%93CIOS_JUR%C3%8DDICOS_PROCESSUAIS_ELEITORAIS?auto=download. Acesso em: 13 nov. 2018.

[331] **Manual de direito processual civil.** 8. ed. v. único. Salvador: JusPodium, 2016, p. 337.

[332] **Novo Código de Processo Civil comentado.** 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 633.

Mendonça Sica[333] e Pedro Henrique Nogueira[334]. Entretanto, ainda filiados a este posicionamento, há quem avance no exame específico quanto à capacidade negocial ao juiz, admitindo-a de modo amplo, permitindo ao órgão jurisdicional celebrar convenções processuais típicas ou mesmo atípicas, respaldadas pelo artigo 190, do Código de Processo Civil. Seguem esta linha de pensamento, por exemplo, Lorena Miranda Santos Barreiros[335] e Murilo Teixeira Avelino[336], embora respaldados em fundamento diverso.

Para a finalidade desta pesquisa, trata-se de assunto relevante o exame das interações entre o autorregramento da vontade das partes e os poderes do juiz para, consequentemente, estabelecer de que modo e em qual medida as convenções processuais o vinculam e interferem na atuação jurisdicional.

Deste modo que se impõe a demonstração das razões pelas quais se entende a sua compatibilidade com o sistema processual de convencionalidade estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015. O reconhecimento de capacidade negocial do juiz defendida nesta pesquisa se baseia em três perspectivas: *(i)* da especificidade do conceito de *parte* no contexto do fenômeno da convencionalidade processual; *(ii)* da existência de interesse do próprio Estado na condução cooperativa e eficiente do processo; *(iii)* da existência de norma

---

[333] **Comentários ao Código de Processo Civil**. vol. 1 (arts. 1º a 317). BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 736-773, p. 755.

[334] **Negócios jurídicos processuais.** 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2018, p. 267 e 294-295.

[335] "Há de se reconhecer, pois, capacidade processual negocial aos órgãos jurisdicionais, pautada esta não na liberdade de conduta nos moldes conferidos às partes privadas, mas, sim, no trinômio discricionariedade (margem de opção), competência e imparcialidade (capacidade de agir). O órgão jurisdicional terá capacidade processual negocial quando o ajuste procedimental estiver no âmbito do exercício de um poder-dever discricionário (no caso dos negócios atípicos, esse poder-dever decorre, precipuamente, do princípio da cooperação e da própria cláusula geral de negociação processual – arts. 6º e 190 do CPC/2015), detiver ele competência (poder jurídico) para a prática do ato e guardar imparcialidade para fazê-lo" (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: JusPodium, 2017, p. 209).

[336] A posição assumida pelo juiz frente às convenções processuais atípicas será objeto de análise em item próprio, adiante. Por ora, registra-se o posicionamento de Murilo Teixeira Avelino no sentido de que o juiz detém também capacidade negocial para a celebração de convenções processuais atípicas. Segundo o autor, que alterou seu posicionamento inicial, há razões de ordem prática e teórica para essa conclusão. Para melhor compreensão, prefere-se a transcrição de parte de sua explicação: "reformulamos, aqui, a opinião originalmente apresentada, de que o magistrado somente poderia ser sujeito de negócios processuais típicos. A mudança em nosso posicionamento decorre de razões de ordem prática e teórica. De ordem prática, já sob a vigência do CPC/73 era possível notar diversos casos em que o magistrado negociava com as partes para alterar o procedimento. [...] Além deste aspecto prático, encontramos fundamento para este posicionamento no princípio da adequação processual, corolário do devido processo legal" (A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais – já uma releitura. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 401-424, p. 417). Para leitura do artigo original do autor ver: A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. **Revista de processo**, v. 246, ago/2015, pp. 219-238.

expressa determinando a presença do juiz como parte em determinadas convenções processuais.

Para avançar na construção proposta, é indispensável diferenciar os conceitos de parte processual, parte da relação jurídica de direito material e parte da convenção processual, sob pena de que eventual confusão conceitual leve a conclusões equivocadas quanto ao reconhecimento de capacidade negocial ao órgão jurisdicional.

Do ponto de vista processual, o conceito de parte diz respeito aos sujeitos interessados ou, em outra nomenclatura, parciais do processo e que, nesta condição, ostentam um interesse próprio ou alheio.[337] Importa ressalvar que o conceito tradicional liebmaniano, no sentido de que as partes são "os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz"[338], deve ser interpretado à luz do Código de Processo Civil vigente.

Neste sentido, a reafirmação do viés cooperativo e a consequente inclusão do órgão jurisdicional no diálogo com as partes não invalida o conceito do processualista italiano, até porque ele próprio se refere aos sujeitos diversos da pessoa do juiz. Porém, parece mais adequado estabelecer como nota principal do conceito de parte a existência de interesse jurídico voltado ao seu próprio benefício à luz do direito material, manifestado no processo pela expectativa por decisão final favorável. Diversamente do conceito puramente processual, fala-se em parte da relação jurídica material para se referir aos sujeitos que, no plano do direito material, titulem direitos e/ou obrigações relativamente a bens da vida materiais ou imateriais.

Por sua vez, à luz do que se expôs no Capítulo 3 (item 3.1), o conceito de parte da convenção processual se refere ao sujeito que manifesta a vontade consciente e direcionada à formação do acordo. Logo, são considerados partes de uma convenção processual aqueles que atuem ainda no plano da existência do negócio.

Os diferentes conceitos apresentados aqui não se confundem no plano teórico, porquanto partem de perspectivas também distintas: a primeira relativa à relação jurídica

---

[337] Caso do assistente, como defende Cândido Rangel Dinamarco (**Instituições de direito processual civil.** 7. ed., rev. e atual. v. II. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 286), e nas hipóteses de legitimação extraordinária.
[338] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. v. I. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 123.

estabelecida no âmbito do direito processual; a segunda afeta ao direito material e a terceira especificamente baseada na relação que se dá em função da convenção processual. A partir das nítidas distinções conceituais é possível concluir que não se pode estabelecer uma relação de correspondência unívoca e necessária entre eles. Vale dizer: nem sempre haverá coincidência entre quem são as partes em sentido processual, em sentido material e tampouco na convenção processual.[339]

Entre os arranjos possíveis que o caso concreto irá ditar, podem as partes do processo serem diversas das partes da relação de direito material, a exemplo do que ocorre nas hipóteses de legitimação extraordinária, em que não há coincidência entre os dois planos. Em sentido semelhante, pode não existir correspondência absoluta entre as partes do processo, da relação jurídica material e da convenção. Essa situação é factível, por exemplo, em se tratando de convenções processuais prévias. Isso porque, uma vez celebradas antes da existência de um processo, a convenção poderá ter sujeitos distintos da relação processual. Imagine-se a hipótese de processo formado por litisconsortes, em que apenas um ou alguns deles tenham celebrado determinada convenção processual. Neste caso, o litisconsorte não participante da convenção será terceiro em relação a ela, muito embora seja parte em sentido processual, e a depender do caso concreto, também em sentido material.

Esta é, como se expôs anteriormente, uma primeira justificativa que respalda a capacidade negocial do juiz. Não há exigência para que as partes da convenção processual se limitem sempre aos sujeitos parciais do processo. Pelo contrário, conforme se demonstrará nos parágrafos a seguir, há interesse do Estado em que o juiz componha a convenção processual em determinadas situações visando à gestão cooperativa e eficiente do processo em variados aspectos.

Cumpre esclarecer que ao se afirmar que o juiz pode assumir a posição de parte na convenção processual significa valer-se do termo no sentido de *sujeito da convenção*. Ou seja, aquele que emite declaração de vontade consciente e direcionada para a formação da

---

[339] Importante esclarecer, neste ponto, que ao regular a dimensão subjetiva das convenções típicas e atípicas, o Código de Processo Civil faz expressa referência ao termo *partes* em sentido processual para designar quem tem aptidão à celebração do acordo. Isso não invalida a distinção conceitual estabelecida para o termo, tampouco impede o reconhecimento de capacidade negocial ao juiz em hipóteses expressamente previstas, conforme se demonstrará neste item.

convenção (no plano da existência, portanto). Não significa, de nenhum modo, retirar a sua imparcialidade, atribuindo ao órgão jurisdicional a condição de sujeito parcial do processo, até porque, conforme se sustentou, são conceitos que não se acham no mesmo plano e, por isso, não se confundem.

Como se observa, a capacidade do juiz tampouco deve ser relacionada com a existência de interesse processual tal qual acontece com as partes. Mesmo na condição de sujeito imparcial, é plenamente possível que ele (na realidade, o órgão jurisdicional) tenha *interesse* na condução e desenvolvimento eficiente do processo, com vistas ao alcance da tutela jurisdicional efetiva, que desemboca no *dever* de efetiva participação, gestão, iniciativa e diálogo[340] em cooperação com as partes, nas hipóteses e limites permitidos pelo próprio sistema.

É esta a diretriz que lhe impõe a Constituição Federal e o Código de Processo Civil vigente. Ademais, o viés cooperativo exigido no Processo Civil democrático demanda também um novo olhar sobre a questão, cujo objetivo é, de maneira ampla, "articular os papéis processuais das partes e o juiz, com o propósito de harmonizar a eterna tensão entre a liberdade individual e o exercício do poder pelo Estado"[341].

Esse raciocínio indica que o pano de fundo à capacidade negocial do órgão jurisdicional guarda pertinência com a gestão processual e, consequentemente, o interesse público de que ela seja cooperativa, eficiente e apta à prestação de uma tutela jurisdicional adequada. Não por outra razão o Código de Processo Civil se abre à convencionalidade com maior evidência do que as codificações anteriores, e mais, a estende também ao órgão jurisdicional nas hipóteses em que aquele interesse seja o foco.

Conforme apontado no item 4.3.1.2 a seguir, as duas oportunidades conferidas pelo sistema para atuação do órgão jurisdicional como sujeito da convenção processual são exemplos emblemáticos de instrumentos de gestão. Enquanto o saneamento compartilhado

---

[340] Expressões utilizadas por Cândido Rangel Dinamarco para explicar que a cooperação "inclui também para o juiz uma série de deveres de efetiva participação, iniciativas e diálogo" (**Instituições de direito processual civil**. 7. ed. rev. atual. e ampl. v. II, São Paulo: Malheiros, 2017, p. 242).
[341] DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodium, 2016, p. 135.

se destina à gestão do processo no sentido de prepará-lo às próximas fases (instrutória e decisória), o *calendário processual*, concernente à gestão da dimensão temporal do processo.

Não se trata, portanto, de conferir ao juiz capacidade negocial irrestrita, visto que nem às partes o Código o faz (ao contrário, lhes impõe condições e requisitos sem os quais não a convenção não é válida). Por isso, a partir da análise empreendida interessa identificar as circunstâncias que a respaldam na realidade do Processo Civil democrático e que devem estar presentes no caso concreto de forma cumulativa.

Neste sentido, a capacidade negocial do juiz:

(i) depende de *expressa disposição legal*, como no caso das convenções processuais mencionadas neste item;

(ii) consequentemente, em relação às modalidades, se limita às hipóteses de *convenções processuais típicas*, vedada a celebração de negócios atípicos pelo juiz, à luz da interpretação do artigo 190 do Código de Processo Civil[342];

(iii) não permite a exclusão de poderes inerentes à atividade jurisdicional. Não há vedação, porém, a que a amplitude do exercício desses poderes seja reconfigurada, para maior ou menor alcance, a depender da análise do caso concreto.

Portanto, o sistema diz expressamente em quais situações ele é chamado a assumir a posição de parte da convenção, ainda que no texto legal não faça referência ao termo. Seguindo a linha de raciocínio desenvolvida nesta pesquisa, é vedada a interpretação extensiva da norma que consagre uma convenção processual probatória típica ou da cláusula geral de convencionalidade[343] para incluir o juiz como parte quando a lei não o tenha determinado.

---

[342] Contrariando, portanto, o posicionamento ampliativo adotado por Lorena Miranda Santos Barreiros (**Convenções processuais e poder público**. Salvador: JusPodium, 2017, p. 203-214) e Murilo Teixeira Avelino (A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais – já uma releitura. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**, 3 ed. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 401-424, p. 417) que, conforme exposto oportunamente, estendem também às convenções processuais atípicas a possibilidade de celebração pelo juiz.

[343] Especificamente sobre esta questão, ver a análise subjetiva e objetiva da convenção processual atípica feita no item 4.3.2.2.3.

A exigência cumulativa desses pressupostos se justifica pela excepcionalidade e, portanto, maior limitação à atribuição de capacidade negocial ao órgão jurisdicional. Embora consentânea com as diretrizes do Processo Civil democrático reafirmadas no Código de Processo Civil vigente, o sistema o faz com restrições para evitar que se ultrapassem os limites inerentes à função pública desempenhada pelo juiz.

Contudo, impedi-lo de atuar ativamente dentro de determinadas condições previamente estabelecidas pela lei seria um desprestígio aos interesses do próprio Estado no que concerne à gestão cooperativa e eficiente do processo. A iniciativa do Código de Processo Civil vigente de incluir o juiz no contexto das convenções processuais representa não apenas o reposicionamento do autorregramento da vontade no ambiente processual, mas, antes, reafirma o Poder Judiciário como lugar adequado ao exercício da democracia participativa e de equilíbrio da tensão entre privatismo e publicismo.

Naturalmente, em razão da vinculação provocada pela posição assumida pelo juiz na convenção, haverá interferência na abrangência do exercício dos poderes, ou na sua amplitude. Nesse sentido, considerando o recorte temático da pesquisa, questiona-se: quando é possível que o juiz assuma a posição de parte da convenção em matéria probatória?

Inicialmente é preciso esclarecer que a resposta a essa questão segue a proposta ampliativa de identificação das convenções processuais probatórias, a partir da utilidade da convenção para, a partir do objeto convencionado, regular situações processuais ligadas à prova em seus mais variados aspectos. Transpondo o raciocínio para as convenções em matéria probatória, e com base no que se analisou neste item, considera-se possível que ele seja parte em duas modalidades convencionais específicas, a serem analisadas ainda neste Capítulo (contidas nos itens 4.3.1.2.1 e 4.3.1.2.2).

A primeira é o calendário processual, no caso destinado à regulação da fase instrutória. Por expressa disposição do artigo 191, *caput*, do Código de Processo Civil, "*de comum acordo, o juiz e as partes* podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso" (grifo nosso). No Brasil também a sua celebração não é obrigatória, cabendo essa decisão unicamente aos sujeitos processuais, avaliando a viabilidade no caso concreto. Além das questões em torno da otimização do tempo pela sua gestão adequada, outra razão interessante para isso está na simetria subjetiva entre o calendário processual e a atividade probatória.

A segunda hipótese que se mostra compatível à proposta encartada neste estudo é a do saneamento compartilhado que está inserida nos termos do artigo 357, § 3º do Código de Processo Civil. Ali, "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". Com base no que se afirmou no item 4.2, considera-se que a sua natureza não é outro senão de convenção processual plurilateral, cujos sujeitos (ou partes, como temos preferido) serão as partes e o juiz, que na oportunidade poderão deliberar sobre as situações previstas nos incisos I a V do *caput*. Assim, levando-se em conta o critério de utilidade do objeto convencional à regulação de situações processuais, que direta ou indiretamente interferem na fase instrutória, entende-se adequado incluir o saneamento compartilhado como convenção processual probatória imprópria.

Nessas duas hipóteses aventadas, qual é o tipo de vinculação que se opera em relação ao órgão jurisdicional? E a partir daí, nas interações entre a convenção probatória e a atuação jurisdicional, como se acomodam o autorregramento da vontade das partes e os poderes do juiz? São estas as questões que se procurará responder nos itens a seguir.

4.3.1.1 Vinculação do juiz às convenções processuais probatórias em que é parte

Estabelecer o nível de vinculação do juiz às convenções processuais passa pela questão referente à posição assumida por ele no acordo. Segundo a proposta encartada neste estudo, a participação do juiz na formação do acordo tem repercussões importantes para o estabelecimento de sua vinculação ao conteúdo convencionado.

No casos das convenções processuais probatórias para cuja formação o sistema exige a manifestação de vontade do juiz, se verá nos dois itens a seguir (4.3.1.2.1 e 4.3.1.2.2) que apenas no caso do calendário processual há previsão expressa à vinculação do órgão jurisdicional, na forma do artigo 191, § 1º do Código de Processo Civil. Por sua vez, relativamente ao acordo entabulado por ocasião do saneamento compartilhado o legislador silencia-se quanto à vinculação do juiz.

Todavia, isso não impede a que se chegue a tal conclusão, pelas razões apresentadas a partir de agora. O fundamento que respalda esse entendimento diz respeito à teoria geral

do negócio jurídico, que estabelece a intersubjetividade da relação jurídica dele originada. Trata-se do princípio da relatividade do negócio jurídico que limita a incidência dos seus efeitos internos ou principais às partes que o celebraram.[344] Consequentemente, estabelece para elas o dever de observar o conteúdo do negócio.

Transpondo o raciocínio para o regime das convenções processuais, do mesmo modo os sujeitos que tenham manifestado vontade destinada à sua celebração se vinculam ao conteúdo convencionado, sob pena de incorrem em penalidades previstas na própria convenção ou, ainda, outras estabelecidas pela lei. Por se tratar de convenção processual, eventualmente o seu descumprimento injustificado também poderá levar à ocorrência de preclusão para a prática do ato processual previsto na avença.

No caso do juiz, admitida a sua capacidade negocial – conforme desenvolvido no item anterior – e atuando como emissor de vontade consciente e dirigida à formação da convenção processual probatória, conclui-se pela existência de vinculação direta do juiz naquelas convenções processuais probatórias em que ostente a condição de parte. Nesta condição, submete-se aos efeitos internos e principais da convenção processual, conforme pretendidos no momento da negociação.

Diante disso, independente de previsão expressa do Código de Processo Civil sobre a vinculação do juiz ao calendário processual ou ao saneamento compartilhado, é certo que ela se opera por força da atuação do órgão jurisdicional na condição de parte da convenção processual.

É pertinente registrar o entendimento de parcela da doutrina no sentido de que a vinculação do juiz à convenção processual não o impede de exercer os poderes que sejam independentes ou subordinados à prévia atuação das partes.[345] É o caso dos poderes

---

[344] "[...] visto que não aproveita nem prejudica terceiros, vinculando exclusivamente as partes que nele intervieram. O contrato somente produz efeitos entre os contratantes. O ato negocial deriva de acordo de vontade das partes, sendo lógico que apenas as vincule, não tendo eficácia em relação a terceiros" (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 23ª ed. v. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 32). No mesmo sentido, falando em limites pessoais da eficácia: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:** plano da eficácia (1ª parte). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 46.

[345] Ao tratar do tema da vinculação do juiz às convenções processuais em sua obra, Antonio do Passo Cabral faz seguinte observação: Toda vez que ao magistrado forem atribuídas iniciativas *independentes* da atuação das partes, o juiz poderá atuar, a despeito de também ter o dever de dar cumprimento à convenção das partes. Mas se os poderes do juiz forem subordinados pelo agir das partes, é possível que o exercício da autonomia, por meio dos acordos reduza ou impeça a atuação judicial. Na esfera dos acordos probatórios, essa discussão

instrutórios que, a despeito da divergência doutrinária, nesta pesquisa são considerados independentes e autônomos à atuação prévia das partes, conforme as premissas fixadas no Capítulo 2 (item 2.2.2).

Contudo, a questão merece uma releitura exatamente em função das diferentes posições possíveis ao órgão jurisdicional na convenção processual e da vinculação que de cada uma decorre. Isso porque o posicionamento apresentado leva em consideração não apenas a concepção que se tenha a respeito das atribuições do juiz, se autônomas ou dependentes da atuação prévia das partes. Cogita também, mesmo que em segundo plano, sobre a própria capacidade negocial do órgão jurisdicional. De fato, se não se reconhece ao juiz a possibilidade de ser parte da convenção processual (ou seja, declarante de vontade voltada à sua formação),[346] a conclusão mais lógica é de que permanecem plenamente exercitáveis aqueles seus poderes autônomos, pois os efeitos do acordo não os alcançam.

Contudo, admitida a capacidade negocial do juiz e, pois, a possibilidade de que ele seja parte da convenção processual, atendidos alguns critérios cumulativos expostos no item anterior, aquele posicionamento se relativiza. O critério passa a ser, então, a participação do órgão jurisdicional na formação da convenção processual. Segundo a proposta encartada nesta pesquisa, há diferentes modelos de vinculação do juiz às convenções probatórias a partir da posição assumida por ele na convenção, o que ficará evidente a partir das análises a seguir.

4.3.1.2 Interações com os poderes do juiz

Nas hipóteses em que atue como sujeito declarante de vontade, haverá maior possibilidade de limitação de poderes, inclusive daqueles entendidos como autônomos à atuação das partes. Essa conclusão será evidenciada nos itens a seguir, por meio da análise das convenções processuais probatórias para cuja formação o sistema exige a sua

---

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 (**Convenções processuais.** 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2018, p. 256-257, grifos do autor).

[346] Como é o caso de Antonio do Passo Cabral, na citação transcrita na nota de rodapé anterior.

manifestação de vontade. Por força dessa condição, até mesmo os poderes instrutórios que, repita-se, aqui são compreendidos como independentes, sofrerão limitações.

4.3.1.2.1 O saneamento compartilhado (artigo 357, § 3º do Código de Processo Civil)

No sentido do que se expôs anteriormente, o Código de Processo Civil de 2015 inovou ao prever que o saneamento do processo fosse feito em cooperação entre juiz e as partes nas causas em que houvesse complexidade fática ou jurídica que justificasse a atuação conjunta dos sujeitos processuais. Muito embora a atividade saneadora se dê continuamente durante a tramitação processual,[347] o Código de Processo Civil estabelece um momento adequado para que o magistrado se concentre no objetivo de verificação de possíveis vícios e preparação para o desenvolvimento das próximas fases do procedimento.

Por esta perspectiva, o saneamento compartilhado se constitui inegavelmente em mecanismo voltado à gestão eficiente do processo, seja porque viabiliza a cooperação e o incremento de sua condução dialógica, seja porque a sua realização em audiência diminui a chance de discussões a respeito do seu conteúdo.[348]

A inserção da técnica do saneamento compartilhado no Código de Processo Civil de 2015 teve por inspiração os artigos 183 e 183-*bis* do *Codice di Procedura Civile* italiano, que dispõem a respeito da *tratazione della causa*. À semelhança dos contornos dados pelo legislador brasileiro, a norma estrangeira traz a possibilidade de que, em conjunto, partes e

---

[347] O saneamento, na verdade, se realiza desde as fases iniciais do processo, sempre que o juiz intervém com o intuito de verificar o preenchimento de pressupostos processuais, condições da ação, ou ainda, sanar outras nulidades.

[348] Embora extrapole os limites da pesquisa, apenas para registro, ao que tudo indica caberá à jurisprudência posicionar-se quanto à obrigatoriedade ou facultatividade de realização do saneamento em cooperação, a despeito de ter o legislador empregado a expressão "*deverá o juiz designar audiência...*". A questão passa, ainda, pelo grau de subjetividade do juiz em definir o que seja a *complexidade da causa* que respalda a designação de audiência para tanto. Considerando os vetores do Processo Civil democrático mostra-se mais adequado o entendimento de que se trata de dever e não faculdade do juiz recorrer ao saneamento compartilhado quando, motivadamente, considere presentes as condições previstas no artigo 357, § 3º. Será, porém, facultativa em situações fora dos limites da norma, como estabelece o Enunciado nº 298 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "a audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes poderá ocorrer independentemente de a causa ser complexa", o que na prática não deverá acontecer com frequência, em vista da realidade forense brasileira.

juízes deliberem a respeito de situações que interferirão na fase instrutória, inclusive no sentido de introduzir modificações no procedimento.[349]

Escapa ao objeto da pesquisa a incursão aprofundada sobre o direito estrangeiro. A menção de agora tem apenas a função de, a partir de uma aproximação comparativa *tratazione della causa* e do saneamento compartilhado, afirmar a natureza de uma convenção processual plurilateral de ambas, na medida em que à sua celebração devem concorrer as vontades de partes e do órgão jurisdicional, porquanto destinadas à gestão do processo. Com esta referência, ainda que superficial, se pretende reforçar os argumentos expostos no item 4.2 no sentido de reconhecer no saneamento compartilhado a natureza de convenção processual útil a regramento de aspectos ligados à matéria probatória.

Retornando a análise ao direito brasileiro, o artigo 357 permite que a organização e saneamento do processo aconteça por três meios distintos[350], sendo dois deles negociais. A primeira consiste no modelo ordinário, por iniciativa do juiz e expressa em decisão proferida nos autos, a respeito da qual as partes podem pedir esclarecimentos (§ 1º). A segunda modalidade é mais restrita e, portanto, consiste na delimitação consensual das questões de fato e de direito, apresentada pelas partes e homologada pelo juiz (§ 2º)[351]. Finalmente, a terceira modalidade de saneamento é a que acontece por meio da atuação, em cooperação, de juiz e partes (§ 3º), cujo exame se propõe nesta etapa.

Quanto ao saneamento compartilhado, terá lugar "se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito", designando-se audiência para que partes e juiz possam conjuntamente deliberar a respeito dos temas previstos nos incisos do *caput* do artigo 357 do Código de Processo Civil, inclusive com a possibilidade de que autor e réu possam "integrar ou esclarecer suas alegações".

---

[349] Sobre a *tratazione della causa* no Processo Civil italiano e a sua relação com o *case menagement* judicial e com o princípio cooperativo, ver: ANSANELLI, Vicenzo. *Modulazioni dela tratazione nella recente reforma italiana del processo civile: spunti minimi di rafronto comparato*. **Revista de processo comparado**, vol. 3, jun.-nov./2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RProComp_n.3.10.PDF. Acesso em: 29 nov. 2018.

[350] MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado.** 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 633.

[351] A delimitação consensual das questões de fato e de direito será objeto de análise própria no item 4.3.3.2.1 deste Capítulo.

Respeitando o recorte temático traçado nesta pesquisa, interessa examinar como se dão, na dinâmica do saneamento compartilhado, as interações com os poderes do juiz em questões pertinentes à matéria probatória e as possíveis limitações à atuação jurisdicional. Por esta razão, a ênfase desta análise se volta aos incisos II ("delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos") e III ("definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373"). Em relação ao tema do inciso II, há, na realidade, duas ações distintas passíveis de deliberação pelos sujeitos processuais: *(i)* a delimitação das questões de fato sobre as quais recairá a atividade instrutória e *(ii)* a especificação dos meios de prova admitidos no caso concreto para a comprovação daqueles fatos controvertidos.

A proximidade com aspectos centrais da fase instrutória, ou seja, ligados aos seus limites e à realização das provas propriamente ditas, possibilita perceber que, quanto às matérias apontadas, há evidente interação com poderes instrutórios. Esses serão atingidos em alguma medida a partir do que seja convencionado por juiz e partes no saneamento.

A deliberação sobre a abrangência da fase instrutória, em consequência da delimitação das questões de fato sobre as quais ela se desenvolverá, implica restrição à atuação probatória tanto das partes como do juiz. Significa dizer que a iniciativa probatória deve, por óbvio, se limitar aos fatos controvertidos tal como delimitados no saneamento,[352] com maior razão na oportunidade do saneamento compartilhado, justamente porque o seu sentido é o de, após amplo debate entre partes e juiz na audiência, racionalizar a fase instrutória e otimizá-la em eficiência.[353]

Nessa hipótese, é vedado às partes produzir prova sobre fatos que escapem à delimitação feita em saneamento, caso em que caberá ao juiz indeferir eventual requerimento neste sentido, na forma determinada pelo artigo 370, parágrafo único, por se enquadrarem na noção de "diligências inúteis" e que comprometeriam a eficiência da fase instrutória.

---

[352] Para Cândido Rangel Dinamarco, o objeto da prova é o conjunto das alegações controvertidas das partes e não os fatos, em si, pois estes existem ou não, razão pela qual não comportariam tal adjetivação (**Instituições de direito processual civil.** 7. ed. rev. e atual. v. III. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 63).

[353] Comentando o artigo 357, § 3º, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart afirmam que "a fixação dos fatos controvertidos tem, especialmente, os objetivos de racionalizar o desenvolvimento do processo, de maneira que não se perca energia com fatos não controvertidos e de facilitar a compreensão das provas necessárias e adequadas e a distribuição do ônus da prova" (**Prova e convicção:** de acordo com o CPC de 2015, 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 212).

De modo idêntico, o juiz estará impedido de determinar *ex officio* a realização de prova que não se destine ao esclarecimento do conjunto de fatos controvertidos, sob pena até mesmo de incorrer em abuso de poder. Nesta hipótese, a restrição ao exercício dos poderes instrutórios do juiz não se dá em virtude da disposição ou negociação sobre eles como objeto da convenção. O que ocorre é uma restrição por via transversa, já que se opera por força dos limites estabelecidos para a atividade probatória.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart entendem que, excepcionalmente, se no curso da instrução se verificar algum fato indiciário[354] que inicialmente não tenha constado da delimitação realizada em sede de saneamento, o juiz poderá determinar a realização de prova *ex officio*, franqueando às partes, antes, a oportunidade de se manifestarem a respeito, na forma do artigo 10 do Código de Processo Civil[355]. A despeito desse entendimento, acredita-se que não seria esta uma hipótese de determinação oficiosa de prova para o esclarecimento do fato indiciário.

Em verdade, a questão se aproxima muito mais de revisão da própria delimitação dos fatos controvertidos, em caráter excepcional[356] e em respeito ao interesse público de que o processo se desenvolva de modo eficiente, sob pena de comprometimento da prestação da tutela jurisdicional efetiva. Em sendo assim, identificada a existência de fato secundário relevante à solução do litígio, as partes poderiam, excepcionalmente, complementar o requerimento de provas no momento em que lhes fosse oportunizado o contraditório.

Além da delimitação das questões de fato sobre as quais recairá a instrução, o inciso II do artigo 357 ainda permite que o saneamento contemple a definição dos meios de prova pertinentes à comprovação daqueles fatos. Aqui a relação com poderes instrutórios é mais candente ainda, haja vista a repercussão direta na realização da prova. Logo, eventual restrição nesse sentido poderá conduzir à impossibilidade do esclarecimento amplo da

---

[354] Também chamados de fatos secundários, são entendidos como "outros fatos que não sejam capazes de demonstrar diretamente a verdade dessas afirmações de fato, embora sirvam indiretamente para convencer o juiz de que elas são verdadeiras" (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção:** de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 118).

[355] Ibidem, p. 212-213.

[356] Daniel Amorim Assumpção Neves enfatiza a necessidade de compreensão adequada da estabilidade do saneamento, especialmente em relação à superveniência de fato novo cuja elucidação seja imprescindível à formação do convencimento do juiz (**Manual de direito processual civil.** 8. ed. v. único. Salvador: JusPodium, 2016, p. 630-631).

controvérsia. Neste aspecto, quais serão as implicações do saneamento compartilhado na atuação jurisdicional durante a fase instrutória?

A resposta à pergunta está baseada na conjugação dos fatores que se tem sustentado neste Capítulo quanto à possibilidade de que o juiz assuma a condição de parte na convenção processual e, por conta disso, se vincule diretamente aos seus efeitos principais, somado à natureza convencional do saneamento compartilhado.

O fato é que ao abrir espaço ao saneamento compartilhado – ou seja, a partir da negociação entre as partes e o juiz para a deliberação de assuntos atinentes à gestão do processo, em especial da fase instrutória –, o sistema pretendeu vincular os sujeitos ao conteúdo acordado. Em outras palavras: tendo o juiz a oportunidade de participar das tratativas sobre o conteúdo do saneamento, e reconhecida a sua capacidade negocial fundamentada no interesse público à gestão processual cooperativa e eficiente, é legítima a limitação de sua atuação aos termos do que foi estabelecido em consenso com as partes. Do contrário, não haveria sentido o debate promovido pelo artigo 357, § 3º.

Convém frisar que no momento do saneamento é possível e desejável que o juiz tenha condições de vislumbrar, a partir da fixação da controvérsia, quais os meios de prova mais apropriados à sua elucidação. Com maior razão ainda seria quando o saneamento se faz em cooperação, em diálogo com as partes. Portanto, a presença do órgão jurisdicional na formação da *convenção saneadora* legitima a sua submissão aos efeitos principais do acordo, até mesmo como expressão de segurança jurídica e estabilidade à liberdade de autorregramento processual.

Assim, a conclusão que se alinha à proposta deste estudo é a de que o juiz estará impedido de determinar *ex officio* a realização de provas pelos meios eventualmente excluídos por ocasião do saneamento compartilhado. Entretanto, permanecerão resguardados os seus poderes instrutórios para, por exemplo, determinar a complementação da prova produzida, em caso de permanência de dúvida[357].

---

[357] Cumpre salientar que a compreensão de que os poderes instrutórios conferidos ao órgão jurisdicional são amplos e independentes da iniciativa prévia das partes não impede, evidentemente, que sejam exercidos para o fim de complementação do acervo probatório.

Caso as questões de dúvida reclamem a realização de prova por meio que tenha sido excluído da delimitação feita no saneamento compartilhado, ao juiz caberá o julgamento pela regra do ônus da prova – estática ou convencional, a depender do caso concreto –, por força da vinculação operada pela posição assumida por ele na convenção processual, como se tem sustentado. Diante disso, haveria alguma situação em que o recurso a meios de prova não indicadas no saneamento compartilhado seja possível?

A indagação deve ser respondida de acordo com as premissas fixadas no Capítulo 2 no que concerne à atribuição de poderes instrutórios ao juiz e a necessidade de ajustá-los ao contexto do Código de Processo Civil vigente que prestigia a manifestação de vontade das partes voltada ao autorregramento de situações processuais. Assim, é viável que em circunstâncias excepcionalíssimas seja possível a iniciativa instrutória do juiz, a saber:

(i) Em caso de eventual invalidação posterior da convenção[358], inclusive em decorrência da inobservância ou incompatibilidade do objeto convencional com o a eficiência processual e mais especificamente dos meios de prova, ou ainda, motivada pela atuação desleal das partes. Estes temas serão abordados nos itens 4.4.1 e 4.4.2 a seguir, razão pela qual não serão enfrentados neste tópico;

(ii) Ou, então, na hipótese de permanência de dúvida ao juiz em causas que tenham por objeto direitos indisponíveis[359].

---

[358] Neste ponto é oportuno pontuar que o fato de o juiz ser parte na convenção processual não inviabiliza a realização do seu controle de validade, cujos pressupostos, no caso do saneamento compartilhado são aqueles genéricos do artigo 104 do Código Civil (agentes capazes, objeto lícito e forma prescrita ou não vedada pela lei) e os específicos do próprio artigo 357, § 3º do Código de Processo Civil. Aqui não se aplica subsidiariamente o artigo 190 do Código de Processo Civil porque, como se disse no item 3.5, a extensão da eficácia normativa da cláusula geral de convencionalidade depende da compatibilidade dos pressupostos de validade previstos nela com as características da convenção típica, sob pena de comprometimento de sua eficiência. No caso do saneamento compartilhado a aplicação subsidiária do artigo 190 importaria obstáculo indevido ao que pretendeu o legislador, já que seus requisitos são mais restritivos.

[359] O recorte proposto ao tema da pesquisa não comporta aprofundamento do tema, porém, importa registrar que a indisponibilidade do direito não impede necessariamente a celebração de convenções processuais a respeito de seus aspectos negociáveis. Assim, por exemplo, numa ação de alimentos é possível a autocomposição quanto ao valor e modo de cumprimento da obrigação. Logo, trata-se de direito indisponível, mas sobre o qual é possível haver autocomposição. Ademais, a celebração de convenção processual nesses casos pode contribuir concretamente para a eficiência do processo. Sobre isso Pedro Henrique Nogueira afirma que "as convenções sobre o processo e os negócios processuais podem ter como objeto direitos indisponíveis. [...] Se há possibilidade de autocomposição, em qualquer nível ou amplitude, mesmo que mínima, sobre o direito litigioso, permite-se a negociação sobre o procedimento e sobre os ônus, poderes e deveres processuais" (**Negócios jurídicos processuais.** 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2018, p. 273). Alinhado a

Ambos os casos dependem de decisão fundamentada e antecedida de contraditório, nos termos da interpretação conjunta dos artigos 489, 9º e 10 do Código de Processo Civil.

Finalmente, dos demais assuntos ligados à prova passíveis de deliberação no saneamento compartilhado, indicados nos incisos III ("definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373") do artigo 357, também são alcançados pela vinculação operada em razão da participação do juiz como parte do ajuste. Logo, uma vez definida a distribuição do ônus da prova de modo diverso ao que estabelece o artigo 373, *caput* do Código de Processo Civil, estará o juiz obrigado a respeitar a deliberação, desde que respeitadas as diretrizes do § 3º da norma. Significa dizer que, dentro das condições de validade determinadas pelo sistema, haverá limitação legítima ao poder decisório do juiz, que deverá observar a dinamização estabelecida no saneamento no momento da decisão final, caso seja necessário recorrer à regra do ônus da prova. Ou seja, não poderá decidir contrariamente à convenção válida.

4.3.1.2.2 O calendário processual (artigo 191 do Código de Processo Civil)

Implementado pelas partes em conjunto com o magistrado, é convenção processual plurilateral que encerra autêntica demonstração prática da cooperação voltada à gestão negociada e eficiente do tempo do processo.[360] A inspiração do legislador brasileiro vem de ordenamentos estrangeiros, sobretudo França e Itália que, mesmo com características diversas entre si, têm maior experiência nesta modalidade de negócio processual.[361]

---

este entendimento está o Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual".

[360] Neste ponto convém mencionar o entendimento de Antonio do Passo Cabral, para quem o calendário não tem natureza negocial, e sim de ato ou requerimento conjunto. Segundo o autor, nele estariam presentes as características de atos estimulantes – e não determinantes –, uma vez que o próprio texto normativo exige a atuação do juiz como indispensável à produção dos efeitos esperados (**Convenções processuais.** 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2018, p. 76-77). Com o devido respeito, nesta pesquisa se adota posicionamento diverso, no sentido de que o calendário tem natureza de convenção processual em que o magistrado atua como emissor da vontade indispensável à sua celebração. Logo, o juiz não se limita a atuar nos planos da validade e da eficácia da convenção, senão também diretamente no plano da existência.

[361] Apenas como registro, o artigo 81-*bis delle dispozicioni di attuazione del Codice di Procedura Civile* confere ao juiz instrutor do processo poderes para fixar, após oitiva das partes, o calendário, observadas algumas condições expostas na própria norma. O referido dispositivo foi alterado em 2011 para exigir do juiz instrutor a observância ao princípio da duração razoável do processo na fixação do calendário, a fim de evitar

Muito embora a gestão temporal por meio da calendarização seja possível às várias fases do procedimento, em atenção à delimitação da pesquisa, interessa direcionar a análise à sua utilidade para a fase instrutória. Neste sentido, a despeito do silêncio do artigo 191 quanto ao momento de celebração, a calendarização da instrução pode acontecer em qualquer momento processual até o seu início e, sempre que possível em audiência, ainda que designada especificamente para esse fim.[362]

Por isso, o saneamento se mostra como momento mais apropriado, exatamente porque nele há maiores condições de que tanto as partes como o juiz vislumbrem como se desenvolverá a atividade probatória. Além disso, o próprio artigo 357, § 8º do Código de Processo Civil incentiva a fixação de calendário para a realização de prova pericial, em caso de sua designação. O objeto da convenção não precisa se restringir à fixação de data para a prática dos atos instrutórios. Pode avançar também para a dinâmica interna deles, como por exemplo o estabelecimento de limites temporais para manifestações de perito e assistentes técnicos[363]. Essa providência possivelmente evitará atrasos de pauta e prolongamentos indesejáveis de audiência, impactando diretamente na sua eficiência.

A existência de calendário para o momento da prova não alcança a atividade jurisdicional no que concerne ao exercício de poderes instrutórios, pois a sua finalidade – consistente na gestão do processo em sua dimensão temporal – não se comunica com a iniciativa probatória autorizada pelo sistema processual ao juiz. Por outro lado, há interações relevantes com outros aspectos da atuação do juiz como gestor do processo. Assim, a compreensão da repercussão do calendário processual nos limites de atuação jurisdicional,

---

a distorção da finalidade da convenção em proporcionar a gestão eficiente do processo. No direito francês, o calendário processual encontra previsão nos artigos 763 a 781 do *Code de Procédure Civile*, através dos quais se admite a celebração de acordos processuais que se refiram à instauração do processo (denominados *l'introduction de l'instance*) ou ao seu desenvolvimento (denominados *au déroulament de l'instance*). Para uma análise comparativa de ambos os sistemas e as repercussões no calendário processual brasileiro, ver: BARROZO, Thaís Aranda. O calendário processual no direito francês e no italiano: reflexos no novo Código de Processo Civil. In: ZUFELATO, Camilo et al. (coords). **I colóquio Brasil-Itália de direito processual civil**. Salvador: JusPodium, 2016, pp. 481-502.

[362] Enunciado nº 299 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "o juiz pode designar audiência também (ou só) com o objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário para a fase de instrução e decisão".

[363] Neste sentido: "por calendário não se entenda apenas a designação de 'prazo' para entrega do laudo (o que é o mais comumente visto), mas sim a definição de atividades e datas específicas para, p. ex., apresentação de proposta de honorários, discussão acerca do que seria necessário para a produção da prova pericial, apresentação e discussão sobre o espectro da perícia e dos quesitos, realização de visitas, entrega do laudo, apresentação de pareceres críticos, entre outras etapas, dependendo das especificidades do caso concreto" (FERREIRA, William Santos. A prova pericial no novo Código de Processo Civil. **Revista do advogado,** a. XXXV, nº. 126, maio/2015, pp. 204-209, p. 205).

inclusive quanto à vinculação do juiz ao seu conteúdo, requer eventualmente a incursão por alguns aspectos da sua operacionalização prática, que serão feitas ao longo do texto.

O artigo 191, § 1º é expresso em estabelecer a vinculação do juízo aos prazos entabulados no calendário. Conforme abordado no item 4.3.1, a inclusão do juiz como parte na celebração do calendário dispensaria a indicação feita na norma, uma vez que a vinculação não acontece *ope legis*, mas, antes, por força da posição assumida pelo magistrado na convenção.

É oportuno observar que calendário processual pode, ainda, ser proposto pelo juiz às partes, como também o contrário. Uma leitura apressada do artigo 191 poderia conduzir à conclusão de que isso importaria supressão do caráter convencional que lhe é inerente. Contudo, essa opção de trabalho não parece violar a norma de regência, tampouco a finalidade da calendarização de racionalizar o processo pela promoção da gestão adequada do tempo. Ao contrário, à semelhança do que ocorre em contratos de adesão no plano do direito material, não é descabido se pensar também em convenções à primeira vista padronizadas, que permitam, por exemplo, uniformizar o máximo possível o trabalho dos cartórios e gabinetes judiciais.[364] Afinal, um dos possíveis entraves à implementação prática das convenções processuais – especialmente quando importem alteração de procedimento – diz respeito às dificuldades estruturais para sua operacionalização.[365]

---

[364] Eduardo José da Fonseca Costa defende a possibilidade de que o juiz estruture, em gabinete, uma "tabela temporal" (*timetable*) padrão a ser submetida às partes, especialmente no intuito de dar celeridade a processos especialmente que envolvam a atuação do Poder Público (Calendarização processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**, 3 ed. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 511-526, p. 520).

[365] Como exemplo dessa modalidade de calendário processual, em Ação de Cobrança de Aluguéis em trâmite nos autos nº 0043759-63.2014.8.16.0014, da 8ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Londrina, no Estado do Paraná, estabelecido nos seguintes termos: "Em razão das peculiaridades do feito e do calendário do juízo no intuito de efetuar a entrega da prestação jurisdicional definitiva: nesta data e após contato de trabalho com o Senhor Perito, declaro encerrada a juntada de documentos para basear os trabalhos técnicos e defino o prazo de entrega do laudo pericial para até 30/08/2018. Para o dia 21/09/2018, fica designada audiência de instrução e julgamento para colheita da prova oral anteriormente solicitada ocasião em que se abrirão duas frentes de debates: (i) questões correlatas - horário estimado 12:30 até 15:00 horas depoimento pessoal e testemunhas; (ii) debates técnicos, metodologia e conclusões periciais momento em que as partes ficam convidadas a se fazerem acompanhar por assistentes técnicos para formularem considerações e questões orais ao laudo pericial - horário estimado 15:00 até 18:00 horas assim divididos (30 minutos para o Senhor Perito explanação geral do laudo, 01 hora para um assistente técnico indicado pelo autor e 01 hora para o assistente técnico indicado pelos réus e outros 30 minutos para o Senhor Perito para considerações finais). [...] Objeções ao calendário sobredito em 02 dias, no silêncio presumem-se anuência (artigo 191 do CPC)" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Decisão em 19 jul. 2018**, autos n.º 0043759-63.2014. 8.16.0014, 8ª V. Cível. Londrina/PR. LUZ, Marcos Caires. Publicada no DJE disponibilizado em 20 jul. 2018, evento nº 238.1 do Sistema Projudi, grifo do original. Disponível em:

Evidentemente que a proposta de calendário deverá ser submetida à manifestação e concordância dos sujeitos que não a tenham elaborado, pois a convergência de vontades é indispensável à formação do negócio. Em outras palavras: quando decorrente de iniciativa unilateral, a existência do calendário dependerá da declaração de vontade dos demais sujeitos indicados na lei para integrá-lo. Até que isso ocorra não será mais do que uma proposta de negócio jurídico processual, que poderá, inclusive, ser alvo de sugestões de ajustes, tal qual uma contraproposta.

Caso os sujeitos não cheguem a um consenso, a convenção não se forma (ou seja, é inviabilizada ainda no plano da existência), mantendo-se o procedimento e prazos conforme previstos do Código. O que a norma pretendeu vedar foi, sem dúvidas, a imposição judicial do calendário às partes,[366] sem qualquer abertura para o exercício do autorregramento da vontade, ainda que em menor grau. De todo modo, independente da dinâmica de celebração (se pela negociação efetiva de todos os sujeitos ou por adesão a uma proposta prévia), uma vez estabelecido o cronograma das etapas da fase instrutória, o juiz estará adstrito aos prazos ali estabelecidos, sendo vedado a ele decidir em sentido contrário.

Contudo, em se tratando especialmente da instrução do processo, as interações entre o calendário processual e a atuação jurisdicional merece um olhar diferenciado. Em situações excepcionais, é razoável tratar a vinculação a determinadas datas fixadas no calendário com certo grau de maleabilidade para prestigiar a eficiência do calendário e, consequentemente, da fase instrutória. Logo, não impede que em casos devidamente justificados, seja revisto o conteúdo do calendário, como admite o próprio artigo 191, § 1º, parte final. É o caso, por exemplo, de requerimento unilateral ou conjunto das partes para cancelamento de audiência de instrução designada no calendário. Não é incomum que após o agendamento de audiência as partes avaliem a pertinência da oitiva de depoimentos e, em virtude disso, desistam da prova, prejudicando a realização do ato[367] inicialmente constante do calendário.

<https://projudi.tjpr.jus.br/projudi/arquivo.do?_tj=f29fba5272377ba6603ca4c6df085afac7eef53a8f5ff5e5e5f6a80d7037370091d03f1b8567faff>. Acesso em: 05 set. 2018).

[366] CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócio processual**. 3. ed. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 39-74, p. 64-65.

[367] Foi o que aconteceu no caso dos autos 0043759-63.2014.8.16.0014 (referidos em nota anterior neste item): "diante da desistência manifesta pelo BARZERA em relação ao depoimento pessoal do réu Raul Fulgêncio, retire-se a audiência de pauta" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Decisão em 24 set. 2018**, autos n.º 0043759-63.2014. 8.16.0014, 8ª V. Cível. Londrina/PR. LUZ, Marcos Caires. Publicada no DJE

A alteração do calendário posteriormente à sua celebração é exceção à regra geral que determina a vinculação dos sujeitos celebrantes. Bem por isso se exige motivo justificável e, se for o caso, oportunização de manifestação prévia das partes, em respeito ao artigo 10 do Código de Processo Civil. Nessa circunstância, deve o juiz observar o sentido cooperativo e de eficiência da negociação, para que a eventual modificação da convenção mantenha o necessário equilíbrio entre autorregramento da vontade e os interesses públicos envolvidos no processo.

Os parâmetros da atuação jurisdicional e os reflexos nos limites de poderes do juiz em caso de necessidade de modificação da convenção serão abordados no item 4.4.2 a seguir. Em consonância ao que se expõe ali, sempre que possível se buscará a manutenção do calendário processual, ainda que parcialmente, relativo aos atos cujos prazos não tenham sido atingidos pela alteração superveniente.

A despeito disso, há que se lembrar da natureza dos prazos do juiz, que são impróprios. Essa especial condição põe em risco a efetividade prática da convenção, pois não há penalidade para eventual descumprimento pelo magistrado dos prazos fixados para sua atuação.[368] Por outro lado, atua em favor do calendário o próprio interesse público na gestão eficiente do processo, inclusive na sua dimensão temporal, que acaba por otimizar a atuação jurisdicional.

---

disponibilizado em 24 set. 2018, evento nº 281.1 do Sistema Projudi, grifo do original. Disponível em: < https://projudi.tjpr.jus.br/projudi/arquivo.do?_tj=29ebcccc94f671648ea62ddf3061aa6876ce157ccae48e5c342580a1fa13f8e7b547efa1dd6cb363>. Acesso em 05 set. 2018).

[368] Tal qual acontece no calendário francês e italiano, o artigo 191 não prevê qualquer penalidade ao juiz que porventura desatenda os prazos calendarizados. Registre-se que o modelo francês prevê somente às partes penalidade por violação da norma calendarizada, consistente no encerramento da instrução. Já no calendário italiano, fixado exclusivamente pelo juiz, não há penalidade pelo seu descumprimento, tão somente sanções administrativas e disciplinares ao juiz (BARROZO, Thaís Aranda. O calendário processual no direito francês e no italiano: reflexos no novo Código de Processo Civil. In: ZUFELATO, Camilo et al. (coords). **I colóquio Brasil-Itália de direito processual civil**. Salvador: JusPodium, 2016, pp. 481-502. p. 487 e 492). Por um lado, o tratamento mais brando do descumprimento ao calendário italiano justifica-se pelo regime rígido de preclusão processual daquele sistema. Por outro, a comparação dos regimes jurídicos do calendário processual francês e italiano evidencia alguma disparidade cultural à contratualização processual, que parece ser maior na França. Esse fator impacta diretamente no nível de vinculação das partes celebrantes do calendário e que, por sua vez, se manifesta na previsão de sanção processual ao seu descumprimento injustificado. Quanto maior a receptividade à contratualização do processo, maior será a tendência de reconhecimento do vínculo negocial das convenções a esse respeito. Sobre o assunto ver: FONSECA, Elena Zucconi Galli. Il calendario del processo. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, anno LXVI, vol. 66, n. 4. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, dicembre/2012, pp. 1393-1407.

Finalmente, a calendarização da fase instrutória pode interferir na atuação de terceiros, como o perito. Na qualidade de auxiliar da justiça, ele também se submete a prazos processuais estabelecidos no Código de Processo Civil (ao longo dos artigos 465 a 478), notadamente para a apresentação de laudo e eventuais esclarecimentos posteriores. Uma vez pactuado o calendário, a extensão dos seus efeitos ao perito dependerá de sua anuência, à luz do que prevê o Enunciado nº 402 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, no sentido de que "a eficácia dos negócios processuais para quem deles não fez parte depende de sua anuência, quando lhe puder causar prejuízo". A boa-fé que norteia a interpretação das convenções processuais indica que o silêncio do perito importará anuência tácita ao conteúdo do calendário.

4.3.2 Convenções processuais probatórias em que o juiz é terceiro

A outra posição possível para o juiz frente à convenção processual é a de terceiro. Ou seja, aquele que não a integra na condição de co-declarante da vontade consciente e dirigida à sua formação. Assim, nas hipóteses em que a lei não exija expressamente a manifestação do órgão jurisdicional para a celebração da convenção, será ele terceiro em relação a ela.

Segundo se expôs no item anterior, a atuação do juiz como parte da convenção processual se dá de modo mais estreito em comparação à autonomia das partes, razão pela qual depende de expressa previsão legal e se restringe às hipóteses de convenções processuais típicas. Assim, é possível constatar que a regra é que o juiz seja terceiro à convenção, e não parte, o que não invalida a relevância da sua atuação nesta condição, conforme se sustentou no item 4.3.1. Ao contrário, o fato de o sistema proporcionar a participação cooperativa do órgão jurisdicional de maneira prática e efetiva inserindo-o no contexto da convencionalidade processual é importante marco de reforço ao viés democrático e participativo do Processo Civil.

Diante disso, interessa perquirir sobre as nuances quanto ao papel desempenhado pelo órgão jurisdicional frente às convenções processuais probatórias em relação às quais seja terceiro. O exame se justifica porque o fato de ostentar essa posição isenta o juiz de se

submeter a determinados efeitos nascidos dela. A partir daí, qual deve ser a postura do juiz perante essas convenções em que não seja parte?

Inicialmente é preciso esclarecer que, para todas as convenções processuais relacionadas acima, o juiz tem o poder-dever de controle[369], consistente em averiguar a presença dos pressupostos de validade genéricos e específicos exigidos pela lei. É o que ocorre na dinamização convencional do ônus da prova; na escolha consensual do perito e nas convenções probatórias atípicas, em que o legislador silenciou a respeito da atuação judicial como condição à eficácia da convenção. Portanto, ao serem celebradas tais convenções não haverá, ao menos em princípio[370], que se falar em homologação ou outro ato judicial equivalente.

Isso se dá porque, em regra, as convenções processuais produzem efeitos imediatamente à sua celebração, sem exigência da prática de ato judicial que os deflagrem.[371] Por serem expressão do autorregramento da vontade das partes que as autoriza criar, modificar ou extinguir situações processuais ou alterar o procedimento, soaria incoerente que o sistema impusesse tal condição como regra às convenções processuais, sejam elas probatórias ou não.[372] Assim prescreve o artigo 200 do Código de Processo Civil[373], expresso em que "os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais".

Com isso não se pretende, em nenhuma hipótese, anular o publicismo processual e nem mesmo a autoridade do Estado-juiz na condução do processo. Até porque, como se

---

[369] Sobre as variações quanto ao momento e ao modo de realização do controle de validade das convenções a partir das posições assumidas pelo juiz no acordo (inclusive quando atue como parte da convenção), ver item 4.4.1 deste Capítulo.

[370] Diz-se em princípio pois se verá que as partes podem optar por submeter a eficácia da convenção processual à homologação judicial, desde que o façam expressamente, na própria convenção.

[371] Neste sentido é o Enunciado nº 133 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, pelo qual "salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial". Importante esclarecer que apesar da menção exclusiva aos negócios processuais atípicos, a essência do enunciado deve ser tomada como regra ao sistema de convencionalidade processual, permanecendo a exigência de homologação como exceção.

[372] Antonio do Passo Cabral faz análise aprofundada sobre argumentos que fundamentam a opção legislativa pela desnecessidade de homologação. Para isso ver: **Convenções processuais.** 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2018, p. 260-264.

[373] Cujo teor corresponde ao artigo 158 do Código de Processo Civil revogado.

afirmou logo acima, ao juiz incumbe o controle de validade da convenção, o que evidencia a existência de limites ao poder de autorregramento concedido às partes.

Seguindo a linha que sustenta esta pesquisa, o vetor cooperativo do Processo Civil democrático opera no sentido da ampliação dialógica do processo na busca de equacionar as tensões decorrentes da relação entre privatismo, de um lado, e publicismo, de outro. Mesmo que para isso o sistema conceda maiores poderes às partes (como no caso da convencionalidade em matéria processual), não significa que a figura do juiz tenha sido enfraquecida. Ao invés disso, a realidade do Código de Processo Civil de 2015 indica que junto ao empoderamento das partes, por força do prestígio ao autorregramento da vontade no ambiente processual, houve também um reforço da atuação do juiz, ainda que em novas configurações.

Voltando o olhar especificamente ao rol proposto no item 4.2, o juiz é terceiro nas seguintes hipóteses: *(i)* na dinamização convencional do ônus da prova (artigo 373, §§ 3º e 4º); *(ii)* na escolha consensual do perito (artigo 471); *(iii)* na delimitação consensual das questões de fato e de direito (artigo 357, § 2º); e, finalmente, *(iv)* nas convenções atípicas que tenham por objeto a regulação de aspectos relativos à matéria de prova (artigo 190).

4.3.2.1 Vinculação do juiz às convenções processuais probatórias em que é terceiro

Se nas convenções processuais em que atue como parte, o juiz está vinculado por força da sua manifestação de vontade na formação do negócio, nas hipóteses em que atue como terceiro, estará vinculado ao conteúdo da convenção? Para responder adequadamente à indagação importa buscar na teoria geral dos negócios jurídicos elementos que conduzam à compreensão de qual deve ser a postura do juiz frente às convenções processuais às quais seja terceiro.

Como estabelecido no item 4.3.1 anterior, o princípio da relatividade dos efeitos do negócio jurídico é aplicável no âmbito da negociação processual. Deste modo, a intersubjetividade característica ao negócio jurídico o torna *res inter alios acta*, de modo a não vincular outras pessoas além dos sujeitos que participaram da sua formação. Contudo, é

perfeitamente possível e razoável que a convenção alcance sujeitos que não tenha, originária e diretamente, participado da sua formação. É impossível imaginar que o negócio jurídico não projete nenhuma consequência a terceiros.

Surgem, pois, o que a doutrina convencionou chamar de efeitos internos e externos do contrato[374]. A estes últimos se submete o juiz, com especial razão no caso das convenções processuais, porque quando validamente celebrada pelas partes ela será a fonte da norma processual, seja para o autorregramento de situações processuais ou de procedimento pertinentes à prova. E por isso, independentemente da posição que ostente em relação à convenção, tem o poder-dever de zelar pelo seu cumprimento, inclusive determinando as providências que se mostrem necessárias para tanto, sob pena de, na prática, negar eficácia a uma convenção processual válida.[375]

Neste sentido afirmava José Carlos Barbosa Moreira:

> o que cabe ao órgão jurisdicional é, pura e simplesmente, se for o caso, e desde que o ato não seja nulo, aplicar as regras convencionais, em vez das legais [...]. Não há necessidade de procedimento homologatório, salvo disposição legal em contrário [...]. O juiz conhece *ex officio* a convenção, desde que constante dos autos, independentemente de arguição da parte interessada em fazê-la valer.[376]

Observe-se que a vinculação que se estabelece para o juiz não está alicerçada no exercício de sua capacidade negocial ou na manifestação de vontade dirigida à celebração da convenção processual. Decorre da projeção dos efeitos externos à convenção que lhe

---

[374] Neste sentido: "além da distinção entre princípio da relatividade e da oponibilidade, a doutrina refere-se também à diferença entre os *efeitos internos e os efeitos externos do contrato*. Os primeiros dizem respeito aos direitos e obrigações que decorrem para as partes do contrato; *os últimos, ao seu turno, incidem sobre todos os membros da coletividade, que devem levar em consideração e respeitar o fato social do contrato, ainda que dele não façam parte*" [MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; BIANCHINI, Luiza Lourenço. Breves considerações sobre a responsabilidade civil do terceiro que viola o contrato (tutela externa do crédito). In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre Direito Civil.** v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, pp. 453-471, p. 459].

[375] "Pode-se assim afirmar que o negócio jurídico vincula as partes que participaram do acordo. Se o magistrado não participou do acordo, estará vinculado? Não. Mas deverá analisar o aludido fato jurídico nos contornos do que fora estipulado pelas partes. Já é assim quando analisa qualquer negócio jurídico. Não será diferente. Em juízo, as partes levam o caso para que ele apresente a solução. O caso pode ou não ter negócio jurídico sobre a prova. Se tiver, deverá seguir seus contornos, sob pena de negar eficácia a negócio jurídico válido" (SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais.** 3 ed. Salvador: JusPodivum, 2017, pp. 553-576, p. 573).

[376] Convenções das partes em matéria processual. In: _____. **Temas de Direito Processual**, terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 98.

impõe o dever de aplicar a norma processual, seja ela legal ou convencional.[377] Observe-se, por exemplo, a redação do artigo 8º do Código de Processo Civil no sentido de que cabe, no caso concreto, ao juiz aplicar o *ordenamento jurídico*. A expressão é propositadamente ampla e, neste sentido, excluir desse espectro a norma processual originada pelo exercício da convencionalidade franqueado às partes seria, no mínimo, uma contradição sistêmica.

Ocorre, então, o que Antonio do Passo Cabral chama de heterolimitação da atividade jurisdicional fundamentada na legítima atuação das partes nos espaços de liberdade ao autorregramento que o próprio sistema processual lhes concede. Portanto, mesmo na condição de terceiro à convenção o juiz se vincula na medida necessária à efetivação das disposições nela contidas, baseado na incidência dos efeitos externos do negócio que no processo se manifestam como o dever de lhe dar cumprimento. Em consequência disso a convenção processual alcança, em alguma medida, a atuação jurisdicional conferindo-lhe outra amplitude, uma vez que não poderá contrariar o que foi convencionado pelas partes.

Disso se observa que a posição processual ostentada pelo juiz frente à convenção processual não interfere no seu dever de dar cumprimento a ela. Em qualquer situação a convenção deve ser observada. A distinção está no fundamento jurídico para isso. Enquanto nas convenções em que seja parte, esse dever se baseia na emissão de vontade formadora do negócio, na hipótese em que seja terceiro, decorre da subordinação aos efeitos externos que o impedem de contrariar as disposições das partes.

A inobservância do conteúdo convencional pelo órgão jurisdicional ou a sua injustificada resistência em dar-lhe cumprimento abre às partes negociantes a faculdade de interposição recursal no intuito de reformar eventual decisão que contrarie o conteúdo convencionado. Considerando que a análise proposta se cinge a provimentos judiciais proferidos em desacordo com convenções processuais probatórias, possivelmente se estará diante de decisão interlocutória. Assim, é possível cogitar da oposição de embargos de

---

[377] "Enquanto as partes vinculam-se por sua autonomia e liberdade, voluntariamente assumindo obrigações ou dispondo sobre 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 lhe 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" (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2018, p. 256).

declaração para fins de esclarecimento de eventual omissão, obscuridade ou contradição contida na decisão violadora da convenção processual, ou então, agravo de instrumento, na forma do artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

Apenas eventualmente, a violação à convenção probatória pode acontecer na sentença como, por exemplo, na hipótese de contrariedade à distribuição de ônus probatório estabelecida pelas partes como lhes permite o artigo 373, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil. Nesta hipótese o recurso cabível será a apelação.

Embora não seja o enfoque da pesquisa, neste ponto cumpre apenas observar que o rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil, à primeira vista, não contempla a hipótese em análise como ensejadora da interposição de agravo de instrumento. À exceção do inciso VI (relativo à exibição ou posse de documento ou coisa), as matérias contempladas pela norma parecem não se amoldar ao que poderia ser objeto de convenção processual probatória.[378] Deste modo, ao menos em tese, a decisão judicial que esteja em desacordo com o objeto de uma convenção processual probatória válida não poderia ser impugnada pela via do agravo de instrumento.

Todavia, em função do recente julgamento dos Recursos Especiais nº 1.696.396/MT e 1.704.520/MT[379], a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça mitigou a taxatividade do rol legal, firmando a tese de que se admite a interposição do mencionado recurso, em caráter excepcional, nas hipóteses em que houver urgência decorrente da inutilidade da questão no recurso de apelação[380]. Independentemente do acerto ou desacerto da decisão daquele Tribunal – que não interessa ao raciocínio que ora se propõe – é fato que a peculiaridade da matéria probatória se enquadra na noção de urgência utilizada para fundamentar a decisão da Corte Especial, pois seria inconveniente aguardar eventual recurso de apelação para se discutir questões específicas à fase instrutória pertinente ao procedimento em primeiro grau de jurisdição. Isso permite aventar o cabimento de agravo

---

[378] Apesar de o inciso XI falar em decisão sobre redistribuição do ônus da prova, se restringe à dinamização judicial (artigo 373, § 1º), e não convencional (artigo 373, §§ 3º e 4º).
[379] Cadastrados como Tema nº 988, do sistema de recursos repetitivos daquele Tribunal. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp. Acesso em: 22 dez. 2018.
[380] Uma vez que o artigo 1.009, § 1º do Código de Processo Civil determina que: “as questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”.

de instrumento contra decisão que deixe de observar o conteúdo de convenção processual probatória.

Ainda que, por hipótese, o raciocínio acima não se confirme na jurisprudência – o que não parece razoável – é possível lançar mão da correição parcial como sucedâneo recursal apto à revisão de decisão que, contrariando o conteúdo da convenção probatória, acabe por tumultuar o procedimento. Apesar de alguma polêmica em torno do seu cabimento no âmbito do Processo Civil e mesmo de sua constitucionalidade, deve-se buscar a sua previsão nos Regimentos Internos dos Tribunais.[381]

As conclusões quanto ao dever do juiz em observar e zelar pelo cumprimento do conteúdo das convenções e as consequentes possibilidades recursais contra a decisão que eventualmente o viole ou contrarie reafirmam o que se tem sustentado ao longo deste Capítulo, no sentido de que toda convenção processual interferirá com maior ou menor intensidade na atividade jurisdicional. Com maior razão em se tratando de matéria probatória que, pelas características apontadas especialmente no item 4.1 evidenciam ainda mais as interações entre o autorregramento da vontade, de um lado, e poderes do juiz, de outro.

4.3.2.2 Interações com os poderes do juiz

Considerando que nas convenções em que o juiz atue como terceiro e a sua vinculação se dá de modo indireto, a possibilidade de limitação de sua atuação decorre do dever de observar a norma convencional estabelecida pelas partes. Ainda assim, conforme se demonstrará a partir do exame a seguir, poderá haver restrição aos seus poderes, na

---

[381] No caso do Estado do Paraná, o artigo 335, *caput*, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça prevê que "a correição parcial visa à emenda de erros ou abusos que importem na inversão tumultuária de atos e fórmulas legais, na paralisação injustificada dos feitos ou na dilação abusiva de prazos, quando, para o caso, não haja recurso previsto em lei" (Tribunal de Justiça do Paraná, Resolução nº 01/2010, com modificações da Emenda Regimental nº 01/2016, de 13.09.2016 e atualizado até a Resolução nº 42/2018, publicada no DJPR-e nº 2273, de 05.06.2018. Disponível em: www.tjpr.jus.br/regimento-interno. Acesso em: 30 nov. 2018). Naquele Tribunal, a correição parcial é admitida normalmente em processos cíveis, como se depreende em 8ª Câmara Cível, Correição Parcial nº 0043696-41.2018.8.16.0000, Bocaiúva do Sul, Rel.: Desembargador Luiz Cezar Nicolau, publicado no DJPR-e de 17.10.2018. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000007687992/Decis%C3%A3o%20monocr%C3%A1tica-0043696-41.2018.8.16.0000#. Acesso em: 30 nov. 2018.

medida em que as situações processuais objeto da convenção se desdobrem nas atribuições do magistrado. Neste ponto, além da perspectiva da posição assumida por ele na convenção, a conexão entre as situações processuais das partes e do juiz será determinante para identificar em qual medida seus poderes serão atingidos.

4.3.2.2.1 A dinamização convencional do ônus da prova (artigo 373, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil)

Uma das principais convenções processuais probatórias no Código de Processo Civil se encontra no artigo 373, §§ 3º e 4º[382], pelo qual o sistema franqueia às partes a possibilidade de convencionarem sobre a distribuição do ônus da prova, a menos que recaia sobre direito indisponível da parte (§ 3º, inciso I) ou torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (§ 3º, inciso II), que constituem pressupostos de validade específicos do negócio. Segundo a proposta de sistematização apresentada no item 4.2, consiste em convenção processual probatória própria, na medida em que tem como objeto o autorregramento de situação diretamente relacionada com a prova.

Apesar do entusiasmo com a previsão normativa vigente – em grande parte promovido pelo crescimento da teoria da carga dinâmica da prova na doutrina nacional – a distribuição convencional do ônus probatório não se apresenta como inovação legislativa no Brasil. O Código de Processo Civil de 1973 contemplava previsão semelhante no artigo 333, parágrafo único[383], embora com redação menos técnica do que a atual. Interessante registrar, ainda, que este tema tem recebido considerável atenção acadêmica, embora pareça não ter encontrado ainda o mesmo espaço na prática forense. Mesmo na vigência do Código de 1973, não era comum – para evitar qualquer afirmação absoluta e reducionista – a celebração

---

[382] Art. 373. (...)
§ 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.
[383] Art. 333. (...).
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.

da mencionada convenção. A dinamização ou redistribuição do ônus probatório tal qual previsto na regra estática acontece, via de regra, por determinação do magistrado.

Cumpre esclarecer que a análise aprofundada da convenção em apreço é incompatível com o objeto da pesquisa e, especificamente, com a investigação que se propõe neste momento. O que interessa investigar aqui diz respeito ao modo como a convenção sobre o ônus da prova se relaciona com poderes do juiz e em que medida pode limitá-los no caso concreto.

É conveniente destacar que a referida convenção processual interage com a atuação do magistrado na condução da fase instrutória e desemboca na fase decisória, especialmente nas situações em que o julgamento do mérito demande a aplicação da regra do ônus da prova. Assim, uma vez celebrada a convenção, quais os seus impactos sobre a atuação jurisdicional? Considerando que o juiz é terceiro em relação à avença, poderá haver limitação aos seus poderes?

Iniciada a fase instrutória, a convenção sobre o ônus da prova não impede a iniciativa probatória do juiz, mantendo-a inalterada em sua amplitude e possibilidade de exercício. Assim o é porque o objeto da convenção não diz respeito à iniciativa probatória, nem dispõe sobre meios de prova, senão sobre o ônus objetivo de sua produção e, consequentemente, neste aspecto, desdobramentos da convenção sobre eventual atividade probatória do juiz.[384]

Além disso, convém salientar que a alteração convencional da regra de distribuição do ônus da prova não é suplantada pela eventual iniciativa probatória do magistrado, pois como referido no parágrafo anterior, o objeto da convenção diz respeito à dinamização do

---

[384] Neste sentido ver: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização.** 2. ed. rev. e atualizada. Salvador: JusPodium, 2016, p. 129. A respeito disso, o Tribunal de Justiça do Paraná já decidiu sobre a possibilidade de exercício de poderes instrutórios em casos em que tenha havido inversão do ônus da prova: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA FIDUCIÁRIA – INSTRUÇÃO PROBATÓRIA – PROVA PERICIAL DETERMINADA PELO JUIZ A QUO – POSSIBILIDADE – PODER INSTRUTÓRIO DO JULGADOR (ART. 130, CPC) – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – CABIMENTO [...]. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ, Agravo de instrumento nº 1.243.177-5, 17ª Câm. Cível, Londrina/PR, relator Desembargador Fabian Schweitzer, decisão monocrática, Julgamento em 31.07.2014. Publicada no DJE nº 1386 em 06.08.2014. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11712676/Decis%C3%A3o%20monocr%C3%A1tica-1243177-5. Acesso em 08 jan. 2019).

ônus da prova objetivo, que em nada se relaciona com a determinação do sujeito através do qual a prova virá aos autos.

Por outro lado, deverá observar o conteúdo da convenção caso seja necessária a aplicação das regras do ônus da prova ao julgamento de mérito. Desde que válida a convenção, a distribuição proposta pelas partes substituirá a regra estática prevista no artigo 373, *caput* do Código de Processo Civil. No sentido do que se estabeleceu anteriormente, a disposição sobre essa situação processual das partes (o ônus de provar) é prerrogativa exclusiva das partes e, por sua vez, tem aptidão de condicionar a conduta do juiz na fase decisória, a despeito de ser terceiro à convenção. Seria, então ilógico pensar que o juiz não devesse observar a convenção. Aliás, o seu eventual descumprimento abrirá às partes a possibilidade de recurso, como exposto no item 4.3.2.1 deste estudo.

4.3.2.2.2 A escolha consensual do perito (artigo 471 do Código de Processo Civil)

Ainda no rol de convenções processuais probatórias, o artigo 471 do Código de Processo Civil autoriza o que chama de *perícia consensual*[385], admitindo que "as partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento", desde que "sejam plenamente capazes" (inciso I) e a "causa possa ser resolvida por autocomposição" (inciso II).

---

[385] De plano cumpre destacar a inadequação terminológica do legislador ao se valer da expressão perícia consensual no parágrafo 3º do indigitado dispositivo. De acordo com José Miguel Garcia Medina que a norma possibilita "apenas escolha e indicação consensual do perito, que é menos que a perícia. O negócio processual pode até ser mais amplo (e conter, p. ex., quesitos acordados entre ambas as partes, calendário para a realização da perícia etc.), mas, mesmo assim, a perícia não será consensual" (**Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 711). Em sentido idêntico: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** 8. ed. v. único. Salvador: JusPodium, 2016, p. 723 e MOLLICA, Rogerio. **Comentários ao Código de Processo Civil.** v. 2 (arts. 318 a 538). BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 332-399, p. 381.

É expressão do dever de cooperação dirigido especificamente à prova pericial[386], e sem correspondência no Código de Processo Civil de 1973. Muito embora não constasse da primeira versão do Anteprojeto que deu origem ao Código de Processo Civil de 2015, a sua inclusão se deu durante a tramitação[387] possivelmente alinhadas a, pelo menos, dois antecedentes importantes: *(i)* o intercâmbio de técnicas originárias do *common law*, incentivado pela maior abertura do Brasil à convencionalidade em matéria processual e *(ii)* a arbitragem. Em ambos os sistemas – da *common law* e a arbitral - as partes gozam de certa primazia na regulamentação sobre a prova.[388]

A inclusão dessa convenção típica na legislação processual vigente foi a de incrementar a prova pericial em qualidade de resultado e em eficiência, especialmente para os casos que as questões debatidas apresentem algum nível de especialização técnica que conduza à necessidade de profissionais com atuação mais específica ou mesmo de equipe multiprofissional, muitas vezes de alcance mais difícil ao Poder Judiciário. Também apresenta algum benefício em relação à dimensão temporal como também da própria litigiosidade, pois o consenso das partes elimina as discussões em torno de honorários, da qualificação do profissional indicado ou mesmo sobre a higidez da prova.[389]

É justamente nesse contexto que se dão as interseções entre esta convenção processual probatória e a atividade jurisdicional e a partir das quais se insere o exercício dos

---

[386] MARCATO, Ana Cândida Menezes. A influência do sistema probatório da arbitragem no regime da prova pericial do NCPC. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. **Direito probatório**. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodium, 2018, pp. 1241-1254, p. 1249.

[387] A referida inclusão aconteceu durante a tramitação do projeto na Câmara dos Deputados, com proposta de redação muito semelhante à final. (**Parecer ao Projeto de lei no 6.025, de 2005, ao Projeto de lei no 8.046, de 2010**, p. 276-277. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013. Acesso em: 14 nov. 2018).

[388] A regra no sistema inglês é de que o perito seja indicado pelas partes, cabendo ao juiz atuar apenas no caso em que aquelas não atinjam o consenso sobre tal nomeação. A tendência de aproximação com técnicas processuais originárias do *common law* tem alcançado a América Latina, e antes do Brasil o direito argentino passou a permitir a escolha consensual do perito. Para dados de direito estrangeiro e análise comparativa com o Brasil ver: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. **A prova pericial no processo civil:** o controle da ciência e a escolha do perito. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 164-165; RAVAGNANI, Giovani dos Santos. Regras da IBA sobre "taking of evidence": compatibilidade com as normas processuais brasileiras. **Revista de processo**, vol. 283, set./2018, pp. 565-606.

[389] A indicação consensual do perito conduz à conclusão de que se opera às partes o *venire contra factum proprium*, o que deve ser entendido com cautela especialmente em situações supervenientes à convenção. Eventuais alegações de fraude no resultado de uma perícia feita por profissional escolhido consensualmente devem ser tratadas sob a perspectiva da boa-fé que rege a relação processual. Assim, o Enunciado nº 637 do Fórum Permanente de Processualistas Civis sugere que "a escolha consensual do perito não impede as partes de alegarem o seu impedimento ou suspeição em razão de fato superveniente à escolha".

poderes do juiz frente ao acordo. À semelhança do que se expôs em relação à convenção processual sobre o ônus da prova, a escolha consensual do perito não se conecta com os poderes instrutórios titulados pelo juiz. A especificidade do objeto desta convenção típica – restrita à escolha do profissional que realizará a prova pericial – faz com que não se altere a dinâmica da iniciativa probatória das partes, tampouco do magistrado, para quem permanece a possibilidade de determinação de prova *ex officio*, a teor do artigo 370 do Código de Processo Civil.

Aliás, parece não haver incompatibilidade nem mesmo quanto à indicação consensual do perito quando a prova pericial tenha sido determinada pelo juízo. Embora a norma silencie-se a respeito, a interpretação conjunta dos artigos 471 e o próprio 370 do Código de Processo Civil não veda essa possibilidade às partes de que, concordando com a realização da perícia determinada pelo juiz, poderiam apresentar a ele convenção para a escolha do perito.

Conforme se tem desenvolvido neste Capítulo, ainda que não participe da formação da convenção, o juiz deve observar as disposições que validamente as partes tenham estabelecido. Desse modo, a presença dos pressupostos de validade genéricos e específicos da convenção retira do juiz o poder de nomear perito diverso daquele indicado consensualmente pelas partes, ficando ele adstrito aos termos da convenção ante o dever de dar cumprimento às normas convencionais (vide item 4.3.2.1).

Daí a importância de que o juiz exerça previamente ao início da prova o controle de validade da convenção. Interessa, então, perquirir sobre a abrangência do poder do juiz na análise da convenção, especialmente quanto à autorização para controlar a qualificação do profissional indicado pelas partes.

Observe-se que os pressupostos específicos de validade estabelecidos pelo artigo 471 – indicados no início desta exposição – são praticamente a repetição parcial dos requisitos impostos pelo artigo 190 à celebração de convenções atípicas.[390] Assim, se referem somente

---

[390] Defendendo a incompatibilidade da imposição desses pressupostos específicos de validade à convenção: BODART, Bruno Vinícius da Rós. Ensaio sobre a prova pericial no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, vol. 244, jun./2015, pp. 33-57. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000166d32a433a78427a13&docguid=Ib6da55b0222311e5bdc5010000000000&hitguid=Ib6da55b0222311e5bdc5010000000000&spos=1&epos=1&td=195&context=16&crumb-action=append&crumb-

às circunstâncias da relação jurídica processual (capacidade plena das partes) e do direito material em debate (possibilidade de solução pela autocomposição). Não contemplam, pois, qualquer aspecto sobre a qualificação profissional do perito indicado ou ainda outras condições (inclusive de ordem ética) para que ele realize a perícia.

Também é preciso esclarecer que, diferentemente do que ocorre na nomeação judicial do perito, não se exige que a escolha das partes se circunscreva aos profissionais ou órgãos técnicos inscritos em cadastros de que tratam o artigo 156 do Código de Processo Civil. A essa determinação se vincula necessariamente apenas o juízo, quando lhe couber a nomeação do perito, e não as partes. Aparentemente, para o exercício da faculdade, tal como prevista no artigo 471, basta que o perito seja um profissional de confiança das partes. Diante disso, está o magistrado autorizado a avançar naquelas questões, ou a convenção restringe a atuação jurisdicional à verificação unicamente dos pressupostos de validade expressos na lei?

A resposta a esta indagação deve ser construída em consonância com as premissas fixadas neste estudo para o adequado manejo das convenções processuais em matéria probatória. Em função disso, a atuação fiscalizatória do juiz deve sempre observar as diretrizes de cooperação e eficiência, sob pena de subverter a finalidade da negociação processual de racionalizar o processo.

Assim, necessidade da realização da prova pericial no caso concreto impõe a existência de confiança mútua – de partes e órgão jurisdicional – quanto ao perito. É com base nisso que o Código de Processo Civil permite às partes suscitar motivos de impedimento e suspeição do perito nomeado pelo juízo, na forma do artigo 148, II. Não há razão para que não seja deste modo quando, inversamente, a indicação tenha sido feita consensualmente pelas partes. Logo, é imprescindível que também o juiz esteja razoavelmente seguro de que a prova será realizada dentro de parâmetros éticos e profissionais adequados.

Portanto, a escolha de um profissional sem a qualificação técnica compatível com o tema da prova pericial e que não reúna as condições necessária à elucidação dos fatos que a

---

label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 01 nov. 2018.

integrem resultará na sua inaptidão para a formação do convencimento do juiz. Somado a isso, todos estarão sujeitos a outros problemas ligados à demora e tumulto da tramitação do processo. Essas situações violam a eficiência processual e, mais especificamente, o princípio da máxima eficiência dos meios de prova e, consequentemente, demanda a intervenção do magistrado.

Conforme será desenvolvido no item 4.4.2 com maior aprofundamento, esta pesquisa adota o entendimento de que a eficiência integra o núcleo rígido do devido processo legal e que, nesta condição, não pode ser rechaçado na convenção processual, sob pena de sua invalidação. Logo, ainda que não conste expressamente dos pressupostos de validade específicos, previstos no artigo 471, as questões em torno da eficiência da prova pericial fazem parte do conceito amplo de objeto lícito de toda convenção processual. Significa dizer que o juiz está devidamente autorizado a exercer o poder de controle da escolha do perito também quanto aos aspectos de qualificação profissional e ética, por exemplo[391].

No entanto, o seu poder se restringe ao apontamento de um possível vício da convenção nos moldes expostos no parágrafo anterior. Não poderá, por certo, simplesmente desconsiderar a convenção das partes para substituir o perito indicado por elas, sob pena de dispor indevidamente sobre prerrogativa das partes. A limitação ao seu poder de supervisão indica que os ajustes eventualmente necessários à conformação do objeto da convenção devem ser feitos pelas próprias partes negociantes, ainda que sob o incentivo e a orientação do magistrado. Deste modo sobressai a dimensão cooperativa da convencionalidade processual e o equilíbrio entre autorregramento da vontade e poderes do juiz.

4.3.2.2.3 A convenção probatória atípica (artigo 190 do Código de Processo Civil)

Como mencionado vagamente no Capítulo 3 (item 3.5), a cláusula geral de convencionalidade prevista no artigo 190 é expressa no sentido de que *as partes* podem

---

[391] Murilo Teixeira Avelino chega à conclusão semelhante em conteúdo, porém por fundamento diverso do adotado neste estudo. Segundo o autor, a possibilidade de que o juiz se oponha ao profissional escolhido pelas partes não está alicerçada na validade da convenção. Para ele a questão se circunscreve ao juízo de utilidade da perícia, e não ao controle de validade do pacto. (**O controle judicial da prova técnica e científica.** Salvador: JusPodium, 2018, p. 216-217).

“estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”. Evidentemente, o podem fazer em relação à atividade probatória.

Para os fins desta pesquisa, importa enfocar especificamente as convenções atípicas que tenham por objeto a exclusão ou limitação de meio de prova, por exemplo, afastando da fase instrutória a oitiva de testemunhas ou de prova pericial. É possível pensar, ainda, em situações em que as partes, pela via convencional, ampliem os limites da instrução para além dos fatos controvertidos, ou ainda, prevendo a realização de prova impertinente à configuração do caso concreto. Em casos tais, quais são as interconexões possíveis com a atividade jurisdicional? Em qual medida elas tocarão na atividade jurisdicional a ponto de restringir poderes do juiz, especialmente os instrutórios?

Conforme se explicou no item 4.3.2.2, as alterações promovidas pela convenção processual no procedimento condicionam situações processuais das partes e do juiz, especialmente aquelas que sejam conectadas entre si. Significa dizer que a heterolimitação causada pela convenção processual atípica – fundamentada na existência de dever ao juiz em zelar e dar cumprimento a ela – poderá alterar a amplitude dos poderes do juiz, especialmente quando se relacionem mais diretamente com a atuação das partes.

Por outro lado, quanto às interações com os poderes instrutórios, a resposta àquelas questões depende da compreensão dos elementos da convenção atípica, bem como dos poderes instrutórios. Assim, propõe-se o enfrentamento da questão a partir da análise três perspectivas distintas, porém complementares entre si: *(i)* a primeira, relativa aos elementos subjetivos e objetivos contidos na cláusula geral de convencionalidade; *(ii)* a segunda, concernente à justificativa da atribuição de poderes instrutórios ao juiz; e *(iii)* a terceira, pertinente à inexistência de preclusão à iniciativa probatória judicial.

(i) Os elementos subjetivos e objetivos da cláusula de convencionalidade

Para a análise dos elementos subjetivos contidos na cláusula geral de convencionalidade, segundo as distinções conceituais apresentadas anteriormente no item

4.3.1, não há necessária identidade entre partes da convenção processual, partes da relação processual e da relação de direito material. Esses conceitos são importantes para esse momento, principalmente os dois primeiros. Enquanto na perspectiva processual se refere aos sujeitos parciais do processo, na perspectiva convencional são os sujeitos que, respaldados pela sua capacidade negocial, agem manifestando vontade consciente e dirigida à formação da convenção.

A partir daí é imprescindível que se faça a leitura adequada do mencionado artigo 190 para identificar a qual desses conceitos o texto legal faz referência expressa. Embora se entenda pela existência de um conceito específico para designar quem são os sujeitos ou partes da convenção processual, não é a este conceito que o *caput* da norma se refere. O sentido mais apropriado indica que ali o legislador apontou para as partes da relação processual como sendo aquelas que poderão celebrar uma convenção processual. Significa dizer que as partes do processo[392] é que podem assumir a condição de sujeitos da convenção processual atípica.

Diante disso, a exceção das situações em que a lei expressamente ressalva essa possibilidade (como no caso do calendário processual, por exemplo), o juiz não é parte do negócio processual, mas sim terceiro. Até mesmo por força do que foi anteriormente exposto para justificar a capacidade negocial do juiz, essa conclusão é a que melhor se amolda à linha estruturante desta pesquisa.

Ultrapassada a análise do aspecto subjetivo das convenções processuais atípicas, demonstrando que ao juiz é vedado integrar o negócio na condição de parte, importa analisá-lo do ponto de vista do seu objeto. Quanto a isso, há clareza normativa de que as partes podem convencionar "sobre *os seus* ônus, poderes, faculdades e deveres processuais". Ou seja, o artigo 190 do Código de Processo Civil exclui expressamente a possibilidade de que seja objeto da convenção ônus, poderes, faculdades e deveres de terceiros. Trata-se de incidência do princípio da relatividade dos efeitos principais do negócio jurídico, já mencionada nos itens anteriores deste Capítulo.

Deste modo, à luz da regra do artigo 190, é vedado às partes estipularem convenção que impeça ou limite o exercício de poderes instrutórios do magistrado. Eventual cláusula

---

[392] Desde que, obviamente, preencham os pressupostos de validade estabelecidos na própria norma.

neste sentido padece de nulidade, por ilicitude do objeto, haja vista tratar-se de poder de titularidade de outro sujeito processual, excluído da esfera de disposição das partes no âmbito da convenção processual atípica[393].

Com base no que foi exposto até aqui é possível constatar a existência de vedação legal para que o juiz integre a convenção processual atípica porque a cláusula geral de convencionalidade tem o seu alcance limitado às partes, tanto na dimensão subjetiva como objetiva.

A violação aos pressupostos subjetivos e objetivos de existência e validade previstos para a convenção processual atípica importa em vício, capaz de conduzir à sua invalidade. Convém salientar, todavia, que disso não resulta, necessariamente, a sua completa invalidação, que ficará restrita tão somente aos aspectos defeituosos, em atenção ao princípio da conservação dos atos negociais, perfeitamente aplicável aos negócios jurídicos de natureza processual[394].

Nessas circunstâncias, ao exercer o controle de validade da convenção caberá ao juiz prestigiar a diretriz cooperativa e de eficiência do Processo Civil democrático para, sempre que possível, promover o diálogo das partes voltado aos ajustes que, porventura, permitam a manutenção da convenção processual. Somente na hipótese de as partes não chegarem ao consenso quanto as adequações necessárias é que terá lugar a invalidação total ou parcial da convenção, nos termos do parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil. Em caso de invalidação parcial, as demais disposições da convenção permanecem inalteradas e aplicáveis normalmente. Este assunto será abordado oportunamente nos itens 4.4.1 e 4.4.2 a seguir.

---

[393] MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. **Revista de Processo**, v. 241, mar/2015, pp. 463-487. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000168394056e4015ec8a8&docguid=I4d41edc0cc6f11e4ae62010000000000&hitguid=I4d41edc0cc6f11e4ae62010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=26&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 19 abr. 2015.

[394] "O direito contemporâneo caminha, portanto, no sentido de assegurar os efeitos do negócio celebrado entre as partes, tanto quanto seja isto possível, em um autêntico favor *contractus*. Espera-se, afinal, que as partes tenham contratado para que o negócio valha e produza normalmente os seus efeitos, e não o contrário" [MATTIETTO, Leonardo. Invalidade dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 353]

Diante do que se expôs até aqui, a impossibilidade de restrição dos poderes instrutórios por meio de negócios processuais que excluam ou limitem meios de prova é decorrência da estrutura subjetiva e objetiva da cláusula geral negocial prevista no artigo 190 do Código de Processo Civil. Eventual desrespeito à norma resultará necessariamente, na inaplicabilidade da disposição convencional especificamente a esse respeito, porquanto eivada de nulidade.

(ii) justificativa da atribuição de poderes instrutórios ao juiz

A segunda dimensão de análise reforça a impossibilidade de limitação dos poderes instrutórios do juiz por meio de convenções atípicas em razão da finalidade da atribuição desses poderes ao magistrado. No Capítulo 2, adotou-se como premissa desta pesquisa que o Estado tem o dever de prestar – e o cidadão tem o direito de obter – uma tutela jurisdicional efetiva, que permita a solução mais adequada do caso concreto. Trata-se de condição indispensável ao cumprimento da ordem de pacificação com justiça, mediante a recomposição da ordem jurídica. Em seguida, para que este objetivo seja alcançado, é necessário e adequado que o juiz tenha postura ativa na busca pela reconstituição do material fático que, quanto melhor, lhe permitirá maior grau de convencimento para julgar. E assim se legitima a atribuição de poderes instrutórios a garantir a iniciativa probatória do magistrado.

Em artigo publicado recentemente dedicado ao estudo dos acordos processuais sobre provas, Luiz Guilherme Marinoni sinaliza para uma terceira via de compreensão da questão, porém que resulta em ampliação ainda maior ao exercício de poderes instrutório. Segundo o autor, discutir o tema pelo prisma da relação de intensidade dos poderes instrutórios representa uma falaciosa contraposição entre liberdade e iniciativa probatória (que considera como faculdade do juiz, e não poder). O que obstaculiza a exclusão convencional sobre meios de prova é o dever de prestação da tutela jurisdicional baseado na sua convicção. E a convenção processual probatória deve sempre ter em vista a qualificação da formação do convencimento do juiz, e não o contrário, de modo que mesmo em ordenamentos que não

permitam a iniciativa probatória do juiz, a necessidade da prova se sobreponha à eventual convenção sobre o tema[395].

Segundo as premissas estabelecidas ainda naquele Capítulo, não é possível adotar o posicionamento do processualista paranaense, ou pelo menos não com tamanha amplitude. A compreensão que se mostra mais compatível com a proposta desta pesquisa é a de que mesmo com a maior abertura do Código de Processo Civil à autonomia da vontade, o sistema processual manteve a opção ideológica quanto à amplitude e independência da iniciativa probatória do juiz em relação à atuação das partes. Esse fator, como afirmado oportunamente no item 4.3.2.1, fortalece o entendimento de que a convenção processual probatória atípica não pode limitar poderes instrutórios.

Todavia, não impede que excepcionalmente o próprio sistema processual, admita restrições legítimas aos poderes instrutórios decorrentes de disposição convencional. Conforme se sustentou no anteriormente, nas hipóteses em que a lei exija a manifestação de vontade do juiz para a formação da convenção processual probatória – como no caso da deliberação em saneamento compartilhado – poderá ser limitada a iniciativa probatória do juiz.

Contudo, a questão é alvo de intensa divergência na doutrina, havendo quem defenda que rejeitar o caráter subsidiário e complementar da iniciativa probatória do juiz pode levar à redução significativa do espaço de convencionalidade no processo.[396] Evidentemente que

---

[395] Diz o autor: "Lo que obstaculiza el pacto sobre la prueba no es la intensidade de las facultades del juez, sino su deber de prestar tutela judicial basada em su convicción. Estou significa que, incluso en los sistemas que no le compete al juez determinar la prueba de oficio, el acuerdo procesal no puede limitar las pruebas para resolver um litigio. De esta manera, si cualquiera de las partes demuestra al juez que, para esclarecer los hechos objeto del litigio, es importante una prueba distinta de la predeterminada en el acuerdo, el juez no tendrá otra alternativa que ignorar el pacto" (El acuerdo sobre la prueba y los objetivos del processo civil. In: **La prueba em el processo/Evidence in the process** (II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal). Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2018, pp. 79-104, p. 88-89. Disponível em: https://www.academia.edu/38120569/El_acuerdo_sobre_la_prueba_y_los_objetivos_del_proceso_civil?email_work_card=view-paper. Acesso em: 09.01.2019).

[396] "A formação de negócios processuais probatórios necessariamente afetará os poderes instrutórios do juiz e esse ponto seguramente será fonte de controvérsias, simetricamente ao que ocorre precisamente sobre a própria extensão de tais poderes. Para quem entende que os poderes instrutórios do juiz devem assumir um papel subsidiário e complementar à atividade das partes, necessariamente seu balizamento em virtude de negócios probatórios será natural e automático. Entender de modo diverso significará concluir que o consenso pode ser superado, o que reduzirá significativamente seu âmbito de incidência, deixando-o a critério de um ato de vontade estatal" (GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). **Negócios Processuais**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 1. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 407-416, p. 415. Em sentido semelhante: "a) se as partes acordarem no sentido de não ser produzida prova pericial, o juiz não

nenhum poder pode ser considerado absoluto, especialmente no Estado Democrático de Direito. Ao contrário, o próprio sistema prevê limitações expressas ou tácitas que devem ser respeitadas, sob pena de que se torne arbitrário o exercício dos poderes instrutórios, distorcendo a sua finalidade que é o aprimoramento da prestação da tutela jurisdicional.

Neste sentido, a iniciativa probatória do juiz se subordina à ocorrência cumulativa de um tripé de fatores consistente na *necessidade-utilidade-viabilidade* de realização da prova, que devem ser avaliados à luz das particularidades do caso concreto e do que eventualmente já conste no acervo probatório dos autos, conforme apontado no item 2.2.2. A isso ainda se acrescentem outras circunstâncias formais relacionadas aos elementos objetivos da demanda (artigos 141 e 492 do Código de Processo Civil); submissão ao contraditório e à motivação da decisão, na forma estabelecida pelo artigo 489 da lei processual.[397]

Feitas essas considerações, qual o sentido de celebrar uma convenção processual para excluir ou limitar meios de prova se ainda permanecerá para o juiz a possibilidade da determinação *ex officio*? Segundo o raciocínio desenvolvido ao longo da pesquisa, os efeitos principais dessa modalidade de convenção processual probatória se restringem às partes celebrantes. Na hipótese de ser excluída ou limitada determinada prova, estarão as partes – e somente elas – impedidas do requerimento de sua produção. Logo, a atuação contrária das partes as sujeitará às penalidades porventura constantes da convenção, ou mesmo do indeferimento judicial daquela prova, como admite o artigo 370, parágrafo único do Código de Processo Civil.

---

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. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. v. 2. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 91).

[397] Em relação à limitação imposta pelos elementos objetivos da demanda, cabem algumas considerações. É de suma importância compreender que a limitação objetiva da demanda interfere direta e legitimamente na atividade probatória das partes e do juiz. Poder-se-ia sustentar, com equívoco, que do mesmo modo seria com os negócios processuais, que poderiam produzir efeitos restritivos aos poderes instrutórios. São situações distintas, porque enquanto aquela se refere à relação de direito material de que são titulares as partes e, naturalmente, dela podem dispor. É o que acontece, *mutatis mutandis*, com as convenções para a delimitação de questões de fato controvertidas (artigos 357, §§ 2º e 3º), oportunamente analisadas neste estudo. Ali o que ocorre é a limitação da abrangência da atividade instrutória e não propriamente dos poderes instrutórios. A esse respeito, vide: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 93. Por sua vez, em relação à necessidade do contraditório, o juiz deverá oportunizá-lo antes, durante e após a produção da prova, com base no artigo 10 e por meio de alegações finais, na forma do artigo 364, ambos do Código de Processo Civil.

(iii) Inocorrência de preclusão à iniciativa probatória do juiz

Questão interessante diz respeito da eventual ocorrência de preclusão lógica à iniciativa probatória do juiz, por força da limitação ou exclusão negocial de produção de prova, suscitada por parcela da doutrina. De acordo com tal argumento, ao exercer o controle previsto no artigo 190, parágrafo único do Código de Processo Civil, o juiz estaria realizando nada menos do que a homologação tácita do negócio jurídico processual, cujo conteúdo passa a compor o procedimento a ser seguido.

No caso específico de negócios em matéria probatória, toda a atividade instrutória estaria vinculada àquelas disposições, inclusive no que concerne à determinação de provas *ex officio*. Contudo, segundo defende Carlos Medeiros da Fonseca, "o que delimita os poderes instrutórios do magistrado, nessa hipótese, não é o negócio jurídico processual, mas a preclusão lógica que decorre da homologação tácita promovida pelo próprio juiz"[398].

Logo, segundo tal raciocínio, desde que ultrapassado o controle judicial, as limitações probatórias promovidas pelas partes de modo negociado implicariam incompatibilidade lógica de qualquer decisão judicial futura que as desrespeitassem. Sem aprofundar a análise a respeito do tema, entende-se por preclusão lógica o fenômeno que se verifica pela perda da possibilidade, à parte, de praticar determinado ato, se anteriormente houver praticado algum outro com ele incompatível.[399]

Tem-se que o sistema de preclusões opera no sentido de impedir a prática de ato processual contraditório a outro anteriormente realizado pelo sujeito da relação processual, desde que mantidas as condições justificadoras do ato.[400] Logo, deve haver a prática de um ato processual anterior, que impeça a realização de outro posterior que contrarie o primeiro.

---

[398] FONSECA, Carlos Medeiros. Poderes instrutórios do juiz e negócio jurídico processual: uma breve análise à luz do novo código de processo civil brasileiro. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, ano 2 (2016), n. 2. Lisboa: Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 297-316, p. 311.

[399] SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 148.

[400] Significa dizer, por exemplo, que não há ocorrência de preclusão lógica quando o juiz, por razões supervenientes ou por força da instrução, revogue decisão liminar concessiva de antecipação da tutela.

A essa premissa deve-se acrescer que da interpretação conjunta dos artigos 200 e 190, parágrafo único do Código de Processo Civil resulta não haver exigência de homologação do negócio processual, salvo quando assim estabelecido em lei ou até mesmo pelas partes, conforme enfrentado ao longo deste Capítulo (itens 4.3.2.1 e 4.3.3). Logo, o simples fato de o juiz exercer a função de fiscalização do negócio processual não implica homologação judicial tácita.[401]

A partir disso, a homologação – como ato expresso, e não tácito, do juiz – é elemento desencadeador de eficácia do negócio jurídico processual tão somente nas hipóteses de sua exigência legal ou mesmo convencional, conforme se exporá nos itens 4.3.3 e 4.3.3.1 a seguir. Portanto, é lícito concluir que não se está diante do fenômeno da preclusão lógica capaz de impedir o juiz de, porventura, determinar a realização oficiosa de prova, posto que o controle e fiscalização do negócio não têm aptidão para tanto.

4.3.2.3 Repercussões práticas quanto à determinação *ex officio* da prova excluída por meio de convenção atípica

Da possibilidade de determinação oficiosa de prova excluída pelas partes pela via negocial atípica surgem algumas repercussões práticas interessantes que, apesar de não serem o foco deste estudo, merecem análise ainda que sumária. A questão proposta ganha especialmente relevo quando se trata de determinação *ex officio* para realização de prova técnica pericial. Ao contrário de outros meios de prova que em regra não demandam custo, a perícia reclama, no mínimo, o pagamento de honorários pela parte requerente ao experto, salvo em casos de ser beneficiário de assistência judiciária gratuita, na forma do artigo 95, § 3º do Código de Processo Civil. Tal situação, portanto, poderá gerar alguma dificuldade processual prática quando a prova seja determinada de ofício.

Na esteira do que se tem sustentado, as partes podem excluir ou limitar consensualmente os meios de prova de que poderão se valer no processo, conforme artigo 190 do Código de Processo Civil. A celebração de tal convenção especificamente para

---

[401] CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès em droit français: sur la contractualisation du règlement des litiges. **Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, ano LXII, vol. 62, nº 3, 2008, p. 7-36, p. 34.

excluir a realização de prova pericial pode se dar por diversas razões, dentre as quais de ordem financeira. Não é raro acontecer que a perícia, dependendo de sua complexidade, alcance um alto valor que, num raciocínio de custo-benefício, leve ao desinteresse ela sua realização.

Por outro lado, também se assentou que a convenção atípica não tem aptidão para impedir o exercício de poderes instrutórios pelo juiz, de modo que este poderá determinar, de ofício, a realização da prova eventualmente excluída pelas partes, se assim entender indispensável à formação de seu convencimento.

No caso específico da prova pericial – objeto desta análise – ao determiná-la o juiz deve nomear o perito que, por sua vez, apresentará proposta de honorários, nos termos do artigo 465, § 2º, I do Código de Processo Civil, sobre a qual as partes poderão se manifestar. Passado o prazo para tanto, com ou sem manifestação, diz o artigo 465, § 3º que "o juiz arbitrará o valor, intimando-se as partes para os fins do art. 95". No que tange ao ônus de custeio da prova, o *caput* do mencionado dispositivo inovou impondo a autor e réu o pagamento rateado dos honorários periciais quando a perícia tenha sido determinada pelo juízo.[402]

A partir daí algumas situações interessantes podem ocorrer, caso as partes se oponham à prova. A primeira atitude que elas podem ter é justamente a de se negar ao pagamento dos honorários periciais, como forma de impedir a realização da perícia e, assim, por via transversa, fazer prevalecer o estabelecido no negócio processual. Parece possível, nessa hipótese, que o juiz se valha da permissão conferida pelo artigo 464, §§ 2º, 3º e 4º do Código de Processo Civil[403] e substitua a perícia pela denominada "prova técnica simplificada", quando se tratar de ponto controvertido de menor complexidade.

---

[402] O artigo 33 do Código de Processo Civil de 1973 impunha exclusivamente ao autor o ônus de pagamento dos honorários de perícia determinada *ex officio*. Pela redação vigente do artigo 95, *caput* "cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes".

[403] "(...).
§ 2º 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.
§ 3º A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico.
§ 4º Durante a arguição, o especialista, que deverá ter formação acadêmica específica na área objeto de seu depoimento, poderá valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens com o fim de esclarecer os pontos controvertidos da causa".

Embora a lei silencie a respeito da fixação de honorários ao especialista a que se referem os parágrafos, considerando a simetria com a atividade pericial, e por se tratar de prova técnica (ainda que simplificada) não há razões para fazê-lo. Todavia, ao menos em tese, os honorários correspondam à menor complexidade da prova, o que poderá deixar de ser um empecilho à sua realização. Caso isso não aconteça, poderá o juiz encerrar a instrução (se não houver mais provas a produzir) e julgar o mérito com base na regra do ônus da prova, na forma do artigo 373 do Código de Processo Civil.

Porém, situação interessante será aquela em que o juiz, motivadamente, insista na produção da prova pericial, a despeito da postura das partes em não pagar os honorários do experto. Embora na prática muitos peritos se recusem a exercer a função nessas condições, o fato é que a decisão que fixa os seus honorários tem *status* de título executivo judicial, conforme o artigo 515, V do Código de Processo Civil.[404] Deste modo, caso as partes deixem de adiantar ou depositar judicialmente os honorários, restará ao perito a via executiva contra elas.[405] A judicialização de questões desse tipo pode de alguma forma desestimular o uso das convenções para essa finalidade.

Como proposta de *lege lata* para equilibrar o exercício dos poderes instrutórios e autorregramento da vontade das partes no processo, sugere-se que o ônus do pagamento de honorários periciais (ou outro custo com perícia) seja do Estado, à semelhança do que acontece nas hipóteses acobertadas pela assistência judiciária gratuita (previsto no artigo 95, § 3º do Código de Processo Civil[406]). Esta proposta permite que as partes não sejam oneradas com custos de perícia a cuja realização se opõem expressamente por meio de negócio processual, mas que tenha sido determinada de ofício pelo magistrado. Mostra-se razoável que em casos assim, em que a perícia tenha sido determinada em razão do exercício de poder

---

[404] "Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos nesse Título: (...) V – o crédito de auxiliar da justiça, quando as custas, emolumentos ou honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial".

[405] Registre-se que, em princípio, a convenção processual pela qual as partes excluíram a prova pericial não poderá servir de fundamento de defesa na fase executiva, em vista do princípio da relatividade que limita os seus efeitos às partes celebrantes.

[406] "Art. 95. (...).
§ 3º Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser: I – custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado;
II – paga com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, no caso de ser realizada por particular, hipótese em que o valor será fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça.
(...)".

instrutório fundamentado no interesse do Estado na prestação da tutela jurisdicional, seja ele o responsável pelo seu custeio.

Observe-se que não se trata de excluir a regra do artigo 95, *caput*, mas tão somente de adequá-lo para atender as situações em que houver determinação oficiosa de perícia previamente excluída pelas partes por meio de negócio processual. Assim como acontece no âmbito da assistência judiciária gratuita, o que respalda a transferência ao Estado do ônus de custear a prova é exatamente o interesse público na busca pelo maior grau possível de certeza sobre os fatos relevantes para a prestação da tutela jurisdicional. A medida torna possível a convivência entre o poder de autorregramento das partes e os poderes instrutórios do juiz, evitando entraves processuais capazes de obstar a realização da prova em razão do seu custo.

Não é demais lembrar: se à luz das circunstâncias do caso concreto que balizam a iniciativa probatória do juiz,[407] o juiz entendeu indispensável a realização da prova pericial a ponto de determiná-la de ofício, está presente o interesse público nos elementos de convicção que aquele meio de prova oferece. E assim, não parece haver óbice a que se construa o entendimento no sentido de interpretar o artigo 95, *caput* em consonância com o objetivo do sistema de incentivar a convencionalidade no processo e, mais que isso, que elas sejam instrumentos voltados à sua racionalização e eficiência.

4.3.3 Convenções processuais probatórias em que há exigência excepcional da homologação pelo juiz

Pelo que se expôs no item 4.3.2, conclui-se que as convenções processuais não demandam homologação pelo órgão jurisdicional nem qualquer outra providência equivalente. Ao contrário disso, à luz do constante no artigo 200 do Código de Processo Civil, anteriormente mencionado, a regra do sistema é de que os atos bilaterais das partes produzem seus efeitos imediatamente.

---

[407] O trinômio *necessidade-utilidade-viabilidade* de realização da prova, aliado ao respeito aos limites objetivos da demanda, ao contraditório e à motivação da decisão que determina a prova, conforme apontado no item 4.3.2.2.3.

Excepcionalmente, porém, a lei exige expressamente do juiz que atue homologando a convenção processual, como na hipótese da delimitação consensual das questões de fato e de direito prevista no artigo 357, § 2º do Código de Processo Civil e que será objeto de análise neste Capítulo, no item a seguir.

Também é possível que a exigência de homologação da convenção processual não decorra da lei, mas da manifestação de vontade das partes negociantes que, por meio de cláusula expressa optam por submeter o acordo ao ato homologatório do juiz. Impõe destacar que a previsão voluntária de homologação pode acontecer tanto em convenções celebradas prévia ou incidentalmente ao processo, pois a lei não faz qualquer objeção ao aspecto temporal ou do momento de formação do acordo.

Portanto, voltando o olhar às convenções processuais probatórias, está na margem de liberdade das partes estabelecer que o juiz deve homologá-la. Assim, ao celebrarem convenção para escolha do perito em caso de uma possível prova pericial, ou ainda, para a dinamização do ônus da prova no caso concreto, podem condicionar o acordo à homologação judicial.

Feitas estas considerações, cumpre investigar qual o sentido que o sistema processual confere ao ato de homologação de uma convenção processual para, sobretudo, identificar se ele tem aptidão para vincular o juiz de modo diverso do que aquele que se estabelece nas demais hipóteses em que não se exige dele a atuação homologatória.

4.3.3.1 Vinculação do juiz às convenções processuais probatórias homologadas por ele

A questão sobre a existência de modo específico de vinculação do juiz às convenções processuais que homologue passa pela compreensão da natureza da atividade homologatória nesse contexto. Isso porque a vinculação de um terceiro aos efeitos da convenção processual depende, por certo, da ciência e anuência em relação ao seu conteúdo, sob pena de mantê-lo (o terceiro) exposto tão somente aos efeitos externos do acordo. Em sintonia com este entendimento o Enunciado nº 402 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, mencionado anteriormente neste estudo, expressa que “a eficácia dos negócios processuais

para quem deles não fez parte depende de sua anuência, quando lhe puder causar prejuízo". Ou seja, torna-se indispensável haver, neste caso, a manifestação – expressa ou tácita – do terceiro, no sentido de se submeter aos efeitos internos da convenção processual.[408] A partir disso, a homologação tem aptidão para vincular o juiz aos efeitos internos da convenção processual? Ou ainda, uma vez homologada a convenção processual probatória em qual medida estará o juiz limitado na sua atuação jurisdicional?

Por homologação entende-se o ato por meio do qual o órgão jurisdicional aprova ou confirma uma convenção particular ou ato processual realizado, afirmando sua validade com vistas à inauguração da sua eficácia.[409] Para o direito administrativo, é ato vinculado que exprime a consonância do ato praticado com os seus requisitos legais de validade.[410]

Logo, o entendimento adequado de sua natureza indica que a homologação é elemento integrativo do negócio jurídico processual necessário à produção dos seus efeitos. Trata-se de exceção à regra estabelecida no artigo 200 do Código de Processo Civil para o regime de eficácia dos atos de vontade praticados pelas partes. O próprio parágrafo único da norma mencionada exemplifica uma dessas situações atípicas ao estabelecer que "a desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial".

---

[408] Nesta esteira, o Tribunal de Justiça do Paraná oportunamente se manifestou a respeito: "Agravo de instrumento. Ação de despejo. Transação homologada em juízo que previa a inclusão do fiador no polo passivo da demanda. Decisão que negou a inclusão do fiador sob o fundamento de não existir respaldo legal para tanto. *Fiador que assinou o acordo homologado. Negócio jurídico processual perfeito.* Ausência de vícios. *Acordo que pode alcançar terceiros à relação processual, desde que cientes e subscritos.* Possibilidade de inclusão do fiador. Decisão reformada. Recurso de agravo de instrumento conhecido e provido" (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 1.271.052-4, 12ª C. Cível, Londrina, Relator Desembargadora Ângela Maria Machado Costa, unânime, julgamento em 07.10.2015, DJe nº1671 de 19.10.2015, grifos de agora. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau. Acesso em: 05 jan. 2019).
[409] DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico.** 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 389-390.
[410] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 391.

Portanto, insere-se no plano da eficácia da convenção como condição[411] pela qual os efeitos jurídicos finais e próprios da convenção processual são postergados[412] para depois dessa específica atuação judicial. Justamente por isso, significa que em qualquer das duas hipóteses de exigência de homologação da convenção processual – legal ou voluntária –, o juiz permanece na condição de terceiro a ela.[413]

O ato homologatório não expressa emissão de vontade dirigida a tornar o juiz parte do negócio. Conforme já se referiu, as posições assumidas pelo juiz frente à convenção – parte ou terceiro – são determinadas conforme a sua atuação na formação do acordo, pelo exercício de sua capacidade negocial.

Logo, não há equivalência entre homologação da convenção processual e a adesão do juiz a ela.[414] Enquanto essa diz respeito ao plano da existência do negócio jurídico, pois implica se tornar parte dele, aquela opera exclusivamente no plano da eficácia.[415] Deste

---

[411] Há divergência doutrinária sobre a possibilidade de inserção de elementos acidentais – como termo e condição – aos negócios jurídicos processuais. Na década de 80 José Carlos Barbosa Moreira adotava posicionamento intermediário à sua admissão, argumentando que a os atos processuais praticados sob termo ou condição poderiam comprometer o regular desenvolvimento do processo. Excepcionalmente entendia ser possível no campo das convenções processuais, desde que, no caso concreto, não houvesse prejuízo ao processo (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. In: _____. **Temas de direito processual:** terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 87-98). Contemporaneamente, especialmente após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, a doutrina tem se inclinado à viabilidade do condicionamento da eficácia da convenção processual a elementos futuros (como as chamadas "determinações inexas") ou fatos posteriores, como é o caso da homologação. Posicionam-se neste sentido, por exemplo: GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 137; CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais.** 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2018, p. 267-269; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: JusPodium, p. 277-279 e YARSHELL, Flávio Luiz. Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais.** 3. ed. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 75-92, p. 85.

[412] Neste sentido: MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico:** plano da eficácia (1ª parte). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 65. Ainda: MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico:** plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 79.

[413] CABRAL, op. cit, p. 271.

[414] José Miguel Garcia Medina aparentemente defende posicionamento diverso, entendendo que na hipótese da delimitação consensual das questões de fato e de direito (artigo 357, § 2º) o juiz adere à convenção das partes, havendo, pois, dois negócios jurídicos sucessivos. Segundo o processualista, trata-se de modalidade de saneamento realizado "por negócio jurídico processual derivado de iniciativa das partes, ao qual venha o juiz aderir (há, pois, dois negócios processuais sucessivos, ou, se preferir, declarações sucessivas concordantes, cf. comentário ao art. 200 do CPC/2015), compondo, então, negócio que vincula todos os sujeitos, no que pertine ao objeto litigioso (isso é, as questões sobre as quais haverá provas e, depois, sobre as quais se haverá de decidir, cf. art. 357, § 2º, do CPC/2015)" (**Novo Código de Processo Civil comentado.** 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 633).

[415] Adesão à convenção é o que acontece quando o juiz aceita se vincular ao calendário processual quando, porventura, tenha sido proposto pelas partes a ele. Há nisso inequívoco exercício da capacidade negocial pelo órgão jurisdicional, alicerçada no interesse público à gestão cooperativa e eficiente do processo. Por outro lado, diz Enunciado nº 260 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "a homologação, pelo juiz, da convenção

modo, a homologação não promove alteração quanto à sua posição em relação ao acordo, mas tão somente no que tange às atividades que é chamado a desempenhar frente a ele.

Enquanto ato jurisdicional vinculado que opera no plano da eficácia, a homologação não importa vinculação do juiz aos efeitos principais ou internos da convenção processual, salvo disposição expressa da lei, como na hipótese do artigo 357, § 2º do Código de Processo Civil.[416] Sequer tem aptidão para isso, pois a sua função está em permitir o início da produção dos efeitos da convenção, após atestar a sua validade pelo exercício do controle jurisdicional.

Daí infere-se também que ela pressupõe a realização de controle de validade da convenção, pois, se os planos da existência, validade e eficácia se sucedem numa dinâmica de complementaridade, seria inadequado pensar que o juiz pudesse homologar uma convenção processual sem antes constatar a presença regular dos pressupostos de validade exigidos pela lei para o negócio. Daí porque se diz um ato vinculado, à luz do entendimento de que neste caso não existe margem de discricionariedade ao órgão jurisdicional.[417]

E por esse viés confere às partes maior segurança jurídica quanto à estabilidade da convenção, porquanto o Estado-juiz exprime o seu consentimento e assim reduz, ao menos em tese, discussões que possam conduzir à alteração ou até mesmo à invalidade da convenção processual. Evidentemente que a homologação não impede a constatação posterior de nulidade da convenção, o que deverá ser resolvido com base no sistema de invalidades processuais, que extrapolam ao objeto desta pesquisa.

---

processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio". Importante salientar que embora o enunciado se refira tão somente à hipótese de exigência legal da homologação, o entendimento deve ser estendido igualmente às situações em que a homologação tenha origem convencional.

[416] Como se disse anteriormente, a referida convenção será analisada no item a seguir, oportunidade em que se abordará o modo como se dá a vinculação do juiz e as limitações de seus poderes.

[417] Neste sentido ver DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 7. ed. rev. e atual. v. II. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 238-239. Manifestando posicionamento em contrário ao defendido nesta tese, Diogo Assumpção Rezende de Almeida sustenta que em determinadas situações a homologação assume a natureza de ato vinculado e, em outras, de ato discricionário. Para ele, "em relação a alguns atos, ainda que a lei exija a homologação, o juiz está vinculado e, portanto, não exercerá juízo de valor. Somente avaliará se os requisitos extrínsecos foram preenchidos. É a hipótese de desistência da ação. No entanto, como a lei impõe a homologação, apenas a partir dela o ato será eficaz. Outros atos, independentemente de estarem subordinados por lei à homologação judicial, podem ser objeto de análise discricionária do juiz, abrindo-lhe maior possibilidade de ingerência, uma vez que, além da aquiescência das partes, dependem da concorrência de vontade do juiz (a fixação de calendário pelas partes e a convenção que limita poderes instrutórios do juiz são exemplos de atos processuais das partes que só são admitidos após a concordância do próprio magistrado)" (**A contratualização do processo:** das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2014, p. 142).

Uma vez atestada a validade e homologada a convenção processual, o juiz tem o dever de zelar pela sua observância, inclusive determinando os atos necessários para tanto, do mesmo modo como se expôs no item 4.3.2.1 relativamente às convenções não subordinadas à sua homologação. Em outras palavras: a impossibilidade de contrariar o conteúdo da convenção processual homologada não decorre da homologação em si, mas sim da subordinação do juiz aos seus efeitos externos. E isso será suficiente para impor alguma limitação à atuação jurisdicional, segundo se demonstrará no item seguinte.

Conferir ao ato homologatório alcance diverso, que ultrapasse o plano da eficácia para atingir o juiz estendendo a ele os efeitos principais da convenção processual, criaria certa dificuldade prática em sua operacionalização. Isso porque acabaria internalizando em um único ato duas manifestações completamente distintas, a saber: uma que diz respeito ao início da produção dos efeitos principais da convenção, tal qual pretendido pelas partes; outra consistente na concordância em se submeter diretamente a eles.

Imagine-se, por exemplo: uma convenção hígida quanto ao preenchimento dos pressupostos de validade e que, portanto, tem aptidão para vincular as partes negociantes regularmente, à qual, porém, o magistrado não pode se submeter, sob pena de limitação ilegítima de sua atuação no processo. Neste caso, como deveria proceder frente à convenção processual? Se a homologa, se vincula indevidamente. Por outro lado, se não a homologa, impede que a convenção válida produza seus efeitos e, portanto, obsta o exercício regular do autorregramento processual pelas partes.

A questão posta tem indiscutível relevância quando se pensa nos poderes instrutórios do juiz. Na direção do que se tem defendido nesta pesquisa, estão sujeitos a maiores restrições à sua limitação, seja pela finalidade para a qual o sistema processual os atribui ao juiz e, ainda, a compreensão de serem eles amplos e autônomos em relação à iniciativa das partes. Deste modo, sustentou-se nos itens anteriores deste Capítulo que somente poderá haver limitação legítima a poderes instrutórios quando no saneamento compartilhado as partes e o juiz deliberarem sobre os meios de prova, na forma admitida pelo artigo 357, § 3º, combinado com o inciso II.

A partir daí, considerando que as partes podem celebrar convenção processual atípica por meio da qual excluam, para o caso concreto, determinado meio de prova, poderiam

subordiná-la à homologação judicial na intenção de vincular o juiz e, assim, restringir o exercício de seus poderes instrutórios?

Uma resposta coerente com a linha de raciocínio proposta nesta pesquisa indica que não. Em primeiro lugar porque, segundo o que se estabeleceu anteriormente, a homologação atua no plano da eficácia da convenção processual, para autorizar a produção dos efeitos tal qual pretendidos pelas partes. Em vista disso, não causa modificação na posição do juiz frente à convenção, nem o vincula diretamente ao objeto convencional.

Em segundo lugar, a premissa fixada nesta pesquisa quanto à autonomia dos poderes instrutórios atribuídos ao juiz impede que sejam objeto de disposição pelas partes em convenção processual atípica (vide item 4.3.2.2.3). Consequentemente, a possibilidade de limitação legítima a poderes instrutórios é permitida pelo sistema excepcionalmente e somente por meio do exercício de sua capacidade negocial, observados os pressupostos apontados para tanto no item 4.3.1.

Conclui-se, então, que a homologação aos termos da convenção não retira a liberdade das partes para o autorregramento de situações processuais.[418] Ao contrário, reconhece e legitima a manifestação de vontade das partes no ambiente processual. Contudo, reafirma o interesse público em acompanhar essa atuação, especialmente em razão da expectativa de alcance – em variadas medidas – a atividade jurisdicional e dos poderes inerentes a ela.

4.3.3.2 Interações com os poderes do juiz

No recorte das convenções processuais probatórias, o legislador exigiu a homologação judicial de apenas uma delas, consistente na delimitação consensual das questões de fato e de direito, prevista no artigo 357, § 2º do Código de Processo Civil, que integra a fase de saneamento e organização do processo. De acordo com a proposição sistematizadora feita neste Capítulo (especificamente no item 4.2), trata-se de convenção

---

[418] Sobre este assunto afirmam Fredie Didier Junior e Pedro Henrique Nogueira: “A necessidade de homologação judicial não descaracteriza o ato como negócio[...]. A autonomia privada pode ser mais ou menos regulada, mais ou menos submetida a controle” (**Teoria dos fatos jurídicos processuais.** 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2013, p. 62).

processual probatória imprópria, celebrada pelas partes e submetida à homologação pelo juiz. Embora se tenha demonstrado que a exigência legal ou convencional de homologação não altere o modelo de vinculação do juiz a ela, optou-se por analisar essa modalidade de convenção separadamente, atendo-se às especificidades de sua interação com a atividade jurisdicional.

4.3.3.2.1 A delimitação consensual das questões de fato e de direito (artigo 357, § 2º do Código de Processo Civil)

Assim como apontado anteriormente por ocasião da análise do saneamento compartilhado (item 4.3.1.2.1), aqui também o objetivo geral é a gestão do processo, com vistas à utilidade do provimento final. Por meio da decisão saneadora haverá declaração de que o processo se encontra em condições de prosseguir e avançar à fase instrutória. Então, ao franquear às partes a possibilidade de apresentar à homologação do juiz a delimitação consensual das questões de fato e de direito (na forma dos incisos II e IV do *caput* do artigo 357), o Código de Processo Civil incentiva, mais uma vez, a participação ativa e cooperativa das partes na atividade saneadora.

Alguns pontos que serão objeto de análise nesta etapa se identificam com o que foi exposto anteriormente sobre o saneamento compartilhado. Contudo, há algumas diferenças em relação a ele. A começar da iniciativa à celebração, que no caso saneamento compartilhado é do juiz, difere do que acontece na hipótese do artigo 357, § 2º, em que a delimitação se dá pela ação das partes. Em função disso, constata-se outra distinção relativa à posição assumida pelo órgão jurisdicional frente à convenção, posto que aqui o juiz permanece como terceiro ao pacto.

A convenção processual em apreço tem por objeto a delimitação das questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória e das questões de direito relevantes para o julgamento do mérito. Porém, em obediência à proposta temática da pesquisa, interessa analisar as interações da convenção para a delimitação das questões de fato e de direito a partir das suas repercussões na atividade probatória. Deste modo, o exame que se propõe se concentrará nos aspectos que se relacionem com a instrução processual, restringindo-se,

portanto, à delimitação consensual das questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, como consta do inciso II do artigo 357 mencionado.[419] Diz, ainda, a norma em apreço que, *se homologada*, a delimitação estabelecida vincula não somente as partes, mas também o próprio juiz.

A redação normativa permite, então, ao menos duas importantes conclusões: a primeira no sentido de que, uma vez celebrada a convenção, haverá necessariamente interferência na instrução processual. A segunda, de que em razão da vinculação promovida pela convenção, será afetada tanto a atividade probatória das partes quanto a do juiz.

Essas circunstâncias demonstram a relevância de se estabelecer de que modo a delimitação consensual das questões de fato e de direito podem reconfigurar a atuação jurisdicional, especialmente no que concerne ao exercício de poderes instrutórios, principalmente por conta da exigência legal de homologação e da expressa menção à vinculação do juiz.

Convém observar que o artigo 357, § 2º faz dupla referência ao ato homologatório, deixando evidente a necessidade de que ele aconteça a partir do momento em que a convenção processual seja incluída aos autos e invocada pelas partes. Segundo o entendimento exposto no item anterior (4.3.3.1), a subordinação da convenção à homologação não implica modificação da posição assumida pelo juiz, que nesta circunstância permanece como terceiro. Tampouco ela inaugura um movo modelo de

---

[419] Sobre a delimitação consensual das questões de direito (inciso IV do artigo 357) acredita-se que, em princípio, requerem maior cautela na interpretação da norma, especialmente quanto à vinculação do juiz. Isso porque a convenção tem importante reflexo sobre o desempenho da atividade decisória do magistrado. Há quem sustente, ainda, que referida convenção importa em mitigação do brocardo *iura novit curia.* Deste modo, ao menos em relação a eventuais questões de ordem pública, e nas causas em que estejam em jogo direitos indisponíveis, a vinculação do juiz por força da convenção não deverá ser absoluta a ponto de não permitir aberturas excepcionais para que o magistrado avance para outros fundamentos. Assim, caso o juiz entenda diversamente da delimitação proposta pelas partes, poderá negar a homologação, desde que fundamentadamente e, se for o caso, oportunizando o contraditório de que trata o artigo 10 do Código de Processo Civil. Neste sentido: "o juiz poderá homologar, ou não, essa proposta, entendendo, por exemplo, com base no seu livre convencimento motivado, que há outras alegações de fato a serem objeto de prova ou que, em relação às questões de direito, há aspectos na qualificação jurídica da relação litigiosa, além daqueles indicados pelas partes, que precisam ser enfrentados. A delimitação consensual, se homologada, vinculará as partes e o juiz (naquilo que não disser respeito às questões de ordem pública)" (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil:** artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 627). Ainda: POMJÉ, Caroline. 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 et al. **Negócios processuais**. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 65-81, p. 76-79.

vinculação do órgão jurisdicional, visto que a sua natureza é de condição de eficácia da convenção processual.[420]

Reafirmando o que se assentou nesta pesquisa, "a homologação é apenas uma restrição maior à eficácia de certos negócios jurídicos processuais"[421]. Representa a preocupação do sistema processual em acentuar o nível de supervisão do órgão jurisdicional ao exercício do autorregramento processual pelas partes. E qual o fundamento para essa postura do legislador? A resposta está exatamente na premência de equacionar as manifestações da autonomia privada e do interesse público, atuantes no processo. Em outra perspectiva mais específica, significa dar vida à convencionalidade sem perder de vista a eficiência na gestão cooperativa do processo.

Há justificativa para tanto, uma vez que ao exercer a faculdade conferida pelo art. 357, § 2º do Código de Processo Civil as partes interferem diretamente nos limites da atuação jurisdicional, sobretudo em relação à atividade instrutória (já que o enfoque desta análise está na repercussão da convenção sobre a prova). É possível dizer que o sistema se preocupou em aproximar ainda mais o juiz da convenção processual na medida da sua aptidão para interação direta com a atividade jurisdicional.

---

[420] Baseado nessas considerações, o posicionamento assumido nesta pesquisa destoa do entendimento de José Miguel Garcia Medina, para quem o juiz *adere* à delimitação consensual das questões de fato e de direito, sendo caso de prática de dois negócios processuais sucessivos. Segundo o processualista o artigo 357, § 2º permite a realização de saneamento "por negócio jurídico processual derivado de iniciativa das partes, ao qual venha o juiz aderir (há, pois, dois negócios processuais sucessivos, ou, se preferir, declarações sucessivas concordantes, cf. comentário ao art. 200 do CPC/2015), compondo, então, negócio que vincula todos os sujeitos, no que pertine ao objeto litigioso (isso é, as questões sobre as quais haverá provas e, depois, sobre as quais se haverá de decidir, cf. art. 357, § 2º, do CPC/2015)" (**Novo Código de Processo Civil comentado.** 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 633). De modo semelhante também entende Murilo Teixeira Avelino, para quem "não se trata de *homologação* do negócio jurídico. As partes, em verdade, propõem ao magistrado o saneamento consensual, devendo aquele consentir com os termos apresentados. [...] 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" (A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais – já uma releitura. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais.** 3 ed. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 401-424, p. 420).

[421] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2018, p. 265.

No entanto, ao contrário do que possa parecer, a vinculação do juiz ao objeto da convenção não está alicerçada no ato de sua homologação em si, senão do próprio sentido lógico de se delimitar as questões controvertidas do processo.

Observe-se que a subordinação – legal ou voluntária – de uma convenção processual à homologação judicial pressupõe a realização do seu controle de validade para o qual, aliás, devem ser observados também os parâmetros apontados no item 4.4.2 seguintes. Um dos aspectos que se coloca ao juiz consiste na verificação da licitude do objeto, inclusive da perspectiva de promoção da eficiência processual. Constatada a validade da convenção, cabe ao juiz homologá-la, inaugurando a sua eficácia. Somente em caso de reprovação da convenção no plano da validade é que se poderia pensar em negativa de homologação.[422]

Portanto, uma vez homologada, a controvérsia estará cingida à delimitação promovida pelas partes e chancelada pelo órgão jurisdicional. Diante disso, considerando que o conteúdo da convenção é indissociável com a atuação das partes como também do juiz ao longo do procedimento, a única possibilidade lógica possível é vincular todos em relação a esse aspecto.

Deste modo, assim como acontece por ocasião em que a delimitação das questões de fato aconteça no saneamento compartilhado, o juiz estará adstrito àqueles limites, razão pela qual haverá restrição ao exercício de determinados poderes inerentes à sua atuação. A depender de como eles se relacionem com as situações processuais tituladas pelas partes, poderão existir diferentes consequências no que tange à abrangência dessas restrições.

Quanto ao exercício de poderes instrutórios, haverá limitação indireta. Não porque as partes tenham disposto sobre eles (o que, aliás, lhes é vedado na convenção de que trata o artigo 357, § 2º, por se tratar de situação processual titulada pelo juiz), mas porque a atividade instrutória teve sua abrangência reduzida pela delimitação das questões de fato sobre as quais ela recairá (inciso II).

Logo, tanto às partes como ao juiz é vedada a iniciativa probatória para além dos marcos estabelecidos na convenção. O requerimento de prova por qualquer das partes que desbordem as questões fáticas controvertidas deverá ser indeferido com base no artigo 370,

---

[422] Observando-se, antes, a viabilidade de ajuste da convenção pelas partes, sob a orientação cooperativa do juiz, conforme abordado no item 4.4.2 deste Capítulo.

parágrafo único do Código de Processo Civil. Por sua vez, a determinação oficiosa de prova sobre fatos diversos daqueles constantes da delimitação implicará descumprimento da convenção processual pelo magistrado[423], além de configurar abuso do exercício das atribuições jurisdicionais.

Por outro lado, se as partes também especificarem meios de prova limitando-os (o que é permitido pelo inciso II do artigo 357), o juiz não estará vinculado especificamente em relação a essa disposição, pois não participou na formação da convenção. Na posição de terceiro à convenção, aqueles seus poderes que sejam independentes ou autônomos à atuação das partes não podem sofrer limitação.

Essa especial situação reafirma a distinção entre as convenções processuais permitidas pelo legislador para o saneamento. Ao contrário do que acontece por ocasião do saneamento compartilhado, aqui a eventual deliberação sobre meios de prova não alcança os poderes instrutórios do juiz, exatamente por não ter atuado como declarante de vontade para a convenção prevista no artigo 357, § 2º do Código de Processo Civil.

Por consequência, ainda que as partes eventualmente restrinjam os meios de prova aos quais poderão recorrer no caso concreto, não há impedimento ao juiz em atuar *ex officio* para determiná-los, pois não sendo ele parte da convenção e, mais, sendo os poderes instrutórios independentes da iniciativa das partes, mantém-se inalterada a possibilidade de seu exercício, na forma do artigo 370 do Código de Processo Civil.

4.4 OUTROS ASPECTOS PERTINENTES AOS PODERES DO JUIZ NA SUPERVISÃO DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS

A supervisão das convenções processuais atribuída ao juiz expressamente pelo artigo 190 do Código de Processo Civil, em realidade, não depende de previsão normativa. Significa dizer que independentemente do cuidado do legislador em prevê-lo, a sua imposição ao juiz preexiste à norma e recai também sobre as convenções processuais típicas.

---

[423] Abrindo-se às partes a possibilidade de recurso, na forma exposta no item 4.3.2.1 anterior.

É, portanto, função intrínseca à atuação jurisdicional, especialmente justificada quando desenvolvida em ambiente público como é o do processo judicial brasileiro.

Independentemente das variações de modo e tempo decorrentes das distintas posições assumidas pelo juiz nas convenções probatórias, o exercício do controle de validade não pode prescindir de outros parâmetros que o alinhem às diretrizes do Processo Civil democrático. Conforme dito anteriormente, o controle de validade da convenção processual se destina à averiguação da presença dos pressupostos ou requisitos indispensáveis para que ela seja considerada válida e possa, se for o caso, produzir seus efeitos regulares. Trata-se do aspecto finalístico do controle. A conjugação desses fatores pode dar ao controle de validade uma conotação limitadora ao exercício do autorregramento da vontade. E de certa perspectiva o é, pois, a inobservância, pelas partes, de tais pressupostos pode conduzir à invalidação da convenção.

Entretanto, na realidade processual atual esse poder-dever de supervisão merece releitura adequada, sob pena de até mesmo criar situações de inviabilidade às convenções processuais, em geral. Com essa afirmação, recomenda-se a compreensão do controle de validade com um viés democrático que se reafirma a cooperação e, pois, a característica do processo como *comunidade de trabalho*. Ao mesmo tempo, que realize a eficiência que o sistema busca e é dever do Estado e direito do cidadão.[424]

Diante disso, à medida em que o Código de Processo Civil de 2015 torna o sistema mais permeável ao fenômeno da convencionalidade, também deve aparelhar-se com vistas à harmonia entre a autonomia privada e o publicismo próprio do ambiente processual estatizado. Logo, o equilíbrio da balança está exatamente em conferir poder às partes, mas, em contrapartida, atribuir ao juiz o controle dos atos convencionais por ela praticados.

Assim, a operacionalização eficiente de convenções processuais depende, dentre outros fatores, do adequado exercício do controle de validade a evitar, insiste-se, extremos

---

[424] A proposta de compreensão cooperativa e eficiente do controle de validade das convenções processuais não invalida as premissas estabelecidas no Capítulo 2. Especialmente em relação à cooperação (item 2.3.3), ali se afirmou que não há que se falar efetivamente em novo modelo processual, exatamente porque se trata de releitura constitucionalizada do contraditório, ou seja, da porção dialógica e comunicativa do processo, como elemento de legitimação das decisões ali tomadas. Estes são aspectos já sustentados, antes, pela Constituição Federal. Há, então, um reforço ao exercício do diálogo pelo Código de Processo Civil, com delineamentos mais concretos que aparecem, dentre outros pontos, na valorização da convencionalidade processual.

indesejáveis, seja na admissão de convenções processuais inoperáveis em termos práticos ou, então, na frustração de outras que tenham efetiva utilidade.

O propósito da exposição a seguir é a de vislumbrar sobre outras interações entre autorregramento das vontade e poderes do juiz no âmbito das convenções probatórias, especialmente relacionadas à supervisão, fiscalização ou então controle da atuação das partes. Neste sentido convém lembrar que a restrição do assunto às convenções em matéria probatória se justifica em função do recorte temático proposto para a pesquisa, de modo que a análise será feita com referência às questões em torno da prova. Isso não impede que o raciocínio desenvolvido seja estendido a outras modalidades de convenção.

4.4.1 As variações quanto ao tempo e o modo no exercício do controle de validade provocadas pela posição assumida pelo juiz na convenção processual probatória

Um dos argumentos utilizados por parte da doutrina que nega a existência de capacidade negocial ao juiz está exatamente na suposta impossibilidade de que ele, nessa condição, esteja impossibilitado ao exercício do poder-dever de supervisionar a validade da convenção processual.[425] Todavia, tal posicionamento não parece ser suficiente para afastar

---

[425] Neste sentido, Fávio Luiz Yarshell afirma: "portanto, o calendário não é mais do que um capítulo particular da convenção das partes em matéria processual. A participação do juízo não vai substancialmente além do que já ocorre em relação ao controle do negócio processual; e nem poderia. Ainda que ele esteja autorizado a incentivar as partes e até sugerir a composição do calendário, rigorosamente ele não é parte do negócio; do contrário, a presença do juiz como 'parte' impediria que fizesse o já mencionado controle do negócio processual" (Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 3 ed. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 75-92, p. 91). Em sentido idêntico, também: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais.** 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2018 e COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais.** 3. ed. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 511-526.

a possibilidade de que o juiz seja sujeito da convenção processual, pelas razões que serão expostas a seguir.

Na dinâmica de interação entre autorregramento da vontade e poderes do juiz, a posição assumida por ele na convenção, além de influir no nível de sua vinculação, também reflete no controle de validade por ele exercido, especialmente quanto ao *momento* e ao *modo* em que se desenvolve no processo.

Quer ostente a posição de parte, ou de terceiro, ou ainda quando atue na homologação das convenções processuais probatórias, o magistrado estará incumbido do exercício do controle de validade daqueles acordos. No entanto, pelas especificidades inerentes a cada uma dessas posições e, ainda, pelos níveis de vinculação distintos que a partir delas se estabelecem ao juiz, a atividade de controle apresentará outras nuances dinâmicas e temporais.

Cumpre esclarecer, contudo, que a pesquisa não comporta o estudo detalhado do controle de validade das convenções processuais probatórias, pela sua especificidade e complexidade incompatíveis com o recorte temático proposto, que é precisamente o das interações entre o autorregramento da vontade das partes e os poderes do juiz. Por esta razão, a menção que se faz ao controle serve de contraponto para a demonstração de que as diferentes posições que podem ser assumidas pelo juiz frente às convenções – inclusive como parte, manifestando vontade para a formação do pacto – não inviabilizam o desempenho do poder-dever referente ao controle de validade.

Reconhecendo-se a capacidade negocial do juiz e, consequentemente, a possibilidade de figurar como parte da convenção processual, a lei exige a sua emissão de vontade para a formação do acordo. À luz das classificações estruturadas pela doutrina e expostas no Capítulo 3 (item 3.4), caracterizam-se como convenções processuais plurilaterais, exatamente porque nelas, além de autor e réu, o juiz é também é parte do acordo.

Em situações tais, a posição assumida pelo magistrado tem importantes implicações para o processo. Admitindo-o como parte da convenção, torna-se possível que o seu objeto contenha disposições a respeito de seus poderes-deveres, vincula-o aos seus termos e o submete aos seus efeitos diretos. Trata-se do nível mais intenso de vinculação ao conteúdo convencional.

Na linha do que se tem desenvolvido neste trabalho, o Código de Processo Civil expressamente admite a inclusão do órgão jurisdicional como parte da convenção, a exemplo do que estabelece no artigo 191 com o calendário processual, bem como em relação ao acordo originado no saneamento compartilhado que, muito embora não seja tratado com a qualificação de convenção processual pelo artigo 357, § 3º, ostenta, segundo o que se expôs nesta pesquisa, essa natureza jurídica.

Além disso, o fato de o juiz compor um dos polos da relação convencional não o impede e nem viabiliza a realização do controle de validade, que acontecerá também para essas convenções, segundo os mesmos parâmetros de análise. Ou seja, caberá ao juiz examinar a presença dos pressupostos de validade genéricos (de acordo com o artigo 104 do Código Civil) e específicos, sejam os previstos nos artigos de regência das convenções processuais probatórias típicas ou no artigo 190, todos do Código de Processo Civil. Haverá distinção tão somente em relação ao aspecto *temporal* e ao *modo* de realização do controle, em virtude da plurilateralidade subjetiva da convenção.

Quanto ao primeiro aspecto – o *temporal* – nas convenções em que o juiz atue como parte, o controle será realizado simultaneamente à formação do acordo. Ou seja, no ambiente cooperativo e dialógico das negociações para a celebração da convenção o juiz deve atuar no sentido de averiguar a presença dos pressupostos de validade exigidos pela lei. Daí se extrai que, quanto ao *modo*, o controle se realizará não a partir dos elementos manifestados no texto da convenção processual, senão da análise *em perspectiva*. Vale dizer, trata-se de exame dos pressupostos de validade projetando-os para momento futuro, na eventualidade de celebração da convenção.

Observe-se que nesses casos, o juiz não apenas conduzirá o diálogo entre as partes negociantes, mas também se ocupará da averiguação dos requisitos de validade da convenção. À ausência desses o magistrado obstará a própria formação da convenção processual, de maneira que sequer ingressará no plano da existência.

Convém esclarecer que apesar de a doutrina estruturar os planos da existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos como sequenciais, é certo que se trata de método para facilitar a análise desses aspectos, porquanto na maior parte das vezes é possível que tal análise se faça simultaneamente à formação do negócio, ainda que na forma projetada, tal qual ora proposto.

Agindo assim, torna-se perfeitamente possível que o juiz integre a convenção como parte, sem que isso importe em inexistência de controle da convencionalidade. Ademais, o controle simultâneo ao momento das tratativas formadoras da convença potencializa o aspecto cooperativo do diálogo processual e, ainda, a própria eficiência ao impedir a formação de convenção probatória inviável do ponto de vista da validade, e que possivelmente resultará em prejuízo na operacionalização prática do seu objeto.

Diversamente, nas convenções em que o juiz não atue como parte, o exercício do controle acontecerá em momento posterior à formação da convenção processual, que chega a seu conhecimento quando introduzida aos autos do processo, e com base nas informações já constantes do documento através do qual a avença tenha sido formalizada.

Seguindo este raciocínio, nas convenções processuais probatórias em que o órgão jurisdicional assuma a posição de agente de homologação – para fins de produção de efeitos da convenção – ou como terceiro, o controle será, do ponto de vista *temporal*, posterior à formação da convenção. Ou seja, após ultrapassado o plano da existência, razão pela qual sugerimos denominá-lo controle posterior, tendo como referência a formação da convenção processual.

Por sua vez, na dimensão do *modo* de exercício, o controle será concreto, no sentido de que estará baseado nos elementos expressos na própria convenção. São, pois, cognoscíveis a partir da leitura do documento convencional e da análise de documentos dos autos que, tendo relação com os pressupostos de validade exigidos pela lei, permitam ao magistrado concluir pela regularidade ou não da convenção.

Assim, nas convenções probatórias em que o juiz atue homologando – tal qual acontece na hipótese de delimitação consensual das questões de fato e de direito estampada no artigo 357, § 2º do Código de Processo Civil – ainda que a função seja a de dar início à produção de efeitos, deve ser antecedida do controle de validade, segundo o que se expôs anteriormente. Não há sentido, nem jurídico nem prático, em homologar uma convenção processual e permitir-lhe a produção regular de efeitos se não houver regularidade no plano da validade.

É importante ressaltar que o mesmo serve para outras convenções probatórias em que as partes, no exercício do autorregramento da vontade, estabeleçam em uma de suas

cláusulas que a sua produção de efeitos se sujeitará à prévia homologação judicial. Neste caso, embora a exigência de homologação não se dê *ope legis*, também aqui o controle de validade deverá ser feito nos mesmos moldes: posterior, no que pertine ao aspecto temporal, e concreto, quando ao modo de sua realização.

Como exemplo, pode-se citar a possibilidade que as partes, ao convencionarem sobre a escolha do perito submetam o documento à homologação pelo juiz da causa. Essa situação, inicialmente não exigida pela lei, pode perfeitamente constar das cláusulas convencionais até mesmo como reforço à estabilidade do objeto convencionado. Afinal de contas, ao submeter determinada convenção à homologação judicial as partes buscam a anuência do Juízo sobre o que foi convencionado para que, somente após isso, ela possa produzir seus efeitos regulares, com a segurança de que a convenção não seja invalidada posteriormente.

De modo semelhante deve acontecer nas convenções processuais probatórias celebradas pelas partes sem a participação do juiz. Sejam elas típicas – a exemplo da escolha consensual do perito, ou da dinamização convencional do ônus da prova – ou atípicas, quando construídas a partir da cláusula geral de convencionalidade do artigo 190 do Código de Processo Civil, o juiz se ocupará do controle de validade da convenção.

Do quanto se expôs, é de se observar que proposta ora apresentada se mostra compatível com a dinâmica das convenções processuais no contexto em que o sistema prestigia o protagonismo das partes sem, contudo, alijar o órgão jurisdicional para o controle da atuação mais ampla franqueada a elas. Especialmente no que concerne às hipóteses em que o juiz integre a convenção como parte, a proposta de um controle que, embora não se diferencie em conteúdo, contemple essa particularidade viabiliza o equilíbrio entre o privatismo e publicismo no ambiente da convencionalidade processual.

4.4.2 A atuação jurisdicional para o equilíbrio entre convenção processual probatória e eficiência

Uma vez fixadas a cooperação e a eficiência como premissas essenciais do Processo Civil no Estado Democrático de Direito, devem ser buscadas não apenas em situações

pontuais, mas durante todo o desenvolvimento do processo, inclusive na atuação jurisdicional voltada à supervisão dos atos negociais das partes. Sendo assim, cabe indagar: o que representa a perspectiva cooperativa e eficiente do controle de validade das convenções probatórias?

No que toca às convenções probatórias, este é um aspecto do qual não se pode prescindir. Conforme se tem sustentado ao longo do desenvolvimento desta pesquisa, por ser atividade que interessa tanto às partes como também ao juiz, a instrução deve se desenvolver permeada da maior cooperação possível entre os sujeitos processuais[426]. Nos casos em que a matéria probatória seja o objeto da convenção processual haverá mais uma forte razão para que o seu controle se desenvolva também em bases cooperativas. Assim, alguns aspectos práticos importantes ganham relevo quando se trata de convenções probatórias, para que o juiz possa construir um ambiente dialógico entre ele e as partes, conduzindo o controle à direção do fortalecimento da convencionalidade.

Como base para isso estão os deveres que a cooperação projeta sobre a atuação do magistrado. À luz do que foi mencionado no item 2.3.3 do Capítulo 2, o reforço dialógico proposto pela noção cooperativa do processo indica que ao juiz cabe o dever de esclarecimento e prevenção em relação às partes sobre o conteúdo, abrangência, efeitos da convenção probatória, especialmente nas situações em que existem indícios de vulnerabilidade de ao menos uma das partes.

A falta de assistência técnico-jurídica, por exemplo, pode ser considerada um exemplo genérico de indício de vulnerabilidade[427], especialmente quando se tratar de convenção pré-processual. Porém, no caso específico das convenções processuais probatórias há situações que podem denotar vulnerabilidade da parte, ou ainda, outras hipóteses que possam representar desvantagem e que demandam do juiz esclarecimento ou prevenção. Como exemplo, podem ser enumeradas as convenções atípicas que limitem,

---

[426] Além dos sujeitos processuais, aos auxiliares da Justiça que eventualmente dela participem (a exemplo do perito) também é vedado obstar indevidamente o desenvolvimento do processo, a teor do artigo 77 e mais genericamente o artigo 5º, ambos do Código de Processo Civil.

[427] Conforme Enunciado nº 18, do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica".

excluam ou mesmo ampliem determinados meios de prova, ou a distribuição de ônus probatório desvantajoso para uma das partes[428].

Em circunstâncias como essas, espera-se que o juiz tenha elementos para a formação da sua convicção quanto à regularidade ou não da convenção probatória e, assim, esteja apto a orientar as partes adequadamente. Ainda que, à primeira vista, pareça caso de nulidade da convenção probatória, entende-se pela necessidade da oportunização do diálogo prévio a qualquer decisão judicial a esse respeito.[429]

O contraditório terá, então, dupla função na perspectiva cooperativa. A primeira voltada ao esclarecimento dos sujeitos processuais sobre a convenção e a prevenção de eventuais consequências e efeitos. E a segunda de permitir o saneamento de eventual irregularidade, bem como da realização ajustes com os quais a convenção probatória se torne viável tanto na dimensão jurídica como prática.[430]

O controle cooperativo conforme proposto poderá ser feito em audiência (de saneamento ou outra especialmente designada para tanto) valorizando, sempre que possível, a oralidade pelos benefícios que pode proporcionar a esse tipo de atividade no processo. A questão que se imporá, em verdade, será a da realidade forense que não raro impede essa prática salutar.

Mesmo na impossibilidade disso, é certo que se mantém o dever do magistrado de fazê-lo por meio de decisão que aponte, com esperada clareza, os aspectos que devem ser

---

[428] Concorda-se com a observação de Flávio Luiz Yarshell no sentido de não ser vedada a celebração de negócios processuais entre partes desiguais no plano substancial, desde que seja assegurada a igualdade real no processo (Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais.** 3. ed. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 75-92, p. 81).
O raciocínio pode ser transposto para as convenções em matéria probatória, salientando que o controle de validade, nestes casos, dependerá da análise do caso concreto.

[429] Assim sugere o Enunciado nº 259 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, no sentido de que "a decisão referida no parágrafo único do art. 190 depende de contraditório prévio".

[430] Nesse sentido, tem o juiz "o dever de auxiliar as partes na superação das eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais" (SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil.** 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65).

objeto de esclarecimento para que as partes possam exercer o contraditório, em atenção à regra contida nos artigos 9º, *caput*[431] e 10[432] do Código de Processo Civil.

A dimensão cooperativa desta proposta aponta para a concretização dos vetores do Estado Democrático de Direito sobre o Processo Civil. Viabiliza a comunicação a um só tempo como elemento de legitimação da atuação do Poder Judiciário[433], e como *locus* possível de exercício democrático e emancipação do cidadão, participando efetivamente da construção do processo e do procedimento.

Ao lado do parâmetro cooperativo apresentado no item anterior, o controle de validade das convenções processuais probatória exige a observância do princípio da eficiência processual, nesta pesquisa estabelecida como premissa decorrente do Estado Democrático de Direito para o Processo Civil brasileiro.[434]

Retomando brevemente o que foi exposto no Capítulo 2 (item 2.3.4), em termos processuais, a eficiência deve ser compreendida em duas dimensões. A primeira, mais ampla, diz respeito ao funcionamento adequado de toda a estrutura judiciária; enquanto que a segunda, mais estrita, se relaciona com a eficiência no desenvolvimento do processo e do procedimento, com vistas ao alcance da efetividade da tutela jurisdicional prestada.

Ainda com base no que se expôs no Capítulo 2 (item 2.3.4), a aplicação do ordenamento jurídico deve acontecer com vistas à eficiência. Esse imperativo, trazido pelo Código de Processo Civil com *status* de norma fundamental (artigo 8º), expressa uma diretriz interpretativa das normas jurídicas.

Se, pois, o sistema admite a nomogênese processual pela via negocial, forçoso reconhecer que o manejo da convenção processual – desde a sua formação, passando pela sua interpretação até o cumprimento – deve observar a eficiência. Logo, na dinâmica das

---

[431] Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.
[432] Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.
[433] À luz do que apregoa Habermas, na Filosofia e Teoria Política, em que a comunicação ou o diálogo além de promover a participação democrática do cidadão também são mecanismos de equilíbrio da dicotomia entre publicismo e privatismo. Sobre isso vide item 2.3.1 do Capítulo 2.
[434] E consequentemente ao estudo das convenções processuais.

convenções as duas perspectivas (ampla e estrita) da eficiência se entrelaçam, de modo que a análise judicial é complexa e baseada nas nuances do caso concreto.

Na realidade processual atual voltada à valorização da celebração de convenções processuais, a eficiência – em suas duas dimensões – é um dos pontos nevrálgicos. Isso porque a convenção deve ser celebrada para emprestar maior eficiência ao processo, e não o contrário[435]. Diante disso, ao exercer o controle de validade da convenção processual o órgão jurisdicional deve se ocupar da eficiência, naquelas dimensões.[436] Assentadas essas bases, qual é o sentido da eficiência como parâmetro para o exercício do controle de validade das convenções processuais probatórias?

A resposta a esta indagação pode ser construída a partir de uma análise dúplice. Genericamente, a eficiência como baliza do controle das convenções se traduz na leitura otimizada dos pressupostos de validade gerais e específicos previstos no direito positivo. Na esteira do que se afirmou anteriormente neste Capítulo, os elementos objeto do controle devem ser analisados no caso concreto sempre com vistas à viabilização da convenção, de modo a extrair dela os resultados mais efetivos possíveis.

No caso das convenções processuais em matéria de prova, a eficiência assume uma feição ainda mais específica, representada pelo *princípio da máxima eficiência dos meios de prova*[437]. Segundo a doutrina, trata-se de repercussão do contraditório e da ampla defesa em sede probatória[438], de renovada importância no cenário processual atual em que se materializa certa mitigação da rigidez em torno da prova no Processo Civil.

Neste sentido,

---

[435] YARSHELL, Fávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 75-92, p. 76.

[436] É relevante frisar que a eficiência deve ser buscada também pelas partes no momento da celebração da convenção processual, pois se trata de princípio que deve nortear a atuação de todos os sujeitos processuais. Contudo, no ambiente processual, o juiz tem o dever de zelas pela eficiência, ainda quando as partes não o façam. É este o sentido de tê-la como perspectiva útil ao controle da convencionalidade.

[437] A qualificação da máxima eficiência como princípio não é pacífica na doutrina. A análise aprofundada a esse respeito desborda os limites desta pesquisa. Para tanto, vide: FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 187.

[438] AMARAL, Paulo Osternack. **Provas:** atipicidade, liberdade e instrumentalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 158.

> Depreende-se, então, que a máxima eficiência traz em si a constatação de que o objetivo almejado não é apenas a produção de prova com assegurada qualidade para as partes, como, em principalmente, o esclarecimento efetivo das questões de fato – não apenas formal –, visando à melhor instrução do convencimento do julgador.[439]

O princípio abarca todas as etapas da prova, desde o requerimento até a obtenção do seu resultado, para que ele seja útil ao juiz e às partes para a solução do litígio. Ou seja, a noção de *máxima eficiência dos meios de prova* se vincula, concretamente, à aptidão de que a prova cumpra a sua finalidade, que no contexto do Processo Civil democrático é bilateral. Serve tanto ao juiz, no fornecimento de elementos úteis à formação do seu convencimento quanto aos fatos controvertidos que compõem a causa de pedir e, igualmente às partes, que por meio do esclarecimento adequado da situação fática podem avaliar com maior clareza e segurança os eventuais riscos do processo.

Diante dessa premissa, ao analisar dos pressupostos de validade subjetivos e objetivos da convenção probatória, é dever do magistrado fazê-lo com vistas à obtenção da máxima eficiência dos meios de prova. Para exemplificar: podem as partes, por convenção, escolher como perito profissional estrangeiro, exigindo que a perícia seja realizada no exterior, quando poderia normalmente acontecer no Brasil? Ou ainda, podem convencionar no sentido de que não haverá limitação ao número de testemunhas a serem ouvidas em eventual audiência? Ou também, podem estabelecer que sejam designadas audiências distintas para a oitiva de testemunhas do autor e do réu?

A vasta possibilidade da construção de hipóteses convencionais permite apenas menção exemplificativa a algumas delas. Em cada uma das situações apresentadas no parágrafo anterior a convenção probatória se ressente de eficiência, pois o seu conteúdo viola o sentido de proporcionalidade[440] que lhe é inerente. Afirmar a validade de convenções

---

[439] MARCATO, Ana Cândida Menezes. A influência do sistema probatório da arbitragem no regime da prova pericial no NCPC. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. **Direito probatório.** 3. ed., rev. e ampl. Salvador: JusPodium, 2018, pp. 1241-1254, p. 1247.

[440] Neste sentido, Remo Caponi aponta que a eficiência se imiscui com a proporcionalidade. Para o autor, o alcance de uma determinada finalidade pré-estabelecida exige meios adequados, necessários e proporcionais. (O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. **Revista de processo**, vol. 192, fev./2011, pp. 398-415, p. 399-400).

celebradas em bases como as exemplificadas e permitir-lhes a produção de efeitos cria, ao menos em tese, uma série de dificuldades práticas capazes de tornar ineficiente o processo e, ainda, inefetiva a tutela jurisdicional prestada através dele.

Por outro lado, podem as partes, por exemplo, convencionar sobre a distribuição do ônus da prova para favorecer a parte vulnerável no plano substancial? À primeira vista a convenção é válida, desde que a análise do caso concreto permita concluir que tal medida empresta maior eficiência ao processo.

De todo modo, interessa investigar sobre os limites da atuação judicial quando, no exercício do controle de validade, constatar que a convenção processual probatória não observa o princípio da *máxima eficiência dos meios de prova*. Neste caso, qual deve ser a postura do juiz? Pode, de ofício, decretar a sua invalidade? Ou ainda, pode modificar o seu conteúdo para alinhá-lo ao princípio da eficiência? Em caso positivo, estaria imiscuindo-se indevidamente nos limites do autorregramento da vontade das partes?

Em princípio, importa esclarecer que a análise aqui proposta tem cabimento e relevância quanto às convenções processuais probatórias em que o juiz não atue como parte. À luz do que se estabeleceu anteriormente neste Capítulo (4.4.1), nas hipóteses em que o juiz atue como emissor de vontade para a formação da convenção processual – que em matéria processual são o calendário processual voltado à fase instrutória e o saneamento compartilhado –, o controle de validade da convenção se desenvolve *em perspectiva* e *simultaneamente* às tratativas para a sua celebração. Logo, alinhando-se a este raciocínio, a convenção que, mesmo em tese, não preencha pressupostos de validade, não deverá sequer ser celebrada. Diante disso, pensar em modificação *ope judicis* da convenção pressupõe que esta tenha sido celebrada sem a participação do juiz na emissão de vontade para sua formação (plano da existência).

Feito esse registro, cumpre, então, examinar como interagem e principalmente se compatibilizam o autorregramento da vontade das partes e os poderes do juiz diante de uma convenção processual probatória que não observe o princípio da eficiência.

Conforme assentado em itens anteriores deste trabalho, o Estado Democrático de Direito tem a eficiência como princípio basilar de suas atividades, conforme previsão expressa do artigo 37 da Constituição Federal. A norma constitucional evidentemente não

se aplica exclusivamente às instâncias do Poder Executivo ou Legislativo, e nem haveria justificativa para tal restrição. Não restam dúvidas de que também espraia a sua carga normativa ao Poder Judiciário, e não apenas quando do desempenho de suas funções atípicas, de administração, por exemplo. A eficiência também deve estar presente no desenvolvimento da função jurisdicional propriamente dita, ou seja, no desenrolar do processo em todas as suas fases.

O princípio da máxima eficiência dos meios de prova representa a sua faceta no que tange à atividade probatória, que impõe ao juiz e às partes a busca pela maior otimização possível da fase instrutória em todas as suas etapas, com vistas à obtenção do melhor resultado. Conjugando esse raciocínio com o conteúdo do artigo 5º, LIV constitucional[441], é possível extrair uma primeira conclusão no sentido de que a eficiência – em todas as suas manifestações, inclusive quanto à matéria probatória – compõe o núcleo rígido do devido processo legal. Afinal, este, em seu sentido substancial, garante ao cidadão não apenas um processo respaldado em regras previa e legitimamente estabelecidas, senão também que se desenvolva de modo eficiente.

A segunda conclusão é a de que o núcleo rígido do devido processo legal faz parte das questões de ordem pública processuais.[442] Este último termo não é unívoco e, portanto, de delimitação tormentosa e dispensável para os fins desta pesquisa. Mesmo assim, pode-se afirmar que se tratam de normas cogentes e, como tais, consideradas limites genéricos à validade de qualquer negócio jurídico processual, em atenção ao *princípio da respeitabilidade das normas cogentes*[443].

A partir dessas conclusões parciais, pode-se afirmar que a celebração de convenções processuais pelas partes, ou por elas e o juiz, deve ser norteada para a promoção da eficiência no processo, nunca o contrário. No caso de convenções processuais probatórias, o vetor deve

---

[441] "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal."

[442] Sobre isso, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Junior afirma que "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" (Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais.** 3. ed. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 289-314, p. 309, grifos do autor).

[443] "Aqui quer designar o interesse protegido por normas jurídicas cogentes, impositivas ou proibitivas, que se impõem a todos indistintamente, interessando, por isso, ao direito como um todo" (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:** plano da validade. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 94).

ser a máxima eficiência dos meios de prova, no seu sentido mais amplo, dada a sua relevância tanto às partes como ao órgão jurisdicional.

Isso reafirma que o autorregramento das partes sofre maiores limitações no ambiente público do processo, comparativamente ao que ocorre em relação ao direito privado. Além daquelas estabelecidas pelo legislador nas normas típicas e atípicas regulamentadoras das convenções processuais, deve ser admitida a existência de outros limites ao autorregramento da vontade não expressos no Código de Processo Civil, dentre os quais está a garantia do devido processo legal[444].

Sendo assim, a convenção processual probatória, cujo objeto[445] seja desvinculado da eficiência, viola o núcleo rígido do devido processo legal e, portanto, esbarra em um dos pressupostos genéricos de validade do negócio jurídico, consistente na licitude do objeto. Por isso, se admitimos que o "objeto ilícito é aquele contrário a direito, portanto, não somente à lei, mas também à moral (bons costumes) e à ordem pública"[446], torna-se forçoso reconhecer que nessas condições, é dever do magistrado negar validade à convenção processual probatória.

Considerando que o objeto da pesquisa esteja circunscrito à dinâmica de interações do autorregramento da vontade com os poderes do juiz nas convenções processuais probatórias, escapa aos seus limites o estudo aprofundado sobre o regime de invalidade aplicável a estas. Tal tarefa demandaria análise mais específica e profunda, compatível com a complexidade do assunto, o que, por si, daria origem a outra tese.

---

[444] A esse respeito, a ENFAM – Escola Nacional de Formação de Magistrados editou o Enunciado nº 37, pelo qual "são nulas, por ilicitude do objeto as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) autorizem o uso de prova ilícita; b) limitem a publicidade do processo para além das hipóteses expressamente previstas em lei; c) modifiquem o regime de competência absoluta; e d) dispensem o dever de motivação". Apesar de o enunciado eleger algumas hipóteses específicas para demonstrar o que sejam as garantias constitucionais do processo, é certo que se trata de rol exemplificativo.

[445] Convém lembrar que para fins de análise da validade do negócio jurídico (inclusive processual), o conceito de *objeto* é amplo e abarca "tanto a ilicitude da atribuição jurídica (resultado) que se pretende com o negócio jurídico (objeto do negócio jurídico em senso próprio) como a de objeto da prestação (= coisa ou ato humano com que se adimple a obrigação)" (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:** plano da validade. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 128).

[446] Ibidem, p. 127.

Para os fins pretendidos nesta etapa, cumpre realçar que para o processo todos os vícios são, a princípio, sanáveis, sejam eles absolutos (de fundo) ou relativos (de forma),[447] pois o sistema de invalidades é informado pelo princípio da instrumentalidade das formas, que tem na sanabilidade uma de suas importantes facetas.

Além dos fundamentos processuais expostos, o princípio da *conservação do negócio jurídico* reverbera sobre as convenções processuais, reafirmando o favorecimento à sua adaptação sempre que houver viabilidade para tanto, evitando-se a extinção da convenção.[448] A partir disso, a invalidação é considerada medida extrema, de modo que se busque, antes e sempre que possível, o aproveitamento da convenção processual[449]. O momento de realização do controle é oportuno para a sanabilidade da convenção, com vistas à sua validade. Porém, a pretexto de alinhá-la à máxima eficiência dos meios de prova, pode haver modificação *ope judicis* do conteúdo da convenção probatória?

A resposta a esta pergunta relaciona-se diretamente à possibilidade de que o autorregramento da vontade das partes expresso na convenção processual limite poderes do juiz. Na linha do que se tem defendido ao longo deste trabalho, a dinâmica entre a autonomia das partes e os poderes do juiz admite que, em determinadas situações, a convenção processual probatória limite a atuação jurisdicional.

Muito embora o poder de autorregramento conferido às partes não tenha aptidão para afastar o poder do juiz de invalidar a convenção, entende-se que ao juiz é vedado promover a alteração ou ajuste do conteúdo da convenção processual probatória, ainda que seja na intenção de promover a eficiência. Admitir o contrário significa desprestigiar a liberdade conferida às partes para o autorregramento processual.

---

[447] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil:** artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 464.

[448] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2018, p. 402-403. Oportuno esclarecer que o autor desenvolve o tema da revisão dos acordos processuais no contexto das imprevisões e da preservação do equilíbrio contratual que, à semelhança do direito privado, seriam transponíveis aos negócios jurídicos processuais (p. 403-409). Aqui a proposta é analisar eventual limitação de poder do juiz para a modificação do objeto de convenção processual probatória baseada na inobservância do princípio da eficiência.

[449] Conforme Enunciado nº 16 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, “o controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo”.

Esta conclusão não contraria o que se tem dito quanto à predominância do publicismo no processo brasileiro, nem pretende ampliar indevidamente os limites do autorregramento da vontade. A definição e delimitação do objeto da convenção pertencem às partes, cabendo ao juiz o controle de validade, na forma prevista no artigo 190 do Código de Processo Civil. A modificação do objeto por iniciativa judicial implicaria, ao menos em tese, ingerência indevida sobre o autorregramento da vontade das partes.

Diante dessa limitação de poder, cabe ao juiz, vislumbrando a invalidade da convenção probatória, apontá-la às partes e oportunizar-lhes o contraditório, na forma dos artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil. Em atenção aos deveres derivados da cooperação, deve fundamentar sua decisão esclarecendo e prevenindo as partes sobre possível invalidação da convenção.

Verificando que, no caso concreto, há viabilidade prática[450] de ajuste do objeto convencional, pode o magistrado propor alternativas para operacionalizar a modificação que entenda necessária. Todavia, a alteração será efetivada tão somente com a concordância das partes, dada a intangibilidade do objeto da convenção probatória pelo órgão jurisdicional.

A recusa das partes em promover a alteração objetiva da convenção processual probatória, ou não havendo entre elas consenso quanto aos termos de uma possível modificação, implicará decretação de invalidade pelo juiz. Nessa hipótese, as disposições convencionais darão lugar às normas processuais conforme estabelecidas pelo Código de Processo Civil ou em outra lei aplicável ao caso concreto[451].

Conforme delimitou-se nos primeiros parágrafos deste tópico, o contexto em análise diz respeito a convenções probatórias em que o juiz não seja parte ou em que atue apenas homologando a convenção. Isso porque tais convenções não têm aptidão para a disposição de situações processuais exclusivas das partes. Ademais, somente nesses casos o exercício de controle da convenção se dá posteriormente à sua celebração. Na hipótese de convenções

---

[450] De acordo com Teresa Arruda Alvim Wambier et. al., "no processo, *se for possível*, os vícios se sanam, independentemente de sua gravidade. O que se quer dizer com 'se for possível'? Se forem preenchidos dois requisitos: a) deve ser *materialmente* possível o 'conserto' do defeito (b) sem que, com isso, se ofendam princípios constitucionais e processuais relevantes" (**Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil:** artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 465).

[451] Caso do Código de Defesa do Consumidor, que também contém normas de natureza processual voltadas à matéria probatória, por exemplo.

processuais em que a lei o vincule como parte – no caso de calendarização da fase instrutória e do saneamento compartilhado – essas questões serão objeto de discussão simultaneamente à formação da convenção.

Com isso é possível demonstrar, as interações entre o autorregramento da vontade e os poderes do juiz no exercício de controle de validade da convenção processual probatória sofrem também os influxos decorrentes de sua vinculação a elas. A partir das posições assumidas pelo magistrado na convenção – como parte, terceiro ou atuando na homologação – haverá maior ou menor possibilidade de limitação de seus poderes. Conquanto não se limite o poder do magistrado para a decretação de invalidade da convenção processual probatória que não observe a eficiência, há limitação para a modificação do objeto convencional, sob pena de ingerência indevida no espaço de liberdade conferido às partes.

4.4.3 Utilidade do exercício de poderes instrutórios à supervisão da atuação ética das partes nas convenções processuais probatórias

Para encerrar a abordagem proposta neste estudo quanto às interações entre autorregramento das partes e atuação jurisdicional provocadas pela maior abertura do sistema à prática das convenções processuais, convém abordar um outro aspecto relevante sobre os poderes instrutórios do juiz, diretamente relacionados à atuação ética das partes no que concerne à prova.

Já foi mencionado nos itens anteriores que os poderes instrutórios se prestam ao aprimoramento da prestação da tutela jurisdicional efetiva, posto que permitem ao juiz participar ativamente da reconstrução do arcabouço fático indispensável à formação do seu convencimento. E assim, quanto maior o grau de certeza alcançado, maior também a qualidade da decisão proferida pelo magistrado. Por esta razão, à exceção do que acontece no saneamento compartilhado, em que o próprio sistema processual autorize o juiz a celebrar convenção processual que disponha sobre meios de prova (conforme exposto no item 4.3.1.2.1 anterior), não é possível restringir legitimamente os poderes instrutórios do juiz por convenção das partes.

Se a busca pelo maior grau possível de verdade é uma das relevantes condições para se alcançar o processo justo e, consequentemente, a tutela jurisdicional efetiva, não é estranho que os poderes instrutórios tenham também função importante na supervisão da atuação das partes relativamente à adequada reconstrução dos fatos. A postura ativa do juiz na fase instrutória pode revelar, por exemplo, alguma conduta das partes que contrarie a boa-fé exigida expressamente pelo artigo 5º do Código de Processo Civil.

O reposicionamento da autonomia privada das partes em matéria processual proposta pelo Código de Processo Civil, especialmente no artigo 190, pode dar ensejo ao manejo inadequado das convenções processuais, criando situações que violem deveres éticos das partes. O Processo Civil democrático não compactua com esse quadro. Ao contrário, a experiência histórica demonstrou que o afastamento acentuado do Estado na condução do processo levou a uma série de prejuízos, inclusive pela prática das denominadas "chicanas jurídicas".[452] Como foi explicitado, o assunto ganha nova importância porque a permeabilidade do processo ao autorregramento da vontade das partes evidentemente não representa autorização para que elas o conduzam de modo a ferir interesses públicos, inclusive aqueles ligados ao seu desenvolvimento ético.

Evidentemente não é o que se espera, mas é importante que o próprio sistema e o órgão jurisdicional estejam devidamente aparelhados para coibir situações dessa natureza, sobretudo porque a atuação proba das partes é uma preocupação expressa do legislador. É o que justifica, por exemplo, a previsão de penalidades por litigância de má-fé, atualmente estampadas nos artigos 79 a 81 do Código de Processo Civil, que materializam o princípio da probidade cuja violação se equipara a ilícito processual.[453]

Tome-se, por exemplo, a celebração de negócio processual em que as partes, em conluio, excluam ou limitem a produção de determinada prova com o fim de impedir a reconstituição adequada dos fatos para que, com a decisão judicial obtida, prejudicar terceiros. A situação proposta poderia configurar invalidade da convenção por ilicitude do motivo determinante, tal como prevista no artigo 166, III do Código Civil.[454] Ou ainda,

---

[452] Essas questões foram abordadas anteriormente com maior profundidade no item 2.1.
[453] Neste sentido: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Poderes éticos do juiz:** a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1987, p. 47-48.
[454] Conforme ensina Marcos Bernardes de Mello, "não importa, aqui, se o objeto do negócio jurídico é válido e se ele atende aos demais pressupostos de validade, mas, sim, se o escopo que conduziu os figurantes a realizá-

poderia tratar-se de simulação, vício social regulado pelo artigo 167 do Código Civil que gera nulidade do negócio jurídico, cuja declaração pode se dar de ofício ou a requerimento de quem interessado, nos termos do artigo 168 também do Código Civil.[455] Todas essas situações apontadas convergem para a possibilidade de que o magistrado atue no sentido de controlar, *ex officio*, o comportamento ético das partes, recusando aplicação à convenção processual e decretando a sua invalidade, a teor do que dispõe o artigo 190, parágrafo único do Código de Processo Civil.

Merece referência o Enunciado nº 410 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "aplica-se o art. 142 do Código de Processo Civil[456] ao controle de validade dos negócios jurídicos processuais". Trata-se de importante diretriz interpretativa sobre o controle das convenções processuais. A norma mencionada reforça os poderes do magistrado para coibir atos desconectados da boa-fé, estando expressamente autorizado pela norma mencionada a impedir a consecução de propósitos incompatíveis com os vetores do Processo Civil democrático. Ainda assim, e com maior razão nesses casos, o juiz tem o dever de oportunizar o contraditório em obediência aos artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil, permitindo às partes apresentar seus esclarecimentos ou as razões pelas quais consideram hígida a convenção.

É nesse sentido que o exercício adequado dos poderes instrutórios pode servir, inclusive, ao esclarecimento de fatos que levem à conclusão de simulação do negócio processual, ao permitir que o magistrado tenha iniciativa probatória, independentemente da exclusão ou limitação convencionada pelas partes, por exemplo. Do contrário, se estivesse

---

lo é contrário a uma norma imperativa, à boa-fé, à ordem pública, aos bons costumes, ou exceda os limites impostos por sua finalidade econômica ou social. [...] Por isso, o objeto do negócio jurídico pode ser lícito e os motivos a ele conducentes, ilícitos" (**Teoria do fato jurídico:** plano da validade. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 159).

[455] A respeito da possibilidade da celebração simulada de negócios jurídicos processuais, Antonio do Passo Cabral aduz: "Diferentemente da falta de declaração séria, que torna o ato inexistente (porque não há vontade), no *pactum simulationis* existe vontade declarada e concertada. Contudo, seu objetivo real não é aquele aparente; ao revés, a simulação frequentemente tem por escopo ludibriar terceiros. Em todos esses casos, tanto nos vícios de consentimento quanto nos vícios sociais, a convenção pode ser anulada porque o agente atua só aparentemente de maneira livre, mas na verdade sua declaração de vontade é viciada. E esses vícios impactam a validade da avença *ipso iure*, devendo ser conhecidos de ofício pelo juiz. Nesse sentido dispõe o art. 190, parágrafo único, do CPC/2015" (**Convenções processuais.** 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2018, p. 326).

[456] Art. 142. Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.

o juiz impedido de atuar ativamente na determinação da prova em razão da convenção, eventual simulação poderia sequer ser descortinada.

Este raciocínio também se estende à hipótese de limitação legítima à iniciativa probatória do juiz, provocada por meio da convenção produzida no saneamento compartilhado, conforme artigo 357, § 3º do Código de Processo Civil, devidamente analisada neste Capítulo (item 4.3.1.2.1). Também aqui, havendo indício sério da violação ao dever de comportamento ético das partes, o juiz estará autorizado a ultrapassar os limites estabelecidos pela convenção à sua iniciativa probatória se assim for necessário.

Independentemente de assumir a posição assumida pelo juiz em relação à convenção processual probatória, nas hipóteses em que as partes a tenham celebrado com vistas à violação dos deveres éticos aplicáveis ao processo, estarão sujeitas à atuação oficiosa do juiz para coibir o alcance de objetivos ilícitos. Eventual invalidação e o exercício de poderes instrutórios voltados à finalidade de controle ético das partes no desempenho da convencionalidade ratificam o publicismo processual, a despeito da crescente permeabilidade do sistema ao autorregramento da vontade. Além disso, reafirmam os vetores do Estado Democrático de Direito no ambiente processual, enaltecendo o propósito das convenções que é o de racionalizar o processo tornando-o mais eficiente.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa se propôs ao estudo das interações do autorregramento da vontade das partes e a atuação jurisdicional no âmbito das convenções processuais em matéria de prova, com o propósito primordial de identificar se aquelas têm aptidão para a limitação de poderes instrutórios conferidos ao juiz pelo artigo 370 do Código de Processo Civil.

A análise foi estruturada tendo como pano de fundo o Estado Democrático de Direito e os seus reflexos ao Direito Processual Civil, em cujo contexto devem ser compreendidas e operacionalizadas as convenções processuais em geral, sob pena de não se obter êxito na racionalização do processo.

Diante disso, como premissa estabeleceu-se que o Processo Civil democrático *(i)* torna o Poder Judiciário um *locus* legítimo ao exercício da democracia participativa, que se concretiza pela ampliação, sobretudo qualitativa, da comunicação ou do diálogo entre os sujeitos processuais durante o processo; *(ii)* insere as partes na produção não apenas da decisão, mas também da norma processual, baseada no reconhecimento do autorregramento da vontade; e *(iii)* busca promover a eficiência do processo em dimensões ampla, tangente ao funcionamento das estruturas do Poder Judiciário, e estrita, relativa à efetividade da prestação jurisdicional.

Esses aspectos se alinham aos vetores de cooperação, reposicionamento do autorregramento da vontade e eficiência apontados como base do sistema processual contextualizado ao Estado Democrático de Direito, e favorecem o reconhecimento e a implementação da convencionalidade em matéria processual.

Em relação a esse fenômeno, verificou-se que a sua admissibilidade tende a variar nos diferentes ordenamentos jurídicos, conforme sejam eles mais ou menos permeáveis à interferência da vontade das partes no Processo Civil. Isso se dá em consonância com a opção político-ideológica de cada país pois, como se apresentou anteriormente, não há como desconectar o Direito dessa conjuntura. Nesta linha de raciocínio, pode-se afirmar que o prestígio ao autorregramento da vontade no sistema processual civil brasileiro exprime uma postura político-ideológica, ainda que em determinados aspectos o faça com base em técnicas inspiradas em ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Isso não significa que o processo estatal tenha deixado sua matriz publicista. Ao contrário, a permeabilidade do sistema processual ao autorregramento da vontade compreendida na perspectiva democrática do processo não anula o papel ativo do juiz como contrapeso indispensável ao exercício da autonomia das partes, cabendo a ele o papel, sempre que necessário, de controle desses espaços de liberdade.

Essas são as bases sobre as quais devem ser interpretados e operacionalizados os negócios jurídicos processuais, entendidos como os atos consistentes em declarações de vontade unilaterais ou plurilaterais capazes de constituir, modificar e extinguir situações processuais, ou alterar o procedimento. As restrições ao seu exercício decorrem das prescrições normativas (como acontece no caso dos pressupostos de existência e validade genéricos e específicos à celebração de negócios jurídicos) e também, como não poderia deixar de ser, da interpretação integral do sistema processual, a começar do texto constitucional.

Como apontado ao longo da pesquisa, a celebração de negócios jurídicos processuais atinge o juiz, em alguma medida, uma vez que a constituição, modificação ou extinção de situações processuais, ou a alteração do procedimento, interferem na atividade jurisdicional. Daí a exigência de serem equacionados os interesses privados e públicos atuantes nessa complexa relação. A dificuldade em delimitar os espaços de convivência entre o autorregramento da vontade das partes e os poderes inerentes à atividade jurisdicional pode comprometer o alcance dos propósitos pelos quais se admite a celebração de convenções processuais que visam, primordialmente, ao desenvolvimento cooperativo e eficiente do processo.

Assim, assentados os aspectos principiológicos, teóricos e conceituais sobre os quais se estruturou a pesquisa, o estudo avançou rumo às convenções processuais probatórias para, a partir da análise de suas interações com a atividade jurisdicional, delimitar os espaços de convivência entre o autorregramento da vontade e os poderes instrutórios do juiz.

Para responder aos objetivos específicos expostos na introdução deste trabalho, a pesquisa se desenvolveu no sentido de identificar as convenções processuais probatórias por uma perspectiva ampliativa fundada no critério de utilidade à regulação de matéria probatória, ainda que tangencialmente. A aferição dessa aptidão se dá pela relação estabelecida entre o objeto da convenção e a prova.

Diante disso, propôs-se a classificação das convenções processuais probatórias em próprias e impróprias. Quanto às primeiras, há uma relação imediata entre o elemento objetivo do acordo com a prova, de modo que as situações processuais ou os procedimentos relativos a ela são, pela própria natureza da convenção, o seu conteúdo exclusivo. Neste sentido, identificou-se como convenções processuais probatórias próprias a dinamização

convencional do ônus da prova (artigo 373, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil) e a escolha consensual do perito (artigo 471 do Código de Processo Civil).

Por outro lado, as convenções processuais probatórias impróprias são aquelas que: *(i)* sendo típicas, têm aptidão para a regulação de matéria probatória, embora não tenham sido concebidas pelo legislador exclusivamente com essa finalidade; ou *(ii)* independente da tipificação legal, seu objeto não sirva apenas a questões probatórias. Assim, integram essa classe o calendário processual (artigo 191 do Código de Processo Civil), a delimitação consensual das questões de fato e de direito (artigo 357, § 2º do Código de Processo Civil e o acordo decorrente do saneamento compartilhado (artigo 357, § 3º do Código de Processo Civil).

A inclusão deste último como modalidade convencional se sustentou, no estudo, em duas dimensões. A primeira, no sentido de que as características que emergem da dinâmica do saneamento compartilhado se alinham ao conceito de negócio jurídico processual adotado, marcado pela declaração, neste caso plurilaterais, de vontade capaz de constituir, modificar e extinguir situações processuais, ou alterar o procedimento. A segunda, afeita à utilidade, visto que dentre os temas passíveis de deliberação conjunta pelos sujeitos processuais encontram-se alguns que repercutem na fase instrutória do processo.

Sugeriu-se, ainda, que a convenção processual atípica (artigo 190 do Código de Processo Civil) pode assumir tanto a condição de próprias ou impróprias, a depender da análise do seu elemento objetivo no caso concreto.

Feita essa delimitação, o exame prosseguiu para a investigação sobre a eventual aptidão de que tais convenções limitem o exercício de poderes instrutórios conferidos ao magistrado, a partir das posições que ele pode assumir no acordo, como parte ou terceiro. Isso porque a configuração subjetiva da convenção processual probatória tem potencial para determinar o modelo da vinculação do juiz aos efeitos diretos ou internos da pactuação. Consequentemente, implicará em maior possibilidade de limitação de poderes instrutórios do juiz.

Antes, porém, foi necessário incursionar sobre a capacidade negocial do órgão jurisdicional, exatamente para que seja possível considerá-lo como parte da convenção processual probatória, ou seja, declarante de vontade dirigida à sua formação. Neste sentido, a pesquisa fundamentou o reconhecimento de capacidade negocial ao juiz em três diferentes

perspectivas de análise, concluindo: *(i)* pela compreensão de que o conceito de parte na convenção processual não corresponde, necessariamente, das perspectivas processual e material do conceito; *(ii)* pela existência de interesse público na condução cooperativa e eficiente do processo, alinhada aos vetores do Processo Civil democrático; *(iii)* pela existência, em casos específicos, de autorização legislativa ao exercício dessa capacidade.

A conjunção desses fatores apontou para a conclusão quanto à possibilidade de que o juiz assuma a posição de parte da convenção processual probatória, desde que em determinadas circunstâncias cumulativas, assim identificadas: *(i)* existência de expressa disposição legal que determine a presença do juiz como declarante de vontade formadora da convenção; *(ii)* consequentemente, limitada às modalidades típicas de convenção, por força dos limitação do elemento subjetivo previsto na cláusula geral de convencionalidade; *(iii)* que não exclua poderes inerentes à atividade jurisdicional, muito embora tenham sua abrangência reconfigurada.

Diante dessas evidentes restrições, concluiu-se que o sistema processual trata a capacidade negocial do juiz ainda como excepcional, o que se justifica pelas próprias características da função jurisdicional, que não pode dar abertura à atuação arbitrária.

Logo, a regra é de que o juiz permaneça na condição de terceiro à convenção processual, situação em que poderá atuar somente voltado à fiscalização do ato negocial das partes ou, ainda, excepcionalmente, na homologação do acordo. Sobre esta função, o estudo demonstrou que se trata unicamente de condição de eficácia da convenção estabelecida *ope legis* ou pela vontade das partes, que podem subordinar expressamente a produção de efeitos da convenção à homologação judicial. Por atuar exclusivamente no plano da eficácia da convenção não tem o condão de alterar a posição do juiz, que permanece como terceiro.

No campo das convenções processuais probatórias, concluiu-se que o juiz atua como parte na celebração de calendário processual e no saneamento compartilhado. Por outro lado, ostenta a condição de terceiro em relação à dinamização convencional sobre o ônus da prova, à escolha consensual do perito, às convenções atípicas e à delimitação das questões de fato e de direito. Nesta última, em específico, a lei exige a sua atuação também na homologação.

Uma vez identificadas as posições que o juiz pode assumir frente às convenções processuais probatórias, foi possível investigar de que modo estará vinculado a elas e, portanto, se subordinará aos efeitos diretos ou internos do negócio. Quanto a esse aspecto,

aplicam-se às convenções processuais o regime estabelecido na teoria geral dos negócios jurídicos, sendo necessário, no entanto, ajustá-lo às particularidades das convenções em matéria processual. Isso porque o regime geral informa que apenas os sujeitos que tenham concorrido para a formação do negócio jurídico se subordinam aos seus efeitos diretos ou internos. Enquanto isso, aos terceiros incidem, em regra, os efeitos indiretos ou externos ao negócio jurídico, que resulta no dever de respeitá-los.

Porém, no caso específico das convenções processuais, observou-se que mesmo naquelas situações em que o juiz ostente a posição de terceiro poderá eventualmente sofrer restrições aos seus poderes. Isso se dá pela a existência de conexão entre as situações processuais dos sujeitos do processo ao longo do seu desenvolvimento. Assim, quando por meio da convenção, as partes dispuserem sobre situações processuais suas que se desdobrem nas atribuições do juiz, interferirá em sua atuação podendo, inclusive, reconfigurar o seu quadro de poderes.

Situação diversa acontece em relação às situações processuais tituladas pelo juiz que não representam atribuições independentes da atuação das partes, como é o caso dos poderes instrutórios. Nesta pesquisa, adotou-se o entendimento no sentido de serem eles amplos e independentes da iniciativa das partes, mesmo no contexto do Código de Processo Civil de 2015. A opção se deu porque, apesar de ser um dos reflexos da característica hiperpublicista do Processo Civil do século XIX, o seu alicerce foi – e permanece sendo – o dever estatal de prestar a tutela jurisdicional efetiva, adequada à pacificação social e ao restabelecimento da ordem jurídica. Para tanto, é imprescindível que o juiz tenha condições de, *sempre que possível*, reconstruir o arcabouço fático que embasa os argumentos das partes, com vistas a alcançar o maior grau de convencimento possível.

Nem todas as convenções processuais probatórias se interagem diretamente com os poderes instrutórios do juiz. Essas interconexões se apresentam sobretudo quando no objeto convencional *(i)* houver deliberação sobre exclusão ou restrição a meios de prova, ou ainda, *(ii)* nos casos de delimitação de questões fáticas sobre as quais recairá a atividade probatória.

Com base nesse esquema e consideradas as convenções processuais probatórias identificadas anteriormente na pesquisa, se relacionam com poderes instrutórios: o saneamento compartilhado; a delimitação consensual das questões de fato e de direito e a convenção atípica que exclua ou limite meios de prova. Nestes casos, o estudo conduziu à

conclusão de que a posição assumida pelo juiz na convenção poderá ser determinante para limitar legitimamente os poderes instrutórios.

Observou-se, inicialmente, que na delimitação consensual sobre as questões de fato[457] o que há, em realidade, é a restrição dos marcos objetivos da atividade instrutória, o que interfere diretamente na sua abrangência das partes e do juiz. Logo, não se pode dizer que há limitação propriamente de poderes instrutórios, o que ocorre apenas por via reflexa. Por esta perspectiva, a posição assumida pelo juiz não é fator determinante porque, como se observou, a limitação à iniciativa probatória do juiz se fundamenta na própria redução da abrangência da instrução no caso concreto. Todavia, dentro daquele espectro, o juiz está autorizado a determinar *ex officio* a produção da prova que entenda indispensável à formação de sua convicção.

Entretanto, segundo a linha de raciocínio desenvolvida nesta pesquisa, o acordo oriundo do saneamento compartilhado tem aptidão à restrição legítima aos poderes instrutórios do juiz. Uma vez deliberado a respeito dos meios de prova, o magistrado poderá exercê-los dentro dos limites estabelecidos conjuntamente com as partes. Fora dessas hipóteses, no caso de permanência de dúvida que impeça formar a sua convicção, deverá julgar pela regra do ônus da prova (estática ou convencional).

A despeito disso, entendeu-se possível o exercício de poderes instrutórios em excepcionalíssimas situações, mediante decisão fundamentada. A primeira, de invalidação posterior da convenção de saneamento, ou então, quando a causa tenha por objeto direitos indisponíveis.

Diferentemente, no caso das convenções processuais probatórias atípicas, observou-se a sua inaptidão à limitação de poderes instrutórios do juiz, ainda quando por meio delas as partes excluam ou restrinjam meios de prova para o caso concreto. Isso porque a posição de terceiro ostentada pelo juiz é um dos fatores determinantes que impedem a incidência dos efeitos da convenção atípica sobre ele. O estudo apontou que a redação expressa do artigo 190 do Código de Processo Civil indica que a construção da cláusula geral excluiu o juiz do seu alcance, limitando-o aos efeitos externos à convenção processual, uma vez que os

---

[457] Tanto aquela que se dá por com a participação apenas das partes (artigo 357, § 2º), como a que pode acontecer no saneamento compartilhado (artigo 357, § 3º).

poderes instrutórios são autônomos em relação à atuação das partes, escapando ao seu poder de disposição.

Ainda que seja lícito às partes dispor sobre meios de prova, a convenção não tem o condão de vincular o juiz, mantendo os seus poderes instrutórios plenamente exercitáveis, inclusive para determinar *ex officio* prova eventualmente excluída pelas partes. Especificamente em relação a isso, apontou-se relevante repercussão prática pertinente à determinação oficiosa de perícia, relativa ao pagamento de honorários do perito que, nessa hipótese, devem ser rateados pelas partes a teor do artigo 95, *caput*, do Código de Processo Civil. Considerando os possíveis entraves à realização da prova por falta de pagamento dos honorários, sugeriu-se, *de lege lata*, que, nos casos de determinação *ex officio* de perícia excluída por convenção das partes, o custo da prova se transfira ao Estado, adequando-se a interpretação da norma mencionada.

Confirmando, pois, a hipótese levantada no início da pesquisa, a análise dessas convenções permitiu reafirmar a existência de opção legislativa no sentido de admitir que, em casos específicos, os poderes instrutórios do juiz sofram limitações legítimas, desde que este tenha concorrido como emissor de declaração de vontade formadora da convenção. Isso não representa afronta aos vetores do Processo Civil democrático, pois o próprio sistema estabelece as situações limitantes.

Finalmente, independentemente da posição que assuma frente à convenção processual probatória cabem ao juiz, ainda, atuar no sentido *(i)* de fiscalizar a validade do acordo e *(ii)* de zelar pelo seu adequado cumprimento, inclusive determinando as providências necessárias para tanto, sob pena de negar eficácia à norma convencional válida.

Em relação ao controle de validade, concluiu-se que a posição assumida pelo juiz na convenção processual probatória não impede a sua realização, porém, o modifica quanto ao modo e momento de exercício no processo. A partir dessas observações, identificou-se o controle como simultâneo e em perspectiva (a ser exercido nas convenções em que o juiz seja parte) e, diversamente, posterior e concreto (nas hipóteses em que seja terceiro).

Nos desdobramentos da atuação fiscalizatória do juiz acontecem interessantes interações com as convenções processuais probatórias que também demandam a equalização entre autorregramento da vontade e os poderes do magistrado. Neste sentido, observou-se

que o sistema o autoriza a exercê-los no sentido de invalidar a convenção, mas não alterar o seu conteúdo, sob pena de invasão indevida ao espaço de liberdade das partes. Mais que isso, a leitura adequada do assunto apontou que o juiz não pode desprestigiar a cooperação nem a eficiência (que no caso das provas se manifesta pelo princípio da máxima eficiência dos meios de prova), para que a convencionalidade em matéria processual realmente promova a racionalização e efetividade do processo.

De todo o estudo é possível reafirmar a matriz publicista do Processo Civil brasileiro. Apesar de atualmente mais permeável à atuação do autorregramento da vontade, foi possível constatar que o sistema processual ainda confere ao juiz uma parcela considerável de poderes no sentido de viabilizar o equilíbrio entre interesses públicos e privados atuantes no processo.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A prova pericial no processo civil:** o controle da ciência e a escolha do perito. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. **A contratualização do processo:** das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2014.

AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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, mar./2011, pp. 167-200. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000016331dd65d90f0341d0&docguid=Ic54dc100659311e0bd4c0000855dd350&hitguid=Ic54dc100659311e0bd4c0000855dd350&spos=2&epos=2&td=3&context=45&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em 20 abr. 2018.

ANSANELLI, Vicenzo. Modulazioni dela tratazione nella recente reforma italiana del processo civile: spunti minimi di rafronto comparato. **Revista de processo comparado**, v. 3, jun.-nov./2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RProComp_n.3.10.PDF. Acesso em: 29 nov. 2018.

AROCA, Juan Montero. Sobre el mito autoritário de la "buena fe procesal". In: _____ (Coord.) **Processo civil e ideologia**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirantlo Blanch, 2006, p. 294-336.

_____. El processo civil llamado 'social' como instrumento de justicia autoritaria. In: _____ (Coord.). **Processo civil e ideologia**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirantlo Blanch, 2006, p. 130-166.

ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais.** 3. ed. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 289-314.

AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. **Revista de processo**, v. 246, ago/2015, pp. 219-238.

_____. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais – já uma releitura. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 401-424.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico:** existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1974.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: JusPodium, 2017.

BARROZO, Thais Aranda. O calendário processual no direito francês e no italiano: reflexos no novo Código de Processo Civil. In: ZUFELATO, Camilo et al (coords). **I colóquio Brasil-Itália de direito processual civil**. Salvador: JusPodium, 2016, pp. 481-502.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo.** Influência do direito material sobre o processo. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____ **Poderes instrutórios do juiz.** 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico** (ristampa corretta della II edizione). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. Ensaio sobre a prova pericial no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, vol. 244, jun./2015, pp. 33-57. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000166d32a433a78427a13&docguid=Ib6da55b0222311e5bdc5010000000000&hitguid=Ib6da55b0222311e5bdc5010000000000&spos=1&epos=1&td=195&context=16&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1 Acesso em: 01 nov. 2018.

BONATO, Giovani. Il sistema probatorio nel processo civile italiano. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, jul.-dez./2017, pp. 165-188. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1876/1778>. Acesso em: 01 jan. 2019.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo:** a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. Princípios do processo no novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo. **Revista de processo**, v. 269, a. 42, p. 139-149, jul./2017.

_____. **Fundamentos da Prova Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Decreto nº. 737 de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim737.htm. Acesso em: 02 jun. 2018.

_____. Código de Processo Civil (1939). Decreto-Lei n.º 1.608 de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado, 1939.

_____. Código de Processo Civil (1973). Lei n.º 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado, 1973.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei n.º 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Senado, 1996.

_____. Código Civil (2002). Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002.

_____. Comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de lei no 6.025, de 2005, ao Projeto de lei no 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do "Código de Processo Civil" (revogam a lei n o 5.869, de 1973). Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2013.

_____. Código de Processo Civil (2015). Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado, 2015.

_____. **Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília**: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf. Acesso em: 24 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão em 05 dez. 2018**, recurso repetitivo tema nº 988, Corte Especial. Estado de Mato Grosso. ANDRIGHI, Nancy. Publicada no DJE disponibilizado em 19 dez. 2018. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp. Acesso em: 22 dez. 2018.

BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 72, n. 1, 1977, pp. 131-152.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodium, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2018.

CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, anno LXII – Supplemento al fascicolo 3/2008. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2008, p. 7-35.

CADIET, Loïc. Pour une “théorie générale du procés”. **Ritsumeikan Law Review**, n. 28, junho/2011, pp. 127-145. Disponível em: http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr28/rlr28idx.htm. Acesso em: 11 abr. 2018.

_____. Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia em Francia. **Civil procedure review**, v. 3, n. 3, aug-dec./2012, pp. 3-35. Disponível em: www.civilprocedurereview.com. Acesso em: 03 ago. 2015.

_____. La qualification juridique des accords processuels. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios processuais.** Salvador: JusPodium, 2015, pp. 93-103.

_____. La tendance a la contractualisation de la justice et du procés. **Revista de processo**, v. 261, nov./2016, pp. 117-137. Disponível em: http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001634aa21ed32a3acba0&docguid=Iab0a23508f9b11e6862e010000000000&hitguid=Iab0a23508f9b11e6862e010000000000&spos=2&epos=2&td=2&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 10 maio 2018.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil.** Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CANELLA, Maria Giulia. Gli accordi processuali francesi volti alla "regolamentazione collettiva" del processo civile. **Rivista trimestrale di diritto e proceduracivile**, anno LXIV, n. 2, v. 64. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2010, pp. 549-580.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, anno LXII – Supplemento al fascicolo 3/2008. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2008, pp. 99-119.

_____. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. **Revista de processo**, v. 192, fev./2011, pp. 398-415.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias, sociedad**. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A Banghaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo:** um comentário à Lei nº 9.307/1996. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. O novo Código de Processo Civil e o juiz hiperativo. In**: O novo Código de Processo Civil:** questões controvertidas. (Vários autores). São Paulo: Atlas, 2015, pp. 61-75.

CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile**. Padova: La litotipo – Editrice Universitaria, 1920.

_____. **Istituzioni del nuovo processo civile italiano**, 4ª edizione emendata e aggiornatta, vol. primo. Roma: Soc. ed. del "foro italiano", 1951.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1942.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

CIPRIANI, Franco. El processo civil italiano entre revisionistas y negacionistas. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). **Processo civil e ideologia**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirantlo Blanch, 2006.

CÓDIGO de Processo Civil: histórico da lei. v. I, t. I. Brasília: Senado Federal (Subsecretaria de edições técnicas), 1974.

COMISSÃO de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do novo Código de Processo Civil. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil.** Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1. Acesso em: 30 ago. 2016.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia.** 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTA, Adriano Soares da. **Brevíssimas notas sobre os negócios jurídicos processuais.** 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/23775732/BREV%C3%8DSSIMAS_NOTAS_SOBRE_OS_NEG%C3%93CIOS_JUR%C3%8DDICOS_PROCESSUAIS_ELEITORAIS?auto=download. Acesso em: 13 nov. 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 511-526.

COSTA, Judith Matins. O direito privado como um “sistema em contrução”:as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**. Brasília: Senado Federal, a. 35, n. 139, jul.-set./1998, pp. 5-22, p. 8. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/r139-01.pdf. Acesso em: 09 out. 2018.

COSTA, Marília Siqueira da. **Convenções processuais sobre intervenção de terceiros**. Salvador: Editora JusPodium, 2018.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. **Protagonismo judicial:** novo ativismo e teoria geral da função jurisdicional. São Paulo: Leud, 2017. *E-book.*

COUTO, Camilo José D’Ávila. **Ônus da prova no processo civil:** dinamização – teoria e prática. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Revista de processo**, v. 209, julho/2012, pp. 349-374.

_____. A Previsão do Pincípio da Eficiência no Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 233, jul./2014, pp. 65-84. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc6000001666a2fbf8519c65fa6&docguid=I8fdb6720fcf311e3999a010000000000&hitguid=I8fdb6720fcf311e3999a010000000000&spos=1&epos=1&td=4000&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios processuais.** Salvador: JusPodium, 2015, pp. 27-62.

_____. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodium, 2015, pp. 39-74.

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**, v. 249, nov./2015, pp. 451-468.

DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais.** 3. ed. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 165-212.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico.** 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

DENTI, Vittorio. La evolución del derecho de las pruebas em los procesos civiles contemporáneos. In: **Estudios de derecho probatório**. Buenos Aires: EJEA, 1974.

DIDER JUNIOR, Fredie. Três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de processo**, v. 198, a. 36, pp. 213-225, ago./2011.

_____; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2013.

_____. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. v. 1. Salvador: JusPodium, 2014.

_____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios processuais.** Salvador: JusPodium, 2015, pp. 19-25.

_____. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. v.1. Salvador: JusPodium, 2016.

_____; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais.** Salvador: JusPodium, 2018, pp. 169-191.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Tutela jurisdicional. **Revista de processo,** São Paulo, a. 21, n. 81, p. 54-79, jan./fev./mar. 1996.

_____. **Instituições de direito processual civil.** 4. ed. rev. e atual. v. I. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Instrumentalidade do processo.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Instituições de direito processual civil.** 6. ed. v. II. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil** (de acordo com a Lei 13.256 de 4.2.2016). São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. **Instituições de direito processual civil.** 7. ed. rev. e atual. v. II. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. **Instituições de direito processual civil.** 7. ed. rev. e atual. v. III. São Paulo: Malheiros, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 23. ed. v. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.São Paulo: Saraiva, 2007.

DI SPIRITO. Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual. **Revista de direito privado**, ano 16, v. 63, jul.-set./2015, pp. 125-193, p. 145.

FARIA, Marcela Kohlbach de. Vinculacióndeljuez a lãs convenciones em materia de prueba. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CAVANI, Renzo (Coords.). **Convenciones procesales**. Estudios sobre negocio jurídico y processo. v. 1. Lima: Ragueledicciones, 2015.

FENOLL, Jordi Nieva. La actuación de oficio del juez nacional europeo. **Revista de processo**, v. 279, maio/2018, pp. 419-439.

FERRARA, Luigi Cariota. **Il negozio giuridico nel diritto privato italiano.** Napoli: Casa Editrice A. Morano, ?

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

_____. A prova pericial no novo Código de Processo Civil. **Revista do advogado**, a. XXXV, nº. 126, maio/2015, pp. 204-209.

FONSECA, Elena Zucconi Galli. Il calendario del processo. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, anno LXVI, v. 66, n. 4. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, dicembre/2012, pp. 1393-1407.

FONSECA, Carlos Medeiros. Poderes instrutórios do juiz e negócio jurídico processual: uma breve análise à luz do novo código de processo civil brasileiro. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, ano 2 (2016), nº. 2. Lisboa: Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 297-316.

FRANÇA, Constituição da República Francesa, de 04 de outubro de 1958. Disponível em: http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp. Acesso em: 30 abr. 2018.

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. São Paulo: Atlas, 2008.

GARCEZ, José Maria. **Elementos básicos de direito internacional privado**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

GODINHO, Robson Renault. Negócios processuais sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). **Negócios Processuais**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 1. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 407-416.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica constitucional**: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008.

GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. **Scientia iuris**, v. 5/6, 2001/2002, pp. 93-123. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris. Acesso em 14 nov. 2017.

_____. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de processo**, v. 164, p. 29-56, out/2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. t. I e II. Trad. Flávio BenoSiebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

_____. **Facticidad y validez:** sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoria del discurso. 4. ed. Madrid: Trotta, 2005.

ITÁLIA. Costituzione della Repubblica Italiana. Assemblea Costituinte, 22/12/1947. Disponível em: https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf. Acesso em: 28 abr. 2018.

_____. Codice di procedura civile. Disponível em: http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile. Acesso em: 30 abr. 2018.

_____. Legge del 18 di giugno 2009, n. 69. Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 140 del 19 giugno 2009, Supplemento ordinário n. 95. Disponível em: http://www.camera.it/parlam/leggi/09069l.htm. Acesso em: 30 abr. 2018.

_____. Corte costituzionale. Sentenza n. 216/2013. Camera di Consiglio del 03/07/2013. Decisione del 03/07/2013. Pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del 24/07/2013. Disponível em: https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2013&numero=216. Acesso em: 30 abr. 2018.

KERN, Cristoph A. Procedural contracts in Germany. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios processuais.** Salvador: JusPodium, 2015, pp. 179-191.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LACERDA, Galeno. Processo e cultura. In: **Revista de direito processual civil.** v. III. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 74-86.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 7. ed. v. III. t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LEONEL, Ricardo Barros. Normas bifrontes no novo Código Civil: prescrição e decadência. **Revista justitia.** Disponível em: https://www.google.com/search?source=hp&ei=Zh_iW5T8M4q8wASL-6SoDw&q=normas+bifrontes+no+novo+c%C3%B3digo+civil+ricardo+barros+leonel&oq=normas+bifrontes+no+novo+c%C3%B3digo+civil+ricardo+barros+leonel&gs_l=psy-ab.3..33i160k1.682.13528.0.13818.61.52.0.5.5.0.344.7098.0j27j8j3.38.0....0...1c.1.64.psy-

ab..18.41.6721...0j0i131k1j0i10k1j0i22i30k1j33i21k1.0.3Lr2olvizWo. Acesso em: 30 ago. 2018.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. v. II. Tocantins: Intelectus, 2003.

_____. **Manual de direito processual civil.** Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. v. I. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

LIMA, Jairo Néia. **Direito fundamental à inclusão social:** eficácia prestacional nas relações privadas. Curitiba: Juruá, 2012.

LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. **Direito probatório.** 3. ed. Salvador: JusPodium, 2018, pp. 55-64.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. **Revista de Processo**, vol. 241, mar/2015, pp. 463-487. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000168394056e4015ec8a8&docguid=I4d41edc0cc6f11e4ae62010000000000&hitguid=I4d41edc0cc6f11e4ae62010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=26&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 19 abr. 2015.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. A influência do sistema probatório da arbitragem no regime da prova pericial do NCPC. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. **Direito probatório.** 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodium, 2018, pp. 1241-1254.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC**: crítica e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção:** de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de processo civil.** v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. El acuerdo sobre la prueba y los objetivos del processo civil. **La prueba em el processo/Evidence in the process** (II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal). Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2018, pp. 79-104. Disponível em: https://www.academia.edu/38120569/El_acuerdo_sobre_la_prueba_y_los_objetivos_del_proceso_civil?email_work_card=view-paper. Acesso: em 09 jan. 2019.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: ALVIM, Manuel Arruda; ALVIM, Thereza (Coords.). **Comentários ao Código Civil brasileiro:** Parte geral. v. I (arts. 1º a 103). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

_____. **Novo código de processo civil comentado.** 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:** plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Teoria do fato jurídico:** plano da eficácia (1ª parte). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Teoria do fato jurídico:** plano da validade. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MITIDIERO, Daniel Francisco. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de processo**, v. 183, p 165-194, maio/2010, p. 2 na versão online. Disponível em: http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000162db15bc65c8f86bae&docguid=Ia3d25750f25411dfab6f010000000000&hitguid=Ia3d25750f25411dfab6f010000000000&spos=10&epos=10&td=13&context=18&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 16 out. 2017

_____. **Processo e cultura:** praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil. 31p., p. 6. Disponível em: www.abdpc.org.br. Acesso em: 14 maio 2016.

_____. **Colaboração no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOLLICA, Rogerio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 2 (arts. 318 a 538). BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 332-399.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; BIANCHINI, Luiza Lourenço. Breves considerações sobre a responsabilidade civil do terceiro que viola o contrato (tutela externa do crédito). In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre Direito Civil.** v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, pp. 453-471.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. **Revista de processo**, v. 35, jul-set/1984, pp. 178-184.

_____. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo. In: _____. **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 43-56.

_____. Convenções das partes sobre matéria processual. In:_____. **Temas de direito processual:** terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 87-98.

_____. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In**: _____. Temas de direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 45-51.

_____. Sobre a "participação" do juiz no processo civil. In:_____. **Temas de direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 53-66.

_____. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo.** São Paulo, v. 27, n.105, jan./mar. 2002, p. 183-190.

_____. Reformas processuais e poderes do juiz. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 22, 2003, p. 58-72.

_____. O processo, as partes e a sociedade. In:_____. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 29-40.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil** (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973). 14. ed. rev. e atual. v. V (arts. 476 a 565). Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. O neoprivatismo no processo civil. **Revista brasileira de letras jurídicas**, nº 26, pp. 197-210. Disponível em: http://www.ablj.org.br/revistas/revista26.asp. Acesso em: 05 maio 2016.

_____. O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos. **Revista de processo**, ano 11, v. 41, pp. 7-14.

MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NALIN, Paulo. **Do contrato:** conceito pós moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2004.

NERY, Rosa Maria Andrade. Fatos processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócio jurídico processual (unilateral e bilateral). Transação. **Revista de direito privado**, v. 64, out.-dez./2015, pp. 261-274.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** 8. ed. v. único. Salvador: JusPodium, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). **Negócios Processuais.** Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 1. Salvador: *JusPodium*, 2015, p.81-92.

_____. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPodium, 2016.

_____. **Negócios jurídicos processuais.** 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do estado de direito. Coimbra: Almedina, 2006.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Notas acerca dos negócios jurídicos processuais atípicos – parte I: custos operacionais. **Revista de processo**, v. 283, set./2018, pp. 39-54, p. 5 (versão

online). Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000166db231f1accc65f1c&docguid=Ia6e688f097ae11e8aa89010000000000&hitguid=Ia6e688f097ae11e8aa89010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 26 out. 2018.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Ajuris**, n. 90, jun./2003, pp. 55-84.

_____. **Do formalismo no processo civil.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PARANÁ. Tribunal De Justiça Do Paraná. **Decisão em 31 jul. 2014**, Agravo de instrumento nº 1.243.177-5, 17ª Câm. Cível, Londrina/PR, SCHWEITZER, Fabian. decisão monocrática. Publicada no DJE nº 1386 em 06.08.2014. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11712676/Decis%C3%A3o%20monocr%C3%A1tica-1243177-5. Acesso em 08 jan. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Decisão em 19 jul. 2018**, autos n.º 0043759-63.2014. 8.16.0014, 8ª V. Cív. Londrina/PR. LUZ, Marcos Caires. Publicada no DJE disponibilizado em 20 jul. 2018. Disponível em: https://projudi.tjpr.jus.br/projudi/arquivo.do?_tj=29ebcccc94f671648ea62ddf3061aa6876ce157ccae48e5c342580a1fa13f8e7b547efa1dd6cb363. Acesso em: 05 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Decisão em 24 set. 2018**, autos n.º 0043759-63.2014. 8.16.0014, 8ª V. Cív. Londrina/PR. LUZ, Marcos Caires. Publicada no DJE disponibilizado em 24 set. 2018. Disponível em: https://projudi.tjpr.jus.br/projudi/arquivo.do?_tj=29ebcccc94f671648ea62ddf3061aa6876ce157ccae48e5c342580a1fa13f8e7b547efa1dd6cb363. Acesso em: 05 set. 2018.

_____. Tribunal De Justiça do Paraná. **AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 1.271.052-4**, 12ª C. Cível, Londrina, Relator Desembargadora Ângela Maria Machado Costa, unânime, julgamento em 07.10.2015, DJe nº1671 de 19.10.2015. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau . Acesso em: 05 jan. 2019

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. **Resolução nº 01/2010**, com modificações da Emenda Regimental nº 01/2016, de 13.09.2016 e atualizado até a Resolução nº 42/2018, publicada no DJe nº 2273, de 05.06.2018.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. 8ª Câmara Cível. **Correição Parcial nº 0043696-41.2018.8.16.0000**, Bocaiúva do Sul, Rel.: Desembargador Luiz Cezar Nicolau, publicado no DJPR-e de 17.10.2018. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000007687992/Decis%C3%A3o%20monocr%C3%A1tica-0043696-41.2018.8.16.0000#. Acesso em: 30 nov. 2018.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. [Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pp. 83-97.

_____. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PENASA, Luca. Gli accordi processuali in Italia. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios processuais.** 3. ed. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 255-287.

PESSOA, Fábio Guidi Tabosa**.** Breves Considerações em Torno da Disciplina do Direito Intertemporal no CPC 2015. In: **O novo Código de Processo Civil:** questões controvertidas. (Vários autores). São Paulo: Atlas, 2015, pp. 120-153.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil.** v. 1 (arts. 1º a 317). BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 191-207.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil:** introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEYRANO, Jorge Walter. **El processo civil:** princípios y fundamentos. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978.

PICARDI, Nicola. **Manualedel processo civile.** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2006.

PICÓ I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova:** estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientian* e sua repercussão atual. Trad. Darci Guimarães Ribeiro. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

PISANI, Andrea Proto. Público e privado no Processo Civil na Itália. **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 16, 2001, pp. 23-42.

POMJÉ, Caroline. 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 et al. **Negócios processuais**. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 65-81.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado:** parte geral, t. III: Negócios Jurídicos. Atual. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Junior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PORTUGAL. Código de Processo Civil (2013). Lei n.º 41 de 26 de junho de 2013. Aprova o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis. Acesso em: 07 mar. 2018.

PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982.

PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil:** negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação da construção do caso concreto. Salvador: JusPodium, 2017.

RAVAGNANI, Giovani dos Santos. Regras da IBA sobre "taking of evidence": compatibilidade com as normas processuais brasileiras. **Revista de processo**, v. 283, set./2018, pp. 565-606.

REDONDO, Bruno Garcia. Eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. **Revista Jurídica Unigran**, v. 15, n. 30, jul.- dez/2013, pp.97-110.

RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa. **Revista *Scientia iuris***, v. 13, 2009, pp. 155-168. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris. Acesso em: 13 jun. 2016.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Princípio da eficiência processual e direito à boa jurisdição. **Revista de Processo**, n. 275, pp. 89-117. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001666a495bdd04f444c5&docguid=If606d830fb3d11e78357010000000000&hitguid=If606d830fb3d11e78357010000000000&spos=2&epos=2&td=3655&context=77&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1 Acesso em: 07 out. 2018.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 4. ed. v. 1. São Paulo: Max Limonad, 1970.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem**. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SCHLOSSER, Peter F. Einverständliches parteihandeln im deutschen zivilprozess. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios processuais.** Salvador: JusPodium, 2015, pp. 105-120.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil.** v. 1 (arts. 1º a 317). BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 736-773.

SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais.** 3. ed. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 553-576.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo:** o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do actopostulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SOTELO, José Luis Vázquez. Iniciativas probatórias del juez em el processo civil. **Revista de processo**, a. 34, n. 177, nov./2009, p. 93-152.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Poderes éticos do juiz:** a igualdade das partes e a repressão ao abuso do processo. Porto Alegre: Fabris, 1987.

SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. **Revista de processo**, v. 17, jan.-mar./1980, pp. 138-149.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

TALAMINI, Eduardo. **Comentários ao Código de Processo Civil.** v. 2 (arts. 318 a 538). BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 141-214.

TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. **Revista de processo**, ano 31, v. 133, mar./2006, pp. 239-266.

TARUFFO, Michele. Veritá e probabilità nella prova dei fatti. **Revista de processo**, vol. 154, dez./2007, pp. 207-222

_____. Verità negoziata? **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, anno LXII – Supplemento al fascicolo 3/2008. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2008, p. 69-98.

TROCKER, Nicolò. Il contenzioso transnaonale e il diritto delle prove. **Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, a. XLVI, n. 2, giugno/1992. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, pp. 475-507.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. Contra o Processo Autoritário. In**: O Novo Código de Processo Civil:** questões controvertidas. (Vários autores). São Paulo: Atlas, 2015, pp.267-281.

_____. Natureza e objeto das convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios processuais.** 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 23-29, p. 27.

TUCCI, Rogério Lauria. **Temas e problemas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1983.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais:** estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier**.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 152-164.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil:** artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998.

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

YARSHELL, Fávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 75-92.

ZUFELATO, Camilo. Flexibilização procedimental e gestão processual no direito brasileiro. In: _____ et al. **I colóquio Brasil-Itália de direito processual civil**. Salvador: JusPodium, 2016, pp. 245-264.