



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO**

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU***

**EM PROCESSO CIVIL**

**ANA CAROLINA SOUTO AGUIAR FONSECA**

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS EM MATÉRIA  
PROBATÓRIA E PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ**

**Manhuaçu/MG**

**2022**

**ANA CAROLINA SOUTO AGUIAR FONSECA**

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS EM MATÉRIA  
PROBATÓRIA E PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de  
Direito e Gestão como requisito parcial para a  
obtenção de grau de Especialista em Processo  
Civil.

**Manhuaçu - MG  
2022**

**ANA CAROLINA SOUTO AGUIAR FONSECA**

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS EM MATÉRIA PROBATÓRIA E  
PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Processo Civil, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Manhuaçu, \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / 2022

Dedico o presente trabalho para João e Divânia,  
meus pais, que sempre confiaram em mim.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dado força para concluir este trabalho.

Sou grata também à Faculdade Baiana de Direito pelas excelentes aulas ministradas por professores que me instigaram a estudar o tema trabalhado.

Ao meu pai, minha mãe e minhas irmãs pelo suporte e incentivo.

Ao meu marido Paulo Henrique, que apoiou minha ausência e me auxiliou durante este período.

Não há fatos eternos, como não há verdades absolutas.

Friedrich Nietzsche

## RESUMO

O tema de estudo do presente trabalho é analisar a perspectiva dos negócios jurídicos processuais probatórios atípicos em face dos poderes instrutórios do juiz, cuja previsão é pela ampliação de seus poderes, resquício do princípio inquisitivo. O novo Código adotou o modelo cooperativo, restabelecendo a autonomia da vontade das partes no procedimento por meio do trabalho comunitário e colaborativo entre os sujeitos processuais e o magistrado. Ainda, instituiu os negócios jurídicos processuais atípicos, instrumentalização do princípio do autorregramento da vontade, por meio de cláusula geral de atipicidade, disposta no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, que prevê que as partes plenamente capazes, em matéria de direito que admitir autocomposição, poderão estipular mudanças no procedimento a fim de ajustá-lo conforme a autonomia da vontade em relação ao ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Assim, analisará o processo civil sob o marco teórico do Constitucionalismo Processual, que foi instituído pelo Estado Constitucional com o advento da Constituição Federal de 1988, coadunando o processo civil às ideias constitucionais que visa salvaguardar a observância aos direitos e garantias fundamentais. Resulta-se que os litigantes poderão convencionar sobre matéria probatória cujo conteúdo restrinja a iniciativa probatória do julgador, ainda que esta não seja a intenção principal dos sujeitos, visto que a eles cabem o manejo do procedimento de acordo com seus interesses particulares e não caberá ao órgão julgador o requerimento de ofício contrário ao que foi entabulado pelas partes, de maneira que irá violar o devido processo legal, a solução consensual dos conflitos e o contraditório, devendo o togado, em caso de dúvida no julgamento, decidir com base na regra do ônus probatório.

**Palavras chaves:** Negócios Jurídicos Processuais Atípicos; matéria probatória; juiz; poderes instrutórios.

## **LISTA DE ABREVIATURA**

Art. – Artigo

CPC – Código de Processo Civil

ENFAM - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

Nº - Número

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2 MODELOS DOGMÁTICOS DOS CÓDIGOS DE PROCESSO CIVIL.....</b>	<b>13</b>
2.1 MODELO ADVERSARIAL.....	13
2.2 MODELO INQUISITIVO.....	14
2.3 MODELO COOPERATIVO.....	16
<b>3 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS.....</b>	<b>20</b>
3.1 PRINCÍPIO DO AUTORREGRAMENTO DA VONTADE .....	21
3.2 CONCEITO DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E CLASSIFICAÇÃO.....	22
<b>3.2.1 Conceito do negócio jurídico processual .....</b>	<b>23</b>
<b>3.2.2 Classificação do negócio jurídico processual .....</b>	<b>24</b>
3.2.2.1 Negócios jurídicos processuais típicos ou atípicos.....	24
3.2.2.2 Cláusula geral de negociação: art. 190 CPC.....	25
3.2.2.3 Negócios jurídicos processuais unilaterais, bilaterais ou plurilaterais .....	26
3.2.2.4 Negócios jurídicos processuais expressos ou tácitos.....	27
3.2.2.5 Negócios jurídicos processuais comissivos ou omissivos.....	27
3.2.2.6 Negócios jurídicos processuais antecedentes ou incidentais.....	28
3.2.2.7 Negócios jurídicos processuais endoprocessuais ou extraprocessuais.....	28
3.3 REQUISITOS DE VALIDADE E PRESSUSPOSTOS DE EXISTÊNCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS .....	28
<b>3.3.1 Capacidade do agente.....</b>	<b>29</b>
<b>3.3.2 Manifestação de vontade.....</b>	<b>31</b>
<b>3.3.3 Objeto do negócio jurídico processual.....</b>	<b>32</b>
3.3.3.1 Direitos que admitem autocomposição.....	33
<b>3.3.4 Forma do negócio jurídico processual .....</b>	<b>34</b>
3.4 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E A FIGURA DO JUIZ.....	34

<b>4 NOÇÕES GERAIS SOBRE A PROVA .....</b>	<b>38</b>
4.1 CONCEITO JURÍDICO DE PROVA .....	38
4.2 DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA .....	40
4.3 PROVA E A BUSCA PELA VERDADE .....	41
4.4 FINALIDADE DA PROVA.....	44
4.5 DESTINATÁRIO DA PROVA.....	46
4.6 SISTEMA DA VALORAÇÃO DA PROVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	48
<b>4.6.1 Tarifa legal ou das provas legais .....</b>	<b>49</b>
<b>4.6.2 Íntima convicção .....</b>	<b>51</b>
<b>4.6.3 Livre convicção motivada ou da persuasão racional.....</b>	<b>51</b>
<b>4.6.4 Modelos para o efetivo controle da valoração probatória .....</b>	<b>57</b>
<b>5. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PROBATÓRIAS E A LIMITAÇÃO DO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ.....</b>	<b>60</b>
5.1 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ.....	61
5.2 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PROBATÓRIOS CUJO CONTEÚDO RESTRINGE O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ.....	65
<b>5.2.1 Corrente doutrinária contrária aos negócios jurídicos processuais probatórios atípicos que restringem ou limitam os poderes instrutórios do juiz .....</b>	<b>66</b>
<b>5.2.2 Corrente doutrinária favorável aos negócios jurídicos processuais probatórios atípicos que restringem ou limitam os poderes instrutórios do juiz .....</b>	<b>68</b>
5.3 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PROBATÓRIOS QUE CONVENCIONAM O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ .....	70
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>72</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>75</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O debate entre os modelos processuais do privatismo e o publicismo foi bastante estudado e analisado pelos doutrinadores ao longo dos anos e, após a instituição do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, tal discussão foi restabelecida.

O novo Código adotou o modelo cooperativo, restabelecendo a autonomia da vontade das partes no procedimento por meio do trabalho comunitário e colaborativo entre os sujeitos processuais e o magistrado. Ainda, instituiu os negócios jurídicos processuais atípicos, instrumentalização do princípio do autorregramento da vontade, por meio de cláusula geral de atipicidade, disposta no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, que prevê que as partes plenamente capazes, em matéria de direito que admitir autocomposição, poderão estipular mudanças no procedimento a fim de ajustá-lo conforme a autonomia da vontade em relação ao ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Neste sentido, o tema de estudo do presente trabalho é analisar a perspectiva dos negócios jurídicos processuais probatórios atípicos em face dos poderes instrutórios do juiz, cuja previsão é pela ampliação de seus poderes, resquício do princípio inquisitivo.

Assim, analisará o processo civil sob o marco teórico do Constitucionalismo Processual, que foi instituído pelo Estado Constitucional com o advento da Constituição Federal de 1988, coadunando o processo civil às ideias constitucionais que visa salvaguardar a observância aos direitos e garantias fundamentais.

O trabalho será desenvolvido em quatro capítulos. No primeiro tópico será analisado os modelos dogmáticos processuais do sistema adversarial, inquisitório e cooperativo verificando em cada sistema qual era a atuação das partes e do magistrado na condução e no gerenciamento do procedimento.

No segundo capítulo, pretende-se verificar a matéria dos negócios jurídicos processuais, conceito, classificação, requisitos de existência e validade, a figura do juiz diante dos negócios jurídicos processuais, em especial os negócios jurídicos processuais atípicos, que foram estabelecidos pelo artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015.

Em seguida, no terceiro capítulo, estudará a teoria geral da prova, a relação entre prova e busca da verdade, qual a sua finalidade e os destinatários da prova.

Por fim, no quarto capítulo, o presente trabalho procura responder os seguintes questionamentos: é possível que as partes convençionem por meio de negócio jurídico processual probatório atípico conteúdo que restringe e limita os poderes instrutórios do juiz?

Ainda, os litigantes poderão entabular negócios jurídicos probatórios atípicos que tem como objetivo vedar e suprimir integralmente os poderes do magistrado em relação à iniciativa probatória?

## 2 MODELOS DOGMÁTICOS DOS CÓDIGOS DE PROCESSO CIVIL

Os Códigos de Processo Civil transportam consigo os paradigmas daquela sociedade atual e a maneira que entende adequada para conduzir o processo. Assim, deve-se, primeiramente, ser apresentado neste trabalho os modelos dogmáticos pelos quais os Códigos Processuais foram construídos, a fim de examinarmos os modelos processuais e a forma pela qual se dava a divisão de trabalho entre as partes e o órgão julgador, sobretudo, no que diz respeito à instrução probatória.

### 2.1 MODELO ADVERSARIAL

O primeiro modelo dogmático a ser compreendido trata-se do modelo adversarial, nomenclatura utilizada pelos juristas do *common law*, desencadeado pelo movimento iluminista, que destacou a soberania da vontade individual, com base no ideal liberalista do *laissez-faire*, sendo o processo considerado “coisa das partes”. O modelo adversarial remonta-se às figuras das partes, que se partem da posição de litígio e adversários e, por outro lado, o órgão julgador assume a posição de prolator de decisão. Nesse sentido, considerando que aos particulares foi concedido a tarefa de condução e instrução do processo e que o juiz possui poder mínimo no procedimento, é possível afirmar que, no modelo adversarial, observa-se o princípio dispositivo (DIDIER JÚNIOR, 2011).

No modelo adversarial há duas partes em conflito e o órgão julgador neutro, que assume a função de decidir. Nesse modelo, as partes ficaram competentes por delinearem as questões fáticas processuais e os meios de provas a serem utilizados para que comprovassem as suas alegações, tendo a supremacia na condução do processo (BARREIROS, 2011). Logo, é possível observar que, no modelo adversarial, o processo é disposto às partes, elas se tornam donas da lide e o juiz assume posição passiva e inerte a fim de garantir a sua imparcialidade, posto que a sua função era meramente de garantir uma disputa justa aos particulares. Segundo Moreira (1998), a concepção que se tinha do modelo adversarial era de que o juiz se sujeitava à soberania das partes, por força da autonomia privada, que era compreendida de maneira absoluta.

A passividade judicial implica, assim, que o juiz se torne dependente das partes para colher os dados de que necessita para a tomada de sua decisão, especialmente no que tange às questões fáticas. A instauração do processo, a delimitação do seu objeto, a seleção e produção das provas tendentes à demonstração dos fatos subjacentes à demanda e, mesmo, em grande medida, a definição do material jurídico que embasará a decisão ficam a critério das partes, sendo o juiz um receptáculo de tais informações,

das quais se valerá para produzir o seu veredicto (BARREIROS, 2011, p. 60).

Quanto às questões processuais, em decorrência do princípio dispositivo, o magistrado não poderia requerer a produção de provas *ex officio*, pois a instrução probatória cabia apenas aos particulares, e também, ao órgão julgador era ilícito a análise dos conteúdos processuais de ofício (REDONDO, 2019). Portanto, no modelo adversarial, a figura do juiz era puramente intelectual, cognitiva e logística, fazendo a subsunção da norma aos fatos (REINAS, 2020).

## 2.2 MODELO INQUISITIVO

A mudança do modelo dogmático não se deu por uma caminhada linear e contínua, sendo repensado à ciência do Direito Processual, que passou a ser considerado ramo autônomo do Direito, desvincilhando-se do direito matéria. Nesse sentido, para Oskar von Bülow (1868), o processo se relacionava com o direito público, pois estava incluída a figura do Estado-juiz e, por tal, o autor defendia que as partes não poderiam convencionar sobre os poderes do juiz, por ser poder de outrem (CABRAL, 2016).

Diante da mudança de paradigma e o advento do Estado social, os direitos fundamentais de segunda geração previram os direitos sociais, de maneira que o papel do Estado se tornou significativo e participativo, sendo o processo repensando à luz da visão publicista.

Tal teoria foi profundamente difundida, de maneira que afastou o processo da ideologia liberal e prevaleceu o interesse público sobre o privado, sendo esquecido o tema da autonomia privada. Consequentemente, de acordo com Barreiros (2011), o processo deixa de ser “coisa das partes”, tendo como gerenciador o Estado-juiz o qual deverá julgar de forma rápida e correta, com a intenção de obter decisões justas, além de investigar a verdade dos fatos, ocasionando a verticalização da relação jurídica processual, na qual configurou maiores poderes ao julgador e sua figura ascende sobre as partes, assemelhando-se à uma pesquisa oficial. Assim, no modelo inquisitivo prevalece o princípio inquisitivo, visto que, ao magistrado foi atribuído maiores poderes (DIDIER JÚNIOR, 2011).

A incidência do princípio inquisitivo no processo ocasionou mudanças significativas no papel do juiz na gestão procedimental, tais quais: ao magistrado foi atribuído amplos poderes instrutórios, ordens *ex officio*, desvalorização do princípio do autorregramento da vontade e valorização da vontade do magistrado (REDONDO, 2019).

Nos Códigos de Processo Civil do Brasil, tanto o de 1939 quanto o de 1973, adotou-se a concepção do modelo inquisitivo, sobretudo na função do magistrado e a limitação da atuação

dos particulares nos procedimentos. Neste sentido, na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939, elaborada pelo Francisco Campos, é evidente o destaque da figura do juiz e da idealização publicista no processo, cujo trecho será ilustrado:

O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser a função que se atribui ao juiz. A direção do processo deve caber ao juiz; e este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira, que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em lhe reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade (BRASIL, 1939, p. 3).

A transformação fundamental na divisão de tarefas entre o magistrado e as partes que diferenciam os modelos dogmáticos diz respeito à instrução probatória, ou seja, a busca da verdade por meio das provas. No modelo adversarial, cabia às partes apurar quais provas seriam produzidas no processo a fim de dar maior confiabilidade na versão dos fatos apresentados. Por outro lado, no modelo inquisitivo, a prova é o meio pelo qual irá comprovar a verdade dos fatos expostos, resultando em uma decisão justa. “A atividade probatória deixa de ser um assunto exclusivo das partes e passa a se submeter ao domínio judicial, o que exige do juiz a adoção de uma postura mais atuante no processo” (BARREIROS, 2011, p. 96).

Dessa maneira, em relação à instrução probatória, no modelo inquisitivo, as partes se configuram como informantes, fontes de informação dos fatos e devem cooperar com o magistrado para encontrar a verdade das alegações, não podendo, inclusive, absterem-se de produzir determinada prova requisitada pelo juiz, mesmo que seja contrário aos seus interesses (BARREIROS, 2011).

Conforme este entendimento, Bedaque (1994) defendia que a jurisdição é exercida pelo Estado, que visava resguardar os direitos objetivos e privilegiar os interesses da sociedade, a fim de garantir o procedimento justo e a paz social.

Por fim, quanto à matéria de convenção processual, tendo em consideração o fenômeno do hiperpublicismo, publicização do processo, aumento dos poderes do juiz e a redução da autonomia dos particulares, é possível afirmar que a liberdade das partes de convencionarem as diretrizes processuais foi restringida, pois ao Estado-juiz cabia determinar as regras procedimentais, ideologia essa prevista nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 (CABRAL, 2016).

Atentando às características dos modelos dogmáticos adversarial e inquisitivo, é possível averiguar que o processo não deve ser assimilado à visão polarizada, posto que o processo é instrumento da jurisdição, não obstante deverá permitir que as partes influem no processo, de maneira que disponham sobre seus direitos processuais e a observância do princípio do autorregramento da vontade.

Por último, não se pode afirmar que o modelo processual brasileiro adotado é totalmente adversarial ou inquisitivo, pois, a depender do tema processual, irá predominar o princípio dispositivo ou o princípio inquisitivo, por exemplo, sobre a instauração do processo, produção de provas, questões fáticas e de direito, recursos, entre outros. Portanto, o que há é a ascendência do princípio adversarial ou inquisitivo a depender do conteúdo (DIDIER JÚNIOR, 2021).

### 2.3 MODELO COOPERATIVO

Nos Códigos Processuais de 1939 e 1973 houve a influência do princípio inquisitivo na elaboração dos códigos. Todavia, pôde-se vislumbrar o enfraquecimento do fenômeno do hiperpublicismo, que se deu em razão da prestação jurisdicional insatisfatória, morosa, na qual desestimulou os particulares a procurarem o sistema judicial diante a inefetividade. Diante disso, o Código de Processo Civil de 2015 apresentou um novo modelo processual, o modelo cooperativo, que é a combinação do modelo dispositivo e inquisitivo, a depender do aspecto e do conteúdo, e tem como base os princípios do devido processo legal, do contraditório e da boa-fé.

No Código de Processo Civil de 2015, verifica-se que em algumas temáticas há traços de determinados modelos dogmáticos. A fim de ilustração, em relação aos poderes instrutórios do magistrado, previsto nos artigos 370 e 357, incisos II, III e IV, e o dever-poder e responsabilidade do juiz, disposto no artigo 139, inciso IV, existem características que remontam ao sistema inquisitivo. Por outro lado, quanto a instauração do processo, artigo 2º, e a delimitação do objeto litigioso, artigos 141, 329 e 492, denota-se aspectos do modelo dispositivo (REDONDO, 2019).

O princípio do contraditório, no modelo cooperativo, foi redimensionado e estimado, não apenas sob a visão tradicional da informação e possibilidade de reação, como também a inclusão do magistrado no diálogo dos sujeitos processuais (DIDIER JÚNIOR, 2011). Nesse paradigma, o juiz não é o gestor exclusivo do procedimento e a vontade das partes não é única, pelo contrário, haverá trabalho conjunto entre o magistrado e os particulares com o propósito

de que o processo alcance decisão justa.

Destarte, o juiz deve conduzir cooperativamente o processo, sendo paritário no gerenciamento processual e assimétrico na decisão, sendo-lhe atribuído duplo papel na direção do processo. Isso significa dizer que, durante a presidência da instrução, o órgão julgador deverá incluir as partes, trabalhando conjuntamente e compartilhando a atividade cognitiva, entretanto, no momento de proferir a decisão, o magistrado deverá se afastar dos particulares, tendo em vista que a decisão é demonstração do poder do órgão jurisdicional e lhe é uma função exclusiva (DIDIER JÚNIOR, 2011).

Neste sentido, a relação piramidal tradicional que representava o papel do magistrado e das partes foi modificada, cuja relação de poderes procedimentais era descompensada, sendo as suas funções horizontalizadas, de maneira que o juiz desempenha o compromisso de realizar o diálogo com os particulares, de forma que as tornam mais atuantes durante o gerenciamento do procedimento. Entretanto, no momento do proferimento da decisão, a posição do julgador será assimétrica e verticalizada, havendo o distanciamento (MAFFESSIONI, 2020).

Em contrapartida, como pôde ser apresentado, no modelo inquisitivo, o órgão jurisdicional procedia assimetricamente durante a condução do processo e no momento de decisão. À vista disso, é possível averiguar que houve redimensionamento de poder na instrução processual no modelo cooperativo, havendo divisão equilibrada do trabalho entre os sujeitos processuais (MITIDIERO, 2012).

Em síntese, o modelo cooperativo inclui a figura do órgão jurisdicional como sujeito submetido ao crivo do contraditório, a condução do processo deverá ocorrer sem protagonismo de nenhum dos sujeitos processuais, nesse caso partes e magistrado, observância dos deveres de cooperação e a dupla-posição do juiz (BARREIROS, 2011).

Com a nova divisão de trabalho entre as partes e o juiz, o processo foi transformado em comunidade de trabalho policêntrica e coparticipativa, que nada mais é do que atuação ativa, colaborativa e preponderação do diálogo, a fim de obter, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

O princípio da cooperação, previsto no artigo 6º do Código de Processo Civil, dispõe que todos os sujeitos do processo deverão cooperar entre si, caracterizando um novo padrão comportamental. Isso não significa que as partes irão se favorecer, já que são litigantes entre si, contudo, irão dividir o trabalho de maneira equilibrada entre eles, não podendo o magistrado ficar alheio e inerte durante a condução procedimental.

Às partes e ao magistrado é imputado encargos em consequência do princípio da

cooperação, denominados de deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio. Quanto aos particulares e aos deveres de cooperação, Didier Jr. (2011) enuncia que há três deveres: o primeiro é o dever de esclarecimento, que é a responsabilidade das partes de elaborarem a demanda processual de forma clara e coerente, caso contrário sofrerá as consequências da inépcia. O segundo é o dever de lealdade, o qual determina que as partes devem litigar de boa-fé e, por fim, o dever de proteção, impõe que os particulares não promovam prejuízo aos demais disputantes.

Quanto ao órgão jurisdicional, também deve cumprir os deveres da cooperação na condução do processo. Em relação ao dever de esclarecimento, consoante Sousa (1997), o magistrado deve elucidar com as partes as dúvidas quanto às suas alegações, pedidos ou posições em juízo, não podendo indeferir a petição inicial sem antes requisitar aos particulares esclarecimentos (DIDIER JÚNIOR, 2011).

Segundo Costa; Carneiro (2019), a relevância desse dever é que reprime decisões precipitadas, inadequadas ou incorretas, visto que o juiz, antes de proferir a decisão, intima as partes para esclarecimentos das dúvidas. Além disso, o dever de esclarecimento também é aplicado ao próprio órgão jurisdicional de clarificar o seu próprio pronunciamento aos particulares (DIDIER JÚNIOR, 2021).

O dever de prevenção é o dever do tribunal de apontar aos particulares quanto as eventuais deficiências processuais, a fim de que possam ser ajustadas e concretizar o princípio da primazia da decisão de mérito (DIDIER JÚNIOR, 2011). Didier Jr. (2011) aponta quatro áreas de aplicação do dever de prevenção, segundo o autor, “explicitação de pedidos poucos claros, o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa atuação pela parte” (DIDIER JÚNIOR, 2011, p. 146).

Quanto ao dever de consulta ou de informar, determina que o juiz deverá consultar às partes e submeter ao contraditório toda questão fática ou de direito que não tenha sido exposta no processo ainda que a matéria possa ser conhecida de ofício pelo magistrado (DIDIER JÚNIOR, 2011).

Por último, o dever de auxílio determina que o tribunal deverá amparar os particulares frente a eventuais dificuldades que possam obstar o “exercício de seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais” (SOUSA, 1997, p. 65). Segundo Didier Jr. (2011), não cabe ao magistrado o dever de auxiliar as partes, papel este que deverá ser exercido pelo advogado. Na verdade, ao juiz será imposto o dever de zelar pelo contraditório,

visto que o auxílio pelo órgão jurisdicional é imprevisível a conduta a ser adotada pelo magistrado.

À vista disso, verifica-se que no modelo cooperativo a autonomia das partes foi repensada, não mais compreendendo a visão clássica, mas sob a interpretação constitucional e dos direitos fundamentais, nos quais permitem que os particulares expressem a autonomia em matérias processuais, porém há limitações nas demonstrações de vontades (GODINHO, 2015).

Assim, após compreender e analisar os modelos dogmáticos que influenciaram o Código de Processo civil, fundamentados no princípio dispositivo, inquisitivo e cooperativo, verifica-se que a diferença essencial entre os modelos processuais é justamente a divisão de trabalho entre o magistrado e os particulares e a função atribuída a cada indivíduo durante a condução procedimental, inclusive o alcance da sua participação.

À luz do exposto, é possível constatar que o modelo processual cooperativo coaduna com o Estado Democrático de Direito, pois reconhece a democracia participativa como direito fundamental, garante a participação dos cidadãos na esfera do órgão jurisdicional, garante a relação jurídica de comunidade de trabalho elencado na boa-fé, contraditório e devido processo legal de maneira que as partes influenciam no procedimento, coabitando os poderes do magistrado e a autonomia dos particulares (BARREIROS, 2011).

### 3 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Tema bastante controverso e debatido na doutrina brasileira é sobre a possibilidade ou não das partes ajustarem o direito processual e estipularem diretrizes procedimentais de acordo com os seus interesses individuais, sendo tal oportunidade inadmitida pela doutrina processual do Brasil, por diversos anos.

Segundo o doutrinador clássico Dinamarco (2009), não era possível admitir a existência dos negócios jurídicos processuais, já que para ele os atos processuais deveriam suceder da previsão legal e não da manifestação de vontade dos particulares, considerando que os efeitos estavam determinados em lei. Assim, ele considerava que os negócios jurídicos processuais eram atos de autorregulação de interesses, que eram entabulados baseados no princípio da autonomia da vontade e, como a própria legislação dispunha os efeitos dos atos processuais, compreendia que não era possível que os particulares pudessem entabular negócios jurídicos processuais, visto que seus efeitos não reproduziam eficácia.

Neste mesmo entendimento, Câmara (2014), naquela época, alegou que os negócios jurídicos processuais não existiam no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em consideração que a manifestação de vontade dos sujeitos apenas resultava no processo os efeitos jurídicos que estivessem previstos em lei.

Passos (2005), também não admitia negócios jurídicos processuais. Para ele a previsão do artigo 158 do Código de Processo Civil de 1973, que dispunha sobre os atos das partes, oriundos das declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, apenas produzia efeitos jurídicos caso fosse homologado pelo juiz. Assim, ele fundamenta que caso não houvesse a intermediação do magistrado, o negócio jurídico processual era ineficaz e, por isso, compreendia que não era aceito negócio jurídico processual no ordenamento jurídico, visto que o negócio não tinha eficácia apenas com a manifestação de vontade das partes, mas estava submetido ao pronunciamento do julgador.

Assim, Cunha (2014) aponta que os doutrinadores que compreendiam pela não existência dos negócios jurídicos processuais fundamentavam que apenas seria possível admitir a presença de tal instituto no ordenamento jurídico brasileiro se os efeitos jurídicos decorressem da manifestação de vontade pessoal e explícita das partes, mas como compreendiam que os efeitos transcorriam da lei, não reconheciam os negócios jurídicos processuais.

Contudo, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a valorização da autonomia privada e a previsão do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, tal cenário

voltou a ser rediscutido.

### 3.1 PRINCÍPIO DO AUTORREGRAMENTO DA VONTADE

As codificações processuais antecedentes de 1939 e 1973 foram construídas sob o fenômeno do hiperpublicismo, com a apropriação estatal do gerenciamento do processo, ocasionando intolerância e resistência à autonomia privada, sendo oportunizadas às partes raríssimas demonstrações de vontade, sendo sufocada a liberdade privada. Os indivíduos podiam delimitar e renunciar questões que envolvessem o direito material, entretanto, em relação as prerrogativas procedimentais, não havia possibilidade de ser ajustado (CABRAL, 2016).

Todavia, conforme já explorado no tópico anterior, no Código de Processo Civil de 2015, de acordo com Didier Jr. (2021), admite-se o reconhecimento do controle procedimental pelos particulares, ampliando o poder privado no gerenciamento do processo e desvencilhando da tensão entre a liberdade dos indivíduos e a atuação do poder Estatal, sendo o processo comedido entre as liberdades das partes e o controle da jurisdição pelo Estado, proporcionando equilíbrio, equivalência e coordenação entre os sujeitos processuais e não mais uma relação de hierarquia e supremacia do magistrado (CABRAL, 2016).

A autonomia privada diverge da autonomia da vontade. Esta possui implicação subjetiva, que diz respeito à vontade intrínseca do particular. Aquela, por outro lado, diz respeito ao poder que as partes possuem de conduzir as relações jurídicas conforme seu interesse pessoal (GODINHO, 2015).

O princípio do autorregramento da vontade, ramificação do direito fundamental à liberdade, previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, exprime a prerrogativa que todos os sujeitos têm de conduzirem juridicamente seus interesses particulares, da maneira que considerarem mais adequada, de acordo com as suas escolhas (DIDIER JÚNIOR, 2021).

Segundo Ascensão (1999), o princípio do autorregramento da vontade pode ser detectado em quatro zonas de liberdade. A primeira é a liberdade de negociação, que abrange questões antecedentes ao cumprimento do negócio, a segunda é a liberdade de criação, que compreende a liberdade dos indivíduos de produzir novos negócios jurídicos processuais atípicos de acordo com a vontade particular; a terceira é a liberdade de estipulação, que é a prerrogativa de estabelecer quais serão os conteúdos do negócio jurídico processual e, por fim,

a liberdade de vinculação, que é a escolha que as partes possuem de celebrarem ou não o negócio jurídico processual.

Consoante Redondo (2019), o princípio do autorregramento da vontade pode ser extraído do Código de Processo Civil de 2015 a partir da conjugação dos seguintes artigos: a união do artigo 200, que trata da produção imediata das manifestações de vontade pelos particulares, sendo desnecessário a homologação judiciária, em regra, ainda o artigo 3º, §§ 2º e 3º que dispõem sobre promoção da solução consensual do conflito, sempre que possível, pelo Estado e que todos os sujeitos processuais devem estimular os métodos de autocomposição; também o artigo 139, inciso IV, traz como dever do magistrado o incentivo ao consenso das partes pelos métodos alternativos de solução de conflito e, por último, o artigo 190, parágrafo único, determina que o juiz apenas pode se manifestar contrariamente à vontade das partes apenas em casos de nulidade ou de inserção abusiva presentes em contratos de adesão ou se algum indivíduo indicar vulnerabilidade em relação ao outro participante.

Tais normas exemplificadas reproduzem a liberdade dos particulares de conduzirem formalmente o procedimento, de maneira que estabelecem os contornos do processo de acordo com os seus interesses privados, sendo readmitidos como protagonistas processuais, ao invés de meros expectadores, de modo que limitam a atuação e condução oficial pelo magistrado (CABRAL, 2016).

Neste sentido, no ambiente processual, cujo processo é devidamente regularizado, é possível vislumbrar o exercício da liberdade, que é exercido pelos particulares, sem que isso prejudique a natureza pública do processo estatal, necessitando que haja equilíbrio entre as regras processuais e a autonomia privada, recordando que a liberdade é fundamento do Estado Democrático de Direito (GODINHO, 2015).

Assim, considerando que o exercício das partes de liberdade amplia o autorregramento da vontade, o equilíbrio da repartição de poder entre o magistrado e os particulares, o modelo dogmático cooperativo, afirma-se que os negócios jurídicos são produtos da autonomia privada e devem ser lícitos no ordenamento jurídico, cabendo ao órgão jurisdicional apenas delimitar a análise *posteriori* do negócio jurídico processual, impedido o cerceamento da autonomia privada (REINAS, 2020).

### 3.2 CONCEITO DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E CLASSIFICAÇÃO

Os doutrinadores apontam diversos significados para conceituarem os negócios jurídicos processuais, trazendo consigo um universo de classificações, a depender da quantidade e forma de manifestar a vontade do número de agentes, do objeto, da forma, se há previsão expressa na legislação ou não, a depender do momento em que é instaurado a relação processual, entre outros.

### **3.2.1 Conceito do negócio jurídico processual**

A nomenclatura do negócio jurídico processual varia no ordenamento jurídico, a depender do autor, sendo intitulado de “contrato”, “convenção e acordo”, “pacto”, etc. A terminologia contrato remete à ideologia patrimonialista e obrigacional, cuja vontade dos sujeitos é oposta, divergente. Já quando é utilizado o termo convenção e acordo, diz respeito a vontades comuns, correspondentes, semelhantes. Por fim, o vocabulário pacto, é comumente utilizado no direito internacional (CABRAL, 2016).

O negócio jurídico processual, objeto de estudo que a presente pesquisa se ocupará, é “o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento” (DIDIER JR., 2021, p. 27).

Para Cabral (2016), o negócio jurídico processual é o ato habilitado para produzir efeitos no processo, em razão das vontades dos sujeitos, que podem ser declaradas unilateralmente, bilateralmente ou plurilateral que constituem, modifiquem e extinguem situações processuais ou capazes de alterar o procedimento.

O autor utiliza a expressão convenção processual para tratar de negócio jurídico bilateral em que os particulares, em comunhão de vontades, voltado a um interesse em comum criam, modificam e extinguem situações processuais, assim como podem transformar o procedimento, sendo desnecessário o pronunciamento dos demais sujeitos processuais (CABRAL, 2016).

De acordo com Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2016), o negócio jurídico processual tem a finalidade de convencionar efeitos processuais e poderá ser produzido em juízo ou extrajudicialmente.

Segundo Nogueira (2011, p. 137), o negócio jurídico processual é definido “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 dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”.

Ainda sobre o conceito do negócio jurídico processual, Maffessoni (2020) defende que os negócios processuais são frutos da manifestação da autonomia privada, advindos da exteriorização da vontade interna e priorizam a incidência de determinados efeitos, sejam eles convencionais ou legais, que serão empregados em processos futuros ou atuais, que podem, ainda, criar, modificar e extinguir situações jurídicas, bem como variar o procedimento.

Nesse sentido, o negócio jurídico processual estabelecido entre as partes deve ser compreendido como fonte de norma processual, que vinculará o órgão jurisdicional e poderá prever mudanças no procedimento, que será ajustado conforme o interesse e vontade dos particulares, conforme o princípio do autorregramento da vontade.

Câmara (2022) aponta que há duas categorias de negócios jurídicos processuais. A primeira diz respeito ao “ajuste de procedimento”, que nada mais é do que a possibilidade de as partes negociarem sobre modificações no procedimento de acordo com os seus interesses e utilidade. Já os negócios jurídicos processuais sobre “posições processuais” têm como objeto a convenção sobre os poderes, faculdades, ônus e deveres.

O Código de Processo Civil de 2015 elenca negócios jurídicos processuais típicos, tais quais: artigo 63, foro de eleição, artigo 65, competência relativa; artigo 168, escolha do conciliador, mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação; artigo 191, §§1º e 2º, calendário processual; artigo 313, inciso II, suspensão do processo por convenção das partes; artigo 357, §2º, autocomposição nas questões de fato e de direito na fase de saneamento; artigo 362, inciso I, adiamento da audiência por convenção das partes; artigo 373, §§3º e 4º, distribuição diversa do ônus da prova; artigo 471, indicação de perito pelos particulares; artigo 509, inciso I, liquidação da sentença acordado pelas partes etc. (REINAS, 2020).

### **3.2.2 Classificação do negócio jurídico processual**

Os negócios jurídicos processuais são classificados conforme diversos parâmetros apresentados pela doutrina, sendo os principais elencados neste tópico, sem o objetivo de esgotar o tema.

#### **3.2.2.1 Negócios jurídicos processuais típicos ou atípicos**

O critério da tipicidade ou atipicidade dos negócios jurídicos processuais concerne à definição legal do objeto convencional. Assim, os negócios jurídicos processuais serão típicos

quando houver previsão legal em lei, tais quais: eleição de foro (art. 63, CPC), calendário processual (art. 191, §§1º e 2º, CPC), a renúncia do prazo (art. 225, CPC), organização consensual do processo e o saneamento compartilhado e cooperativo (art. 357, §2º, CPC), acordo para suspensão do processo (art. 313, II, CPC), convenção sobre ônus da prova (art. 373, §§ 3º e 4º, CPC), a escolha do perito (art. 471, CPC), desistência do recurso (art. 999, CPC), etc.

Por outro lado, quanto aos negócios jurídicos processuais atípicos, não há previsão legal da sua regularização, objeto, formalidade, requisitos, etc. O exemplo do negócio processual atípico se encontra no art. 190 do CPC, dispõe que, quando o processo versar sobre direitos que admitem autocomposição, as partes poderão estipular mudanças no procedimento e convençionarem sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

### 3.2.2.2 Cláusula geral de negociação: art. 190 CPC

No Código de Processo Civil de 1973, no artigo 158, previa que as partes, por meio de declarações de vontade unilaterais ou bilaterais, poderiam constituir, modificar ou extinguir direitos processuais, como o foro de eleição, prazos e compromisso arbitral. Entretanto, não havia interpretação extensiva para os negócios jurídicos processuais atípicos, em consequência da compreensão publicista do processo, no qual os doutrinadores brasileiros defendiam que, para que o negócio processual produzisse efeitos e tivesse validade, necessitava de previsão legal, pois apenas a legislação poderia estabelecer normas jurídicas que modificavam, extinguíam e criavam situações jurídicas processuais (CABRAL, 2016).

Apesar disso, considerando tudo o que já foi apresentado e discutido neste trabalho, no Código de Processo Civil de 2015, do qual vige o modelo cooperativo, houve mudança de paradigma no papel das partes, que promoveu o equilíbrio entre os papéis dos particulares e do juiz, dando relevância à autonomia privada e ampliou a liberdade das partes, de maneira que permitiu aos sujeitos a possibilidade de estipulação de negócios jurídicos processuais que flexibilizassem o procedimento judicial.

No artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, que deverá ser interpretado conjuntamente com o artigo 200, vislumbra-se a cláusula geral de negociação, que proporciona a abertura do sistema jurídico, por se tratar de termo vago, indeterminado e que não tem a previsão legal da consequência jurídica em caso de descumprimento na temática do negócio jurídico processual, que permite a espécie atípica, privilegiando, portanto, o autorregramento

da vontade das partes e a autonomia privada.

Segundo Didier Jr. (2021) no *caput* do art. 190 do CPC, é possível visualizar o subprincípio da atipicidade da negociação processual, proporcionando a concretização do princípio do autorregramento da vontade. Também, para Redondo (2019), o subprincípio da cláusula geral da atipicidade auxilia e valida a concretização do princípio da atipicidade dos negócios jurídicos processuais.

Nesse sentido, tal cláusula permite a criação de hipóteses novas de negócios jurídicos processuais pelos particulares, permitindo o ajuste do procedimento, a depender das especialidades e a convencionarem sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Os requisitos necessários para que o negócio jurídico atípico processual seja válido são: capacidade processual das partes, direitos que admitem autocomposição, objeto lícito, manifesta vulnerabilidade do celebrante e não estar inserido em contrato de adesão.

São exemplos de negócios jurídicos processuais atípicos elencados na doutrina brasileira: acordo de instância única, acordo de impenhorabilidade, acordo de ampliação ou redução de prazos, acordo sobre prazos processuais, acordo sobre preclusão, acordo para trocar o bem penhorado, acordo de divisão das custas processuais, acordo para limitar o número de testemunhas, acordo para dispensa consensual do assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo do recurso de apelação, acordo para tornar ilícita determinado tipo de prova, entre outros (DIDIER JR., 2021).

Ainda no artigo 190, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015, prevê orientação ao magistrado, em caso de dúvida sobre a validade ou invalidade do negócio jurídico processual em que as partes estejam de acordo, deverá o magistrado priorizar a liberdade e o autorregramento da vontade, em razão do *in dubio pro libertate*, isto é, em caso de incerteza, o julgador precisará favorecer a manifestação de vontade dos particulares e o negócio processual será considerado válido e produzirá os efeitos jurídicos (REDONDO, 2019).

Caso o julgador ignore a previsão legal do artigo 190 e 200 do Código de Processo Civil de 2015, irá limitar e embaraçar a validade e produção dos efeitos dos negócios jurídicos processuais, ignorando a liberdade dos particulares de manifestarem as suas vontades em matérias processuais, de forma que agirá de forma ilegal e antidemocrática na restrição dos direitos dos indivíduos (REDONDO, 2019).

### 3.2.2.3 Negócios jurídicos processuais unilaterais, bilaterais ou plurilaterais

Há a divisão dos negócios jurídicos processuais em unilaterais, bilaterais e plurilaterais, a depender da vontade e do efeito.

Quanto ao primeiro item, o negócio jurídico processual será unilateral quando houver a manifestação de vontade de apenas uma das partes, como a desistência ou a renúncia do recurso (arts. 998 e 999, CPC), desistência da medida executiva (art. 775, CPC), desistência da penhora (art. 851, III, CPC), escolha do juízo da execução (art. 516, parágrafo único, CPC), etc.

Por outro lado, será bilateral e plurilateral quando reunir duas ou mais vontades convergentes, tais quais: eleição de foro (art. 63, CPC), suspensão do processo (art. 313, II, CPC), distribuição do ônus da prova (art. 373, §§ 3º e 4º, CPC), cláusula arbitral (art. 42, CPC), etc. Em razão do critério da vontade, a espécie de negócio jurídico processual poderá ser denominada de contratos, quando houver vontades divergentes, e de convenção, nos casos de vontades convergentes.

No que concerne ao efeito, o negócio jurídico processual unilateral designa obrigação e dever apenas um dos sujeitos da relação, enquanto no negócio bilateral ou plurilateral todas as partes são oneradas.

#### 3.2.2.4 Negócios jurídicos processuais expressos ou tácitos

Ainda em relação ao critério da vontade, o negócio jurídico processual será classificado de acordo com a exposição ou não da vontade. Entende-se como expresso o negócio jurídico processual em que o agente declara visivelmente a sua vontade, como a escolha do perito (art. 471, CPC) e foro de eleição (art. 63, CPC), por exemplo. Enquanto que, no negócio jurídico processual tácito, a vontade do sujeito é representada pelo silêncio, sempre que a lei determinar que o silêncio produz efeitos jurídicos, cuja conduta poderá ser comissiva ou omissiva (REDONDO, 2019).

#### 3.2.2.5 Negócios jurídicos processuais comissivos ou omissivos

Os negócios jurídicos comissivos ou omissivos são subespécie dos negócios tácitos, cujo silêncio do sujeito poderá ser expresso por conduta positiva, que é quando o agente pratica ato incompatível com a vontade anteriormente manifestada, como a aceitação da decisão (art. 1.000, CPC) ou negativa, que é quando a parte permanece inerte a um direito que pode exposto, como a não alegação da convenção de arbitragem (art. 337, §6º, CPC) (DIDIER JR., 2021).

### 3.2.2.6 Negócios jurídicos processuais antecedentes ou incidentais

Distinta classificação do negócio jurídico processual, relaciona-se com o momento de instauração da relação jurídica processual (REDONDO, 2019). Será antecedente quando o negócio jurídico processual for acordado antes da instauração da demanda processual, como o foro de eleição e distribuição do ônus da prova. Em contrapartida, é incidental o negócio jurídico processual ajustado após a propositura da ação.

### 3.2.2.7 Negócios jurídicos processuais endoprocessuais ou extraprocessuais

Quanto ao local de celebração do negócio jurídico processual, é classificado de endoprocessual, quando o negócio é celebrado dentro do bojo do processual e, extraprocessual, no caso em que as partes acordaram extrajudicialmente.

## 3.3 REQUISITOS DE VALIDADE E PRESSUSPOSTOS DE EXISTÊNCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

As condições para a produção do negócio jurídico, tanto no direito material quanto no direito processual, advindo da clássica asserção de Pontes de Miranda, dizem respeito a três planos: existência, validade e eficácia. Assim, para que o negócio jurídico processual exista, é necessário que um agente capaz manifeste a sua vontade de maneira livre e informada, cujo seu objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável (MAFFESONI, 2020).

Em relação aos negócios jurídicos processuais atípicos, Godinho (2015, p. 137) pontua que no plano de existência deve conter a “manifestação de vontade, o autorregramento da vontade e a referibilidade ao procedimento”. Já no plano da validade é preciso que cumpra os requisitos da “capacidade processual, competência, imparcialidade, respeito ao formalismo” e, nos casos em que restar comprovado vício, será preciso a homologação judicial para que o negócio jurídico processual produza os efeitos jurídicos.

Para Cabral (2016), os negócios jurídicos processuais atípicos, no pressuposto de existência, precisam que haja a manifestação de vontade por duas ou mais pessoas, que tenham interesses diversos, consentimento dos particulares. Já no plano da validade é necessário que os negociantes sejam capazes, que o objeto seja lícito, a forma do negócio não pode ser prescrita ou não defesa em lei e deverá observar a boa-fé.

### 3.3.1 Capacidade do agente

No *caput* do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 determina que as partes plenamente capazes podem estipular negócios jurídicos processuais, contudo, não elucida qual é esta capacidade que o sujeito deverá possuir, a capacidade civil ou a negocial.

Para Didier Júnior (2021), a capacidade que é retratada no dispositivo do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, refere-se a capacidade processual, pois diz respeito aos negócios jurídicos processuais e, mais ainda, à capacidade processual negocial, visto que, para o autor, mesmo nos casos em que o agente seja capaz, ele poderá ser incapaz negocial, nas situações em que restar comprovada *in concreto* situação de vulnerabilidade em relação ao outro contratante, sucedendo desequilíbrio na relação jurídica. Didier Júnior (2021), elenca as figuras do consumidor e do trabalhador como posições de possíveis negociações vulneráveis. Ainda, os absolutamente ou relativamente incapazes civilmente podem ser considerados capazes processualmente, caso estejam devidamente representados ou assistidos, nos termos do artigo 71 do Código de Processo Civil de 2015.

Tavares (2016), também compreende que a capacidade disposta no artigo 190 do Código de Processo Civil trata-se da capacidade processual, que abarca os sujeitos que têm a aptidão de praticar atos processuais e, caso tenha capacidade processual, mas não possui capacidade material, o incapaz deverá estar devidamente representado ou assistido.

Não obstante, segundo Yarshell (2015), o artigo 190 do Código de Processo Civil prevê categoricamente que o negócio jurídico processual poderá ser estipulado por sujeitos “plenamente capazes”, eliminando a possibilidade da celebração por agentes absolutamente e relativamente incapazes, ainda que representados ou assistidos. Ainda, para o autor, a depender a incapacidade, gerará vício da anulabilidade do ato, como a incapacidade relativa, disposta no artigo 171, inciso I, do Código Civil ou a nulidade, decorrida da incapacidade absoluta, nos termos do artigo 166, inciso I, do Código Civil.

Ainda, no entendimento de Yarshell (2015), em razão da taxatividade do artigo 190 do Código de Processo Civil em prever que os agentes sejam “plenamente capazes”, alguns doutrinadores poderiam argumentar pela nulidade de pleno direito, independentemente de se tratar de incapacidade civil absoluta ou relativa, porém, para ele deve ser aplicado as regras do Código Civil sobre anulabilidade, sendo vedado o seu reconhecimento por ofício, e, no caso de nulidade, poderá observar o artigo 190, parágrafo único do Código de Processo Civil. Por fim, caso a incapacidade seja derrotada durante o andamento do processo, os atos processuais que

foram praticados tendo como diretriz os negócios jurídicos processuais poderão ser ratificados, nos termos dos artigos 172 e 175 do Código Civil.

Em contrapartida, Redondo (2019) alega que a expressão “plenamente capazes” previsto no artigo 190 do Código de Processo Civil não impossibilita a estipulação de negócios jurídicos processuais por absolutamente ou relativamente incapazes, sendo tal locução assinalada pelo legislador apenas para lembrar a necessidade de representação ou assistência.

Na capacidade processual há três espécies: a capacidade de ser parte, a capacidade de estar em juízo e a capacidade postulatória. A primeira diz respeito a aptidão do indivíduo de possuir direitos processuais, sendo assegurado às pessoas físicas e jurídicas, aos que possuem personalidade civil e jurídica, como condomínio, massa falida, herança jacente, órgãos públicos, entes despersonalizados, etc. e, caso o advogado convençiona representando as partes, deverá apresentar procuração com poderes especiais, segundo o artigo 105 do Código de Processo Civil.

O segundo tipo de capacidade está previsto no artigo 70 do Código de Processo Civil que é disposto às pessoas que estão no exercício de seus direitos e, aos incapazes, para que possam estar em juízo é preciso que estejam representados ou assistidos.

E, por fim, a capacidade postulatória, que é a propensão de requerer demandas ao órgão julgador, reservada ao advogado. Quanto à capacidade postulatória e aos negócios jurídicos processuais não há exigência legal da atuação do advogado para que as negociações sejam consideradas válidas, apenas nos casos em que o negócio jurídico processual estiver abarcado em ato postulatório.

Em concordância, Cabral (2016) defende que a dispensabilidade da capacidade postulatória nos negócios jurídicos processuais se justifica, primeiramente, porque o ato das partes negociarem mudanças procedimentais não é ato postulatório e, conseqüentemente, não dependeria da assistência advocatícia, sendo necessário apenas nos casos em que for exigida homologação ou para fazer cumprir as cláusulas negociais, em razão da relutância da parte contrária. Em segundo lugar, os negócios jurídicos processuais podem ser celebrados anteriormente à demanda judicial e extra processualmente, sendo incoerente exigir que os particulares precisassem da presença do advogado para que pudessem estipular mudanças processuais no procedimento.

Todavia, Cabral (2016) aponta duas exceções à capacidade postulatória, apresentando duas situações jurídicas em que serão necessário a participação do advogado. O primeiro exemplo que o autor traz é no caso em que envolve negociação de direito material e há a

exigência do advogado para que o ato seja celebrado, como no caso da Lei nº 11.441/2007 que dispõe sobre a possibilidade de lavrar em cartório procedimentos de inventário, divórcio, partilha de bens desde que as partes estejam acompanhadas do bacharel e se houver negócio jurídico processual sendo pactuado no mesmo momento do direito material, a assistência do patrono será indispensável.

Outra exceção diz respeito aos negócios jurídicos processuais que são ajustados incidentalmente a uma demanda judicial já instaurada, sendo ordenado a presença do advogado. Contudo, será válido os negócios jurídicos processuais pactuados sem participação do patrono caso seja acordado, mesmo que sejam incidentais, se forem estipulados em procedimentos que o ordenamento jurídico dispensa a atuação do bacharel.

Todavia, Maffessoni (2020), não concorda com o posicionamento da exigência da capacidade postulatória em situações que envolvem temáticas do direito material, visto que defende que os negócios jurídicos de direito material e de direito processual são autônomos e independentes entre si, de forma que em caso de nulidade em um dos negócios, não poderá refletir na validade do outro negócio jurídico.

Entendimento antagônico, sobre a capacidade postulatória, é apresentada por Redondo (2019), que entende que tal capacidade sempre deverá ser exigida para a validade dos negócios jurídicos processuais que sejam incidentais e endoprocessuais. Porém, para os negócios jurídicos processuais antecedentes e extrajudiciais não há a imposição da capacidade postulatória. Ainda, fundamenta que o advogado não precisará de poderes especiais, visto que ele é sujeito provido de *ius postulandi* e que tal obrigação não está prevista no artigo 105 do Código de Processo Civil.

### **3.3.2 Manifestação de vontade**

Os negócios jurídicos processuais, como visto anteriormente, são frutos do autorregramento da vontade manifestada pelos particulares, seja de forma comissiva, omissa, expressa ou tácita e deverá corresponder aos efeitos jurídicos

Para que a vontade seja válida no ordenamento jurídico ela deverá ser manifesta de forma livre e informada. No primeiro quesito, Maffessoni (2020) indica que deve observar a liberdade de celebração, que é o poder do particular de decidir pela realização ou não do negócio jurídico processual, e a liberdade de estipulação ou confirmação, que é a capacidade negocial para adaptar a forma, conteúdo e os efeitos que almejam alcançar.

Também, para que vontade seja considerada livre, não poderá conter vício em seu pronunciamento. O vício da vontade é quando o sujeito emite intenção que não compatibiliza com o seu querer, em razão de erro, dolo, coação, estado de perigo ou lesão, conforme os artigos 138 a 157 do Código Civil. Já o vício social é quando o indivíduo pronuncia seu querer com a finalidade de afetar terceiros, como a fraude contra credores e simulação, previstas nos artigos 158 a 165 e 167 do Código Civil (REDONDO, 2019). Caso ficar demonstrada que houve vício da vontade ou vício social que maculem a vontade emitida, os negócios jurídicos processuais poderão ser invalidados, segundo o Enunciado 132 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis (FLORIANÓPOLIS, 2017).

Quanto ao consentimento informado, é a compreensão das partes em relação ao conteúdo e efeitos que são produzidos pelos negócios jurídicos processuais e terem a capacidade de vislumbrar os resultados. Segundo Redondo (2019), a informação requer que os particulares providenciam, entre si, os dados que sejam relevantes e que podem influenciar a realização ou não do negócio, seja pelas condições principais, acessórias, anterior, consecutiva, afirmativas, negativo etc., isto é, que tenham o condão de interferir na vontade do agente e alterá-la. O consentimento informado é imposto pelos institutos da boa-fé processual, material e pela cooperação.

Além disso, é necessário que a relação processual seja equilibrada, isto é, entre os particulares não pode haver situação de vulnerabilidade e hipossuficiência, conforme prevê o parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil. Tais critérios são abertos e indeterminados, que expressam situações ou condições de desfavorecimento, precariedade, instabilidade, necessidade, carência, etc. Quanto ao aspecto da vulnerabilidade pode ser tanto em relação a elementos técnicos, jurídicos ou sociais e culturais e deverá ser verificado caso a caso e a relação entre os particulares, se é desproporcional ou não (REDONDO, 2019).

O negócio jurídico processual não poderá ser invalidado de plano apenas pela constatação da vulnerabilidade, deverá ser verificado se no processo da confecção do negócio jurídico processual o conteúdo certificou que houvesse uniformidade e isonomia entre os sujeitos, de forma que harmonize a relação processual e as partes tenham as mesmas paridades de armas (REDONDO, 2019).

### **3.3.3 Objeto do negócio jurídico processual**

Ao objeto dos negócios jurídicos processuais, aplica-se os limites das normas do direito

material, previsto no artigo 104, inciso II do Código Civil, definindo que objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável.

Quanto a licitude do objeto do negócio jurídico processual, caberá aos particulares estipularem apenas comportamentos lícitos assentados no ordenamento jurídico brasileiro. Em relação a possibilidade estará vinculado à disponibilidade física ou legal. Na primeira terá ligação com a natureza do objeto e na segunda está associado aos limites jurídicos. Por último, no que se refere à determinação, os sujeitos deverão ter conhecimento sobre as consequências das estipulações processuais, não sendo recomendado negociações genéricas (MAFFEISSONI, 2020).

Didier Jr. (2021) aponta sobre o objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos que são: em relação as licitudes do objeto do negócio jurídico previsto no Código Civil poderão ser observadas no negócio processual, sendo possível apenas negociarem os comportamentos lícitos; estipulações sobre diretrizes processuais deverão observar a reserva legal, como a impossibilidade da convenção sobre competência absoluta; caso a matéria do objeto esteja reservado à delimitação legal, as partes não poderão negociar, como o impedimento de criação de recursos, devendo observar as hipóteses previstas em lei; também os particulares não poderão estipular negócio processual cujo objeto prevê o afastamento de direito indisponível, tais quais acordos de sigilo de justiça; o objeto do negócio processual que esteja previsto em contrato de adesão não pode ser abusivo e, os sujeitos poderão prever hipóteses diversas de deveres e sanções no caso de descumprimento da convenção, conforme dispõe o Enunciado nº 17 do Fórum Permanente de Processualista Civis.

#### 3.3.3.1 Direitos que admitem autocomposição

O artigo 190 do Código de Processo Civil determina que as partes podem negociar direitos que admitam autocomposição, sendo requisito genérico para validação dos negócios jurídicos processuais e mais abrangente do que a temática dos direitos disponíveis. Redondo (2019) elogia a decisão do legislador quanto ao termo, considerando que visto reprimiu expressões que poderiam ser compreendidas de maneira mais restrita e delimitada pelos doutrinadores, como “direitos patrimoniais disponíveis” ou “direitos disponíveis”, possibilitando que o alcance da matéria do negócio jurídico processual atípico é maior. Segundo Alvim (2018), os direitos que admitem autocomposição são amplos e comportam direitos disponíveis e indisponíveis.

Neste sentido, o Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis determina que a indisponibilidade do direito material não é objeção, por si só, da celebração dos negócios jurídicos processuais. Exemplos tragos na doutrina sobre direitos indisponíveis que podem ser transacionados é o direito subjetivo aos alimentos em relação ao valor, vencimento, forma e satisfação e o direito ambiental relacionados a conservação e preservação. (MAFFESSIONI, 2020; DIDIER JR., 2021).

### **3.3.4 Forma do negócio jurídico processual**

Pelo princípio da liberdade das formas, extraído tanto do direito processual, nos artigos 188 e 277 do Código de Processo Civil, e do direito material, artigo 104, inciso III, pode afirmar que a celebração dos negócios jurídicos processuais atípicos possui forma livre, desde que não haja forma específica em lei. Assim, o negócio jurídico processual poderá ser feito por escrito, oralmente, expressamente, tacitamente, por meio de instrumento público ou particular. Caso seja realizado de forma oral deverá ser reduzido a termo.

Para Maffessoni (2021), a manifestação de vontade dos particulares poderá ser extraída a partir do comportamento das partes, podendo ser assimilado a partir de cláusula expressa ou por omissão conclusiva.

Entendimento contrário é do Yarshell (2015), que defende obrigatório a forma escrita dos negócios jurídicos processuais, ainda que caso seja apresentado oralmente, deverá ser reduzido a termo.

## **3.4 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E A FIGURA DO JUIZ**

Temática bastante controversa é sobre a participação ou não do magistrado como sujeito nos negócios jurídicos processuais, sobretudo nos negócios processuais atípicos, visto que, no parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, apenas delimita que ao juiz cabe apenas fiscalizar a validade dos negócios e poderá impedir a sua aplicação nos casos de nulidade ou de inserção abusiva nos contratos de adesão ou se uma das partes apresenta vulnerabilidade.

Por isso, existem questionamentos na doutrina sobre a participação do magistrado nos negócios jurídicos processuais, considerando que a direção do procedimento no Código de Processo Civil de 2015 cabe tanto ao juiz quanto às partes e que os negócios processuais

reproduzirão efeitos no processo, cabendo ao julgador apreciá-los. Assim, indubitavelmente, os acordos influenciam na atuação do órgão judicial e, por isso, os questionamentos na doutrina se é necessário para sua atuação, quais são as balizas do julgador em relação ao controle dos negócios processuais, se há exigência ou não da homologação judicial para a validade do acordo e se o juiz fica vinculado ao que foi acordado entre os particulares (REINAS, 2020).

Segundo alguns doutrinadores, o magistrado é sujeito dos negócios jurídicos processuais, pois há previsão legal de negócio jurídico processual plurilateral que envolve a participação do juiz, como o calendário processual, artigo 191 do Código de Processo Civil, e a organização compartilhada do processo, artigo 357, §3º do Código de Processo Civil, não havendo razão de não ser possível a participação do órgão jurisdicional na espécie atípica e a sua vontade seria acrescentada aos dos demais sujeitos. Além disso, declaram que o juiz teria capacidade negocial e, assim, a sua vontade seria acrescentada aos dos particulares.

Ainda, para tal corrente, a figura do magistrado no negócio jurídico processual não caracteriza prejuízo ao procedimento, pelo contrário, leva-se em consideração que o juiz é responsável pela fiscalização da validade dos negócios, sendo instrumento de gestão processual (DIDIER JÚNIOR, 2021).

Neste sentido, Maffessoni (2020) alega que o princípio da cooperação certifica a participação do juiz nos negócios jurídicos processuais, visto que, ao magistrado, é conferido poder para modificar o procedimento.

Para Theodoro Júnior (2022), quando o conteúdo do negócio jurídico processual tratar apenas sobre interesses dos particulares, o juiz não irá intervir no acordo, exceto quando houver ilegalidades. Contudo, se o negócio jurídico processual anuir questões que envolvem limitações e subordinar situações jurídicas que dizem respeito à figura do magistrado, apenas irá ser válido se o juiz consentir o negócio jurídico processual, manifestando sua vontade e desempenhando o papel de sujeito negociante e não apenas como homologador, como a previsão do artigo 357, §3º do Código de Processo Civil, que discorre sobre complexidades em matérias de fato ou de direito, o juiz deverá designar audiência para o saneamento; e o artigo 191 do Código de Processo Civil que dispõe sobre o calendário processual.

O autor justifica que há três modalidades de negócios jurídicos processuais nos quais o juiz atuará como participante do negócio jurídico processual, sendo a primeira os negócios em que produzirá plenamente os seus efeitos entre os próprios negociadores sem depender da autorização judicial, tais quais a eleição de foro e a renúncia ao direito de recorrer, a segunda hipótese são os negócios jurídicos processuais que os atos não dependem de aprovação ou

autorização judicial, entretanto, a sua eficácia está condicionada à homologação pelo julgador, como a desistência da ação que já está em curso e; por fim, a terceira hipótese diz respeito aos negócios jurídicos processuais que só aprimoram com a participação conjunta do magistrado em sua elaboração (THEODORO JÚNIOR, 2022).

Em contrapartida, Cabral (2016) argumenta que a capacidade negocial não é conferida ao órgão jurisdicional, visto que apenas os sujeitos que falam em nome de um determinado interesse possuem capacidade negocial de alterar o procedimento ou criar, modificar e extinguir situações jurídicas processuais. Ainda, considerando que o juiz desempenha a função de controle de validade dos negócios jurídicos processuais, seria contraditório se apropriar de determinados interesses. Por fim, justifica que a vontade externada pelo julgador não é voluntária, pois não decorre de uma escolha livre e privativa, mas sim de uma vontade autoritativa.

Da mesma forma, Yarshell (2015) justifica que o julgador não é sujeito dos negócios jurídicos processuais, ainda que em determinados conteúdos o magistrado esteja presente no momento do acordo, dado que o juiz não prolifera manifestação de vontade e, também, não cabe a ele homologar tais convenções visto que não há previsão legislativa da necessidade de homologação dos negócios processuais por parte do órgão judicial, sendo responsável apenas por presenciar e efetivar os interesses dos particulares. Entretanto, isto não revela que o julgador não possa controlar a licitude, pois caso haja anulabilidade do negócio, ele poderá verificar os requisitos dos negócios jurídicos processuais. Ainda, alega que, “embora o juiz deva incentivar as partes na composição, ele não é parte da negociação pois, caso fosse participante do acordo, ele estaria impedido de controlar e validar o negócio processual” (YARSHELL, 2015, p. 79).

De modo igual, Alvim (2017) defende no sentido de que o juiz não pode configurar como parte nos negócios jurídicos processuais, sendo rejeitado as hipóteses de negócios plurilaterais, mas isso não impede que o magistrado possa fiscalizar a validade dos negócios processuais.

Por outro lado, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017) compreendem que, a depender da espécie do negócio jurídico processual, o juiz poderá participar da convenção ou não. Caso o conteúdo do negócio jurídico processual discorre apenas sobre os interesses dos particulares, a presença do magistrado não será necessária para validar o negócio jurídico processual, devendo cumprir apenas os requisitos ordinários, como agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prevista ou não defesa em lei e direitos que admitem autocomposição. Ainda, nos negócios jurídicos processuais que versem sobre atividade

jurisdicional, como a distribuição da competência relativa, por exemplo, também não será exigível a participação do julgador.

Entretanto, os negócios jurídicos processuais cujo conteúdo discorre sobre a limitação dos poderes do magistrado durante a condução do processo e na decisão, os autores entendem que será obrigada a participação do julgador e, caso seja inobservado, o negócio jurídico processual apenas obriga as partes.

Neste mesmo entendimento, Theodoro Júnior (2022) salienta que nos negócios jurídicos processuais há o requisito negativo, que dispõe que as partes não podem negociar situações jurídicas do magistrado, isto é, limitações ou condições aos poderes inerentes da atividade jurisdicional sem que o juiz esteja participando da negociação e que aquiesce, operando, portanto, como sujeito negocial.

Desse modo, a doutrina se dividiu em duas grandes correntes em relação a configuração do juiz como sujeito do negócio jurídico processual ou não. Os autores que defendem a participação do magistrado nos negócios jurídicos processuais alegam que se há a previsão legislativa da atuação do julgador como sujeito no negócio processual típico, também poderá haver tal conduta nos negócios jurídicos processuais atípicos. E, para complementar, tal atitude por parte do órgão julgador não traria prejuízo processual, considerando que ele tem o dever de fiscalizar a validade dos negócios jurídicos processuais.

Por outro lado, há autores que preservam o entendimento de que o juiz não pode ser sujeito nos negócios jurídicos processuais, considerando que não possui capacidade negocial e não pronuncia manifestação de vontade própria.

## 4 NOÇÕES GERAIS SOBRE A PROVA

Antes de expor sobre os negócios jurídicos processuais em matéria probatória é importante visualizar conceitos e conteúdos relacionados a temática do direito à prova sob a concepção da teoria geral da prova e se houve alteração no Código de Processo Civil de 2015 quanto ao assunto.

### 4.1 CONCEITO JURÍDICO DE PROVA

O vocábulo prova, do latim *probatio*, derivado do verbo probare, não é conteúdo exclusivo do direito processual, mas é discutido em diversas ramificações do direito, inclusive, também, em setores diversificados da ciência. Neste sentido, Didier Jr. (2021) aponta que o vocábulo prova é plurissignificante, em razão das diversas percepções que podem ser expressadas a depender do contexto em que for utilizado.

Para a doutrina clássica, Dinamarco (2009) elenca o conceito de prova jurídica no sentido de que ela é o agrupamento de atividades que averiguam e comprovam a verdade, em relação aos fatos, que os particulares entendem importantes para a apreciação do órgão julgador.

Ainda, para Chiovenda (2009), o conceito de prova está associado à convicção do magistrado em relação a realidade ou não dos acontecimentos consideráveis para o julgamento do processo.

Segundo Carnelutti (2005), o conceito de prova irá variar de acordo com a linguagem, se for comum ou jurídica. No primeiro, a terminologia prova expressa a corroboração da verdade sobre uma determinada afirmação. Já no segundo conceito, objeto de trabalho deste estudo, o termo prova representa a comprovação da verdade de um evento por meio de instrumentos probatórios legítimos.

Inclusive, de acordo com Ferreira (2014), o magistrado ao pronunciar decisão judicial precisa expor suas razões baseadas nas provas, sejam testemunhais, documentais, periciais, etc., ou por meio da máxima da experiência, presunção e o ônus probatório, pois ele é impedido de embasar o fundamento apenas nas alegações dos fatos.

Segundo Taruffo (1990) e Abellán (2008) *apud* Peres (2019), há duas epistemologias relacionadas ao significado da prova, sendo a concepção cognoscitivista e a concepção persuasiva. Segundo os autores, a primeira percepção diz respeito a termos objetivos e críticos da prova, defendendo que a prova é um objeto utilizado para apurar os fatos apresentados pelas

partes. A segunda premissa retrata a prova como elemento persuasivo, ferramenta empregada para elaborar a convicção do julgador sobre evento discutido na lide, remetendo elementos subjetivos, caracterizando o critério subjetivo da prova.

A terminologia prova está conceituada no Vocabulário Jurídico de Plácido e Silva, no sentido jurídico, como “a demonstração, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui pela existência do fato ou do ato demonstrado” (SILVA, 2013, p. 1.128). Neste sentido, a prova é a demonstração dos fatos alegados no processo sob o crivo do princípio do contraditório. Ainda, segundo Dias (2002), a prova é a tentativa de demonstrar objetivamente os fatos controvertidos no processo a fim de fornecer ao magistrado hipótese razoável sobre o qual fundamentará a decisão judicial.

Para Câmara (2022), o conceito de prova abarca todas as informações que são apresentadas no processo que contribuem para a constituição do convencimento do magistrado quanto a veracidade das exposições dos fatos elencados, sendo construído por meio da participação dos particulares sobre o crivo do contraditório. Desta maneira, a prova está intimamente relacionada ao princípio do contraditório, visto que ela é o instrumento pelo qual o sujeito produz no procedimento judicial para influenciar na atividade cognitiva do juiz. Assim, para ele, o julgador tem como tarefa decidir quais das arguições são verdadeiras ou falsas para fundamentar a asseveração fática e, para isso, utilizará da prova.

Nesta linha, Sá (2021) compreende que a prova é o principal elemento do processo, que tem como objetivo fornecer ao magistrado conhecimento sobre os fatos elencados pelos particulares, que irão estruturar o convencimento do julgador em relação aos acontecimentos alegados no processo.

Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017), o vocábulo prova poderá expressar quatro significados. No primeiro sentido exprime a ideia dos instrumentos que auxiliam o juiz a obter conhecimento acerca dos fatos que estão sendo examinados, tais quais a prova documental, pericial, testemunhal, etc. A segunda concepção da terminologia prova remete a produção probatória e a consequente construção cognitiva que o julgador terá a partir do contato com as demonstrações fáticas. O terceiro plano se refere à atividade intelectual realizada pelo magistrado a partir da compreensão das informações apresentadas pelos particulares. E, por fim, a prova manifesta a decorrência do raciocínio realizado pelo órgão julgador.

Didier Jr. (2021) aponta que a prova tem dois sentidos, o primeiro é objetivo, relacionando-se a constituição da atividade e dos meios probatórios, já o sentido subjetivo diz

respeito a íntima convicção do julgador a partir do contato que terá com as provas produzidas pelos particulares.

#### 4.2 DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

O direito à prova, conforme doutrina majoritária brasileira, tem natureza constitucional, embora não esteja prevista expressamente na Constituição Federal de 1988, em virtude da relação do conteúdo da prova ao direito fundamental ao contraditório e ao processo justo.

Segundo Didier Jr. (2021), o conteúdo do direito fundamental à prova é complexo e permite às partes a possibilidade de solicitarem adequadamente as provas, à produzirem as provas, à colaborarem no momento da fabricação das provas, à manifestarem sobre as provas confeccionadas e à análise da prova pelo órgão jurisdicional.

Neste sentido, segundo Cambi (2000), o direito à prova se fundamenta na Constituição e tal compreensão pode ser extraída de duas percepções. Para o autor, na perspectiva interna, o direito à prova é auferido no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, em razão do processo justo e do devido processo legal. Já na perspectiva externa, o direito à prova, de bagagem fundamental, foi incluída nos direitos fundamentais em razão do artigo 8º, §2º, letra *f*, da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e do artigo 14.1, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Ainda, Ramos (2013) fundamenta que o direito à prova pode ser localizada na Constituição no artigo 5º, inciso LVI, pois ao contrário sensu se permite as provas lícitas e no inciso LV, visto que um dos meios inerentes de assegurar o contraditório e a ampla defesa é justamente a prova.

Entretanto, apesar da natureza constitucional da prova, este direito não é absoluto, visto que poderá ser limitado quando colidir com demais normas constitucionais, restringindo a produção da prova em determinado contexto.

Antes do advento do Código de Processo Civil de 2015 o direito à prova, tido como direito autônomo, não era reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, após a implantação do novo Código de Processo Civil, nos artigos 381 e 382, prevê o direito à prova e sua autonomia, de maneira que as partes podem se resguardar durante o procedimento, exercendo plenamente o direito de ação (RAVAGNANI, 2019).

No campo do direito processual, o direito à prova está disposto no artigo 369 do Código de Processo Civil, apontando que as partes têm o direito de empregarem todos os meios legais

e moralmente legítimos para provarem a verdade dos fatos alegados. Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017), o direito à prova não se restringe apenas ao direito processual, estando alinhado aos deveres de lealdade e boa-fé processual.

Os autores defendem que se cabe ao órgão julgador o dever de decidir o processo de forma efetiva e adequada, conseqüentemente, os particulares estão obrigados, pelo dever da lealdade e da boa-fé processual, a auxiliarem o poder judiciário, de maneira que compreende os fatos possibilitando o julgamento adequado.

#### 4.3 PROVA E A BUSCA PELA VERDADE

No Direito Processual clássico a definição de prova está associada à concepção da certeza ou da verdade quanto aos fatos apresentados no processo pelos particulares, extraídos do juízo que é feito sobre os acontecimentos. O debate sobre o conceito da verdade é bastante extenso, abarcando âmbito da filosofia e da teologia, contudo, não serão objeto de análise do presente estudo.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017) apontam que a razão da doutrina clássica basear o conceito de prova pela busca da verdade dos fatos se dava em virtude do raciocínio que, se o juiz tem a certeza da veracidade dos fatos alegados à decisão proferida por ele, não seria fruto de arbítrio estatal, visto que estaria vinculada à realidade.

Em relação a verdade e a prova, há autores que acreditam que a definição de prova está atrelada a verdade absoluta do processo, visto que compreendem que a prova está vinculada à reconstrução dos fatos, que é a exata correspondência entre a realidade e o que restou demonstrado, que deverão ser evidenciados ao magistrado de maneira que o habilita a ter certeza sobre os acontecimentos pretéritos e, assim, poderá exercer a sua função cognitiva.

Por outro lado, há autores que defendem que o conceito de prova não pode estar vinculado a verdade fática, tendo em vista que é impossível reconstituir os eventos anteriores, considerando que o acontecimento já ocorreu. Assim, o critério da verdade é subjetivo e variável a depender do sujeito que o analisará (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017).

Quanto ao tema, Câmara (2022) fundamenta que a busca pela verdade absoluta pelo poder judiciário é inalcançável e ineficaz, não sendo razoável que o processo se pautar na procura pela verdade absoluta, mas sim pela verdade processual, que é aquela construída sobre o crivo do contraditório, que gerará grau de probabilidade, que irão fundamentar o

convencimento do julgador.

Também para Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017), a verdade absoluta relacionada à atividade probatória é ineficaz o seu cumprimento, dado a impossibilidade processual de reconstruir instrumentalmente os fatos.

Nesta linha, Pereira (2012) defende que no processo, sob a averiguação do princípio do contraditório e da obediência às regras procedimentais, a verdade será validada por meio deste procedimento. Assim, em razão da intangibilidade de verificar a verdade no processo, alguns doutrinadores defendem que o que se deve buscar é a aparência da verdade, algo que seja próximo da verdade, verossímil.

No tocante à verossimilhança, recorre-se ao texto de Pereira (2012) que cita os significados jurídicos da verossimilhança apresentados na obra de Calamandrei:

Num primeiro momento, o processualista italiano utiliza verossimilhança como sinônimo de verdade possível de ser alcançada em decorrência das limitações humanas no conhecimento. O termo verossimilhança, assim, é utilizado para designar a aparência de verdade, na medida em que esta é inatingível. Posteriormente, no mesmo trabalho, Calamandrei adota outro entendimento de verossimilhança, valendo-se do conceito de máximas experiências. O juízo de verossimilhança é feito, nesse segundo sentido por meio de um critério de ordem geral, estabelecido pela observação do que comumente acontece, sem análise das peculiaridades fáticas do caso concreto. Esse juízo, além disso, é feito em um momento anterior à aquisição da prova. Parte-se de um juízo geral abstrato, já adquirido precedentemente (máxima da experiência), para se analisar apenas a alegação, sem se investigar se a assertiva possui lastro histórico ou não. Verossímil nesse segundo sentido, é aquilo que, de acordo com as experiências do sujeito cognoscente, normalmente teria acontecido em face de uma dada alegação. É um juízo feito com base no normal, no ordinário, e dispensa a análise de fatos concretos. Parte-se de um critério de ordem geral, sem se recorrer a uma pesquisa de ordem histórico-concreta para verificar se a alegação tem lastro histórico. Num terceiro sentido, Calamandrei vê verossimilhança como sendo uma graduação de estados rumo ao verdadeiro. Assim, possível é o que pode ser verdadeiro, verossímil é o que parece ser verdadeiro e provável etimologicamente é o que é provável como verdadeiro, mas no discurso jurídico representa o estado mais próximo da verdade do que os outros dois tratados acima (CALAMANDREI, 1957 *apud* PEREIRA, 2012, p. 14-15).

Assim, Arenhart (2005) aponta que a verossimilhança é a dedução lógica que possibilita ao sujeito, a partir de critérios empregados pelo homem médio, obter certeza em relação aos fatos alegados, quando algo parece conferir com a normalidade. Por fim, ele assinala que a verossimilhança derivará de raciocínios subjetivos e variáveis. Ainda, para a doutrina, o conceito de verossimilhança estará relacionado àquela verdade que é possível de ser obtida no processo, uma verdade aproximativa e aparente (PEREIRA, 2012).

Além disso, discutiu-se bastante na doutrina, embora tal debate já esteja obsoleto, a diferença entre verdade substancial ou material e a verdade formal ou processual, amparados

na diferença do tema da verdade entre o direito processual civil e o direito processual penal, sendo o primeiro satisfeito com a verdade formal e o segundo com a verdade substancial. Esta é a imposição de buscar a verdade absoluta em relação aos fatos, considerando que a esfera penal discutia bens da vida. Já aquela diz respeito a “ficção” da verdade, isto é, caso o julgador obedeça às regras probatórias previstas em lei, terá o magistrado cumprido com a sua tarefa e a decisão é tida como verdade, partindo-se da premissa que o processo civil tutela bens menos significativos, motivo este que o grau da certeza poderá ser menor na sentença. Assim, verifica-se que o acatamento dos requisitos legais sobressaiu ao acontecimento do fato. Entretanto, como mencionado, tal debate está ultrapassado, visto que não é apenas o processo penal que lida com bens jurídicos extremamente relevantes para o ordenamento jurídico, mas também o processo civil, como os direitos fundamentais da pessoa humana, como família e capacidade (ARENHART, 2005).

Os autores Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017) também sustentam que tal dicotomia entre verdade substancial ou material e verdade formal ou processual, defendido pela doutrina clássica, não encontra guarida no direito processual contemporâneo, visto que no entendimento tradicional a verdade material seria absoluta em razão da proteção a direitos indisponíveis e a verdade formal tutelaria direitos disponíveis e estaria mais limitada pelo procedimento. Os escritores defendem que a distinção entre a verdade material e formal seria dizer que em alguns processos se busca a verdade e em outros não.

Nesta linha, Taruffo (2005) assina que a distinção entre verdade substancial ou formal é inaceitável e equivocada, visto que a doutrina que faz a diferenciação não define o conceito de verdade substancial ou material ou real.

Segundo Didier Júnior, Braga e Alexandria (2021), é improcedente a busca pela verdade formal e material, visto que na busca, independentemente se é externa, isto é, fora do processo, ou se é interna, dentro do processo, não haverá diferença entre os conceitos e deverá ser sempre relativa e contextual, motivo este que invalida a diferenciação entre as verdades.

Ainda neste ponto, cabe destacar que no direito moderno, partindo-se do princípio de que a busca da verdade absoluta é inatingível processualmente, coube à doutrina elencar diferentes correntes quanto ao conceito da verdade. Reale (1983) fundamenta que o conceito da verdade exprime apenas uma quase verdade em razão da impossibilidade da reconstrução fática e dos encargos de condições subjetivas que são transportados na restauração dos eventos, tanto pelo sujeito que o presenciou ou daquele que o reconhece e ratifica, no caso o juiz, devendo a cognição do magistrado se aproximar ao máximo da realidade.

A outra corrente defende que como é impossível reconstruir a verdade absoluta no processo, o que se deve buscar é a verdade produzida pelo discurso e argumentação a partir do diálogo entre os particulares, assim a única importância será a maneira pela qual a verdade é obtida no procedimento (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

No mesmo raciocínio, Didier Júnior, Braga e Alexandria (2021) defendem que a verdade quanto aos fatos é inatingível, porém em relação ao campo axiológico, que valoriza as alegações dos particulares, o juiz poderá decidir se trata de afirmação verdadeira ou falsa. Desta maneira, entendem que a verdade que deverá ser investigada no processo é aquela que se aproxima da realidade, observando os limites da condição humana, que poderá ser obtida a partir da atividade da oratória e do contraditório, em que as partes buscam comprovar a autenticidade dos relatos.

Para os autores “toda discussão sobre a “verdade” há de ser contextualizada e vinculada a uma determinada situação, à informação sobre que se funda, ao método utilizado para estabelecê-la e à validade e eficácia da ferramenta de controle e confirmação” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; ALEXANDRIA, 2021, p. 61).

Ainda sobre a busca da verdade, Didier Júnior, Braga e Alexandria (2021) defendem que a verdade deve sim ser perseguida no processo dado a função jurisdicional de solucionar os conflitos dos particulares, sob o crivo do contraditório e da cooperação entre os sujeitos processuais, tendo como propósito encontrar a verdade obedecendo aos limites impostos pelo princípio do devido processo legal, de forma que o papel da verdade é ressignificado e reconstruído.

Por fim, Ravagnani (2019) aponta que o processo civil não é procedimento adequado para alcançar a verdade absoluta, mas deverá ser compreendido como um dos instrumentos para solucionar o litígio do direito material. Ainda, aponta que a terminologia da verdade não é absoluta, visto que no ordenamento jurídico brasileiro admite institutos, como a presunção relativa, que dispensa o critério definitivo da prova, devendo ao magistrado decidir sobre o desfecho da lide a partir do exame das provas produzidas no processo e da melhor probabilidade apresentada pela parte em relação à verdade da prova.

#### 4.4 FINALIDADE DA PROVA

Quanto a temática da finalidade da prova houve alterações no decorrer dos estudos processuais. Segundo Echandía (1976) *apud* Pereira (2012), há três teorias sobre a finalidade da prova, sendo a primeira para a formação da verdade, na segunda a tarifação dos fatos

apresentados e, na última, o convencimento do juiz.

Assim, Echandía (1976) *apud* Pereira (2012), para a primeira teoria, a prova tem o intuito de indicar ao órgão julgador a verdade sobre o fato alegado, sendo a prova o instrumento utilizado para a certeza quanto ao evento elencado no processo. O autor apresenta que, para Echandía (1976), a prova não tem esta finalidade, visto que a verdade, quanto aos acontecimentos, é inatingível. Também, para Theodoro Júnior (2022), a prova tem como objetivo induzir o raciocínio do julgador a partir da demonstração da verdade fática exposta pelas partes.

Para Pereira (2012), essa teoria é a mais apropriada, visto que defende que a finalidade da prova é justamente a reconstrução dos fatos apresentados pelos particulares, ainda que a verdade seja aproximada do que realmente ocorreu, de forma que coage o julgador a persistir na apuração.

Entretanto, conforme Didier Júnior, Braga e Alexandria (2021), essa corrente é improcedente, considerando que a consciência sobre a verdade dos fatos é subjetiva e inatingível.

Em relação a segunda teoria, aponta que a prova é instrumento de estabelecimento dos fatos apresentados no procedimento e o sistema normativo fixa critérios para que possa considerar que tal evento restou demonstrado formalmente pelos particulares no processo, sendo a prova valorada. Segundo Echandía (1976) *apud* Pereira (2012), Carnelutti é defensor da segunda corrente, fundamentando que a finalidade da prova é a comprovação dos fatos a partir da observância aos parâmetros legais.

Por último, Echandía (1976) *apud* Pereira (2012) expõe que a terceira teoria compreende que a finalidade da prova é formar o convencimento psicológico de certeza no juiz em relação ao fato alegado, de forma que o magistrado teria a confiança sobre a existência ou não do evento discutido na demanda. Assim, para Echandía (1976), defensor desta corrente, ainda que o órgão julgador não saiba formalmente como ocorreu o acontecimento, ele deverá estar convicto da sua ocorrência, caso contrário deverá julgar conforme o ônus da prova. Tal corrente prevaleceu no ordenamento jurídico brasileiro.

Pereira (2012) cita em seu artigo alguns dos autores, como por exemplo, Moacyr Amaral Santos e Santiago Sentis Melendo, que apoiam a teoria de que a finalidade da prova é o convencimento do juiz quanto a certeza dos fatos alegados, como, cujo objetivo da prova é “a formação da convicção quanto à existência dos fatos da causa” e que a prova almeja convencer o julgador em relação a certeza dos eventos e não sobre a verdade deles.

Em relação à terceira corrente, Didier Júnior, Braga e Alexandria (2021) compreendem que a finalidade da prova, além de convencer o juiz, também é voltada para a figura das partes, considerando que os particulares devem se convencer daquilo que estão alegando no processo e de que confiam ter a titularidade do direito material e de poderem demonstrar em juízo as exposições fáticas. Nesta linha, Yarshell (2009) também sustenta que o propósito da prova é atribuído aos sujeitos processuais, além do órgão julgador, devendo ser desvinculando a finalidade da prova unicamente ao convencimento do julgador.

No Direito Processual Civil surgiu uma quarta teoria sobre a finalidade da prova, defendida pelo Arenhart (2005). Para ele, a finalidade da prova não está relacionada com a reconstrução dos fatos, mas incumbe a função do argumento retórico, em que as partes deverão convencer o juiz, a partir do diálogo e da apresentação dos argumentos em relação aos fatos, que tal fato apresentado é verídico ou não, persuadindo subjetivamente o magistrado, cabendo a ele analisar sobre a ocorrência do evento, a partir dos casos de normalidade.

#### 4.5 DESTINATÁRIO DA PROVA

Com a adoção da teoria de que a finalidade da prova era proporcionar o convencimento do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes, foi considerado pela doutrina clássica que o destinatário da prova era o magistrado. Nesta linha, Cintra, Grinover e Dinamarco (2013) apontam que a prova se destina a construir o raciocínio do julgador em relação a existência ou não dos eventos controvertidos descritos na demanda.

Entretanto, para o direito moderno, a finalidade da prova não é direcionada apenas para o convencimento do julgador, mas também para persuadir às partes, de forma que proporciona a elas conhecimento da melhor forma de procederem no processo. Este entendimento é defendido por Didier Júnior, Braga e Alexandria (2021), que argumentam que os particulares, igual o magistrado, são destinatários diretos da prova.

Neste sentido, Yarshell (2009) salienta que a prova possui caráter instrumental que revela para as partes informações relevantes a respeito da tutela do direito, fazendo com que, a depender do resultado probatório, o sujeito desiste de ingressar com demanda judicial e, por isso, os particulares também devem ser considerados como destinatários da prova.

Para Ravagnani (2019), o destinatário da prova é o próprio processo, compreendendo que no modelo cooperativo processual não é correto a assertiva de que apenas o juiz é o interessado pela prova.

Por outro lado, Câmara (2022) compreende que há dois destinatários da prova: o Estado-juiz, que é o destinatário direto e as partes, destinatárias indiretas. Para o autor, o juiz é destinatário direto porque a prova terá o propósito de formar o seu convencimento, sendo ele responsável por avaliar a prova. Em contrapartida, os particulares serão os destinatários indiretos considerando que a prova também é estabelecida para influenciar os demais sujeitos processuais, de forma que vislumbrem que o julgamento proferido é o correto.

A avaliação que as partes fazem da prova é evidentemente levada em consideração quando se verifica se vale ou não a pena recorrer contra alguma decisão. E também por conta disso é que se revela muito importante que a atividade de produção de provas se dê, no primeiro grau de jurisdição, de forma bastante completa. É que um contraditório bem realizado, com ampla instrução probatória, muitas vezes levará a parte vencida a perceber que de nada adiantaria recorrer contra a decisão que tenha sido proferida. Além disso, muitas vezes acontecerá de uma parte, diante da prova produzida, dar-se conta de que não adianta insistir em que se conduza o processo em direção ao julgamento, valendo a pena buscar uma solução consensual para o litígio, o que pode diminuir suas perdas. A prova, pois, é de extrema relevância para a determinação do modo como as partes se comportam no processo, e em razão disso não se pode negar a elas a condição de destinatárias indiretas da prova (CÂMARA, 2022, p. 388).

Neste sentido, o Enunciado nº 50 do Fórum Permanente de Processualistas Civis dispõe que os destinatários da prova são todos aqueles que poderão utilizá-la, tais quais o juiz, as partes, terceiros interessados, não tendo ela como função única o convencimento do juiz.

O artigo 381, inciso II e III do Código de Processo Civil expressam o que foi fundamentado por Câmara (2022), de que as partes são destinatárias indiretas da prova, visto que é oportunizado a elas a produção antecipada da prova para viabilizar a autocomposição ou outro meio para a solução do conflito e o conhecimento prévio dos fatos que poderão ser justificados ou para evitar o ajuizamento de ação futura. Assim, considerando que as partes também são destinatárias da prova, pode-se afirmar que o artigo 370 do Código de Processo Civil é aplicado aos particulares, isto é, a eles também será admitido os poderes de iniciativa probatória (CÂMARA, 2022).

Para Câmara (2022), sob a luz do modelo processual cooperativo, não pode o magistrado contestar o poder de iniciativa probatória pelos particulares, considerando que todos os sujeitos processuais operam em uma comunidade de trabalho, buscando o contraditório efetivo. Também, às partes não podem negar o poder instrutório do magistrado, pois ele não pode ser neutro no processo e apenas realizar a valoração da prova, devendo ser reconhecido tanto ao órgão julgador quanto aos sujeitos processuais a iniciativa probatória.

Nesta linha, Greco (2015) fundamenta que o contraditório participativo e a ampla

defesa, além de assegurar a influência nas decisões e de demonstrar todas os argumentos que admitem ser vantajoso, assegura às partes o direito de elaborar todas as provas que acreditem ser proveitoso para a tutela de seus direitos.

Segundo Sá Bustamante (2021), o entendimento de Câmara (2022) é o mais coerente, considerando que, por mais que o magistrado se utilize da prova para formar o seu convencimento, as partes também as empregarão.

Por fim, Greco (2015) compreende que além do juiz de primeira instância ser o destinatário da prova, também os tribunais superiores serão destinatários, visto que as provas produzidas no juízo *ad quo* são examinadas e valoradas pelo juízo *ad quem*. Também, Câmara (2022) argumenta que nas instâncias ordinárias também se admite a produção probatória.

#### 4.6 SISTEMA DA VALORAÇÃO DA PROVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O estudo da valoração da prova é instrumento pouco explorado pela doutrina no ordenamento jurídico brasileiro, contudo é de extrema importância, visto que é a atividade que irá ser exercida pelo magistrado para que ele conquiste grau de convencimento quanto aos fatos discutidos na demanda (BRANDÃO, 2018).

Segundo Brandão (2018), a temática da valoração probatória foi brevemente estudada pela doutrina, sendo o seu conhecimento marginalizado e ignorado por muitos doutrinadores, em razão de duas questões centrais. A primeira é devido a ideia preponderante de que o convencimento do julgador se trata de assunto subjetivo e tal controle seria complexo, operando-se apenas a partir da motivação racional das decisões proferidas pelo juiz.

Em segundo lugar, a influência do positivismo nos ordenamentos jurídicos colaborou para o enfraquecimento do aprendizado sobre o tema, visto que, com o positivismo, buscou-se compilar o conceito de ciência para os demais ramos científicos, inclusive o da ciência humana, de forma que a decisão proferida pelo órgão julgador deveria apenas realizar a subsunção da norma ao fato descrito pelos particulares, ocasionando ao afastamento do direito e do fato.

É a partir da valoração probatória que o juiz pondera, examina e qualifica as provas controversas e relevantes que estão sendo discutidas na demanda, de forma que ao final a ele restará demonstrar, para as partes e para a sociedade, se convenceu ou não da existência dos fatos alegados. Deste modo, verifica-se que a valoração é extremamente importante para a prestação jurisdicional, visto que é a partir desta atividade que a decisão comprovará ser

harmônica à ocorrência dos eventos e, conseqüentemente, resultar-se-á em justa, garantindo a efetividade do julgado pelos particulares (BORGES, 2017), frustrando requisição posterior em razão da obscuridade em relação ao grau de convencimento do órgão julgador.

#### **4.6.1 Tarifa legal ou das provas legais**

O sistema de valoração probatória pela tarifa legal ou da prova legal foi bastante empregado na Idade Média e pelo direito romano primitivo, que é a instauração prévia, pelo legislador, do valor para cada tipo de prova. Desta maneira, não cabia ao julgador avaliar e ponderar as provas apresentadas pelas partes, pois a norma já estabelecia a medida de cada instrumento probatório, estando ele limitado a aferir as provas e observar a hierarquia legal, sucedendo decisões judiciais por mera presunção legal.

Exemplos de provas que eram previamente avaliadas pela lei era as ordálias, desafios físicos, os juramentos feitos aos deuses, a confissão e a diferenciação da apreciação dos depoimentos a depender do gênero, classe social, etc.

Conforme aponta Neves (2022), o juiz operava como matemático, pois a prova já era tarifada pela lei, bastando que o magistrado fizesse a soma de qual das partes tinham maior pontuação, a partir do peso de cada prova apresentada em juízo, para que ele proferisse a decisão sendo favorável ao sujeito que obtivesse maior pontos, assim o julgador privilegiava a quantidade de prova ao invés da qualidade.

As características do sistema de tarifação legal eram a fixação restrita aos meios de prova que eram admissíveis no processo, o procedimento probatório era minuciosamente discriminado, a depender do tipo probatório e do sujeito era censurado a utilização ou o testemunho, o juiz era obrigado a valorar a prova da maneira que determinava a lei e ele não poderia julgar a ocorrência ou não do fato a partir de prova distinta da que estivesse prevista no ordenamento jurídico (GRECO, 2015).

Na prova legal há dois sentidos: o positivo e o negativo, apresentado por Borges (2018). Para ele, o sentido positivo é o impedimento, pela norma, ao juiz sopesar e valorar determinada prova, fazendo com que a decisão judicial é a conclusiva obediência aos critérios de discriminação valorativa das provas pelo ordenamento jurídico, resultando de mera subsunção legal. Já o sentido negativo da prova legal é a vedação de adoção de apreços a certos tipos de provas que são proibidas pela legislação.

Este sistema era utilizado para impelir o arbítrio do juiz frente às decisões judiciais, de

forma que ele não tinha nenhuma liberdade em relação a análise das provas, sendo o seu convencimento acerca da ocorrência dos fatos irrelevante, sendo o processo extremamente formal, desconsiderando a dinâmica da realidade dos fatos.

Segundo Humberto Theodoro Júnior (2022), o sistema da tarifação legal está superado no ordenamento jurídico brasileiro, contudo para outros autores ainda há resquícios da prova legal no Código de Processo Civil vigente.

Para Didier Júnior, Braga e Alexandria (2021), o ordenamento jurídico brasileiro prevê, excepcionalmente, o sistema da tarifa legal, em que o julgador deverá observar a tributação da prova estabelecida previamente pelo legislador, podendo negar a valoração probatória apenas nos casos em que restar demonstrada a inconstitucionalidade ou a ausência de razoabilidade no caso *in concreto*. Ainda, para eles, a tarifação da prova prevista em alguns dos dispositivos da legislação não impossibilita o magistrado de examinar a prova, servindo de direcionamento e critérios que terão que ser observados. Nesta linha, Câmara (2022) fundamenta que, por mais que tal sistema esteja ultrapassado, ainda é utilizado pela legislação brasileira, ainda que excepcionalmente.

Os exemplos de dispositivos que valoram a prova no ordenamento jurídico brasileiro apresentados pela doutrina são: o depósito voluntário, disposto no artigo 646 do Código Civil, prevê que deve ser provado por escrito, observando o artigo 444 do Código de Processo Civil, que determina que, nos casos em que a lei exigir prova escrita, será admissível a prova testemunhal caso tenha começado a prova por escrito, a comprovação da emancipação extrajudicial será aceita apenas se for feita por instrumento público, conforme o artigo 5º, parágrafo único, inciso I, do Código Civil; a doação de bem imóvel, artigo 541 do Código Civil, promessa de compra e venda de bem imóvel, artigo 1.417 do Código Civil, penhor rural, artigo 1.438 do Código Civil, penhor industrial ou mercantil, artigo 1.448 do Código Civil, serão provados apenas via instrumento; negócio jurídico processual que sujeita sua validade ao instrumento público, restará provado via instrumento público, artigo. 109 do Código Civil (DIDIER Jr; BRAGA; ALEXANDRIA, 2021).

De acordo com Neves (2022), os resquícios de prova legal presentes no ordenamento jurídico brasileiro não devem ser compreendidos como indício de prova absoluta, como nos casos dos artigos 215 e 225 do Código Civil, que exigem a escritura pública e a reprodução fotográfica, cinematográficas, mecânicas ou eletrônicas, uma vez que a concepção de prova absoluta fere o princípio do convencimento motivado e deverá atuar como mero parâmetro de diretriz para as decisões judiciais e não como preceito supremo, pois o julgador poderá deliberar

contrariamente, desde que fundamente a sentença em outras provas constituídas no procedimento.

#### **4.6.2 Íntima convicção**

Em contrapartida, o sistema da íntima convicção, de ascendência francesa, é profundamente antagônico ao da prova legal. Neste critério, o magistrado tem liberdade plena para apreciar as provas de acordo com o seu convencimento em relação à existência ou não dos fatos discutidos, estando habilitado a julgar o caso a partir de diretrizes subjetivas e pessoais, mesmo que formule entendimento contrário às provas produzidas, se assim restar convencido.

Assim, ao contrário do sistema de tarifação legal, o critério da íntima convicção é subjetivo e prevalecerá a certeza do julgador, que resultará do seu discernimento pessoal, seja racional ou irracional em relação à valoração das provas, sendo determinadas pelo íntimo do juiz (BRANDÃO, 2018).

Segundo Borges (2017), na íntima convicção existem dois pressupostos. O primeiro determina que a valoração da prova pelo julgador é fruto de declaração de vontade pessoal e íntima, não exercendo atividade de raciocínio e axiológica. Já no segundo pressuposto, o juiz não precisará demonstrar a valoração das provas, bastando o seu convencimento para que a prova seja sopesada.

Conforme Câmara (2022), o julgador não necessitaria de fundamentar racionalmente a decisão judicial. Este sistema está superado e não encontra validade no ordenamento processual civil, atentando que tal sistema desconsidera os princípios corolários do processo civil, como o contraditório e a fundamentação das decisões proferidas pelo órgão julgador, amparados pelo Estado Democrático de Direito. Há apenas resquícios no Tribunal do Júri, que permite que o conselho de sentença não precisa expor logicamente a apreciação das provas e raciocínio do julgado.

#### **4.6.3 Livre convicção motivada ou da persuasão racional**

No século XVIII difundiu na doutrina a importância da fundamentação das decisões pelo julgador, sendo o sistema de valoração da prova influenciado por tal entendimento.

Para este sistema, da prova livre ou da persuasão racional, não há critérios de apreciação probatória pré-estabelecida pelo ordenamento jurídico, tornando o magistrado livre para valorar

a prova de acordo com sua racionalidade, desde que fundamente seu julgamento. Assim, o julgador não terá ampla discricionariedade para valorar as provas apenas de acordo com o seu convencimento, mas estará subordinado a critérios lógicos que servem de parâmetros e não poderá deliberar além dos limites fáticos descritos no processo.

Desta maneira, o juízo não estará vinculado à normas valorativas, realizando a atividade de sopesar os instrumentos probatórios segundo o seu convencimento, exercendo o raciocínio axiológico sobre a existência ou não dos fatos discutidos na demanda (BORGES, 2017).

Neste modelo de valoração probatória, o legislador deixou claro a preocupação com o controle do arbítrio pelo julgador, contudo manteve ao juízo a liberdade para valorar e apreciar as provas produzidas pelos particulares, desde que, ao final, demonstrasse minuciosamente o silogismo da ponderação feita sobre as provas. Segundo Brandão (2018), a avaliação dos elementos fáticos pelo juiz opera-se na esfera íntima e pessoal, entretanto, em momento posterior ele tem o dever legal de justificar a preferência de uma prova em detrimento da outra e o grau de convicção obtido.

Para Amaral Santos (1971), sistema da prova livre está condicionado aos elementos fáticos que embasam a relação jurídica, às provas que são produzidas na demanda; as normas processuais e a máxima da experiência e a decisão do juiz deverá ser motivada.

Ainda, Brandão (2018) compreende que no sistema da persuasão racional o legislador reconheceu que a reconstrução fática no processo é impossível e a possibilidade do erro pelo homem médio. Assim, para ele, a prova dos fatos está intrinsecamente relacionada com a argumentação e retórica exposto pelos particulares ao invés de confirmar instrumentalmente a veracidade da existência ou não dos fatos, sendo a verdade processual consequência da comunicação entre o juiz e as partes. Por fim, o autor aponta que, por mais que o contraditório é efetivado, o juiz apreciará cognitivamente e racionalmente a valoração das provas, argumentando que o julgador não ficará restrito a parâmetros integralmente objetivos.

A diferença entre o sistema da íntima convicção e do livre convencimento motivado é bastante claro. No primeiro o juiz não deve exprimir para as partes e para a sociedade os fundamentos de sua valoração, nem precisará se sustentar nas provas produzidas no processo, de maneira que os magistrados agem de maneira amplamente livre e poderão fixar sua decisão sem precisarem demonstrar os parâmetros racionais empregados.

Já na prova livre o julgador pratica o exercício axiológico e racional, ficando vinculado a fundamentar a razão de ter valorado tal prova ao invés da outra, conforme seu convencimento motivado a fim de reprimir decisões arbitrárias pelo órgão judicial.

Para Oya (2008), o sistema do livre convencimento motivado autoriza ao magistrado o exercício de instruir a atividade probatória, tendo poderes para indeferir provas que compreende ser desnecessárias e proferir de ofício a produção de determinada prova que acredita ser útil e indispensável para o seu convencimento.

O sistema de valoração do livre convencimento motivado foi adotado pelo Código de Processo Civil de 1973, dispondo no artigo 131 que o juiz apreciava livremente a prova, a fim de atender aos fatos e circunstâncias presentes nos autos, mesmo que não fossem alegados pelos particulares, devendo ele motivar racionalmente os argumentos que suportam seu convencimento.

O termo “livremente” presente no artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973 foi profundamente criticado pela doutrina brasileira, visto que alguns doutrinadores defendiam que tal terminologia era mal interpretada por alguns estudiosos, que defendiam que o magistrado estivesse desprendido de qualquer limite normativo e poderia julgar como bem entendesse, de acordo com o seu convencimento subjetivo.

Nessa linha, Câmara (2022) fundamenta que o termo “livremente”, presente no artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973, conferia ao magistrado a discricionariedade de decidir conforme a sua convicção e parâmetros pessoais, entretanto, segundo o autor, a atividade exercida pelo órgão julgador não pode ser opcional, de maneira que o juiz tenha a liberdade de decidir entre uma prova ao invés da outra, mesmo que fundamente a deliberação posteriormente na sentença, atentando-se à vedação da discricionariedade imposta pelo Estado Democrático de Direito.

Em razão das críticas e reprovações quanto a terminologia “livre”, o legislador extirpou o adjetivo, prevendo no artigo 371 do Código de Processo Civil de 2015 que o juiz apreciará a prova presente nos autos e deverá indicar na decisão as razões do seu convencimento, alteração bastante enaltecida pelos doutrinados.

Por conseguinte, tal alteração trouxe consigo mudanças significativas em relação à valoração da prova, pois após a eliminação da palavra “livremente” o juiz, ao proferir sua decisão, é responsável por valorar democraticamente e discursivamente o convencimento sobre a prova e a veracidade da existência ou não dos fatos alegados pelas partes e indicar as razões da sua persuasão racional, a fim de demonstrar que o seu proferimento é correto, justo e efetivo (CÂMARA, 2022).

Para Humberto Theodoro Júnior (2022), a nova norma processual rejeitou a corrente jurisprudencial que defendia que o magistrado deveria apenas fundamentar as razões da sua

motivação, não estando ele compelido a contestar todos as alegações apresentadas pelas partes durante o processo e, também, não tinha a responsabilidade de examinar minuciosamente todas as provas produzidas, bastando, então que o órgão julgador expusesse na decisão os motivos de sua persuasão.

Não obstante, segundo Neves (2022), o Código de Processo Civil de 2015 perpetuou o sistema da valoração do livre convencimento motivado, que estava disposto no artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973, argumentando que a supressão do termo “livremente” não suprimiu esta técnica do ordenamento jurídico brasileiro. O autor considera que existe equívoco pela doutrina na diferenciação entre a valoração da prova e a imposição de fundamentação racional nas decisões judiciais.

Para ele, no sistema da livre convicção motivada a relação do termo “livremente” está relacionado ao fato de que o julgador não estar vinculado ao sistema de tarifação legal imposta pelos legisladores, mas que ele poderá valorar as provas a partir do seu convencimento, não de maneira discriminada, como foi exposto por alguns doutrinadores. Além disso, argumenta que no sistema da livre convicção o magistrado também tinha o dever de analisar todos os elementos probatórios presentes na demanda, discordando da doutrina que alega que no sistema da livre convicção o magistrado tinha a obrigação de fundamentar apenas as razões de sua motivação, sem examinar as demais provas.

Não há como discordar da corrente doutrinária que ensina nunca ter existido discricionariedade do juiz quanto à prova, não sendo razoável se concluir que o princípio do “livre convencimento” legitimaria exame irracional das provas produzidas, tendo servido apenas para se contrapor ao sistema da prova tarifada. Por isso discordo que a mudança legislativa teria afastado uma discricionariedade na valoração da prova, que em meu entendimento já não existia na vigência do CPC/1973. E nesses termos o Código de Processo Civil não traz qualquer novidade, porque continua o juiz livre – no sentido de não estar condicionado à valoração abstrata feita por lei – a dar carga de convencimento a cada meio de prova no caso concreto. Também não concordo com a corrente doutrinária que defende que a mudança legislativa estabeleceu o dever do juiz de apreciar não a prova que livremente escolher, mas todo o conjunto probatório existente nos autos. O sistema do livre convencimento jamais admitiu tal exclusão de provas da fundamentação do juiz, exigindo, inclusive, que o juiz confrontasse todas as provas produzidas para formar seu convencimento (NEVES, 2022, p. 745).

Nesta linha, Brandão (2018) salienta que a ausência do termo “livre” do artigo 371 do Código de Processo Civil acarretou apenas efeitos simbólicos, visto que não teve condão de modificar o procedimento de convencimento do magistrado pela valoração da prova, pois não rompeu com os parâmetros que estavam convencionados no artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973.

Segundo Borges (2017), a afirmação de que no Código de Processo Civil de 1973 o juiz apreciava livremente as provas constantes nos autos e que, após a supressão do termo “livremente” no Código de Processo Civil de 2015 o magistrado apenas aprecia as provas é incorreta e equivocada.

Para ele, tanto na codificação anterior quanto na atual, o juiz não poderia e não pode examinar as provas livremente, ao contrário do alegado por alguns autores, visto que no ordenamento jurídico brasileiro a prova legal e a prova livre sempre coexistiram, considerando que em ambos os Códigos havia a previsão legal que vincula o magistrado na apreciação de determinadas provas já valoradas pelo legislador.

Aponta ainda que no quesito da persuasão racional há na doutrina, como mencionado nos parágrafos anteriores, o entendimento de que no Código de 1973 o convencimento é livre e no Código de 2015 não é. Contudo, conforme salienta Borges (2017), a liberdade do raciocínio para a apreciação da prova nunca foi plena e ilimitada.

O artigo 335 do Código de Processo Civil de 1973 dispunha que o magistrado, em situações que faltavam normas jurídicas, poderia aplicar regras de experiência comum acarretadas pela observação corriqueira e das regras da experiência técnica, exceto nos casos de perícia. Essa norma do código anterior restringia o livre convencimento motivado, visto que submetia à livre apreciação das provas às regras de experiências e, em caso de ausência, o juiz tinha liberdade para formar o seu convencimento, desde que observasse o conhecimento prático e ordinário.

No artigo 375 do Código de Processo Civil de 2015 tem o mesmo conteúdo quanto às regras de experiência comum, entretanto não prevê que a aplicação da regra de experiência está subordinada apenas para as situações em que inexistir norma no ordenamento jurídico.

Segundo Humberto Theodoro Júnior (2022), a máxima de experiência não está relacionada à sabedoria íntima do julgador em relação a determinado fato, mas é oriunda dos acontecimentos ordinários que pertencem à cultura da sociedade ou do homem médico, compondo o conhecimento consuetudinário daquela comunidade. Assim, quando o magistrado estiver diante de regra da máxima de experiência poderá, de acordo com Theodoro Júnior, decidir o caso sem necessitar de prova, pois o juiz não estará infringindo a imparcialidade e o contraditório.

As máximas de experiência podem formar-se a partir da experiência *comum* (empírica) como da experiência *técnica* (científica). Entretanto, em qualquer caso, deverão cair no domínio público, isto é, no conhecimento geral do homem médio da

coletividade. Quando se trata de experiência técnica, não é lícito ao julgador valer-se de conhecimento científico próprio acerca da matéria em jogo no processo para a análise dos fatos relevantes da causa. Só se pode admitir o recurso às máximas da experiência, quando estas (não obstante técnicas) tenham caído no conhecimento comum. Fora disso, não há lugar para o juiz se valer de experiência própria de natureza técnica (THEODORO JÚNIOR, 2022, p. 744).

Ainda, há outros exemplos de normas que limitam o convencimento do juiz, como o artigo 406 do Código de Processo Civil de 2015, o qual dispõe que quando a lei exigir instrumento público nenhuma outra prova poderá preencher a falta do documento. Também o dispositivo 443 do Código de Processo Civil de 2015, que prevê que o magistrado poderá indeferir a inquirição de testemunhas se os fatos já estiverem documentados, se houver confissão ou se apenas poderá ser comprovado por perícia e documentalmente.

Além desses, Dinamarco (2009) indica que no ordenamento existem normas que determinam presunções legais e restringem a admissibilidade de algumas provas ou a sua eficácia.

Por fim, Neves (2022) aponta demais críticas ao Código de Processo Civil de 2015 em relação à valoração das provas, indicando que o legislador poderia ter elaborado mecanismo para o manejo e fiscalização da valoração probatória pelo magistrado, argumentando que apenas a obrigação de fundamentar as decisões judiciais é insuficiente para inibir o arbítrio pelo órgão julgador.

Nesta linha Brandão (2018) também defende que deve ser criado critérios de controle para que as partes e a sociedade possam gerenciar a valoração da prova, visto que tal apreciação é consequência de raciocínio subjetivo do magistrado e não objetivo, por isto é necessário que haja de parâmetros de fiscalização.

Segundo Didier Júnior, Braga e Alexandria (2021), o artigo 371 do Código de Processo Civil delimitou três limites à valoração da prova pelo magistrado. O primeiro delimita que as provas que serão apreciadas pelo juiz deverão estar constadas nos autos do processo, atentando-se ao corolário do princípio do contraditório, pois todas as provas presentes e produzidas no processo são submetidas ao pronunciamento e participação das partes.

O segundo marco disposto no artigo supracitado é a determinação ao juiz de indicar na decisão as razões de seu convencimento, entretanto, eles apontam que não é qualquer justificação, mas o órgão julgador deverá atentar-se para apresentar fundamento racional que são comuns e aceitos pela sociedade, de acordo com o tempo e a cultura daquele grupo, de modo que seja possível o controle da racionalidade do julgador pelos demais sujeitos da comunidade. Ainda, os autores alegam que não é plausível que o magistrado baseie sua

argumentação em preceitos de fé e concepções religiosos, como a carta psicografada, por exemplo.

Por fim, o último limite à valoração da prova pelo juiz apresentado por Didier Júnior, Braga e Alexandria (2021) é a demarcação de que ele terá que proferir decisão compreensível, inteligível e pública, considerando que a sentença também é emitida para a sociedade que são terceiros interessados no precedente elaborado.

#### **4.6.4 Modelos para o efetivo controle da valoração probatória**

Considerando que a valoração probatória é fruto de raciocínio subjetivo e pessoal do magistrado, alguns doutrinadores defendem que o legislador deve criar mecanismos de controle da atividade judicial na temática da valoração das provas.

Em sua obra Brandão (2018) apresenta três modelos de controle da valoração probatória pelo juiz, sendo: o sistema matemático, da verossimilhança preponderante e dos standards probatórios ou de constatação.

O modelo matemático foi desenvolvido nos EUA, na década de 1970, pelo jurista Finkelstein em coautoria com matemáticos. Nesse protótipo busca associar a prova produzida em juízo da probabilidade, idealizando modelo puramente racional. Para os defensores deste modelo quanto maior a frequência da ocorrência do fato maior será a probabilidade da sua existência, sendo disponibilizado aos magistrados diversas fórmulas matemáticas para apurarem a probabilidade (BRANDÃO, 2018).

Pretende basicamente utilizar a estatística e a frequência matemática às situações de objeto da prova. A avaliação das provas obedeceria um esquema de fórmula geral baseado na frequência de determinados acontecimentos. Assim, de acordo com a frequência de determinado evento, o fato do processo teria mais probabilidade de ter acontecido ou não (BRANDÃO, 2018, p. 5).

Segundo Brandão (2018), embora a teoria seja transformadora dispõe de pontos que causam objeções. A primeira questão que ele aponta diz respeito a complexidade de execução do modelo em razão da deficiência técnica dos juízes para solucionar casos baseados em cálculos matemáticos, considerando que estão preparados para proferirem decisões judiciais. Outra crítica assinalada é que tal protótipo desconsidera a relação do nexos de causalidade e a omissão ou comissão dos fatos e a decorrência jurídica. Por fim, Brandão (2018) alega que a probabilidade em si mesmo não é suficiente para comprovar a existência ou não do fato.

Em contrapartida, o modelo da verossimilhança preponderante ou teoria da preponderância escandinava, elaborada na Suécia, oriunda dos estudos do Per Olof Ekelöf, propõe a reforma da técnica do ônus da prova. Segundo este sistema o procedimento do ônus da prova é estagnado e pode ocasionar decisões inadequadas, e por isto, promove que o convencimento do juiz em relação à valoração das provas se dê pela verossimilhança. Assim, a parte que alcançar maior grau de razoabilidade do direito discutido, mesmo que não convença o juiz, terá o seu pedido julgado procedente (BRANDÃO, 2018).

Também neste modelo Brandão (2018) apresenta observações quando ao modelo da verossimilhança preponderante, que evita o ônus da prova. Para ele em algumas situações a norma prevê para o julgador qual é o grau de verossimilhança almejada para o julgamento da causa, contudo, em casos em que não há a disposição legal e é complexo, o próprio julgador irá determinar o grau de verossimilhança preponderante. Ainda, o esforço de quantificar o grau de verossimilhança e certeza que cada prova alcança apresenta uma enorme dificuldade.

Para Brandão (2018), a aplicação deste modelo no ordenamento jurídico brasileiro deve ser empregado com cautela, visto que no Brasil não há na doutrina e jurisprudência estudos consistente e substancial quanto a temática da valoração da prova. Ao final ele defende que tal método poderá proporcionar decisões justas e efetivas e, em situações excepcionais, como a produção de prova complexa e árdua, poderá ser utilizado o modelo da verossimilhança preponderante.

O último modelo de controle da valoração probatória pelo julgador apresentado no artigo de Brandão (2018) é denominado de standards probatórios ou modelo de constatação, o protótipo mais explorado pelos juristas. Neste modelo, que indica várias categorias de persuasão pré-estabelecidos no ordenamento jurídico, o julgador deve alcançar nível de convencimento que supere a dúvida quanto a existência ou não dos fatos discutidos e, caso não obtenha a certeza, irá julgar a demanda de acordo com as regras processuais do ônus da prova, pretendendo contemplar isonomia e segurança jurídica aos tutelados. Brandão (2018) assinala que para o gerenciamento da valoração probatória, o modelo dos standards probatórios deve ser estabelecido antes da apreciação judiciária quantos aos pedidos, a fim de garantir o contraditório efetivo e a comunicação entre as partes.

Em seguida, o autor destaca os três métodos principais dos standards probatórios, quais sejam: a preponderância da prova, o grau de certeza da dúvida acima do razoável e a prova clara e convincente (BRANDÃO, 2018).

Na preponderância de prova, comumente utilizado quando se discute direitos

patrimoniais, o grau da certeza quanto aos fatos exercidos pelo julgador carece de persuasão racional mínima, já que a parte que demonstrar em juízo a maior predominância de prova e demonstrar que tal evento foi o mais aceitável de ter ocorrido, terá o seu pedido julgado procedente. Para Brandão (2018), tal standard deve ser visto com cautela, considerando que no Direito Civil também é tutelado direitos essenciais para a vida, além da esfera patrimonial, não podendo o magistrado decidir a favor da parte que detém de maiores instrumentos probatórios. Assim, quando for requerido direitos fundamentais o sujeito terá que constatar em juízo que sua alegação é clara e convincente, carregando consigo maior plausibilidade.

Por último, o standard da dúvida acima do razoável, bastante utilizado no Direito Penal, vai além da dúvida imprecisa, mas aquela oriunda de receio consolidado e será preciso que o juiz solidifica sua decisão com base na valoração de prova que seja fundamental para o desfecho da demanda.

Surge, então, mais um problema, pois qual seria a exata compreensão de dúvida razoável? Para muitos, não é a mera possibilidade de dúvida especulativa ou vaga. A prova capaz de gerar convicção acima da dúvida razoável deve ser mais inequívoca do que uma mera prova clara e convincente, pois esse é o padrão para processos civis “não patrimoniais”. A dúvida razoável não é apenas dúvida abstrata e teórica, mas uma suspeita grave e fundada fora dos padrões morais e abstratos do próprio juiz. Assim, para que seja possível uma condenação penal, requer que a prova acostada convença o julgador acima de qualquer dúvida razoável (BRANDÃO, 2018, p. 7).

Em síntese, os três modelos standards oferecem critérios, mesmo que com conceitos abertos e maleáveis, para que o juiz exerça a valoração da prova observando aspectos racionais objetivos e conferindo isonomia e segurança para às partes.

## **5. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PROBATÓRIAS E A LIMITAÇÃO DO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ**

Inicialmente, a doutrina clássica compreendia que as partes não poderiam convencionar acerca de conteúdos probatórios, considerando que a prova, para eles, estava intrinsicamente relacionada com a busca da verdade dos fatos e interferiria na atividade judicial.

Nessa perspectiva, Godinho (2015) aponta que a doutrina clássica se baseava nos entendimentos de Chiovenda, que defendia que os particulares não tinham aptidão para intervirem em matéria cujo conteúdo discorria sobre a atividade jurisdicional e tais negociações apenas teriam validade caso houvesse homologação judicial.

Para Comoglio (2004) *apud* Maffessoni (2020), a liberdade do magistrado deveria permanecer íntegra e que a função do juiz não poderia ser derogada aos particulares.

Ainda, Taruffo (2014) compreendia que os negócios jurídicos processuais probatórios não eram possíveis, pois para ele as partes estariam convencionando sobre a verdade, sendo inadmissível visto que o órgão público tem como encargo buscar a verdade.

Entretanto, tal visão clássica não encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro que fortaleceu a autonomia privada e oportunizou a participação ativa dos particulares em matérias processuais, possibilitando mudanças na condução do procedimento, como ajustes em relação ao ônus, poderes, faculdades e deveres, ocasionando a flexibilização procedimental de acordo com os interesses dos litigantes. À vista disso, a cláusula geral de negociação processual, artigo 190 do Código de Processo Civil, possibilitou às partes aptidão para controlarem matérias processuais, inclusive probatórias.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê negócios jurídicos processuais típicos, classificados no Código de Processo Civil ou em legislação esparsa, como o artigo 373, §§3º e 4º do Código de Processo Civil que disciplina sobre a inversão do ônus probatória por convenção das partes, artigo 464, §2º do Código de Processo Civil que prevê a substituir a perícia por prova técnica simplificado, a requerimento das partes; artigo 471 do Código de Processo Civil que autoriza os particulares de escolherem o perito consensualmente; artigo 357, §2º do Código de Processo Civil dispõe sobre o saneamento compartilhado e artigo 432, parágrafo único do Código de Processo Civil, entabula que não será realizado o exame pericial se a parte produziu que produziu o documento falso concordar em retirá-lo, etc.

Quanto aos negócios jurídicos processuais atípicos probatórios, Ferradeira (2017)

salienta que o bem convencionado não é a busca da verdade, pois a atividade probatória estabelece o meio pelo qual será atingido a verdade sobre os fatos alegados.

Segundo Godinho (2015, p. 227), os negócios jurídicos processuais probatórios “são acordos ou convenções processuais pelos quais as partes regulam o modo de produção da prova, podendo incidir sobre o ônus ou sobre os meios de prova”.

Ainda, para Ravagnani (2019), os negócios jurídicos processuais probatórios têm o condão de modificar ou regularizar regras probatórias nas fases de admissão, produção ou valoração da prova, podendo estipular sobre o ônus, poderes, faculdades e deveres processuais referente às provas, os meios, as fontes, os elementos e os argumentos.

Maffessoni (2020) elenca diversos exemplos de negócios jurídicos processuais probatórios, sendo:

A redistribuição do ônus da prova, a previsão de utilização de meios atípicos de prova, a especificação de um só meio de prova possível para a demonstração da veracidade de um fato (estabelecimento convencional de prova legal), a permissão da livre valoração de todos os meios de prova quando a lei expressamente preveja um só modo de comprovação do fato (desconstituição de regra de prova legal prevista no ordenamento), a criação de hierarquia entre os meios de prova, a dispensa de prova pela fixação em contrato da versão dos fatos que deve ser observada em juízo, a vedação de utilização de prova emprestada, a permissão de coleta de prova testemunhal escrita, vedação à participação de assistentes técnicos no processo, a criação e derrogação de presunções, a disposição de que todas as provas devem ser trazidas aos autos juntamente com a petição inicial e a defesa, sendo vedada a dilação probatória, dentre outros (MAFFESSIONI, 2020, p. 99).

A doutrina apresenta diversas espécies de negócios jurídicos processuais probatórios, quanto ao objeto, meio, modo de produção, standard e valoração da prova (ALVES, 2020). Entretanto, considerando o problema a ser discutido no presente trabalho, qual seja, a possibilidade ou impossibilidade de as partes negociarem sobre os poderes instrutórios do juiz ou negócio jurídico processual probatório cujo conteúdo delimita os meios de prova, causando restrições ao poder instrutório do magistrado, por isto não será apresentado os variados exemplos de negócios jurídicos processuais probatórios atípicos, avançando para o tema do estudo.

## 5.1 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Primeiramente, devemos trabalhar o conteúdo do poder instrutório do juiz para posteriormente compreendermos sua relação com os negócios jurídicos processuais probatórios. Conforme exposto no capítulo no capítulo 02, sobre os modelos dogmáticos do Código de Processo Civil, a atuação do magistrado e das partes no procedimento é modificada

a partir do paradigma adotado pelo código.

No Código de Processo Civil de 1973, consagrado pelo princípio inquisitivo, concedeu ao juiz o papel central na condução do processo, sendo o responsável pela atividade processual, e as partes atuavam como meras assistentes.

No tocante ao direito probatório, no modelo inquisitivo, o magistrado tinha atribuição ampla em relação aos poderes instrutórios, como a determinação das provas que deveriam ser produzidas no processo, o gerenciamento da produção das provas e a valoração probatória, em razão da compreensão que o órgão julgador deveria buscar a verdade real para que pudesse proferir decisão justa.

Assim, o artigo 130 do Código de Processo Civil de 1973, redação mantida pelo artigo 370 do Código de Processo Civil de 2015, previa que ao cabia ao juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar as provas necessárias para a instrução do processo, podendo indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Assim, o juiz tem a faculdade de requerer a produção da prova que acreditar ser indispensável para o julgamento do caso em relação aos pontos que não foram esclarecidos (SHIMURA; LUZ, 2020).

Quanto ao alcance do poder instrutório do juiz *ex officio*, sem a pretensão de esgotar o tema, é necessário apresentar que a doutrina brasileira não é pacífica quanto ao tempo, devendo ser necessário, previamente, apresentar a divergência.

Conforme Santos (1989), o poder da iniciativa probatório pelo juiz deveria ser supletivo à disposição das partes, isto é, o magistrado apenas poderia requerer a produção de provas nas situações em que a verdade carecia de elucidações, de maneira que caso não fosse realizado poderia impossibilitar o pronunciamento judicial. Assim, Santos (1989, p. 351) compreendia que “por exceção, o juiz poderá, de ofício, ordenar diligências necessárias à instrução da causa”.

Nesta linha, Filho (2003) alega que à luz do princípio da igualdade das partes os poderes instrutórios do juiz não podem ser amplos, visto que caso o magistrado exerça a iniciativa probatória, ao invés das partes, poderá configurar auxílio a um dos litigantes, de maneira que viole o princípio supracitado, a isonomia e a imparcialidade. Excepcionalmente, ele defende que o exercício *ex officio* do julgador apenas poderá ocorrer nos procedimentos cujo bem discutido comporta interesses públicos ou quando a prova produzida for insatisfatória para o convencimento.

Também para Xavier (2008), o poder instrutório do juiz é subsidiário ao das partes e o juiz apenas poderá requerer a produção de prova de ofício caso os litigantes estejam incapacitados de fabricarem as provas necessárias para o esclarecimento dos fatos.

Ainda, segundo Greco (2015), a iniciativa probatória pelo órgão judicial deve ser subsidiária à tarefa da realização das provas pelos particulares. O autor aponta nos direitos materiais disponíveis o magistrado tem que diligenciar a produção da prova *ex officio* caso os litigantes não apresentem todos os meios de prova suficientes para o deslinde da resolução do caso. Entretanto, quanto aos direitos materiais indisponíveis a iniciativa probatória deve ser realizada em caráter principal a fim de que a sua inércia não ocasione a procedência ilícita de direito indisponível. Para ele o julgador não pode, de ofício, requerer produção de prova nos casos em que restar comprovado, pelas provas constantes nos autos, informações suficientes para o julgamento da demanda. Por fim, Greco (2015) alega que há no Brasil sistema misto quanto à iniciativa dos poderes instrutórios pelo magistrado, que irá variar se a causa versar sobre direito disponível ou indisponível.

Por outro lado, entendimento diverso é apresentado por Bedaque (1994) que reconhece a amplitude dos poderes instrutórios ao juiz e a sua aplicação irrestrita na realização das provas, que deverá ser praticado não de forma supletiva, mas conjuntamente com os litigantes, pois o juiz representa o Estado na demanda pela busca da justiça e deverá ter papel ativo na instrução das provas. Ainda, a iniciativa probatória de caráter principal pelo magistrado contribuiria para a supressão de desigualdade nas oportunidades probatórias, em razão de ordem econômica, por exemplo.

Quanto ao tema, Moreira (2007) assimilava que apenas aos particulares incumbia a função de realização a produção da prova, entretanto a iniciativa probatória pelo juiz para elucidação dos fatos não destituía os particulares de sua função e não agia em seu lugar, sendo meramente dever inerente do órgão julgador.

Semelhantemente, Câmara (2022) compreendia que os poderes de iniciativa probatória pelo juiz eram amplos e o requerimento, de ofício, para a produção de prova não feria a imparcialidade do magistrado, visto que ele não teria conhecimento de qual das partes seriam desfrutadas pela prova produzida.

Após o Código de Processo Civil de 2015, Godinho (2014) salienta a importância do debate quanto à temática do poder instrutório do juiz, visto que após a nova codificação o tema precisa ser analisado sob a luz de modelo processual coadunável com o Estado Constitucional, que é o modelo cooperativo, previsto no artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015.

Neste sentido, à luz do modelo cooperativo, do trabalho participativo e da formação do contraditório, Câmara (2022) modificou o seu entendimento, defendendo que tanto aos particulares quanto ao julgador deverá ser reconhecido o exercício da iniciativa probatória. Para

ele o comportamento inerte e passivo, que se delimitava apenas à valoração da prova formulada pelos litigantes não condiz com o modelo de cooperação adotado pelo Código de Processo Civil de 2015 e não fere a imparcialidade do magistrado, visto que demonstra a preocupação e a busca pelo julgamento correto, justo e efetivo.

O autor defende ainda que a iniciativa probatória pelo julgador deve ser interpretada como atividade suplementar às partes, pois cada sujeito processual tem função a ser cumprir no processo e cabe às partes o encargo principal de produzirem as partes, não podendo o magistrado usurpar tal tarefa.

Segundo Didier Júnior, Braga e Alexandria (2021), o artigo 370 do Código de Processo Civil de 2015 é examinado sobre três enfoques. O primeiro dispõe que no dispositivo supramencionado o juiz tem amplos poderes instrutórios, há quem argumenta que a norma é inconstitucional e outros admitem a aplicabilidade da disposição, desde que haja limites, como o a iniciativa probatória pelo magistrado de forma complementar à produção pelos particulares caso haja insuficiência probatória apresentada pelos litigantes, o cuidado com a imparcialidade do juiz, sendo recomendado procedimento de competência funcionais escalonadas e a abrangência da iniciativa probatória irá depender se trata de direitos disponíveis ou indisponíveis.

Para Didier Júnior, Braga e Alexandria (2021), o artigo 130 do Código de Processo Civil de 2015 não é inconstitucional, pois materializa o ideal da sociedade justa, disposta no artigo 3º, inciso I da Constituição Federal, possibilitando ao julgador decidir com base nas provas que demonstram a veracidade quanto a existência ou inexistência dos fatos alegados. Ainda, não fere o princípio do devido processo legal, considerando que as partes já sabem que ao juiz é conferido os poderes instrutórios.

Por fim, os autores defendem que o legislador conferiu amplos poderes instrutórios ao magistrado, conforme a leitura do artigo 370 do Código de Processo Civil de 2015, contudo tal dispositivo deve ser compreendido sob o prisma do modelo cooperativo, reconhecendo também iniciativa probatória das partes. Assim, para Didier Júnior, Braga e Alexandria (2021), o tema do poder instrutório precisa ser reinterpretado, pois, segundo os doutrinadores, a iniciativa probatória é conferida aos litigantes e caberá ao magistrado apenas atividade complementar, ou seja, em caso de dúvida após a produção probatória pelos sujeitos e determinado evento for importante para o desfecho do caso o julgador poderá requerer a produção de prova necessária. Ainda em caso de dúvida o togado poderá aplicar o ônus da prova, que terá aplicação subsidiária. Por último, apenas após observado e realizado os trâmites citados anteriormente

que o magistrado poderá de ofício iniciar a atividade probatória. Os doutrinadores ainda pontuam que em caso de vulnerabilidade, seja de ordem econômica ou técnica, a iniciativa probatória pelo magistrado será aplicada de forma substitutiva.

Em entendimento diverso, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017) alegam que o magistrado tem o dever de esclarecer as situações fáticas apresentadas no processo e a decisão deve buscar julgar conforme o evento mais provável de ter acontecido e, por isto, os autores compreendem que não pode o juiz primeiro julgar com base na regra do ônus da prova para, somente, posteriormente requerer de ofício a produção da prova, pois a busca da verdade é demonstração de empenho de pronunciamento judicial efetivo.

Para Queiroz (2020), o artigo 370 do Código de Processo Civil de 2015 conferiu amplos poderes instrutórios ao magistrado para verificar a necessidade para a realização de novas provas para o julgamento do pedido, mas tal amplitude não confere poder discricionário ao juiz, visto que apenas deverá requerer a produção de provas em razão da conveniência e oportunidade.

Entendimento similar é apresentado por Vaughn, Brazil e Ravagnani (2018) que compreendem que o legislador conferiu no artigo 370 do Código de Processo Civil de 2015 amplos poderes instrutórios ao magistrado, entretanto, tal atribuição não é absoluta e ilimitada. Para os autores, o papel ativo do julgador deve ser feito observando o equilíbrio de sua atuação, não podendo guiar-se por sentimento pessoais.

Em face de todo o exposto sobre a amplitude da iniciativa probatória do juiz, o princípio do autorregramento da vontade e a cláusula geral de negociação processual inaugurou-se na doutrina debates e questionamentos sobre limites e restrições quanto ao exercício da autonomia privada nos negócios jurídicos processuais probatórios atípicos em face do poder instrutório do juiz. Diante deste dilema e indagações o presente trabalho procura analisar e responder as seguintes situações: nos negócios jurídicos processuais probatórios em que os particulares delimitam os meios de prova e o juiz entender que tal produção probatória é necessária para o julgamento, poderá o magistrado requerer de ofício a realização da prova? Ainda, as partes podem convencionar diretamente sobre os poderes instrutórios do juiz?

## 5.2 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PROBATÓRIOS CUJO CONTEÚDO RESTRINGE O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ

O artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 prevê cláusula geral de atipicidade

dos negócios jurídicos processuais, delimitando que os sujeitos plenamente capazes podem estipular mudanças no procedimento, convencionando sobre o ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, caso o direito tutelado admita autocomposição.

À vista do princípio do autorregramento da vontade e da cláusula geral da atipicidade dos negócios jurídicos processuais, cabe o seguinte questionamento: caso os particulares convencionem negócio jurídico processual que não irão produzir determinado tipo de prova, como não realização da perícia, renúncia à prova testemunhal ou que não será produzido nenhum tipo de prova no processo exceto as provas documentais etc., conteúdo probatório que restringe o poder instrutório do juiz, poderá ele considerar que tais provas não são suficientes para o julgamento da demanda e ignorar o que foi convencionado pelos litigantes a fim de aplicar o artigo 370 do Código de Processo Civil de 2015, que prevê a iniciativa probatória *ex officio* pelo magistrado? Ainda, as partes podem convencionar sobre o poder instrutório do juiz?

A doutrina se divide em duas correntes, sobre a impossibilidade de convencionarem conteúdos que restringem o poder instrutório do juiz e, por outro lado, o respeito ao princípio do autorregramento da vontade.

### **5.2.1 Corrente doutrinária contrária aos negócios jurídicos processuais probatórios atípicos que restringem ou limitam os poderes instrutórios do juiz**

Para Greco (2008), a prova está intrinsecamente relacionada com a busca da verdade e caso as partes restringem os meios de prova, impossibilitando ao magistrado o requerimento para a produção de prova que julga ser necessária para a obtenção da verdade restringirá os poderes instrutórios do magistrado e sua função jurisdicional, que é a investigação da verdade.

Em sentido similar, Almeida (2014) alega que a busca da verdade é de interesse do Estado-juiz e da sociedade, com o objetivo de proferir decisões justas. À vista disso, ele alega que nos negócios jurídicos processuais probatórios cujo conteúdo determina a impossibilidade de o juiz determinar prova de ofício ou ficar vinculado apenas aos tipos de prova que as partes convencionaram que fosse estabelecida e obstar o julgador de diligenciar produção de provas que entender ser necessário para a busca da verdade, que é de interesse público inafastável, não é lícito tal entabulação pelos litigantes. Entretanto, se tal convenção não intervir na aferição correta dos fatos e da busca da verdade será admitida no ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com Bonizzi (2017), o objetivo do processo em si não é a busca da verdade, mas para que o pronunciamento da decisão judicial seja considerado justa deverá estar o mais próximo possível da realidade dos fatos e para isto o magistrado precisará conhecer e analisar

todas as provas que acreditar ser necessária para a sentença. Assim, defende que não é possível as partes entabularem negócios jurídicos processuais probatórios cujo conteúdo reprime os poderes instrutórios do julgador.

Segundo Oliveira (2017), as partes não podem convencionar sobre atribuições de terceiros, como o magistrado, perito, serventuário etc., ainda que reconheça a liberdade dos particulares, admitindo o sistema híbrido que encontra tanto a prerrogativa do juiz de requerer de ofício produção de prova quanto a oportunidade dos particulares a produzirem, visto que para o autor deve ser imposto limites ao exercício negocial, caso contrário o processo civil se aproximaria do modelo adversarial, em que a atuação das partes sobressai à figura do juiz.

Nesta linha, Lucon (2016) compreende que os particulares não podem negociar sobre os poderes e deveres do magistrado, considerando que não poderiam dispor em relações jurídicas de terceiro, do mesmo modo não poderiam eliminar os poderes instrutórios do juiz por meio de negócio jurídico processual. Assim, para ele, caso os sujeitos convencionem sobre a renúncia de um determinado tipo de prova o julgador poderá requerer a produção de prova caso vislumbre a necessidade, visto que os poderes instrutórios do órgão julgador são inatingíveis por negócios jurídicos processuais probatórios que convencionem poderes do togado, caso contrário a teoria geral do direito seria contrariada.

Ainda, Humberto Theodoro Júnior (2022) é contrário aos negócios jurídicos processuais que restringe o poder instrutório do juiz, uma vez que para o autor os negócios jurídicos processuais têm requisito negativo, isto é, impossibilidade de os particulares ajustarem sobre a situação jurídica do magistrado, que é atividade inerente da jurisdição e da garantia ao devido processo legal, não podendo ser exercido pelos litigantes.

Inclusive, Alvim (2017) dispõe que os negócios jurídicos processuais não podem atingir os poderes-deveres do magistrado, porque as cláusulas interferirão matéria de jurisdição, ultrapassando a previsão do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 que prevê a possibilidade de as partes convencionarem sobre o procedimento.

Além disso, Petrechen (2021) verifica que o ordenamento jurídico brasileiro concedeu aos particulares participação ativa no processo, inclusive na formação da prova, por meio dos negócios jurídicos processuais atípicos, contudo não poderá limitar ou diminuir a figura e atuação do magistrado no gerenciamento do procedimento judicial, que deverá ser justo e equilibrado, trabalhando em cooperação com os demais sujeitos processuais, caso contrário prevalecerá o sistema autoritário

De acordo com Peres (2019), em relação aos negócios jurídicos processuais probatórios

atípicos, o magistrado apenas poderá invalidar a convenção e produzir de ofício a prova que entender necessário quando verificar que tal prova é imprescindível para a elucidação quanto a existência ou inexistência dos fatos apresentados na demanda processual, a fim de conservar o processo justo.

Por fim, o Enunciado nº 36 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) dispõe que a cláusula geral de atipicidade do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 não autoriza às partes a convencionarem negócios jurídicos processuais probatórios atípicos que afetem e limitam os poderes e deveres do juiz na iniciativa probatória.

### **5.2.2 Corrente doutrinária favorável aos negócios jurídicos processuais probatórios atípicos que restringem ou limitam os poderes instrutórios do juiz**

A partir dos argumentos apresentados anteriormente pode-se vislumbrar o apego e a consolidação do ideal publicista no processo, entretanto, após o advento do Código de Processo Civil de 2015 e a adoção do modelo cooperativo as partes se reinseriram como protagonistas no gerenciamento do processo, não atuando mais como meras provocadoras da demanda, materializando, portanto, o princípio do autorregramento da vontade, sendo os negócios jurídicos processuais instrumento de efetividade da autonomia privada, no qual as partes poderão estipular mudanças no processo e ajustá-lo conforme interesses particulares, podendo convencionar sobre o ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, concretizando a flexibilidade no procedimento judiciário por meio da participação ativa dos particulares, resultando em decisões efetivas e a celeridade processual.

Em face dos negócios jurídicos processuais, Ravagnani (2019) argui que ao juiz cabe apenas a atribuição de incentivar e controlar as convenções. A ideia do encorajamento dos negócios jurídicos processuais está associada ao princípio da solução consensual dos conflitos, previsto nos artigos 2º e 3º do Código de Processo Civil de 2015 e o gerenciamento da validade dos negócios jurídicos processuais conforme o parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, que poderá recursar a aplicação dos negócios jurídicos processuais em caso de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão.

Neste sentido, Ravagnani (2019) defende a validade dos negócios jurídicos processuais probatórios atípicos em que as partes poderão restringir os poderes instrutórios do juiz, em virtude do respeito ao princípio do autorregramento da vontade. Assim, segundo o autor, em face de negócios jurídicos processuais probatórios atípicos o juiz não terá outra atitude a não ser empregar o convencionado pelos sujeitos, visto que o magistrado apenas pode realizar o

controle da validade em relação a nulidade ou cláusula abusiva e não o gerenciamento sobre o conteúdo dos negócios jurídicos processuais.

Além disso, Ravagnani (2019), em oposição aos doutrinadores que entendem pela impossibilidade das partes convencionarem negócios jurídicos processuais probatórios atípicos que limitam o poder instrutórios do juiz, salienta que os negócios jurídicos processuais atípicos não podem ser percebido na doutrina como supressiva dos poderes instrutórios do magistrado, pois a regra é a aplicação do artigo 370 do Código de Processo Civil de 2015, entretanto, caso os particulares convencionam que tal meio de prova não será produzido no processo ou que apenas será aceito provas documentais, não poderá o julgador aplicar o dispositivo legal que prever o requerimento de ofício da iniciativa probatória, pois os seus poderes estarão limitados e restritos naquele caso, em virtude da autonomia privada, mas não serão excluídos.

Assim, nos casos em que o juiz verificar que é necessária a produção de determinada prova, contudo os particulares convencionarem que tal prova não seria produzido para o deslinde da demanda, não poderá o magistrado ignorar o pactuado pelas partes, devendo aplicar a regra do ônus da prova para o julgamento do processo, pois este é o risco que as partes assumiram ao pactuarem a limitação probatória no processo.

Por fim, Ravagnani (2019) compreende que caso o juiz ignorar a vontade manifestada pelas partes por meio de negócio jurídico processual probatório e realizar a prova, que compreender ser necessária, mas que os particulares demonstraram o desinteresse na produção da prova, a sentença violou o devido processo legal, direito de ação, princípio do contraditório e do debate e poderá ser vista como *extra* ou *ultra petita* e, ainda, caberá recurso contra a decisão judicial, devendo tal inobservância ser impugnada em preliminar de apelação.

Maffessoni (2020) também defende a preponderância dos negócios jurídicos probatórios atípicos que restringem e limitam os poderes instrutórios do juiz, apontando em seu trabalho sete balizas interpretativas favoráveis ao princípio do autorregramento da vontade, são elas:

o necessário respeito e fomento ao consenso; o respeito à máxima *in dubio pro libertate*; o abandono da ideia de jurisdição apenas como manifestação de poder; a participação das partes como co-gestoras do processo; o necessário gerenciamento de recursos públicos a fim de prestar um serviço público efetivo; a interpretação das convenções conforme a vontade das partes; a subsidiariedade da intervenção judicial e a excepcionalidade da revisão contratual

Para ela, o artigo 370 do Código de Processo Civil de 2015 e os poderes instrutórios do juiz devem compreendidos à luz do modelo cooperativo, do princípio do autorregramento da vontade e do respeito à solução consensual dos conflitos, previstos nos artigos 3º, §§2º e 3º do

Código de Processo Civil de 2015, que promoveram a emancipação das partes no gerenciamento do processo, podendo elas conduzirem o procedimento de acordo com os interesses particulares que viabilizam o consenso e a celeridade processual, abandonando a ideia de que o processo deveria privilegiar apenas a autoridade do julgador.

Em virtude da máxima do *in dubio pro libertate*, Maffessoni (2020) argumenta que tal diretriz determina que deverá predominar a cláusula contratual elaborada entre os particulares e para alterar esta compreensão será necessário que o juiz realize fundamentação demasiada e especial. Nos casos dos negócios jurídicos processuais deverá ser reconhecido às partes sua participação na fase probatória, elas são destinatárias da prova, têm o conhecimento perspicaz sobre o caso e a realidade dos fatos, por isto estarão mais aptas para projetar e estruturar o melhor cenário para a solução do conflito.

Por estas razões, Maffessoni (2020) defende que os negócios jurídicos processuais probatórios atípicos que restringem a iniciativa probatória do juiz deverão ser respeitados e o magistrado deverá aplicar a convenção, não realizando a produção de provas renunciada pelos particulares, ainda que compreender ser necessário.

Nesta linha, Didier Júnior, Braga e Alexandria (2021) sustentam que o magistrado não pode desprezar os negócios jurídicos processuais probatórios atípicos que é a instrumentalização da vontade das partes, visto que se contrapôs-te estaria impedindo o protagonismo dos particulares no procedimento e, em caso de dúvida, deverá julgar conforme as regras do ônus probatório.

De acordo com Pereira (2019), caso o juiz desconsiderar a manifestação de vontade externada pelos particulares por meio de negócio jurídico processual probatório atípico não há razão para as partes convencionarem negócios jurídicos processuais com base na cláusula da atipicidade, visto que ao final seria inútil sua aplicabilidade, em razão do requerimento de ofício pelo magistrado para a produção da prova, ignorando, portanto, a autonomia da vontade.

Em conclusão, os doutrinadores que compreendem pela aplicabilidade dos negócios jurídicos processuais probatórios atípicos que restringem os poderes instrutórios do juiz fundamentam corretamente com base no princípio do autorregramento da vontade que empoderou as partes no procedimento, a cláusula geral de atipicidade, a solução dos conflitos pelos particulares via consenso e diálogo.

### 5.3 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PROBATÓRIOS QUE CONVENCIONAM O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ

Outro questionamento proveniente do princípio do autorregramento da vontade e da cláusula de atipicidade dos negócios jurídicos processuais é sobre a possibilidade de as partes convencionarem sobre os poderes instrutórios do juiz propriamente a fim de vedar qualquer iniciativa probatória pelo julgador.

Segundo Pereira (2019), os negócios jurídicos processuais probatórios atípicos nos quais as partes pretendem impossibilitar qualquer iniciativa probatória do juiz trata-o como “convidado da pedra”, estabelecendo que apenas às partes cabe a condução e o gerenciamento do processo, contrapondo ao modelo instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, o sistema da cooperação, no qual tanto os particulares quanto o julgador deverão atuar de forma equilibrado no procedimento, não podendo nenhuma das figuras se sobrepor à outra. Assim, ela alega que é impossível os litigantes convencionarem negócios jurídicos processuais que suprima toda e qualquer iniciativa probatória pelo órgão julgador.

## 6 CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou examinar os modelos dogmáticos processuais, principalmente o inquisitivo, adotado pelo Código de Processo Civil de 1939 e 1973, e o modelo cooperativo, ratificado no Código de Processo Civil de 2015, que restabeleceu a autonomia da vontade no ordenamento jurídico brasileiro, pelo princípio do autorregramento da vontade e a solução consensual dos conflitos, pelo debate, consenso e trabalho comunitário entre o magistrado e as partes.

Analisando os modelos dogmáticos adversarial, inquisitivo e cooperativo vislumbrou-se que a distinção principal entre os sistemas diz respeito à atuação na condução do processo pelas partes e pelo magistrado, que a depender do maior grau de preponderância da atividade do gerenciamento, alterará o modelo processual.

Assim, conforme pontuado, no modelo inquisitivo as partes ficaram relegadas ao papel de meras expectadoras, com a função única de instigar a ação, contudo, a condução ficava ao cargo do magistrado, o “super-juiz”, que tinha amplos poderes no gerenciamento do processo e da iniciativa probatória.

Entretanto, após o advento do Código de Processo Civil de 2015 e a adoção do modelo cooperativo, despontou o trabalho colaborativo entre as partes e o magistrado, sendo os particulares emponderados, cuja vontade foi valorizada e, conjuntamente com o julgador, coordenam o procedimento de acordo com os interesses privados, objetivando o consenso, diálogo e a celeridade do julgamento.

Nesta concepção da valoração da vontade, o artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 determinou que as partes plenamente capazes, em matéria de direitos que admitem autocomposição, podem estipular mudanças no procedimento à fim de ajustá-lo conforme seus interesses e convencionarem sobre o ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Por outro lado, conforme apontado nos capítulos anteriores, o Código de Processo Civil de 2015 não suprimiu completamente diretrizes do princípio inquisitivo, devendo tal dispositivos serem visualizados à luz do modelo cooperativo. Neste sentido, o artigo 370 do Código de Processo Civil de 2015 manteve a redação do Código de 1973 e conferiu ao magistrado amplos poderes instrutórios.

A partir disto, diversos doutrinadores questionaram e indagaram sobre a harmonia entre a cláusula geral da atipicidade nas matérias probatórias, nos casos em que as partes convencionam negócios jurídicos processuais probatórios atípicos que o conteúdo restringe ou

delimita os poderes instrutórios do juiz, ou, ainda, se é possível aos particulares convencionarem diretamente sobre a iniciativa probatória do magistrado. Diante destas indagações, o presente trabalho procurou responder os seguintes pontos:

Considerando a cláusula geral da atipicidade do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 e os amplos poderes instrutórios do juiz previsto no dispositivo 370 do Código de Processo Civil de 2015, as partes poderão convencionar negócios jurídicos processuais probatórios atípicos cujo conteúdo irá restringir e limitar a iniciativa probatória do magistrado, ainda que ele compreenda que tal prova é necessária e útil para o julgamento do processo?

Ainda, as partes poderão convencionar acerca da supressão e vedação dos poderes instrutórios do juiz?

A partir de todos os pontos apresentados neste trabalho, do estudo doutrinário e dogmático da lei, conclui-se, com base na previsão da cláusula geral da atipicidade, da valoração da vontade das partes, da emancipação dos particulares na condução do procedimento, no diálogo e a busca pelo consenso, que os litigantes poderão convencionar sobre matéria probatória cujo conteúdo restrinja a iniciativa probatória do julgador, ainda que esta não seja a intenção principal dos sujeitos, visto que a eles cabem o manejo do procedimento de acordo com seus interesses particulares e não caberá ao órgão julgador o requerimento de ofício contrário ao que foi entabulado pelas partes, de maneira que irá violar o devido processo legal, a solução consensual dos conflitos e o contraditório, devendo o togado, em caso de dúvida no julgamento, decidir com base na regra do ônus probatório.

Por outro lado, em relação ao segundo questionamento, compreende que as partes não podem convencionar vedação ao poder instrutório do juiz, visto que não está de acordo com o modelo cooperativo, que visa o trabalho comunitário e, também, vai contra a determinação do artigo 370 do Código de Processo Civil de 2015, que prevê ao juiz a iniciativa probatória, que apenas poderá ser reduzida caso o conteúdo do negócio jurídico processual probatório atípico restrinja indiretamente o poder instrutório do juiz em razão de renúncia a determinado tipo de prova.

Assim, deverá ser consagrado a prática e a implementação da autonomia da vontade das partes, dentro das balizas do modelo cooperativo, por meio dos negócios jurídicos processuais a fim de extirpar o ranço inquisitivo e a intolerância à manifestação de vontade no ordenamento jurídico brasileiro, pois de nada adianta o legislador idealizar que as partes têm atuação ativa e participava na condução do processo se o magistrado mantiver a percepção de que apenas a ele cabe o gerenciamento, visto que a prova, como apresentado no capítulo quatro, está associada

ao ideal da busca da verdade e ele tem o dever jurisdicional de alcançar, por meio das provas, a verdade mais próxima e similar à ocorrência dos fatos e proferir decisão justa e efetiva, devendo atentar-se que os particulares têm o conhecimento profundo e forte sobre as questões que envolvem o conflito e, se eles, por meio da autonomia da vontade, decidem ajustar o procedimento e abdicar tipo de prova em razão da celeridade processual e do consenso, caberá ao julgador apenas aplicar o negócio jurídico processual e realizar o controle da validade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **Das convenções processuais no processo civil**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014.

ALVES, Tatiana Machado. Ensaio sobre a classificação das convenções probatórias. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. Tomo II. Salvador: JusPodivm, 2020.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: teoria do processo e processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ALVIM, Teresa Arruda. Embargos de declaração: como se motiva uma decisão judicial? 4. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2018.

ARENHART. Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC), v. 27, 2005.

ASCENSÃO. José de Oliveira. **Direito Civil: teoria geral**. v. 2. Coimbra: Coimbra, 1999.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro**. 2011. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da Prova Civil: uma teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BORGES, Ronaldo Souza. O sistema misto de valoração da prova no novo Código de Processo Civil: a relação entre prova livre e prova legal. **Revista de Processo**, v. 264, p.155-179, fev. 2017.

BRANDÃO, Antônio Augusto Pires. A valoração da prova e o controle da atividade judicial. **Revista de Processo**, v. 285, p. 19-42, nov. 2018.

BRASIL, Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 18 set. 1939. Disponível em: <http://www.rafaelcasellipereira.com.br/historia/6/-codigo-de-processo-civil-de-1939>. Acesso em: 28 fev. 2022.

BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm). Acesso em: 02 mar. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 mar. 2022.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 16 de mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 01 mar. 2022.

BRASIL, Escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrado. **Enunciados aprovados**. 2015. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 10 de jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 20 mar. 2022.

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 1ª. ed., Salvador: JusPodivm, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de direito processual civil**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Campinas: Bookseller, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições do direito processual civil**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009. Tradução do original italiano “Instituzioni di Diritto Processuale Civile” de: Paolo Capitanio, com anotações do Prof. Enrico Tulio Liebman.

COSTA, Rosalina Moitta Pinto da; CARNEIRO, Thiago Lima. O modelo de processo cooperativo e o papel do juiz no estado democrático de direito. **Revista do Programa de Pós-Graduação em direito**, v. 29, n. 1, 2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**. 2014. Disponível em: [https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios\\_jur%C3%ADdicos\\_processuais\\_no\\_processo\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro). Acesso em: 20 mar. 2022.

DIAS, Jean Carlos. A dimensão jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil. **Revista de Processo**, v. 107, p. 157-169, jul./set. 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 198, p. 207-217, jun., 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 23. ed., Salvador: JusPodivm, 2021.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada,

processo estrutural e tutela provisória. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERRADEIRA, Mariana. **A prova emprestada como objeto de negócio jurídico processual**. In: MARCATO, Ana (Org.); GALINDO, Beatriz (Org.); GÓES, Gisele (Org.); BRAGA, Paula Sarno (Org.); APRIGLIANO, R. (Org.); NOLASCO, R. D. (Org.). Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, v.1.

FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FILHO, Vicente Greco. **Direito Processual civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1.

GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe no ‘Leito de Procusto’’. **Revista de Processo**, v. 235, p.85-117, set. 2014.

GODINHO Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GODINHO, Robson Renault. **A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria de prova**. In: Cabral, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2015.

GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual**: primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia (Coord.). 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.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. v. 2, 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Artigos 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379 e 380**. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). Comentários ao novo código de processo civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2016.

MAFFESSIONI, Behlua Ina Amaral. **Convenções processuais em matéria probatória e poderes instrutórios do juiz**. 2020. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 78, n. 1, p. 66-77, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Privatização do processo? **Revista da EMERJ**, v. 1, n.3, p. 13-25, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual: nona série**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rose Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 14. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

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

OYA, Marcio Koji. Conceito e natureza jurídica da prova. **Revista de Processo**, v. 162, p. 9-23, ago. 2008.

PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Verdade e finalidade da prova. **Revista de Processo**, v. 213, p. 161-189, nov. 2012.

PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. **Negócios jurídicos processuais sobre presunções: uma convenção probatória**. 2019. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, 2019.

PERES, Pedro Quintaes. **A (im)possibilidade de limitação dos poderes instrutórios do juiz pelos negócios jurídicos processuais probatórios atípico sob a perspectiva da justa decisão**. 2019. Tese (Mestrado em Ciências Jurídicas-Civilísticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019.

PETRECHEN, Mariela Martins Pacheco. **As convenções processuais probatórias na busca do processo efetivo**. 2021. Tese (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, 2021.

QUEIROZ, Pedro Gomes de. O poder do juiz de produzir prova de ofício. **Revista de Processo**, v. 304, p. 179-200, jun. 2020.

RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**, v. 224, p. 41-61, out. 2013.

RAVAGNANI, Giovani dos Santos. **Convenções processuais em matéria probatória no Processo Civil**. 2019. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo USP, 2019.

REALE, Miguel. **Verdade e conjectura**. Nova Fronteira. 1983.

REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro: existência, validade e eficácia**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

REINAS, Caroline Pastrri Pinto. **O negócio jurídico processual em matéria probatória à luz**

**dos poderes instrutórios do juiz e do princípio da cooperação:** uma proposta de sistematização. 2020. Tese (Mestrado em Direito) – Unimar, Marília, 2020.

SÁ BUSTAMANTE, Rodolfo Seabra Alvim. **Negócios jurídicos processuais no modelo constitucional do processo civil e a atuação do Estado-juiz na fase de instrução.** 2021. Tese (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, 2021.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial.** 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1971, v. I, n. 244.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1989.

SHIMURA, Sergio Seiji; LUZ, Tatiana Tiberio. Os limites aos poderes instrutórios do juiz. **Revista de Processo**, v. 310, p. 89-111, dez. 2020.

SILVA, de Plácido. **Vocabulário jurídico.** 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil.** 2ª ed., Lisboa: Lex, 1997.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos.** Trad. Jordi Ferri Beltrán. Madrid: Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. Verdade negociada? **Revista eletrônica de Direito Processual**, v. 13, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11928>. Acesso em: 01 jun. 2022.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo código de processo civil: aspectos teóricos e práticos. **Revista dos Tribunais**, v. 254, p. 91-109, abr. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 63. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022.

VAUGHN, Gustavo Fávero; BRAZIL, Renato Caldeira Grava; RAVAGNANI, Giovani dos Santos. As convenções processuais vista como um possível limite aos poderes instrutórios do juiz. **Revista dos Tribunais**, v. 989, p. 377-404, mar. 2018.

XAVIER, Trícia Navarro. O “ativismo” do juiz em tema de prova. **Revista de Processo**, v. 159, p. 172-197, maio, 2008.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). **Negócios jurídicos processuais.** Salvador: JusPodivm, 2015, p. 79.

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