

VI NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS SOBRE ÔNUS DA PROVA

“Para ter mais certezas tenho que me saber de imperfeições.”¹

1. Noções gerais

Retoma-se neste item o que foi exposto na Introdução e foi ilustrado no final capítulo anterior: identificou-se doutrinária e jurisprudencialmente a insuficiência do disposto no *caput* do art. 333 do CPC/1973 e conferiu-se ao juiz a possibilidade de, casuisticamente, inverter o ônus da prova, basicamente nas situações em que a situação “tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”, que é o que está expressamente disposto no inciso segundo do parágrafo único desse dispositivo. Ou seja: por décadas afastou-se o *caput* e ignorou-se o parágrafo único daquele dispositivo, que possuía precisamente uma função supletiva para a insuficiência do critério abstrato.²

O objetivo deste estudo centra-se mais nos aspectos principiológicos, culturais e ideológicos que envolvem os negócios jurídicos processuais sobre ônus da prova do que exatamente nos diversos desdobramentos procedimentais delas decorrentes. O propósito da tese centra-se, pois, no estudo da divisão do trabalho entre as partes e o juiz tendo como paradigma um dispositivo legal expresso que é ignorado e que, ao mesmo tempo, revela de modo sintomático o estado ideológico-cultural do processo civil brasileiro.

-
1. BARROS, Manoel de. *Poesia completa*. São Paulo: Leya, 2010. p. 346.
 2. O novo CPC, ao menos formalmente – e, nesse particular, graças à participação direta de Fredie Didier Jr. no processo legislativo, por meio do qual ganharam linguagem normativa diversos dispositivos que revelam o respeito ao autorregramento da vontade, incluindo a nova redação dos negócios processuais sobre ônus da prova – rompe normativamente com esse esquecimento de que as partes devem assumir também protagonismo no processo. Profundo exame doutrinário em CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais...cit., passim*.

A tese tem como núcleo precisamente o modelo atual de processo civil, que exige efetiva participação das partes, e seu propósito é o de demonstrar a relevância daquele específico dispositivo legal no contexto do processo cooperativo.

Entretanto, a fim de demonstrar a aplicação prática do instituto em questão, dedica-se este capítulo a algumas questões relacionadas à elaboração das convenções acerca do ônus probatório.

Como este capítulo é um desdobramento lógico dos demais, diversos aspectos conceituais já foram anunciados no decorrer da tese, de modo que o enfoque a ser conferido nos itens seguintes terá como suporte os capítulos anteriores, a fim de evitar demasiadas repetições.

Após uma breve exposição doutrinária e conceitual, serão examinados os limites das referidas convenções e as possibilidades de sua aplicação em situações específicas, com ênfase ao desenho normativo do novo CPC.

2. A admissibilidade dos negócios jurídicos processuais sobre ônus da prova

Por envolverem a disposição sobre normas tradicionalmente consideradas cogentes, as convenções probatórias em geral recebem forte resistência doutrinária em sua admissibilidade.³

Chiovenda manifestou-se contrariamente à inversão convencional do ônus da prova por entender que se interferiria na atividade própria do juiz, ou seja, a vontade das partes não poderia influir em atividade alheia, salvo autorização legal.⁴ Esse entendimento é reproduzido por muitos autores que não concor-

3. Cf. RANGEL, op. cit., p. 183-184.

4. *Principios de derecho procesal civil*. Jose Casais y Santaló. Madrid: Instituto Editorial Reus, s/d, t. II, p. 293. *Instituições de direito processual civil*. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. vol. II, p. 390; registre-se a conhecida ideia de Chiovenda, no sentido de que “na dúvida, as normas processuais devem se reputar cogentes” – op. cit. vol. I, p. 74. Em sentido contrário ao de Chiovenda, defendendo a possibilidade de convenções probatórias em sentido amplo mesmo diante de ausência de autorização legislativa, em virtude da autonomia das partes, CARNELUTTI: *Sistema...* Vol. II cit., p. 478-481. Assim também LESSONA, mas com base em um individualismo exacerbado, típico de sua época: *Teoría general de la prueba en derecho civil*. Trad. D. Enrique Aguillera de Paz. Madrid: Hijos de Reus, 1906. vol. I, p. 220-226. Confratam-se, ainda, as divergências teóricas entre ROSENBERG (op. cit., p. 109-112, 198 e 396) e MICHELI (op. cit., p. 216-221).

dam com a admissão de pactos probatórios, mas sem ressaltar que Chiovenda atribuiu a possibilidade a uma autorização legal, que acabou ocorrendo posteriormente na Itália (art. 2.698 do Código Civil⁵), e que se aponta como inspiração para o dispositivo do Código de Processo Civil brasileiro, mas cabe registrar que também em Portugal se convive há décadas com dispositivo semelhante (art. 345.º do Código Civil⁶). Hernando Devis Echeandía, por exemplo, em vigorosas páginas contra a possibilidade do que denomina de “contratos probatórios”, inicia sua exposição exatamente invocando Chiovenda, mas sem apontar a ressalva da necessária autorização legislativa e também sem informar a positivação ou concretização de tais acordos em diversas legislações, sendo que o autor também se prende a disposições de direito positivo como critério para a possibilidade de se firmar acordo em matéria probatória.⁷ O fundamento básico contra os acordos em matéria probatória centra-se na impossibilidade de se regular atividade alheia, interferindo nos critérios de julgamento.⁸

Escrevendo sobre o antigo Código Civil português, que não previa expressamente a convenção sobre ônus probatório, Luiz da Cunha Gonçalves já admitia a “derrogação” da regra que fixava o ônus da prova: “a derrogação pode dar-se de dois modos: ou convencionando-se a inversão do ônus probatório ou assumindo espontaneamente este ônus quem legalmente não é obrigado a fazer a prova”. E acrescentava os fundamentos que permitiam o estabelecimento de convenção acerca da inversão do ônus da prova: (a) as regras *actori incumbit onus probandi* ou *reus excipiendo fit actor* não são de ordem pública; (b) a lei de-

5. “Art. 2.698 – Patti relativi all’onere della prova: Sono nulli i patti con i quali è invertito ovvero è modificato l’onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l’inversione o la modificazione (1341) ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l’esercizio del diritto.”

6. “345.º (Convenções sobre as provas) 1. É nula a convenção que inverta o ônus da prova, quando se trate de direito indisponível ou a inversão torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito. 2. É nula, nas mesmas condições, a convenção que excluir algum meio legal de prova ou admitir um meio de prova diverso dos legais; mas, se as determinações legais quanto à prova tiverem por fundamento razões de ordem pública, a convenção é nula em quaisquer circunstâncias.”

7. Op. cit., p. 489-496.

8. Cf. GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Nogueira (coords.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. SILVA, Beclaute Oliveira. *Verdade como objeto do negócio jurídico processual*. Salvador: JusPodivm, 2015.

termina que o juiz deve decidir os pleitos em face das provas fornecidas pelas partes, mas não interessa à ordem pública que elas sejam produzidas por uma delas em vez da outra; (c) a máxima *actore non probante, reus absolvitur*, além de não ser absoluta, é ditada no interesse exclusivo do réu, e não impede que este a ela renuncie, quer obrigando-se a aceitar por verdadeiro um facto da outra parte, quando não possa provar o contrário, quer dispensando o credor ou o autor de provar determinados fatos; (d) o ônus probatório não é uma obrigação a que corresponda um direito do adversário, mas sim uma necessidade de facto, que pode faltar quando a parte adversa, em vez de negar o facto, preferir ou se obriga a prová-lo. Acrescenta, por fim, que não se pode por meio de convenção restringir ou ampliar os meios de prova ou determinar a *valoração a ser conferida para determinada prova*.⁹

Especificamente sobre as convenções sobre ônus da prova, não se encontra mais resistência doutrinária persistente contra sua admissibilidade,¹⁰ especialmente nos ordenamentos em que se consagra expressamente essa possibilidade, estendendo-se inclusive a possibilidade de acordos probatórios para o processo penal, tradicionalmente avesso à autonomia da vontade pelo carácter evidentemente público da tutela da liberdade e da segurança pública.¹¹

A resistência aos acordos processuais em sentido amplo possui inegavelmente uma dimensão ideológica, na medida em que há que se depurar a atividade probatória para que o ato de julgar não receba outras interferências e seja proferido de maneira solipsista. Na realidade, os contratos ou acordos probatórios não servem para entorpecer a ação do julgador, nem para premiar a chicana e mentira processual.¹² Os negócios probatórios são acordos ou con-

9. *Tratado de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, s/d, vol. XIII, t. II, p. 760-763.

10. Cf. RANGEL, op. cit. PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Milano: Giuffrè, 2009. PATTI, op. cit., p. 255/256.

11. PROCACCINO, Angela. *Il negozio probatorio dibattimentale*. Milano: Giuffrè, 2010. Sobre o consenso no processo penal, há interessante estudo sobre o tratamento do tema na Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e no Brasil: GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o "fim" do Estado de direito ou um novo "principio"?* Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011. COCO, Rosita del. *Disponibilità della prova penale e accordi tra le parti*. Milano: Giuffrè, 2004. Ainda, com amplas referências bibliográficas: ALONSO GOMES, Décio Luiz. *Mediação processual penal: definição do conceito, incidência e reflexos no direito brasileiro*. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2013.

12. RANGEL, op. cit., p. 181.

venções processuais pelos quais as partes regulam o modo de produção da prova, podendo incidir sobre o ônus ou sobre os meios de prova.¹³ Trata-se de uma repercussão da autonomia privada no processo, indubitavelmente, mas não é algo a se rechaçar aprioristicamente e muito menos considerar por resolvido se houver consagração legislativa, já que se trata de uma questão estrutural e que deve ser analisada a partir de um modelo de processo compatível com a conformação constitucional.

Procuramos demonstrar no decorrer dos capítulos anteriores que as convenções das partes em matéria de ônus da prova são compatíveis com um processo democrático e cooperativo, que pode contribuir e legitimar o julgamento da causa e não servir para obnubilá-lo.

Outro ponto que a doutrina ainda trabalha com alguma resistência é o enquadramento das convenções processuais como ato ou negócio processual, parecendo a alguns que se trata de negócio material.¹⁴

Reconhece-se que as convenções sobre ônus probatório decorrem de autorização normativa para que as partes, valendo-se da autonomia negocial, regulamentem diversamente os pressupostos sobre os quais incidirão as regras que fixam o ônus da prova,¹⁵ mas desde que fixados extraprocessualmente. Luigi Paolo Comoglio, por exemplo, não admite a formação do pacto no processo para efeitos exclusivos nele próprio, parecendo-lhe discutível e perigosa tal situação,¹⁶ a fim de manter intacta a liberdade do juiz e a inderrogabilidade das normas processuais que disciplinam a atividade jurisdicional no julgamento da causa.

Essa objeção me parece decorrer de uma rejeição a qualquer resquício de direito privado em temas processuais, como se isso fosse possível e necessário, e, além disso, revela uma postura ideológica indisfarçável, por restringir ao máximo a atividade das partes na condução do processo.

Se diante do disposto no art. 333, parágrafo único, do CPC brasileiro de 1973, não havia nada que impedisse o estabelecimento das convenções sobre

13. RANGEL, op. cit., p. 183.

14. Dinamarco afirma que não é um ato processual, embora projete seus efeitos sobre o processo (*Instituições...* cit., vol. III, p. 77). Rodrigo Xavier Leonardo considera ser um "negócio jurídico autônomo, anterior mesmo à existência de lide ou mediante cláusula específica" (op. cit., p. 225).

15. Cf. COMOGLIO. *Le prove...* cit., p. 281.

16. Op. cit., p. 282-283. No mesmo sentido: PEZZANI, op. cit., p. 1 e 62.

ônus da prova no decorrer do procedimento, inclusive com a efetiva participação do juiz e não apenas na função homologatória, no novo CPC a matéria ficou ainda mais explícita no art. 373, §§ 3.º e 4.º.¹⁷

Primeiramente, não há diferença sobre os efeitos do negócio jurídico sobre a regulação do ônus da prova se estabelecido antes ou durante determinado processo, exatamente porque seus efeitos próprios relacionam-se ao julgamento estatal. Ou seja: necessariamente há uma referibilidade a um processo, que pode ser futuro ou atual.

Não se encontra justificativa normativa ou doutrinária que limite o estabelecimento de negócio jurídico ao ambiente extraprocessual, como se, iniciado o processo, a autonomia das partes fosse suspensa, quase que em uma espécie de curatela provisória.

Na realidade, a autonomia privada, com as devidas limitações, faz-se presente em diversos momentos do processo e, no caso das convenções sobre ônus da prova, por exemplo, se houver hipótese em que a causa exija a intervenção do Ministério Público – e não há necessária indisponibilidade do direito para que aquela instituição atue, em tais convenções necessariamente são estabelecidas para prejudicar eventuais direitos indisponíveis, como se verá adiante –, invariavelmente haverá necessidade de o processo estar instaurado, inclusive para fins de aferir a atribuição do órgão que as subscreverá, a fim de resguardar a validade do acordo.

Propõe-se nesta tese, até para que se redescubra o dispositivo processual que nos acompanha há décadas, que o juiz se valha da convenção sobre ônus da prova em casos compatíveis com sua distribuição dinâmica, o que forçosamente exige que o acordo seja fixado no processo, com a participação do juiz e, se for o caso, do Ministério Público, e nova previsão do saneamento compartilhado é espaço propício para essa atividade. Nada impede, também, que as partes, no decorrer do processo, apresentem convenção firmada para inversão

17. O papel desempenhado pelo juiz na celebração de negócios processuais não é pacífico, havendo quem entenda que sua função será apenas de controle, não integrando a relação negocial (cf., por exemplo, MACÉDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. *RePro*, n. 241, p. 484-485, São Paulo: Ed. RT, fev. 2015. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais...cit.*, capítulo 4). Entendo que a participação do juiz não se dá apenas posteriormente, para fins repressivos, mas também pode ser antecedente, como agente que estimula a negociação, e não se exclui a própria participação como sujeito participante da convenção.

do ônus da prova, o que deverá ser observado pelo juiz caso sejam atendidos os devidos pressupostos e requisitos.

Relembre-se aqui o conceito formulado por Leonardo Greco, que é adotado nesta tese: convenções processuais são “todos os atos bilaterais [ou multilaterais] praticados no curso do processo ou para nele produzirem efeitos, que dispõem sobre questões do processo, subtraindo-as da apreciação judicial ou condicionando o conteúdo de decisões judiciais subsequentes. O que caracteriza as convenções processuais ou é a sede do ato – ato integrante da relação processual, praticado no processo –, ou é a sua finalidade de produzir efeitos em determinado processo, presente ou futuro”.¹⁸

De todo modo, até para fins didáticos, o novo CPC foi bastante claro nesse sentido, como se vê da redação do art. 373, § 4.º: “A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo”.

Remarque-se, também, que as convenções sobre ônus da prova não interferem nos poderes instrutórios do juiz e, se é verdade que condicionam a aplicação de regra de julgamento, há que se considerar também que precipuamente se dirigem ao aspecto subjetivo do ônus probatório. A vinculação a algum ato judicial é precisamente a mesma que decorre de qualquer negócio jurídico, ou seja, deve ser observado se existente, válido e eficaz.

Como bem anota Michele Taruffo, não há que se confundir ônus da prova com poderes instrutórios: “In realtà l'esistenza di poteri istruttori del giudice non entra in conflitto con i diritti delle parti, ma con un'altra cosa, ossia con il monopolio esclusivo delle parti sulle iniziative istruttorie. Peraltro, questo monopolio non è stabilito da nessun principio generale del processo e non è oggetto di alcuna garanzia costituzionale. (...) Il problema dei poteri istruttori del giudice si può allora sintetizzare in questi termini: l'attribuzione di questi poteri e il loro effettivo esercizio – naturalmente nel rispetto rigoroso dei diritti processuali delle parti – corrispondono ad una necessità epistemica, trattandosi di strumenti finalizzati a conseguire lo scopo dell'acertamento della verità”.¹⁹

18. GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 291.

19. *La semplice... cit.*, p. 178-179.

É oportuno registrar, nesse contexto, uma proposta veiculada no projeto de um novo Código Comercial (Projeto de Lei 1.572/2011): "Art. 656. Em medida preparatória à produção de prova judicial, o empresário poderá requerer a citação de outro empresário para a permuta de documento. § 1.º Se a ação já estiver em curso, o pedido será feito nos próprios autos, dispensada a citação, mas intimado o advogado constituído. § 2.º O juiz assinalará prazo não inferior a trinta dias, contados da citação ou intimação, para que cada parte entregue à outra, ou outras, mediante protocolo, a totalidade dos documentos que possuir, em qualquer suporte, referentes ao litígio descrito no pedido. § 3.º A parte somente está dispensada de entregar as correspondências, mensagens eletrônicas e demais documentos em que o emissor ou o destinatário for advogado, no exercício de sua profissão. § 4.º Cada página de documento entregue, em papel ou meio eletrônico, será numerada de forma sequencial, antecedendo a numeração uma sigla de três letras ou símbolos que identifiquem, clara e rapidamente, a parte que procedeu à entrega. § 5.º No litígio descrito no pedido, após o despacho determinando a citação ou intimação para permuta de documentos, as partes só poderão, no processo judicial já em curso ou no que vier a ser ajuizado por qualquer delas, produzir prova documental usando documento que tiver sido entregue à parte adversa, ou desta recebido, nos termos deste artigo". O dispositivo impõe às partes o ônus de entregar, mediante protocolo, a totalidade dos documentos que possuir, em qualquer suporte, referentes ao litígio descrito no pedido. Não se trata efetivamente de uma convenção processual sobre ônus da prova, mas nada impede que a ideia inspire a formação de acordos com semelhante teor. Trata-se de iniciativa no mínimo interessante, porque não é incomum haver situações em que a documentação necessária para a prova de situações jurídicas esteja exclusivamente em poder do réu. Pense-se, por exemplo, em pedidos de preparatória de extratos bancários, para afastar dúvida sobre eventual saldo na época em que incidiu determinado plano econômico, o que pode definir o ajuizamento ou não da ação, existência de saldo à época (pois, caso não exista, o requerente não acionará) ou evitar o risco de uma ação mal proposta ou instruída deficientemente. Como bem observa Flávio Luiz Yarshell, trata-se de proposta que, para ser debatida seriamente, exige mudança de mentalidade. Posto que longa, a transcrição de um excerto é necessária por resumir diversos pontos abordados no decorrer desta tese: "entre nós – seja no plano teórico, seja nas projeções de ordem prática – domina o pensamento segundo o qual a prova é, antes de tudo, um assunto do juiz e, apenas secundariamente, das partes. A assertiva pode parecer exagerada, mas não é. Com efeito, apregoa-se reiteradamente que o destinatário da prova é

o juiz;²⁰ de que a finalidade da prova é formar o convencimento do magistrado; que a descoberta da verdade – conquanto não seja propriamente um escopo do processo – corresponde ao interesse público porque ela é instrumento para a edição de decisões justas; que as regras de distribuição do ônus da prova não são voltadas à respectiva produção, mas que são apenas regras de julgamento, na falta de elementos suficientes à reconstituição dos fatos relevantes (daí se falar em ônus objetivo da prova); e que o juiz, por tudo isso, é dotado por poderes de instrução, que não ficam limitados pela iniciativa das partes. Não se pode dizer que tudo isso seja propriamente incorreto. Essas assertivas estão fundadas – talvez de forma demasiadamente exacerbada – na premissa de que o processo é instrumento, antes de tudo, a serviço do Estado. Não obstante, visto como essa, por ser unilateral, apresenta riscos. Centrar-se a prova na figura do juiz pode dar ensejo, por exemplo, a desvirtuamentos, como restrições indevidas do direito à prova: sob o pretexto de que o convencimento do juiz já está formado, limita-se a atividade das partes, como se, a partir de um dado momento, a prova não pudesse mais interferir na convicção (...). Tal postura pode levar também a distorções como aquela que se materializa em inexistente ou inadequada motivação, traduzida em expressões como 'a partir da farta prova nos autos, convenci-me desta ou daquela tese'.²¹ Com base nessas constatações, entende o autor que a proposta legislativa implica a plena aceitação da produção da prova sob a perspectiva das partes, vinculando o ônus da alegação ao ônus da apresentação de documentos, que não poderá ser complementado pelos poderes instrutórios do juiz, limitados pela disposição das partes, não podendo prevalecer uma espécie de paternalismo processual.²²

Os negócios probatórios podem versar sobre a admissibilidade, procedimento, valoração da prova e invertendo ou atenuando o ônus probatório,²³

20. Há muito, inicialmente como uma voz praticamente isolada na doutrina, Nery Jr. e Nery já chamavam a atenção para o fato de que o destinatário da prova é o processo e não o juiz (conferir os comentários ao art. 332 do CPC em todas as edições dos *Comentários* editados pela RT, ora na 13. ed.).

21. YARSELL, Flávio Luiz. O projeto de novo Código Comercial e a proposta de permuta de documentos entre as partes: "discovery" brasileira? *Processo societário*. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setogutti J. Pereira. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 204.

22. Op. cit., p. 207. Nas p. 207-210 o autor propõe algumas sugestões para o aperfeiçoamento do projeto.

23. Cf. FÁRIA, A *Inversão...* cit., p. 45.

mas somente trataremos deste último, por mais que sejam instigantes e interessantes as discussões referentes às demais espécies.²⁴

Especificamente acerca do ônus probatório, o debate tradicionalmente se situa entre a natureza das normas que o regulam, o que motivou intensa controvérsia doutrinária,²⁵ que, posto instigante, parece-me incontornável, sobretudo porque bastante próxima do maniqueísmo.

Não se deve ignorar as razões e valores que justificam determinada distribuição do ônus probatório, mas a controvérsia doutrinária não combina com confinamento do tema apenas nessa seara, incluindo-se, na realidade, como afirmado desde a Introdução deste livro, em um arcabouço cultural que perpassa toda a concepção epistemológica do processo. Resolver a questão apenas com base nas teorias sobre a natureza das normas que fixam e distribuem o ônus da prova é reduzir a discussão a um ponto que limita a compreensão mais ampla do fenômeno, criando uma espécie de escolha doutrinária. O sistema admite renúncia, transação, além da confissão,²⁶ admissão e omissão, cabendo

24. Cf. GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Nogueira (coords.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. SILVA, Beclate Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Nogueira (coords.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

25. Idem, p. 46. RANGEL. *O ônus...* cit., p. 183-184.

26. Em conhecida distinção entre confissão e reconhecimento do pedido, diz-se que "a confissão visa a facilitar ao juiz o julgamento da lide, dado que, pela admissão da veracidade dos fatos, diminui a matéria probatória a ser examinada, ao passo que o reconhecimento implica em afastar o julgamento do juiz, uma vez que a parte, admitindo a procedência do pedido de outro litigante, torna desnecessário o próprio pronunciamento jurisdicional" (cf., MONIZ DE ARAGÃO, nesse passo baseando-se em Carnelutti: *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Aide, s. d., vol. IV - 1, p. 162. Registre-se que esse autor atribui à confissão a natureza de "declaração de ciência, não de vontade, afastando o caráter negocial, conforme p. 164-165 da obra ora mencionada). Sobre a crise da confissão como negócio jurídico: FREITAS, José Lebre de. *A confissão no direito probatório*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991. p. 519 (a natureza da confissão perpassa toda a referida obra, mas se concentra na parte IV; na página referida encontram-se a menção à crise e as respectivas referências, não esgotando, porém, o exame da matéria). Negócio, no aspecto estrutural, é uma vontade; no funcional, um ato de disposição. É necessária a declaração de vontade e também que haja modificação substancial da relação preexistente (p. 538). "Quando todos os efeitos dum acto forem rigidamente predeterminados pela lei e esta os fizer jogar independentemente da vontade ou, no mínimo, da consciência que deles

lembrar que a inversão do ônus não elimina a necessidade de provar, exatamente porque a não contestação elimina o risco da falta de prova e a inversão o transfere.²⁷ Como qualquer outra situação convencional, também neste negócio há limites impostos pelos ordenamentos, essencialmente situados na indisponibilidade²⁸ do direito e no acesso à prova, devidamente examinados em itens próprios.

tenha o declarante, não se configura, por falta do elemento estrutural, um negócio jurídico. Ao revés, o efeito do acto ter-se-á por querido, no seu sentido prático geral, configurando-se uma declaração de vontade (negocial ou não), sempre que as partes tenham a consciência do sentido económico ou social concreto do acto que voluntariamente praticam e cujos efeitos não querem afastar, independentemente de serem as partes ou a lei a configurá-los, pelo que, por um lado, não bastará para afastar a qualificação de negócio jurídico a imposição dos seus efeitos por lei imperativa e, por outro lado, estará preenchido o requisito de estrutura desde de que haja liberdade de celebração e se declare querer o efeito prático geral do negócio, sem prejuízo duma eventual impugnação resultante de divergência entre a vontade declarada e a vontade real ou de vício na formação desta" (540-541). Didier Jr., Braga e Oliveira consideram a confissão um ato jurídico em sentido estrito (*Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. vol. 2, p. 130). Em aprofundado exame sobre a confissão, Marinoni e Arenhart consideram-na uma "declaração representativa", na linha de Carnelutti (*Prova*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 426-428). Dinamarco entende a confissão como uma "declaração de conhecimento", não sendo negócio jurídico, por não criar direitos e obrigações para as partes, não vincular o juiz e não se confundir com o reconhecimento do pedido ou com a renúncia ao direito". Esclarece que a declaração de conhecimento difere da declaração de vontade, por não se estabelecer nenhuma situação jurídica, por ser a vontade relevante na confissão apenas de prestar a declaração, sem pretender criar ou alterar situações jurídicas (*Instituições...* cit. vol. III, p. 650-651). Echandía expõe nove teses sobre a natureza jurídica da confissão e conclui que se trata de declaração de conhecimento, ressaltando que a confissão extrajudicial não é ato processual (op. cit., p. 624-641).

27. VERDE. L'inversione degli oneri probatori nel processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, XLV, n. 3. Milano: Giuffrè, set. 1992, p. 724. FARIA, op. cit., p. 46-47.

28. Confira-se o que afirma Leonardo Greco acerca da indisponibilidade do direito e a confissão: "Se a confissão é um ato probatório, não negocial, nada impede que a parte expressamente reconheça a existência de um fato a ela desfavorável, mesmo que, da veracidade desse fato resulte a perda de um direito indisponível, declaração essa que o juiz apreciará livremente em conjunto com as demais provas. O que o art. 351 [do CPC] proíbe não é o ato probatório de confessar, mas que dele possa ser extraída a presunção de veracidade do fato relativo a direito indisponível. Por isso não é mais possível sustentar a inadmissibilidade da confissão ou de depoimento pessoal nas causas relativas a direitos indisponíveis, mas apenas a impossibilidade de que o juiz extraia desses atos a presunção de veracidade dos fatos neles reconhecidos" (*Institui-*

As regras inseridas no art. 333 do CPC de 1.973 – e também as que constam no novo CPC, como será visto oportunamente – são consideradas “dispositivas”,²⁹ na medida em que as partes podem dispor de modo diverso, alterando-as livremente, desde que observados requisitos previstos no respectivo parágrafo único. Trata-se de evidente negócio jurídico processual,³⁰ em que se acrescentam duas vedações que afetam sua validade: é válida a convenção sobre a distribuição de ônus probatório se, além de atendido o plano de validade dos negócios jurídicos em geral, a disposição das partes observar o disposto naqueles dois incisos, ou seja, não recair sobre direito indisponível ou não tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.³¹

Obviamente é possível a inversão unilateral do ônus da prova,³² porque a outra parte poderá produzir as provas que entender cabíveis, inexistindo

ções de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. II, p. 202-203). Hélio Tornaghi afirma que a prova tem por objeto fatos e não direitos subjetivos, de modo que a eficácia probatória da confissão não é atingida (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1978. vol. II, p. 347).

29. MARINONI; ARENHART. *Prova...* cit., p. 199.

30. *Idem*, *ibidem*.

31. Em correta síntese “pode-se afirmar que o *negócio jurídico processual* sobre a distribuição do ônus da prova tem como *elemento nuclear*, logo, como requisito de existência, a manifestação ou declaração consciente de *vontade* de uma ou de ambas as partes quanto à assunção por uma delas do ônus da prova e, como *elementos complementantes* (i) a existência de um poder de determinação e regramento da categoria jurídica relativa à redistribuição do ônus da prova e, (ii) a existência de um processo a que se refira, ainda quando sua ocorrência seja exterior, isto é, fora da “sede” processual. Quanto aos requisitos de *validade* do *negócio jurídico processual* sobre a inversão do ônus da prova, deve-se observar que os negócios jurídicos estão disciplinados no Título I do Livro III do Código Civil, em seu art. 104, e, para sua validade, assim como para a de qualquer *ato jurídico* (*lato sensu*) exige-se: (i) agente capaz; (i) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; (iii) forma prescrita ou não defesa em lei. Conquanto, há algum tempo, existissem defensores da inadmissibilidade de sua formação, hoje, a doutrina é praticamente unânime em sentido contrário, compreendendo que os elementos dos negócios jurídicos processuais são os mesmos dos negócios jurídicos materiais”, acrescentando-se os requisitos específicos constantes da norma processual de regência (MOUZALAS, Rinaldo. ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Distribuição do ônus da prova por convenção processual*. *RePro*, n. 240, p. 404. São Paulo: Ed. RT, fev. 2015). Ainda: MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova*. *RePro*, n. 241, p. 479. São Paulo: Ed. RT, fev. 2015.

32. “Há uma relevante questão analítica relativa à convenção sobre inversão do ônus da prova, que consiste na distinção entre o *negócio jurídico processual unilateral* e o

qualquer vinculação, prejuízo ou limitação pelo comportamento da outra parte.

Em relação ao negócio jurídico processual sobre ônus da prova bilateral ou multilateral, é necessário analisar, ainda, algumas manifestações doutrinárias.

Especificamente acerca da “convenção sobre ônus da prova”, Pontes de Miranda foi conciso e impreciso. Após afirmar que a regra do parágrafo único do art. 333 do CPC é heterotópica, por se referir a elementos probatórios de direito material, entendeu que “apenas se traçaram dois limites a tal acordo entre figurantes de algum negócio jurídico com a previsão de algum dia se iniciar alguma ação. Se o direito do figurante é indispensável [indisponível], compreende-se que não se permita negócio jurídico em que se restrinja a prova; outrossim, se tornaria excessiva a dificuldade do exercício do direito. O direito público ou o direito privado, civil ou comercial, pode exigir instrumento público e os próprios contraentes podem estabelecer que somente alienará algum bem móvel ou semovente, se a prova do depósito em pagamento foi em determinado banco, ou que só recebe cheque visado”.³³

ato jurídico processual stricto sensu atinente à atividade probatória da parte. Não há que se confundir com um *negócio jurídico processual unilateral* o simples ato de o réu requerer a produção de prova sobre fato que ao autor incumbia comprovar. Tal simples ato não altera a distribuição estática do ônus probatório, podendo apenas constituir uma atitude diligente do réu de se adiantar na comprovação da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, até porque tal ônus, a rigor, só lhe será imposto se e quando o autor comprovar o fato constitutivo do seu direito. Logo, o simples fato de o réu *querer provar* fato cuja comprovação incumbia ao autor, jamais pode ser entendido como *querer assumir o ônus da prova*, pelo que não constitui *negócio jurídico processual unilateral* sobre inversão do ônus probatório. Aliás, a *vontade* é o elemento nuclear do *negócio jurídico*, de modo que, para que se configure o *negócio jurídico processual unilateral* de inversão do ônus da prova, é necessária a manifestação de vontade expressa da parte quanto à assunção do ônus probatório. Isso porque o *negócio jurídico processual unilateral* sobre o ônus da prova constitui renúncia do direito à distribuição estática do ônus da prova, devendo, pois, ser interpretado restritivamente, nos termos do art. 114 do Código Civil. A consequência lógica disso tudo consiste em que a hipótese de o réu ter querido produzir e não ter conseguido demonstrar a inexistência do fato constitutivo do direito do autor, não quer significar a inversão do ônus da prova, nem retira do autor o ônus de comprovar a existência do fato constitutivo do seu direito” (MOUZALAS, Ataíde Júnior, *op. cit.*, p. 404).

33. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 273-274 (a palavra entre colchetes foi acrescentada por mim, cabendo o registro de que, ao menos desde a segunda edição desses Comentários, em 1979, Pontes

Essa é a íntegra do que escreveu Pontes de Miranda sobre a convenção envolvendo ônus da prova. Como já anunciado, na doutrina estrangeira – e no direito positivo existentes nos códigos italiano e português –, os acordos probatórios são debatidos há décadas, com intensa discussão sobre todos os aspectos, desde a possibilidade da convenção até a natureza das regras, passando pelos seus limites e elementos,³⁴ mas nenhum desses temas recebeu atenção mais detalhada. Nem mesmo a indisponibilidade do direito,³⁵ cuja vinculação com o tema sob exame é quase absoluta nas discussões doutrinárias ao longo do tempo,³⁶ despertou maiores considerações. Um dado específico que se revelou intrigante ao examinar o que Pontes de Miranda escreveu sobre ônus probatório não se situa exatamente em seu conteúdo, mas, sim, no que ele não disse. Realmente, é surpreendente o fato de que o jurista com que maior profundidade tratou do direito material e do direito processual não tenha se aprofundado no estudo do ônus da prova, reconhecendo um tema que toca profundamente as duas áreas de conhecimento.³⁷

de Miranda já tratava do tema se valendo do “direito indispensável”. Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. t. IV, p. 350.

34. Exemplificativamente, com diversas outras referências citadas nas obras a seguir: MICHELI, op. cit. p. 216/221. ROSENBERG, op. cit., p. 109-112 e 396. RANGEL, op. cit., p. 181-193. FARIA, Rita Lynce de. *A inversão do ônus da prova no direito civil português*. Lisboa: Tex, 2001. p. 45-50. PATTI, op. cit., p. 255-284. COMOGLIO, op. cit., p. 280-290. PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Milano, Giuffrè, 2009.

35. Para Pontes de Miranda, “direito indisponível é direito que não pode ser retirado da pessoa, quer pela alienação, quer pela renúncia, quer pela diminuição ou substituição de seu conteúdo” (op. cit. na nota anterior, p. 202). Também se afiguraria pertinente abordar a dispositividade da regra envolvendo ônus probatório, na medida em que esse ponto é outra fonte de perene controvérsia: “dispositiva é a regra jurídica que somente incide, se os interessados não regerem seus interesses, no tocante ao suporte fático; de modo que essa regra jurídica se pode definir como a regra jurídica que incide, se o seu suporte fático não foi colorido pela vontade dos interessados: se houve essa vontade, o suporte fático tornou-se inadequado, por excesso (...) Nem se há de confundir a regra jurídica dispositiva com as regras jurídicas sobre ônus da prova, se bem que das regras jurídicas dispositivas resulte determinação do ônus da prova ao que não admite a incidência daquela” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1983. t. I, p. 59 e 62).

36. DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. *Estudios de derecho probatorio*. Lima: Communitas, 2009. p. 137-140.

37. Para uma discussão atual sobre esse tema, vale conferir Salvatore Patti: *Le prove: parte generale*. Milano: Giuffrè, 2010. p. 91-93.

Perplexidade maior foi provocada pelas poucas linhas dedicadas às convenções sobre ônus probatório, não só em virtude de haver diversos subsídios de direito comparado a que certamente teve acesso Pontes de Miranda, mas sobretudo porque se trata da junção entre o ônus e a teoria do fato jurídico. O mesmo discreto silêncio dedicado aos negócios jurídicos processuais foi reservado ao estudo do ônus probatório em sua obra.

É bem verdade que as convenções envolvendo ônus da prova não despertaram maiores interesses na doutrina brasileira, mas o silêncio de Pontes de Miranda – e, mais importante, o modo um tanto impreciso com que tratou do assunto – é especialmente significativo em virtude de o tema necessariamente exigir aprofundamento em noções de direito material, envolvendo temas sobre os quais ele versou com inigualável profundidade. Ou seja: simplesmente um assunto envolvendo a teoria do fato jurídico e a prova não recebeu atenção de Pontes de Miranda.

Sobre essas considerações de Pontes de Miranda, são certas as críticas formuladas por Marinoni e Arenhart: “parece que a norma não trata disso. Todavia, a fixação de certo meio específico de prova – para a demonstração de determinado fato em juízo –, como cogitado pelo autor, deve, realmente, ser admitida, ainda que sob fundamento distinto: ela não tem por base o parágrafo único do art. 333 do CPC, mas sim a apreciação dos requisitos formais do negócio jurídico celebrado entre as partes (a respeito do direito material)”.³⁸

Alguns outros comentadores do Código de Processo Civil, nesse particular, se não chegaram a desenvolver o tema, indubitavelmente o versaram com um pouco mais de atenção e propriedade,³⁹ mas efetivamente, como bem percebido por Fredie Didier Jr., trata-se de um dispositivo ignorado⁴⁰ e esquecido.

38. *Prova...* cit., p. 201.

39. AMARAL SANTOS. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. Vol. IV, p. 30. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. Vol. 1, p. 162-166. MONIZ DE ARAGÃO. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Aide, s. d., Vol. IV – 1, p. 101-102. ARAUJO CINTRA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol. IV, p. 23. AGUIAR SILVA. *As provas no cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 62-64.

40. Duas questões sobre o ignorado parágrafo único do art. 333 do CPC: a convenção sobre o ônus da prova. Momento e objeto (Editorial n. 153. Disponível em: [www.frediedidier.com.br]. Acesso em: fev. 2013).

Em suas precisas observações, Didier Jr. cuida exatamente de dois pontos que não foram adequadamente versados por Pontes de Miranda e com os quais concordo integralmente, como já adiantado no decorrer da exposição: "Primeiro ponto. A convenção sobre o ônus da prova pode acontecer em que momento? Parece-me que é lícita a convenção tanto antes como durante o processo. Em ambos os casos, estaremos diante de um negócio jurídico processual – compreendido como qualquer negócio jurídico cujos efeitos repercutam em um procedimento atual ou futuro. Não há razão alguma para impedir que essa convenção seja celebrada durante o processo, como alguns autores fazem. Segundo ponto. A convenção pode recair sobre o ônus da prova de qualquer fato. Pode tratar-se de fato simples ou de fato jurídico; fato relativo a negócio jurídico ou a vínculo extracontratual; fato lícito ou ilícito etc. Alguns autores, porém, restringem a convenção a fatos do próprio negócio em que a convenção porventura esteja inserida. Ao adotarem este entendimento, ignoram que a convenção sobre o ônus da prova pode ser um negócio jurídico autônomo, sem qualquer relação com um negócio anterior – e a possibilidade de essa convenção realizar-se na pendência de um processo reforça essa conclusão".⁴¹

Finaliza-se este item com as precisas considerações de Salvatore Patti: "la validità degli accordi in esame si desume *a contrario* per quanto concerne tutte le ipotesi non contemplate. Le parti possono quindi determinare pattiziamente l'inversione dell'onere della prova: alle ipotesi di inversione disciplinate della legge o praticate dalla giurisprudenza si aggiunge una fattispecie di inversione basata sulla volontà negoziale".⁴²

Especificamente sobre as convenções envolvendo a distribuição do ônus da prova, assim está redigido o dispositivo no novo CPC: "Art. 373 (...) § 3.º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4.º A convenção de que trata o § 3.º pode ser celebrada antes ou durante o processo".

Houve evidente aperfeiçoamento redacional, o que é sempre elogiável em se tratando de texto normativo, mas a nota especial da inovação legislativa

41. Idem. Cf., no mesmo sentido, DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso...* cit., p. 95-96. Na nova edição do *Curso de direito processual civil* (10. ed., Salvador: JusPodivm, 2015, vol. 2), os autores analisam a redação do novo CPC sobre tais convenções nas p. 120-122.

42. Op. cit., p. 257.

está no reconhecimento de que a convenção poderá ser celebrada antes ou durante o processo, o que revela uma correta previsão legislativa de um negócio processual típico.

Relembre-se que uma das clássicas discussões envolvendo a matéria situa-se precisamente na natureza e no momento em que se podem estabelecer tais convenções. Parece-me que, pelas razões expostas nos itens antecedentes, configura-se neste dispositivo o reconhecimento de que se trata de um ato processual em sentido amplo, independentemente de ser celebrado antes ou no decorrer de procedimento específico. Ou seja: trata-se de negócio jurídico cujos efeitos repercutem em um procedimento atual ou futuro, sem qualquer confinamento temporal ou topográfico, o que revela importante evolução técnica, já que persistem entendimentos doutrinários no sentido de que se trataria de negócio extrajudicial. Com o novo dispositivo, essa discussão felizmente estará superada.

As limitações à distribuição convencional do ônus da prova foram mantidas e, ao ser mantida a expressão "direitos indisponíveis", não guardando estreita harmonia com os termos do art. 190 do novo CPC, optou-se por homenagear a tradição.

O texto poderia apresentar avanços em três pontos: 1. estabelecer que a convenção sobre ônus da prova é um negócio processual autônomo, desvinculado de eventual negócio anterior, e que pode recair sobre qualquer fato; 2. prever que, em caso de o juiz atribuir o encargo probatório de modo diverso da regra geral⁴³ ("teoria dinâmica do ônus da prova"), dever-se-ia buscar previamente uma atribuição consensual do ônus da prova; 3. esclarecer que, embora as situações não se confundam, em todos os casos em que é possível a atribuir o ônus da prova de modo "dinâmico", é possível igualmente o estabelecimento de convenções sobre o tema.

Verifica-se, portanto, que o novo Código de Processo Civil aperfeiçoa a previsão de convenções sobre ônus da prova e pode constituir em um importante incentivo para que a autonomia privada e a publicização do processo convivam e contribuam para um processo democrático.

43. "Art. 373 (...) § 1.º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído."

3. A interpretação dos negócios processuais

Todo enunciado é passível de interpretação. No processo, as postulações⁴⁴ e as decisões⁴⁵ são exemplos cotidianos de atos que desafiam processos interpretativos complexos, ainda que isso não seja objeto de maiores aprofundamentos na prática forense. De uma convenção processual decorrem enunciamentos dos normativos, dos quais, por meio da interpretação, extraem-se as normas convencionais ou negociais que regularão, no nosso caso, a inversão do ônus da prova.

Não é o propósito deste item elaborar um tratado sobre a interpretação, tarefa, aliás, de rara concretização, mas apenas de ressaltar possibilidade e a necessidade de os termos das convenções também se submeterem a interpretações, especialmente na medida em que o juiz deve controlar a validade das disposições.

Afirma-se, nesse sentido, que, “se as partes estiverem de acordo quanto ao conteúdo da vinculação, o que pressupõe que haja uma compreensão concordante quanto ao sentido das declarações e demais comportamentos que concorrem para a respectiva determinação, jamais se questionará, em concreto, que sentido deve ser imputado aos diferentes comportamentos com base na aplicação de critérios legais de decisão. Nestes casos, os actos terão tido o significado que as partes efectivamente lhe imputaram”.⁴⁶ Entretanto, duas obser-

44. Amplamente: SILVA, Paula Costa e. *Acto... cit.*, capítulo 4.º. Lembre-se do disposto no art. 112 do CC: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas substanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Ainda que bastante discutível a serventia dos critérios interpretativos típicos do direito material – se é que existem critérios hermenêuticos e se é que existem critérios típicos –, esse critério é tranquilamente utilizado na interpretação dos atos processuais (op. cit., p. 367). Cf. DIDIER JR. Notas para uma teoria da interpretação dos atos postulatorios. *Pontes de Miranda e o direito processual*. Coord. Didier Jr. e Nogueira e Gouveia Filho. Salvador: JusPodivm, 2013. Sobre a interpretação dos negócios jurídicos, ampla resenha em: MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

45. Cf. DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso... cit.*, p. 421-425. SILVA, Paula. Op. cit., p. 406-411. Confira-se trecho de ementa do STJ: “Havendo dúvidas na interpretação do dispositivo da sentença, deve-se preferir a que seja mais conforme à fundamentação e aos limites da lide, em conformidade com o pedido formulado no processo. Não há sentido em se interpretar que foi proferida sentença ultra ou extra petita, se é possível, sem desvirtuar seu conteúdo, interpretá-la em conformidade com os limites do pedido inicial” (REsp 818614/MA, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 20.11.2006, p. 309).

46. SILVA, Paula. *Acto... cit.*, p. 370. Lembra também a autora o disposto no art. 508.º, 3: “Pode ainda o juiz convidar qualquer das partes a suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto alegada, fixando prazo para a apresentação de articulado em que se complete ou corrija o inicialmente produzido”.

Registra-se também o disposto no § 139 do ZPO, que trata da condução material do processo e dispõe que o juiz deve buscar esclarecimentos necessários com as partes, comunicar as partes sobre matérias que pode conhecer de ofício e a efetivação de um contraditório pleno (consultei a tradução do artigo feita por Roberto del Claro, na 178 da já citada tese).

47. Numeração do CPC aprovado por meio da Lei 41/2013. A norma já constava no artigo art. 266, 2, do CPC anterior.

48. *Idem*, p. 401-406.

49. Aponta-se, inclusive, que “a alegação da convenção sobre inversão do ônus da prova encontra limite no momento de fixação do despacho saneador, ocasião em que o Estado-juiz está preparado para julgar” (MOUZALAS, Rinaldo; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Distribuição do ônus da prova por convenção processual. *RePro*, n. 240, p. 404, São Paulo: Ed. RT, fev. 2015). Vislumbrando possibilidade de flexibilização desse prazo: MACEDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. *RePro*, n. 241, p. 482. São Paulo: Ed. RT, fev. 2015.

vações devem ser feitas: primeiro, que a interpretação ou revelação da vontade é fundamental para que o juiz controle a validade da convenção sobre ônus da prova, já que a vontade das partes pode se chocar com alguma limitação legal; portanto, a interpretação da convenção, para fins de controle, continua sendo cabível; em segundo lugar, pode haver vício de vontade, o que pode ensejar a invalidade da convenção.

Em um processo cooperativo, é essencial reiterar que, em caso de necessários esclarecimentos, deve o juiz ouvir as partes e não interpretar a convenção como se sua atividade fosse uma bolha hermenêutica. Nesse ponto, é pedagógica a disposição prevista do art. 7.º, 2, do Código de Processo Civil português:⁴⁷ “O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência”. Trata-se de expediente bastante relevante na atividade interpretativa dos atos processuais,⁴⁸ cuja aplicação às convenções processuais afigura-se imperiosa. No novo CPC, além do disposto nos arts. 9.º e 10, o art. 357, § 3.º, veicula regra nesse sentido: “Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”.⁴⁹ Para a interpretação

dos negócios jurídicos processuais também se mostram úteis e aplicáveis as disposições do Código Civil sobre os negócios jurídicos em geral, já que são regras que cristalizam construções doutrinárias construídas ao longo das décadas, como "o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa; nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem; os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração; os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente".

4. Forma dos negócios sobre ônus da prova

Inexiste forma determinada para a validade da convenção acerca do ônus probatório, podendo ser realizada incidentalmente em processo judicial ou por meio de outro instrumento que lhe seja exterior – e antecedente no tempo, se for o caso, nada impedindo que exista também convenção "extraprocessual" (isto é, paralelamente ao procedimento em curso, mas tendo-o como referência), mesmo na pendência do processo –, dentro de um contrato ou por meio de pacto específico.⁵⁰

O conteúdo da convenção poderá abranger diversas alegações fáticas ou apenas algumas questões de fato, prevendo integralmente as regras que disciplinarão a distribuição do ônus da prova em determinada situação.

Poder-se-ia questionar a necessidade de formalidade específica para os casos em que a convenção acerca do ônus da prova contemple hipóteses em que a lei exige determinados atos jurídicos, como nos casos previstos nos arts. 108, 1.369, 1.653, 1.793 e 2.015 do CC. Ou seja: exigindo a lei, por exemplo, escritura pública para a validade de determinados negócios jurídicos, a mesma formalidade deveria ser observada na convenção que estabelecesse o ônus da prova, em uma espécie de relação de simetria? Não há que se falar em simetria nessa hipótese, não só por se tratar de negócio jurídico em todos os aspectos diverso, mas também por não haver disposição acerca do negócio jurídico que é objeto de prova. A convenção estabelecerá o ônus sobre a prova de alegações de fato, nada dispondo sobre o negócio jurídico em questão. Como corretamente afirmam Marinoni e Arenhart, "não há cabimento em estender o requisito de validade dos negócios jurídicos a respeito de tais direitos para abranger o negócio jurídico processual, incidente sobre a prova de afirmação

50. MARINONI; ARENHART. *Prova...* cit., p. 200-201.

em relação àqueles fatos".⁵¹ Dos mesmos autores: "a única ressalva que se admite diz respeito a eventuais exigências, feitas pelo direito material, em relação a cláusulas como a aqui examinada. Exemplificativamente, considere-se a regra do art. 424 do CC, que determina que, em contratos de adesão, tratando ou não de relação de consumo, são nulas as cláusulas que "estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio". Pode suceder que a cláusula que modifique o regime do ônus da prova conflite com o comando acima exposto. Nesses casos, obviamente, não será ela admissível".⁵²

Deve ser mencionada, ainda, a possibilidade de o negócio processual decorrer de comportamento omissivo, já que o silêncio pode ser entendido também como declaração de vontade.⁵³ Trata-se de tema muito complexo,⁵⁴ que, por si só, enseja uma tese própria, mas que deve ser ao menos mencionado neste tópico. Sobre esse ponto, afigura-se de extrema relevância transcreever os trechos⁵⁵ a seguir, que, embora longos, traduzem com perfeição o que queremos afirmar: "Na declaração tácita, não há símbolos de uma linguagem convencional. Há sinais que, globalmente considerados, conduzem à conclusão de uma declaração de vontade. Esse significado é decorrente de um juízo de inferência a partir das circunstâncias concretas. Certamente, este juízo de ilação não pode ser ilimitado. A partir disso entra a noção de 'con-

51. *Prova...* cit., p. 201.

52. *Prova...* cit., p. 201.

53. "Alguns atos declarativos (manifestações simples de vontade) estão tão próximos das declarações de vontade que se têm, juridicamente, como declarações de vontade tácitas... Tácito, aí, significa 'silente', 'calado', sem se indagar se houve ato, ou não. Os atos volitivos declarativos são sem declaração, posto que manifestem vontade; os atos, de que falamos, têm declaração de vontade silente, – ou porque a regra jurídica (...). No ato volitivo declarativo, o ato é indicio de vontade, talvez de vontade de negócio; na declaração de vontade tácita ou pelo silêncio, ainda o é, mas há o plus da declaração de vontade, embora sem palavras" (PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1983. t. 3, p. 5-6). A propósito, dispõe o art. 111 do CC: "O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração expressa de vontade".

54. Cf., por exemplo: MOTA PINTO, Paulo: *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 2005. capítulo II.

55. Cf. DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Exercício tardio de situações jurídicas ativas. O silêncio como fato jurídico extintivo: renúncia tácita e *suppressio*. *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 71, p. 189-215. Belo Horizonte: Fórum, 2010, de onde foram extraídas as transcrições, sendo que os autores igualmente citam o mencionado livro de Paulo Mota Pinto.

cludência' – que 'significa que se pode tirar uma conclusão a partir de algo'.⁵⁶ Esta apresenta duas facetas: (i) a concludência pode ser entendida em sentido amplo como característica em certa medida de toda declaração negocial, que seria sempre uma conclusão acerca do significado declarativo a partir de um determinado comportamento e (ii) em sentido estrito, apenas para as declarações tácitas, como um limite objetivo ao juízo de inferência dos sinais para concluir a existência e o conteúdo de uma declaração de vontade.⁵⁷ Nesse sentido, '(...) a ilação é aqui realizada a partir dos chamados "factos concludentes". Estes são aqueles factos a partir dos quais, de acordo com o critério interpretativo, se pode concluir uma declaração tácita – podem, portanto, ser todos os que se devem considerar do ponto de vista hermeneuticamente relevante, sejam eles positivos ou negativos, desde que se sirvam para constituir uma "impressão do destinatário" no sentido da existência de uma declaração tácita e que não se trate de símbolos integrantes de uma linguagem (pois então a declaração seria expressa)'.⁵⁸ Veja-se que os fatos concludentes – a partir dos quais se pode concluir a existência e o conteúdo da vontade exteriorizada – podem ser positivos e negativos. Afinal, como já visto, o silêncio (em sentido amplo) pode ser juridicamente relevante. Entre o comportamento concludente no contexto concreto e a declaração tácita, há, pois, um nexo de concludência, decorrente de um juízo interpretativo, em que são relevantes 'factores de tipicidade social e factores jurídicos'.⁵⁹ No juízo de concludência, são relevantes critérios gerais práticos, como a ideia de incompatibilidade do comportamento com significados contrários à declaração, sempre à luz do contexto negocial. O juízo de concludência é norteado também por critérios normativos, por meio dos quais se adota um padrão normativo de conduta para avaliar e compreender o comportamento do agente.⁶⁰ A adoção deste padrão normativo de conduta como critério da

56. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico* cit., p. 752.

57. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico* cit., p. 749-750.

58. *Idem*, p. 752.

59. *Idem*, p. 768.

60. Segundo Paulo Mota Pinto: "(...) é necessário, por um lado, adotar um padrão normativo de conduta para a avaliar e compreender o comportamento do agente, e, por outro, poder pressupor que o agente, com o seu comportamento, não está concretamente a desviar-se, a colocar-se à margem daquele padrão" (PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico* cit., p. 783)

interpretação é manifestação da função interpretativa do princípio da boa-fé (boa-fé como norma, e não como fato). Nesse contexto, tem-se a 'imagem juridicamente relevante' daquilo que poderia ter sido compreendido pelo destinatário. Note-se que o juízo de concludência não é um juízo de certeza acerca da intenção daquele que declara – o que também não se exige no que concerne às declarações expressas –, mas, sim, de alto grau de probabilidade da exteriorização da vontade.⁶¹ Isso significa que todas as relações estabelecidas entre os agentes deve ser inspirada pela boa-fé objetiva, que se traduz em norma de conduta e, entre outras característica, implica a vedação de comportamentos contraditórios e de atos surpreendentes, prestigiando a previsibilidade.⁶² A mudança abrupta de comportamento, incluído a atividade jurisdicional, deve ser evitada a todo custo e, quando necessária, deve ser acompanhada de medidas de transição. Nesse sentido, "sempre que exista um vínculo jurídico, as pessoas estão envolvidas a não frustrar a confiança razoável do outro, devendo comportar-se como se pode esperar de uma pessoa de boa-fé".⁶³

Por meio de comportamento omissivo, portanto, pode ficar caracterizada uma convenção tácita sobre ônus da prova, cuja validade e eficácia não desbordarão dos contornos gerais do negócio expresso, ainda que possa apresentar maiores dificuldades na sua definição precisamente pela ausência de forma e de declaração expressa de vontade. Entretanto, o comportamento da parte é relevante para a fixação também de negócios processuais e, uma vez celebrados, sua observância decorrerá igualmente da boa-fé objetiva. Não se pode, todavia, confundir convenção processual com declarações concordantes⁶⁴ e nesse ponto residem as maiores dificuldades do tema.

Fenômeno diverso ao que se mencionou está na omissão no cumprimento de um negócio válido, ignorando os termos de convenção anterior, o que

61. *Idem*, p. 777

62. Sobre o tema, amplamente: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 1999. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

63. DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010. p. 82.

64. No sentido processualmente utilizado, como bem anota QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Convenções disciplinadoras do processo judicial*. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 13, p. 693-732, Rio de Janeiro: UERJ, jan.-jun. 2014, item 2. Disponível em: [www.redp.com.br].

pode ser ilustrado com um exemplo extraído de recente estudo:⁶⁵ uma pessoa jurídica adquiriu de um fabricante máquina para desempenho de trabalhos gráficos, que, desde as primeiras vezes em que foi utilizada, apresentou defeitos relativamente à impressão do material produzido, o que levou o adquirente a procurar, por diversas vezes, a assistência técnica, sem alcançar solução para o defeito. Ao se aproximar o término do período inicial de garantia, o adquirente ajuizou ação de obrigação de fazer, a fim de que o fabricante fosse compelido a trocar a máquina, sob pena de aplicação de multa diária. Após a contestação, foi designada audiência preliminar, ocasião em que as partes convencionaram que, a despeito de caber ao autor o ônus de comprovar a existência de defeito na máquina, tal ônus seria invertido, passando a caber ao réu provar, por meio de perícia, que a máquina não possuía qualquer defeito. Diante da convenção, o autor não requereu a produção de prova pericial e concordou com as provas requeridas pelo réu em torno do ponto controvertido indicado (existência ou não de defeito que comprometia o funcionamento da máquina adquirida), acreditando que, pelo fato de a fabricante ter assumido o ônus de demonstrar assertiva fática que lhe cabia por disposição legal, teria havido um negócio jurídico processual válido em torno da distribuição do ônus probatório. Ao serem formulados quesitos e, em seguida, nomeado o perito, o réu afirmou ser elevado o valor dos honorários periciais e disse que não mais tinha interesse em produzir a prova respectiva. Também não mostrou interesse em produzir outras provas. O juiz julgou improcedente o pedido, por entender que o autor não teria demonstrado o fato constitutivo de seu direito. A omissão aqui revela um comportamento da parte com nítida consequência probatória e a necessidade de bem gizar os termos do negócio processual. Nesse caso, segundo apontam os autores do estudo citado, houve um negócio expresso, cuja eficácia decorreria da omissão daquele a quem cabia o ônus, mas foi desconsiderada pelo juiz. Trata-se, portanto, de equívoco do julgador que negou eficácia a convenção válida, o que ilustra a relevância da previsão no novo CPC do saneamento consensual (art. 357, § 2.º), que vincula as partes e o juiz. Esse exemplo demonstra dois fenômenos: primeiro, a utilidade e a existência de negócios processuais sobre ônus da prova; e, em segundo lugar, a dificuldade de lidar com uma convenção das partes, com juiz coonestando o comportamento omissivo certamente por ignorar o sistema

65. MOURALAS, Rinaldo; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Distribuição do ônus da prova por convenção processual. *RePro*, n. 240, p. 416-420. São Paulo: Ed. RT, fev. 2015.

legal. Por essas razões, ainda que não haja forma expressa para esse negócio processual, as partes devem se preocupar com a materialização da convenção, mesmo que seja por motivos didáticos.

5. A questão dos direitos indisponíveis

Renuncia-se⁶⁶ cotidianamente a direitos fundamentais por questões religiosas, culturais, médicas, trabalhistas, contratuais, de lazer, de prazer e de foro íntimo⁶⁷ e invariavelmente essas limitações afetam direitos comumente apontados como indisponíveis, logo irrenunciáveis. Entretanto, admitem-se limitações se não forem permanentes, gerais, observarem graus de intensidade e de finalidade do direito.⁶⁸ Mesmo se se realizar a distinção entre renúncia ao direito e renúncia ao exercício do direito – o que não é feito pelo art. 11 do CC, por exemplo, mas está, por exemplo no art. 1.707, que, a rigor, estabelece que o não exercício não implica renúncia –, persistiremos em um terreno artificial, em que conceitos são manipulados para justificar a quebra de uma estrutura que se deseja inquebrantável.⁶⁹

66. “Quando aqui se faz menção a renúncia a direitos fundamentais ou qualquer tipo de transação que os envolva, não se quer sustentar, obviamente, que seja possível, via declaração de vontade, abdicar ao direito em si e a toda e qualquer possibilidade futura de exercitá-lo, mas tão somente à possibilidade de renunciar, em uma dada relação, a um determinado direito ou, ainda, negociá-lo, em uma determinada situação. Os efeitos dessa renúncia são válidos para essa relação determinada” (SILVA. *A constitucionalização...* cit., p. 65). A renúncia possui contornos próprios e não se confunde com transação e outras formas de limitação de direitos, mas aqui o cerne da questão está na disponibilidade ou não do direito e, por isso, não se realizará a separação conceitual apontada por doutrina especializada (cf., para um conceito clássico: CAVALCANTI, José Paulo. *Da renúncia no direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958; para uma abordagem contemporânea: ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011).

67. Para diversos exemplos envolvendo direitos da personalidade, há estudo bastante ilustrativo: SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

68. *Idem*, p. 27.

69. Cf. STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade (ou como alguém se torna o que quiser)*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, capítulo 5. Ainda: BORGES. *Disponibilidade...* cit., capítulo IV. Não vendo justificativa técnica para a distinção entre renúncia a um direito e renúncia ao exercício de um direito, porque a renúncia somente se pode referir à renúncia em determinada relação ou situação, cujos efeitos são determinados e específicos: SILVA. *A constitucionalização...* cit., p. 64-65. Justificando tal distinção, ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 56-57.

A noção de indisponibilidade de direito envolve a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade, limitando a autonomia privada.⁷⁰ Normalmente são apontados como indisponíveis, aprioristicamente, direitos heterogêneos,⁷¹ sem contornos precisos, e frequentemente sem a chancela legislativa.⁷²

A questão é se devemos ficar satisfeitos com o sentido intuitivamente mais ou menos relacionado com o conceito de alienação ou renúncia, ou se é rastreável uma categoria jurídica real que, sem excluir os casos individuais, permite a formulação de uma disciplina unitária, passo lógico necessário para deduzir regras de qualificação de indisponibilidade.⁷³

Não é exagero afirmar que o conceito de indisponibilidade está vinculado mais a uma tradição consolidada,⁷⁴ do que a uma construção conceitual. A no-

70. OLIVERO, Luciano. *L'Indisponibilità dei diritti: analisi di una categoria*. Torino: G. Giappichelli, 2008. p. 2 e 25. Trata-se de profundo estudo sobre o tema, com ampla bibliografia, mas a abordagem difere em muito dos trabalhos de Leticia Martel, frequentemente citados nas notas seguintes, por prevalecer uma abordagem civilística, com ênfase nos "direitos conjugais". Registre-se que essa noção de indisponibilidade remonta ao conceito de Pugliatti, para quem, em síntese, o negócio de disposição implica a privação ou a restrição, gratuita ou onerosa, de um direito próprio (cf. Dessi, Ombretta. *L'Indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 C.C.* Torino: G. Giappichelli, 2011. p. 13-17).

71. "Si deve indagare se essa non generi invece uno schermo deviante, fornendo una parvenza di compattezza a fattispecie eterogenee, e replicando per alcuni diritti (quelli coniugali e della personalità) un'immagine indisponibile che, per essere costante e fedele a se stessa, rischia di diventare ogni giorno più falsa" (OLIVERO, op. cit., p. 14-15).

72. Após registrar dezenas de exemplos de direitos apontados como indisponíveis, Olivero afirma que "al cospetto di questo proliferare di situazioni indisponibili, se la quantità facesse la qualità, non si dovrebbero avere dubbi sull'esistenza e sulla vitalità della categoria in esame; oppure, a guardare le cose da una prospettiva capovolta, una simile ressa di ipotesi potrebbe instillare il sospetto di un'unità solo verbale dell'insieme", acrescentando que o "atributo indisponível" é uma adjetivação comum na doutrina, "ma non sempre è attinta dal vocabolario del legislatore" (op. cit., p. 13).

73. Nesse sentido, Olivero: "il problema è se ci si debba accontentare del significato intuitivamente connesso all'ideia di ciò che è o non è disponibile, lasciando poi che il termine esprima contenuti e intonazioni divergenti, più o meno riconducibili al concetto di alienazione o rinuncia; oppure se sia rintracciabile una vera categoria giuridica, che senza cancellare le singole fattispecie, consenta di abbracciarle tutte con una disciplina unitaria: passo logico necessario per poter dedurre regole dalla qualifica di indisponibilità" (op. cit., p. 25-26).

74. Cf., OLIVERO, p. 26-27. É "tradicional", por exemplo, utilizar como critério de disponibilidade de direitos patrimoniais (idem, p. 29-30).

ção de tradição parece exata nesse contexto, se entendida como "conjunto de métodos historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade", inserindo o sistema jurídico "na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é expressão".⁷⁵ Entretanto, quando cotejamos com a noção de "tradição inventada", também útil para a compreensão do tema, parece ser mais exato designar de *costume* o modo como se apresenta a ideia de direitos indisponíveis. O termo "tradição inventada" expressa uma continuidade em relação ao passado, com repetições de práticas que visam a inculcar valores e normas de comportamento, com a nota da invariabilidade. Diferencia-se, nesse ponto, dos costumes presentes em estratos tradicionais, que não impedem as inovações, desde que graduais e compatíveis com a cadeia que as precede. Há, contudo, íntima relação entre ambas as noções, na medida em que "a decadência do 'costume' inevitavelmente modifica a tradição" à qual ele geralmente está associado.⁷⁶

A primeira aproximação que se faz com a noção de indisponibilidade é precisamente uma limitação sobre a disposição de um direito. Veja-se, por exemplo, o que afirma Orlando de Carvalho: designar um direito de indisponível ou indisponível é "classificação que atende à possibilidade, ou não, de o sujeito se desligar do direito, transferindo-se para outrem. Se essa possibilidade existe, o direito diz-se disponível; se não existe, diz indisponível. Há, porém, graus de indisponibilidade (ou disponibilidade), sem prejuízo de, conforme se viu, todo direito subjetivo ser, em princípio, um direito ao dispor de, estar na disponibilidade do titular, ao menos enquanto o seu exercício e a sua defesa implicam a sua cooperação ou de quem o legalmente representa. Os direitos patrimoniais são, em regra, disponíveis; os pessoais, sobretudo se essenciais, são indisponíveis".⁷⁷

75. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 23.

76. HOBBSAWM, Eric. *A invenção das tradições*. Org. Eric Hobsbawm e Terence Ranger. Trad. Celina Cardim Cavalcante. São Paulo: Nova Fronteira/Saraiva, 2012. p. 12-13. A invenção de uma tradição não se liga necessariamente ao passado e pode servir exatamente para uma simbologia ideológica de práticas novas. Registre-se, ainda, que o "costume" assume o papel clássico de "fonte do direito" (cf., entre tantos: SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofia del derecho*. 19. ed. México D.F.: Porrúa, 2008. p. 167-170 e 286/288. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao direito*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 154-160).

77. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2012, p. 150 (sic). Na p. 104 da referida obra, o autor já antecipava, dentro de sua concepção sobre o direito sub-

Tendo como referência a relação entre os bens e os sujeitos, a regra é a disponibilidade, decorrendo a indisponibilidade, excepcionalmente, de determinação legal convencional ou judicial, temporária ou definitivamente.⁷⁸

Há quem relacione direitos fundamentais como irrenunciáveis.⁷⁹ Não se trata de uma relação automática entre ambas as figuras, mas me parece que a

jetivo "em sentido amplo": "o poder de autodeterminação é, por natureza, um poder indisponível. Pelo contrário, os direitos subjectivos são, por natureza, poderes ao dispor de, até porque só assim são o instrumento preferencial de exercício da autonomia da pessoa (embora o grau de disponibilidade varie com a importância da autonomia que concretamente está em jogo, com o seu carácter de puro interesse da pessoa ou, inversamente, também de interesse do grupo – sem embargo de aí mesmo sempre um mínimo de disponibilidade subsistir, pelo menos aquela de que nos fala Landsberg quando define direito subjectivo: 'há direito subjectivo se a protecção jurídica não é imposta ao titular sem a sua cooperação, na medida em que a garantia jurídica vem a supor uma atividade a isso dirigida pela pessoa que se garante'".

78. Sobre a indisponibilidade e a repercussão na transação, vale lembrar julgado do STJ acerca de transação extrajudicial envolvendo incapaz: "Responsabilidade civil. Transação extrajudicial celebrada pela mãe em nome de filha menor absolutamente incapaz. Ato que extrapola a simples gerência e administração do patrimônio. Autorização judicial e intervenção do Ministério Público imprescindíveis. – "A transação, por ser negócio jurídico bilateral, que implica concessões recíprocas, não constitui ato de mera administração a autorizar o pai a praticá-la em nome dos filhos menores independentemente de autorização judicial. Realizada nestes moldes não pode a transação ser considerada válida, nem eficaz a quitação geral oferecida, ainda que pelo recebimento de direitos indenizatórios oriundos de atos ilícitos" (REsp 292.974/SP, rel. Min. Nancy Andrighi). – Uniformização da jurisprudência pela C. 2.ª Seção: "São indispensáveis a autorização judicial e a intervenção do Ministério Público em acordo extrajudicial firmado pelos pais dos menores, em nome deles, para fins de receber indenização por ato ilícito" (EREsp 292.974/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Recurso especial conhecido e provido" (REsp 293874/SP, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 13.12.2004, p. 362).

79. SILVA. Constitucionalização, p. 61. Entendendo como regra a indisponibilidade a partir da função concreta dos direitos fundamentais como determinante, tendendo para a disponibilidade quando vinculada à "liberdade de desenvolvimento pessoal", tendo como pressuposto necessário como sendo claramente reconhecível e voluntariamente efetuada (PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 91). Ampla crítica em MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Indisponibilidade dos Direitos Fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas*. Espaço Jurídico, v. 11, p. 334-373, jul.-dez. 2010. Da mesma autora, em que se aprofunda o estudo especificamente em relação ao direito à vida: *Direitos Fundamentais Indisponíveis: Limites e Padrões do Consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. UERJ,

questão deva ser efetivamente resolvida por meio da teoria dos direitos fundamentais. Ou seja: nem todo direito fundamental é indisponível, mas a indisponibilidade relaciona-se com os direitos fundamentais.⁸⁰

Utilizaremos as considerações precisas de Leticia Martel para esta tese, a fim de colacionar reflexões sobre o conceito de direitos indisponíveis, que, além de colacionar sentido equívoco,⁸¹ não é objeto de maiores reflexões da doutrina processual, sendo considerado um conceito absoluto e pré-compreendido. Não se tentará a vã tarefa de elaborar um conceito ontológico de indisponibilidade, mas apenas demonstrar que se trata de uma categoria complexa e que depende de compreensões culturais atinentes a um caso concreto, sendo difícil trabalhar abstratamente com uma noção eminentemente fluida.

Especificamente em relação aos direitos fundamentais, por exemplo, tradicionalmente são considerados indisponíveis, mas na realidade grassa profunda confusão, seja pelo próprio entendimento do que é um direito fundamental e de qual é o seu objeto, seja pela imprecisão quanto ao sentido de indisponibilidade.⁸² Como observa Leticia Martel, a indisponibilidade dos direitos fundamentais ocorreria em dois planos: conceitual-descriptivo, isto é, sustenta que a indisponibilidade integra o próprio conceito de direito fundamental, é intrínseca ao direito; o normativo, em que se sustenta que os direitos fundamentais devem ser indisponíveis, existindo justificação para o uso da coercibilidade estatal para impedir a disposição dos direitos fundamentais. Em ambos os planos a nota da indisponibilidade é questionável. No conceitual-descriptivo, ainda na

Tese de doutorado, 2010. Sobre o tema, confira-se ainda o alentado estudo de NETO, Luisa. *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo (a relevância da vontade na configuração do seu regime)*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

80. "O poder de disposição será tanto maior quanto o direito fundamental tiver relação tão somente com o indivíduo, isto é, afetar somente a esfera de liberdade individual, e será tão mais relativizado quanto a proteção de outros valores constitucionais estiverem subjacentes ao direito fundamental, e o ato de disposição for dirigido em relação a algum ente estatal" (ADAMY, op. cit., p. 82).

81. Cf., por exemplo, a evolução da doutrina e jurisprudência italianas sobre a indisponibilidade do tributo por ato administrativo: GUIDARA, Antonio. *Indisponibilità del tributo e accordi in fase di riscossione*. Milano: Giuffrè, 2010. p. 62-87. Ainda, de forma mais geral, ainda que tendo em vista os direitos trabalhistas: DESSI, Ombretta. *Indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 C.C.* Torino: G. Giappichelli, 2011. p. 8-31.

82. Sobre a disponibilidade ou não dos direitos fundamentais, especialmente em situações entre particulares e quando presente o Estado, vale conferir ADAMY, op. cit., p. 76-83.

linha exposta por Martel, “a quantidade de contraexemplos é intensa a ponto de pôr em risco sua adequação à realidade e às práticas jurídicas existentes. No plano normativo, é um problema de justificação. O que significa, então, a indisponibilidade dos direitos fundamentais? Em qual plano ela atua, no conceitual ou no descritivo? No Brasil, como será visto adiante, nota-se que a doutrina dominante considera que indisponíveis são direitos que escapam ao alcance do titular, que não pode modificar, criar ou extinguir as relações a eles subjacentes de modo a sair do polo dominante da relação. Em geral, a indisponibilidade é apresentada como inerente ao conceito de direito fundamental. Na jurisprudência, o conceito é mais fluido, havendo apenas uma leve tendência no sentido de serem indisponíveis aquelas relações jurídicas de direitos fundamentais que não *devem ser*, de um prisma normativo, enfraquecidas pelos seus titulares”.⁸³

Inexiste, pois, clareza conceitual, o que torna a manipulação da ideia de indisponibilidade ainda mais complexa. Nas precisas palavras de Leticia Martel, “os conceitos empregados na argumentação e na dialogicidade jurídicas precisam ser claros e úteis, sob pena de a argumentação tornar-se vazia, preenchida por *slogans*, axiomas e *locus argumentativos* altamente privilegiados que fecham o debate ou confundem o diálogo e a compreensão mútua, especialmente quando eles são travados em sociedades pluralistas, que comportam estranhos morais. Os chamados ‘conceitos camaleônicos’, além de confundirem a argumentação, e serem capazes, por sua simples invocação, de definir um caso complexo, também podem operar como joguetes, ora servindo a uma função adequada, ora a outras sequer admissíveis pelo ordenamento jurídico, que resta impregnado pela insegurança e pela incoerência, o que acarreta, também, desigualdade no tratamento dos jurisdicionados. É com o escopo de buscar um conceito adequado e útil, que auxilie a evitar os chamados *deficits argumentativos*, que os tópicos seguintes serão redigidos”.⁸⁴

83. Op. cit., p. 336. Acrescenta a autora: “A nebulosidade do conceito de indisponibilidade dos direitos fundamentais não é novidade, muito menos exclusividade brasileira. Na década de 1960, Marvin Schiller dedicou um ensaio para demonstrar uma plêiade de conclusões que podem ser obtidas segundo o significado atribuído aos termos “direitos” e “indisponíveis”. Assim, por exemplo, se a palavra “indisponível” for compreendida como um qualificador que impede a perda ou a restrição de um direito, atingir-se-á um tipo de resultado; caso seja compreendida como impeditivo de renúncia, ter-se-á outras conclusões. Nesse ensejo, o autor confirmou que há distintas concepções e conceitos dos termos e apontou quais consequências são obtidas a partir de cada combinação” (p. 337).

84. Idem, p. 337.

É relevante anotar que a Constituição não se vale do conceito expresso de direitos indisponíveis, salvo quando, em seu art. 127, confere legitimidade ao Ministério Público.⁸⁵ Trata-se de conceito utilizado na legislação infraconstitucional, como no caso do inciso primeiro do parágrafo terceiro do art. 373 do novo CPC. Também na disciplina dos efeitos da revelia se faz presente a noção de indisponibilidade. Aqui se mostra conhecida a acolhida doutrinária⁸⁶ do

85. E a jurisprudência se vale dessa norma para, por arrastamento, considerar direitos indisponíveis e, logo, conferir legitimidade ao Ministério Público: “Processual civil. Embargos de divergência. Fornecimento de medicamento a menor carente. Direito à saúde. Direito individual indisponível. Legitimação extraordinária do Ministério Público. Art. 127 da CF/1988. Precedentes. 1. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada. 2. O art. 127 da CF, que atribui ao Ministério Público a incumbência de defender interesses individuais indisponíveis, contém norma autoaplicável, inclusive no que se refere à legitimação para atuar em juízo. 3. Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5.º, *caput* e 196 da Constituição, em favor de menor carente que necessita de medicamento. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis. Precedentes: EREsp 734493/RS, 1.ª Seção, DJ 16.10.2006; REsp 826641/RS, 1.ª T., de minha relatoria, DJ 30.06.2006; REsp 716.512/RS, 1.ª T., rel. Min. Luiz Fux, DJ 14.11.2005; EDcl no REsp 662.033/RS, 1.ª T., rel. Min. José Delgado, DJ 13.06.2005; REsp 856194/RS, 2.ª T., Min. Humberto Martins, DJ 22.09.2006, REsp 688052/RS, 2.ª T., Min. Humberto Martins, DJ 17.08.2006. 4. Embargos de divergência não providos (EREsp 819010/SP, rel. Min. Eliana Calmon, rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJe 29.09.2008). Processual civil. Ação civil pública em favor de pessoa física. Legitimidade do Ministério Público. Garantia constitucional à saúde. Direito individual indisponível. 1. Hipótese em que o Estado de São Paulo impugna a legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública em favor de indivíduo determinado, postulando a disponibilização de tratamento médico. 2. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal, é indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. Não se trata de legitimidade do Ministério Público em razão da hipossuficiência econômica – matéria própria da Defensoria Pública –, mas da natureza jurídica do direito-base (saúde), não disponível. 3. Ainda que o Parquet tutele o interesse de uma única pessoa, o direito à saúde não atinge apenas o requerente, mas todos os que se encontram em situação equivalente. Cuida-se, portanto, de interesse público primário, de que não se pode dispor. 4. Agravo Regimental não provido” (AgRg no REsp 872.733/SP, j. 17.08.2010, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 27.04.2011).

86. Cf., GIANESINI, Rita. *Da revelia no processo civil brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1977. p. 88. MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. de. *A revelia sob o aspecto da instrumentalidade*. São

sionamento de Calmon de Passos, para quem a indisponibilidade é absoluta, quando o próprio bem, conteúdo do direito, vincula-se de modo indissociável ao sujeito, ou relativa, que é a predominante e deriva dos limites fixados por lei ou por convenções dos interessados.⁸⁷

Na jurisprudência,⁸⁸ a partir da pesquisa realizada por Leticia Martel, encontram-se as seguintes situações em que a indisponibilidade dos direitos fundamentais é utilizada: direitos que não podem sofrer ablações, mesmo que o titular coopere para tanto; direitos que não podem ser abdicados por manifestação pelo titular; direitos gravados pelo interesse público, sem que fique claro o significado de indisponível; direitos que não estão ao alcance de um indivíduo, por não ser ele o titular; direitos que devem ser pleiteados em juízo; direitos titularizados por pessoas que não possuem capacidade plena para abdicá-los.

Conclui a autora que, para que haja disponibilidade dos direitos fundamentais, é necessário observar alguns critérios: "A disposição de direito fundamental refere-se à disposição de *posição subjetiva* de direito fundamental realizada entre *dois sujeitos de uma relação jusfundamental* tendo em vista seu objeto, na qual há modificação ou extinção da posição original, ou criação de novas posições. A disposição é *intersubjetiva e relacionada ao objeto de uma relação de direito fundamental*. Em segundo lugar, a disposição de posições jurídicas de direito fundamental será sempre autônoma. Esta foi uma das poucas tendências que os diversos conceitos de disposição inventariados permitiram extrair. A disposição de posição subjetiva de direito fundamental advém de *comportamento do titular* – daquele que ocupa o "papel dominante" na relação. Destarte, a disposição de posição subjetiva de direito fundamental

Paulo: Ed. RT, 2003. p. 123, que encampa as conclusões de Ganesini, que, por sua vez, acolheu Calmon de Passos, como referido.

87. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. vol. III. p. 408-409. No mesmo sentido: FREITAS, José Lebre de. *A confissão no direito probatório*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991. p. 149. Decompondo juridicamente o conceito, Pontes de Miranda afirma que "direito indisponível é direito que não pode ser retirado da pessoa, quer pela alienação, quer pela renúncia, quer pela diminuição ou substituição do seu conteúdo" (*Comentários... cit.*, t. III, p. 202).

88. Em diversos precedentes, por exemplo, o STF considera o "juiz natural" como direito indisponível, como neste recente excerto: "Impõe-se respeitar o postulado do juiz natural, que representa garantia constitucional indisponível, assegurada a qualquer réu, civil ou militar, em sede de persecução penal, mesmo quando instaurada perante a Justiça Militar da União" (HC 102380, 2.ª T., j. 28.08.2012, rel. Min. Celso de Mello, publ. 17.09.2012).

não poderá ser heterônoma, isto é, efetuada por terceiro e sem encontrar sua justificação em comportamento do titular (ou titulares) da posição. A terceira, de que o comportamento que enseja a disposição é o "consentimento" (em diversas manifestações). O consentimento é condição *necessária* para a existência de disposição. Não havendo consentimento, ou um ato complexo que o garanta ou dele dependa, não haverá disposição, mas interferência heterônoma na posição subjetiva de direito fundamental. O consentimento é *necessário* à disposição. Para que o consentimento exista, haverá condições; para que seja válido, haverá condições. Por isso, a qualidade do consentimento, sua interpretação, e as situações nas quais pode ser admitido como condição *suficiente* para a disposição são relevantíssimas. Do contrário, abre-se uma poderosa senda, pela qual poderão passar incólumes as explorações de circunstâncias adversas, como o estresse, baixas condições econômicas, sociais ou educacionais, ou sérias violações e o menosprezo dos direitos fundamentais, pois que travestidas de disposição (...) a disposição de posições subjetivas de direitos fundamentais é normativa, uma vez que não faz parte da estrutura do direito, situando-se nas razões para se ter e exercer direitos. O elemento é revelador, pois a indisponibilidade deixa de ser compreendida como intrínseca ao conceito, o que afasta a noção de que todos os direitos fundamentais são indisponíveis. Os sistemas jurídicos definem quais posições subjetivas de direitos fundamentais *devem ser indisponíveis*".⁸⁹

Em relação ao consentimento, há que se verificar a presença de ao menos três elementos principais: (a) capacidade – e, nos casos de convenções processuais, importa o atendimento às capacidades processuais –, (b) voluntariedade – significando a ausência de pressões, e, no processo, há que se considerar, além dos diversos vícios de vontade,⁹⁰ a questão da vulnerabilidade, especialmente em virtude do disposto nos arts. 190 e 373, § 3.º, II, do CPC –, e (c) informação – avultando o modelo cooperativo de processo, com todos seus consectários.⁹¹

89. Op. cit., p. 357, 361 e 366.

90. Esse tema já seria complexo o suficiente, se estivesse limitado aos vícios de vontade positivados expressamente, mas trata-se de assunto mais amplo e difícil, em que se incluem, por exemplo, a falta de consciência da declaração e as declarações não sérias, conforme profundo e árido estudo de Paulo Mota Pinto: *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 2005, capítulo II.

91. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do genoma humano*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 333-361.

Outro ponto relevante está precisamente em não confundir indisponibilidade de com disponibilidade,⁹² precisamente porque é o direito positivo que estabelece critérios para conferir a indisponibilidade de direitos.

Também se costuma atrelar a indisponibilidade ao conceito de ordem pública.⁹³ Gisele Santos Fernandes Góes entende fundamental classificar a ordem pública em absoluta e relativa, de acordo com a intensidade dos efeitos jurídicos acerca da imperatividade e da irrenunciabilidade, sempre presentes na primeira, podendo haver renúncia na segunda.⁹⁴ Após afirmar que as regras de direito probatório são predominantemente de ordem pública absoluta, incluindo as que dispõem sobre ônus da prova, conclui “que não há nível de

92. “No fundo, essa assimilação de figuras bem diferentes é herdeira da ultrapassada concepção contratual da arbitragem. Na verdade, a arbitragem não tem uma natureza puramente contratual, sendo antes uma instituição de feição mista: tem uma fonte contratual, na medida em que se funda no reconhecimento da autonomia privada (e por convenção das partes que se atribui aos árbitros o poder de resolver um litígio), mas tem um carácter substancialmente jurisdicional, porque a função dos árbitros consiste em julgar um litígio e a sua decisão se reveste de obrigatoriedade e força executiva idênticas às que têm as sentenças dos tribunais estaduais. Ora, se a arbitragem é uma modalidade de jurisdição, é errado ver na convenção de arbitragem algo de semelhante à transacção, na qual as partes, por si ou através de mandatários que para o efeito designam, põem termo a um litígio que as divide através de abandonos ou concessões recíprocas. Compreende-se que um requisito da admissibilidade de transacção seja a possibilidade de as partes poderem dispor dos direitos em causa, renunciando a eles. Mas na arbitragem não se trata disso (transigir, por si ou através de mandatários), mas sim de determinar quem serão os juízes que irão dirimir um litígio, respeitando e fazendo valer, se for caso disso, o direito ou direitos indisponíveis que porventura estejam em causa. Sendo assim, por que razão se há-de exigir a disponibilidade ou a transigibilidade dos direitos que são objecto do litígio, para que os mesmos possam ser submetidos a árbitros? Nenhuma razão válida existe, a meu ver, para tanto” (CAMELO, A disponibilidade do direito como critério da arbitralidade do litígio – reflexões de *jure condendo*. *Temas de direito da arbitragem*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2013. p. 93-94). MATTOS NETO, Antônio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da Lei da Arbitragem. *RePro*, n. 106, p. 226. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2002. Tal confusão é comum na doutrina, como se vê, por exemplo, em Dessi, op. cit., p. 18. Ainda sobre a distinção: PERLINGIERI. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale (estratto da Manuale di Diritto Civile)*. 2. ed. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2000. p. 455-467).

93. Cf. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011. item 2.2.

94. *Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial*. Tese PUC-SP, 2007. p. 63-66.

disponibilidade para as partes, sob pena de insucesso da demanda”.⁹⁵ Parece que a ordem pública é um daqueles institutos que, tal qual a indisponibilidade do direito, prescindem de justificação, ou seja, basta rotular algo como sendo de ordem pública para que sobre ele recaia um regime jurídico especial.⁹⁶ Mas não pode ser assim. As normas sobre provas são de ordem pública relativa ou absoluta? O que define ou agrega esse predicado? Não se pode estabelecer acordo em matéria probatória? Essa vedação inclui o aspecto procedimental da prova, ainda que seja para facilitar sua produção? Se as normas probatórias de ordem pública, pode o juiz casuisticamente “dinamizá-las”? A autorização para as convenções sobre ônus da prova decorre de uma norma também de ordem pública? O critério então seria de política legislativa ou estrutural? Com esses questionamentos pretende-se apenas problematizar a questão e demonstrar que as afirmações precisam de justificações íntegras para que se possam extrair consequências anunciadas previamente. Conferir perenidade a um conceito essencialmente contingencial pode significar apenas estender amarras jurídicas que impeçam ou retardem uma evolução cultural.

Por fim, como é intuitivo, se a convenção processual favorecer aquele que é titular do direito indisponível, ampliando sua protecção, o negócio será válido.⁹⁷

6. Tornar excessivamente difícil o exercício do direito

Como já afirmado, as regras envolvendo o ônus da prova podem afetar diretamente o direito que se pretende ver tutelado. Isso significa que, por meio de inversão do ônus da prova, pode se tornar praticamente impossível, ou excessivamente difícil,⁹⁸ o exercício do direito e, por meio de convenção, uma

95. Idem, p. 240.

96. Sobre ordem pública, há interessante histórico que demonstra como a simples alegação dessa categoria inicialmente afastava a possibilidade de arbitragem, o que levou a jurisprudência francesa a modificar o entendimento (cf. CAMELO, António Sampaio. A disponibilidade do direito como critério da arbitralidade do litígio – reflexões de *jure condendo* cit., p. 74-79). Mantendo a noção de ordem pública processual como limite às convenções processuais: ALMEIDA, Diogo Rezende de. *A contratualização...cit.*, p. 148/185. Notável análise crítica dessa e de outras limitações em CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais...cit.*, p. 134/187.

97. Cf. MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. *RePro*, n. 241, p. 480. São Paulo: Ed. RT, fev. 2015.

98. “E não basta que haja dificuldade na produção da prova, em razão da convenção, é necessário que seja excessiva, bem mais intensa que as comentes apresentadas para a produção de uma prova. O dispêndio de tempo razoável, o necessário investimento

das partes se colocaria em uma posição de incapacidade fática de obter a tutela jurisdicional, em caso de necessidade de aplicação das regras envolvendo o ônus probatório.

Evidentemente, se se trata de direito disponível – e necessariamente tais convenções cuidarão de alguma esfera de disponibilidade – em princípio as partes podem renunciá-lo ou compô-lo livremente, dispondo sobre o mérito do processo. Entretanto, o que se quer evitar é uma forma oblíqua de impedir a tutela do direito, sem que disso tenha efetiva consciência a parte.

Trata-se, portanto, de mais uma proteção para que o acordo seja firmado de forma livre, sem manipulações outras que decorram de eventual hipossuficiência de uma das partes ou que por ela não sejam percebidas. Visa-se, pois, evitar que as convenções sirvam para a imposição de situações que dificultem excessivamente o exercício do direito, ou seja, que as convenções agravem a desigualdade processual e que a abusividade vinha travestida de consenso.⁹⁹

Como observa Neil Andrews, ao falar da “cultura do acordo” existente na Inglaterra, diversos problemas podem ocorrer na formação de um negócio jurídico: (a) as partes podem não compreender completamente suas posições; (b)

financeiro, a localização de um profissional habilitado etc. todas estas situações estão relacionadas a dificuldades consideradas simples (ou pelo menos razoáveis), que podem ser superadas pela parte que foi onerada pela produção da prova, pelo que não comprometem a convenção das partes na distribuição do ônus da prova. Haverá excessiva dificuldade na produção da prova, em razão da distribuição diversa daquela estabelecida pelo caput do art. 333, quando, ou impossível sua produção (apesar de a disposição legislativa não ser expressa neste sentido), ou quando, para tal, exigisse-se dispêndio incompatível, proporcionalmente, ao bem objeto do litígio. A título de exemplo, não se poderia estabelecer, em detrimento de uma das partes, que ela assumia o ônus, que originariamente não lhe compete, de produzir, em processo que envolve bem jurídico de reduzida monta financeira, prova pericial sem que, em lugar próximo, exista profissional habilitado. Se fosse o caso, a parte teria de investir numerário que, em muitas vezes, seria superior ao valor do bem, a chegar ao ponto de, em frontal desrespeito à ampla defesa, ser-lhe mais conveniente reconhecer o direito da outra parte (MOUZALAS, Rinaldo; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Distribuição do ônus da prova por convenção processual*. *RePro*, n. 240, p. 411. São Paulo: Ed. RT, fev. 2015).

99. Sobre essa face dos acordos, vale conferir as reflexões de: FISS, Owen. *Contra o acordo... cit., passim*. Uma epígrafe utilizada por Neil Andrews ao abrir o capítulo 10 de seu já citado livro, que trata precisamente do acordo, é bastante eloquente: “Acordo é tipicamente o auge de um processo desgastante durante o qual representantes de uma das partes terão enfraquecido, com sucesso, a outra”, Simon Roberts (*O moderno... cit.*, p. 343).

pode haver desigualdades em diversos aspectos; (c) há possibilidade de uso de procedimento desleal; (d) o acordo pode “neutralizar” a parte que tem direito; (e) a dificuldade de se mensurar dimensão exata do acordo.¹⁰⁰ Tais possibilidades não são suficientes para inviabilizar abstratamente os acordos, mas, claro, servem para recomendar o preciso controle sobre seus termos, especialmente em casos de contratos envolvendo partes reconhecidamente desiguais e em uma sociedade que aprofunda desigualdades que já existem autonomamente.

Nesse sentido, essa limitação às convenções visa a evitar o efeito perverso de favorecer o litigante habitual e aumentar a desigualdade e a vulnerabilidade no processo.¹⁰¹

O litigante habitual ou frequente é definido não só pelo tipo de litígio em que se envolve, mas sobretudo por sua dimensão e pelos recursos disponíveis; ele “programa e estrutura as suas relações contratuais de forma a garantir a sua defesa em eventual conflito, sendo muitas vezes ele próprio a escrever o contrato; tem um acesso fácil a especialistas; beneficia de economia de escala, sendo baixo o investimento inicial para cada litígio; tem oportunidades para estabelecer relações informais com os responsáveis das instituições nos diferentes níveis hierárquicos – mesmo que isso não implique situações de favorecimento sempre facilitará o relacionamento; tem uma reputação como litigante que se esforça por manter como meio para tornar mais credíveis as suas posições; pode arriscar-se a litigar em acções onde não são claros os seus direitos, na medida em que o facto de litigar com frequência o leva a calcular as suas vantagens relativamente ao conjunto das situações, minimizando os elevados riscos que possam existir num caso ou noutro; pode e tem interesse em influenciar, não só o próprio conteúdo das leis, substantivas ou processuais, mas também a sua interpretação, para que ambas lhe sejam favoráveis”.¹⁰² Essas características revelam que as desigualdades e vulnerabilidades são criadas ou mantidas também pelo processo estatal, mas isso não invalida o necessário controle que deve recair sobre os pactos privados, sob pena de se instalar a barbárie processual.

100. *O moderno... cit.*, p. 355.

101. Relembre-se que a vulnerabilidade está no parágrafo único do art. 190 do novo CPC como requisito de validade dos negócios processuais. Sobre o tema, ainda antes da nova codificação, por todos: TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. São Paulo: Método, 2012.

102. Sousa Santos, Leitão Marques, João Pedroso e Lopes Ferreira. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. 2. ed. Porto: Afrontamento, 1996. p. 71-72.

Nesse sentido, há que se evitar que a autonomia privada constitua uma espécie de "modernização das ordálias", onde a astúcia e a estratégia substituam o processo justo.¹⁰³

Embora esta tese seja favorável às convenções processuais, mantendo a linha de se evitar o maniqueísmo, sabe-se que o acordo, como qualquer outro instituto, não pode ser visto como uma panaceia. O reconhecimento dos problemas e limites é uma das formas de moldar corretamente a aplicação de um expediente importante para o processo cooperativo.

7. Outras restrições

Além das hipóteses previstas nos incisos do art. 373, § 3.º, do novo CPC, encontram-se na doutrina outras limitações: 1. vedação de prejuízo ao consumidor (art. 51, VI, do CDC), mas não se veda a convenção por si só, como se viu; 2. "normas ditadas no interesse público (e, portanto, de caráter cogente, atribuem o ônus de certa prova a alguém", por se tratar de situação inafastável pela vontade das partes, como a previsão de presunção legal relativa de determinado fato e, por razões de ordem pública, não se admitir "a alteração de seu conteúdo através da manipulação convencional do ônus da prova".¹⁰⁴

Sobre o tema, confira-se a abordagem de Nelson Nery Junior: "Exemplo de cláusula proibida de inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor existe quando o CDC estipula que a prova se fará por conta do fornecedor. Os arts. 12, § 3.º, e 14, § 3.º, do CDC determinam que, para haver exclusão da responsabilidade de o fornecedor indenizar o dano decorrente do fato do produto ou serviço, ou seja, dos acidentes de consumo, é preciso que ele comprove a existência e verificação das causas de excludentes adotadas pela lei. Da mesma forma, o art. 38 do CDC diz competir o ônus da prova da veracidade da informação ou comunicação publicitária a quem as patrocina. Nesses casos, como o ônus da prova está atribuído ao fornecedor por normas de ordem pública, não pode haver derrogação pela vontade das partes".¹⁰⁵

Informa Nelson Nery Junior, ainda, que a legislação alemã prevê ser "invalida a modificação convencional do ônus da prova quando o objeto do cláusula

103. Cf. CHARLONI, Sergio. Relaciones entre partes, jueces y abogados. Trad. Monroy Palacios. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, vol. VIII, p. 82-83. Lima: Palestra, 2003.

104. MARINONI, ARENHART. *Prova...* cit., p. 200.

105. NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 576.

sula for impor ao consumidor o ônus de provar circunstâncias que estiverem no âmbito de responsabilidades atribuídas ao fornecedor", formulando alguns exemplos: a declaração contida em contrato de adesão de que o consumidor recebeu o produto enviado, sem oferecer reclamações; declaração do consumidor que afirma estar correto o projeto e os valores da escala de "croquis", de móveis encomendados à fábrica; declaração do vendedor de imóveis ou consumidor de que é conhecido nas relações negociais locais. Nesses casos, não se pode carrear ao consumidor, por cláusula contratual, o ônus da prova de fatos que dizem respeito à própria atividade do fornecedor.¹⁰⁶

8. Controle jurisdicional

Estabelecida a convenção sobre o ônus da prova, a eficácia é, em regra, imediata, independentemente de homologação da convenção pelo juiz. Assim, "diante de convenção que distribua o ônus probandi de modo diferente do previsto no art. 333, o que cabe ao órgão judicial é, pura e simplesmente, se for o caso, e desde que o ato não seja nulo, aplicar as regras convencionais, em vez das legais, para decidir a lide. Não há necessidade de procedimento homologatório, salvo disposição legal em contrário (...). O juiz conhece *ex officio* a convenção, desde que constante dos autos, independentemente de arguição da parte interessada em fazê-la valer, exceto quando a lei subordine o conhecimento à alegação".¹⁰⁷

Evidentemente, deve o juiz controlar os pressupostos e requisitos do negócio jurídico, especialmente as limitações específicas previstas no dispositivo próprio.

Não há necessidade de incidência da homologação judicial, que só abarca o plano processual,¹⁰⁸ nada impedindo, entretanto, que seja homologada a con-

106. *Idem*, p. 576-577.

107. BARBOSA MOREIRA. *Convenções...* cit., p. 98.

108. Cf. MITIDIERO. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005. t. II, p. 42-43. O autor ressalva que o dispositivo não trata de negócios jurídicos processuais, na linha de pensamento antes registrada. Assim também Hélio Tornaghi e Pontes de Miranda, para quem a expressão "direitos processuais" deve ser entendida em sentido amplo, incluindo poderes, faculdades e ônus: *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1978. vol. II, p. 15 (Tornaghi trabalha com a categoria dos negócios jurídicos processuais). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. III, p. 61 (Pontes de Miranda, embora mencione a categoria de negócios processuais em outros pontos de sua vasta obra,

venção incidental, no exercício do controle dos acordos ocorridos no decorrer do procedimento.

Como em todo caso envolvendo autonomia privada, há limites e controles sobre os atos das partes, não se reservando ao juiz um mero papel de "bouche du contrat",¹⁰⁹ como se extrai do próprio parágrafo único do art. 190 do novo CPC.

9. Convenções sobre ônus da prova nos Juizados Especiais

Nos juizados especiais em princípio encontra-se campo fértil para a celebração de negócios processuais, por serem plenamente compatíveis com os critérios estabelecidos no art. 2.º da Lei 9.099/1995. Também nos juizados especiais da Fazenda Pública os negócios processuais podem ser celebrados, encontrando-se superada a ideia da indisponibilidade intrínseca dos direitos que envolvem entes públicos, como já assinalado, inclusive por específica previsão da Lei 10.259/2001 e do art. 8.º da Lei 12.153/2009.

A especificidade que justifica este item está na previsão de assistência facultativa de defesa técnica, em determinadas situações, o que não pode ser confundido com ausência de capacidade postulatória, que pode ser conceituada como autorização normativa para atuar em juízo. Ou seja, além da capacidade processual, que pressupõe a capacidade de ser parte, há um outro requisito subjetivo de validade do processo que é a capacidade técnica ou a aptidão para postular ou responder validamente em juízo.

Sobre esse específico requisito, portanto, é que se fazem necessárias algumas considerações, a fim de se verificar a eventual repercussão na celebração de negócios processuais, incluindo as convenções sobre ônus da prova.

Essa situação jurídica processual que autoriza a prática de atos postulatórios é quase sempre automaticamente vinculada ao exercício da advocacia e vislumbra-se certa dificuldade em trabalhar com essa categoria como conceito pertencente à teoria geral do processo¹¹⁰ e cujos contornos são delineados pelo

não se detém ao tema nesse ponto, mas há que se lembrar que considera a categoria dos atos materiais com efeitos processuais, como a renúncia, desistência, acordos probatórios, entre outros, como se vê nas p. 4-5 do Tomo ora citado; em outro trecho, contudo, na p. 63 considera a desistência da ação como ato processual).

109. PATTI, op. cit., p. 258.

110. Cf. o estudo em que se parte da teoria geral do direito, de autoria de: GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. *A capacidade postulatória como uma situação jurídica processual simples: ensaio em defesa de uma teoria das capacidades em direito*. Recife: Universidade

direito positivo. Esses dados apontam que o tema deste trabalho se enquadra no que já foi denominado de "emergência jurídica",¹¹¹ já que estamos diante de uma realidade que não pode ser vista em retrospectiva e muito menos com anáforas que apontam apenas para uma visão tradicional dos atos postulacionais.

Uma noção importante que às vezes é desconsiderada e provoca alguns equívocos é a inexistência de monopólio ontológico da capacidade postulatória. Esse pressuposto processual não é um instituto pré-normativo, que antecede qualquer construção legislativa ou doutrinária, como se fosse um dado na natureza que deve ser aceito inapelavelmente. Ao revés, trata-se de um requisito de admissibilidade artificial – como, aliás, todos os demais –, que é imposto por razões de políticas legislativas, não sendo ocioso lembrar que historicamente a capacidade postulatória era outorgada a todos os cidadãos, encontrando-se resquícios dessa época inclusive nos dias de hoje (*habeas corpus*, por exemplo).¹¹²

É fundamental ter presente a ideia de que a capacidade postulatória é outorgada normativamente, não havendo espaço para se pensar em monopólio profissional nesse particular, sem embargo do que dispõe a Lei 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), cujo art. 1.º extrapola a dimensão normativa inserta no art. 133 da Constituição da República.¹¹³

Católica de Pernambuco (UNICAP), março de 2008, sob a orientação do Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel. Texto ainda inédito, gentilmente cedido pelo autor, que pode ser acessada em [www.unicap.br/tede/].

111. Idem, capítulo 2, item 4.1, valendo-se de conceito de Edgar Morin.

112. Cf. SILVA, Fernando Antonio Souza e. *O direito de litigar sem advogado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 25-39. MADEIRA, Hécio Maciel França. *História da advocacia*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

113. Sobre o tema, inclusive com discussões acerca da reserva de mercado provocada pelo monopólio dos advogados, bem como com o necessário enfoque constitucional da matéria, vale conferir o denso, original e fundamentado estudo de Fernando Antonio Souza e Silva citado na nota anterior. Confira-se também a já citada dissertação de Roberto P. Campos Gouveia Filho. Marcus Bernardes de Mello é peremptório ao afirmar que "a capacidade postulacional consiste na aptidão de praticar atos judiciais na condição de advogado", mas logo a seguir a estende ao Ministério Público, quando possuir "competência funcional", entendendo, por fim, ser inconstitucional a atribuição de capacidade postulatória ao não advogado (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia* cit., p. 124 e nota 225). Do mesmo modo, Pontes de Miranda: "quem postula (quem 'aposta'), no sistema processual do Estado, é o advogado, e só ele" (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t. 1, p. 224).

Não há, portanto, privatividade ou exclusividade abstrata da capacidade postulatória: o *jus postulandi* é sempre conferido pelo ordenamento jurídico. Exatamente em razão disso, no *habeas corpus*,¹¹⁴ em algumas postulações perante juizados especiais,¹¹⁵ entre outras situações, a capacidade postulatória é conferida diretamente aos interessados, dispensando-se a atuação de advogados. Note-se que se dispensa a presença de advogados e não a capacida-

114. No *habeas corpus*, dá-se, ainda, o que pode ser denominado de “capacidade postulatória por arrastamento”, na medida em que, no caso de interposição de recurso regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, conforme ampla jurisprudência do STF, o que pode ser ilustrado com a transcrição de ementa de recente julgamento, em que são citados outros precedentes: “Recurso – Habeas corpus – Dispensa da capacidade postulatória. Versando o processo sobre a ação constitucional interpor recurso, sem a exigência de a peça mostrar-se subscrita por profissional da advocacia. Precedentes: HC 73.455-3/DF, 2.ª T., rel. Min. Francisco Rezek, *Diário da Justiça* de 07.03.1997, e RO em HC 60.421-8/ES, 2.ª T., rel. Min. Moreira Alves, *Revista Trimestral de Jurisprudência* 108/117-20. O enfoque é linear, alcançando o recurso interposto contra decisão de turma recursal de juizado especial proferida por força de *habeas corpus*” (HC 84716/MG, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 26.11.2004, p. 25).
115. “Ação direta de inconstitucionalidade. Juizados Especiais Federais. Lei 10.259/2001, art. 10. Dispensabilidade de advogado nas causas cíveis. Imprescindibilidade da presença de advogado nas causas criminais. Aplicação subsidiária da Lei 9.099/1995. Interpretação conforme a Constituição. É constitucional o art. 10 da Lei 10.259/2001, que faculta às partes a designação de representantes para a causa, advogados ou não, no âmbito dos juizados especiais federais. No que se refere aos processos de natureza cível, o STF já firmou o entendimento de que a imprescindibilidade de advogado é relativa, podendo, portanto, ser afastada pela lei em relação aos juizados especiais. Precedentes. Perante os juizados especiais federais, em processos de natureza cível, as partes podem comparecer pessoalmente em juízo ou designar representante, advogado ou não, desde que a causa não ultrapasse o valor de sessenta salários mínimos (art. 3.º da Lei 10.259/2001) e sem prejuízo da aplicação subsidiária integral dos parágrafos do art. 9.º da Lei 9.099/1995. Já quanto aos processos de natureza criminal, em homenagem ao princípio da ampla defesa, é imperativo que o réu compareça ao processo devidamente acompanhado de profissional habilitado a oferecer-lhe defesa técnica de qualidade, ou seja, de advogado devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil ou defensor público. Aplicação subsidiária do art. 68, III, da Lei 9.099/1995. Interpretação conforme, para excluir do âmbito de incidência do art. 10 da Lei 10.259/2001 os feitos de competência dos juizados especiais criminais da Justiça Federal” (ADI 3.168/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, publicado no Informativo n. 474 – 1.º a 03.08.2007. Vale conferir, ainda, o julgamento da ADI 1127-DF, cuja notícia se encontra no Informativo n. 427, de 15 a 19.05.2006).

de postulatória, que continua a ser exigida e que é conferida diretamente ao interessado.¹¹⁶⁻¹¹⁷

Ve-se, pois, que não há que se falar em ausência de capacidade postulatória em hipóteses legalmente previstas nos juizados especiais, o que torna a ausência de defesa técnica, na realidade, um falso problema. Com efeito, por critérios de política legislativa, atribuiu-se a determinadas pessoas a capacidade de praticar atos processuais em sentido amplo.

Importa, portanto, a vontade consciente como elemento nuclear do suporte fático,¹¹⁸ ou seja, a capacidade negocial como elemento do conteúdo da capacidade de agir, que é uma qualificação jurídica pessoal.¹¹⁹

Para melhor caracterização conceitual, cumpre registrar que, além da capacidade para agir, há outra espécie de aptidão para a prática de atos jurídicos em sentido amplo, que é a legitimação, entendida, nesse contexto, como a posição do sujeito relativamente ao objeto do direito, podendo ocorrer, por política legislativa, da atribuição a terceiro que não seja o titular do direito.¹²⁰ Para os

116. Sobre o ponto: DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 142, nota 87.
117. Mostra-se relevante assinalar que o STF entende que a capacidade postulatória no controle abstrato de normas, no que se refere às autoridades e entidades indicadas no art. 103, I a VII, da Constituição da República, decorre da própria legitimidade. Os legitimados detêm, portanto, capacidade postulatória para o ajuizamento da ação, o que decorre diretamente da conformação constitucional da autorização para a propositura da ação: “Governador de Estado detém aptidão processual plena para propor ação direta (ADIMC 127/AL, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 04.12.1992), bem como arguição de descumprimento de preceito fundamental, constituindo-se verdadeira hipótese excepcional de *jus postulandi*” (ADPF 33, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 07.12.2005, *DJ* 27.10.2006, p. 31). Cf., na literatura mais recente: MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Saraiva: São Paulo, 2007. p. 90. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2007. p. 1049.
118. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia cit.*, p. 105.
119. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 24-25.
120. Idem, p. 33. A legitimidade, entendida como “qualidade do sujeito reportada a determinada situação jurídica, deriva de uma ou mais ocorrências ou conjunções: os factos legitimadores. (...) o juízo de legitimidade requer, para além do momento jurídico-subjetivo próprio da titularidade, uma valoração global de ordem sistemática que permita, *in casu*, assegurar a ausência de delimitações negativas ao exercício pretendido. E é ainda a nível de sistema que apuraremos eventuais legitimidades indirectas:

fins deste item – e também do subsequente –, é relevante o poder de disposição que está compreendido na legitimação, consistindo no poder, normalmente concedido ao titular do bem ou direito, de transmiti-lo, renunciá-lo ou abandonar-lo.¹²¹ Fala-se, em doutrina, na legitimidade indireta,¹²² que consiste na atribuição de legitimação a quem não tem a titularidade do bem ou do direito, configurando uma espécie de legitimação extraordinária negocial.¹²³

Em suma, por não se confundirem as capacidades, a ausência de assistência técnica, por si só, em nada interfere na formação dos negócios processuais, desde que a manifestação de vontade para integrar o suporte fático exigido seja autêntica – para que o negócio exista –, íntegra e hígida – a fim de que seja válido.¹²⁴

10. Convenções sobre ônus da prova na substituição processual

A partir da relação estabelecida entre o sujeito legitimado e o objeto litigioso (situação legitimante), classifica-se a legitimidade para agir em ordinária e extraordinária.¹²⁵ Nesse sentido, o legitimado ordinário é aquele que comparece em juízo para defender direito próprio, coincidindo a titularidade da relação processual com a relação material. Já o legitimado extraordinário, embora autorizado pelo sistema normativo a ingressar no processo e conduzi-lo validamente, não é o titular do direito litigioso, não havendo coincidência entre a situação legitimante e a situação deduzida em juízo. Enquanto o legitimado ordinário encontra na sentença o regramento de sua própria situação, o legitimado extraordinário se depara com a disciplina de situação alheia, que até pode repercutir na sua, como assinala Barbosa Moreira.¹²⁶

situações nas quais, mau grado a falta de um juízo de titularidade, o sistema habilite o sujeito, mercê da interação de outros institutos, à prática do exercício pretendido' (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado...* cit., t. IV, p. 20 e 26 – sic).

121. *Idem*, p. 34.

122. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1979. p. 24-26, cuidando, inclusive, da aplicação da teoria da aparência na legitimidade indireta.

123. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurdico: plano da validade* cit., p. 34.

124. *Idem*, p. 38.

125. Anote-se que para Thereza Alvim a legitimidade extraordinária é pressuposto processual e não condição da ação (*O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Ed. RT, 1996. p. 79-87).

126. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Direito Processual Civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 60.

Tecnicamente não há exata coincidência entre as expressões *legitimação extraordinária* e *substituição processual*,¹²⁷ já que esta é menos ampla que aquela, de modo que se entende por substituição processual a legitimidade decorrente do sistema normativo que autoriza determinado sujeito a atuar em juízo, como parte principal, defendendo direito alheio (art. 6.º do CPC/1973 e art. 18 do novo CPC).¹²⁸

São variadas as razões que levam o legislador¹²⁹ a estabelecer hipóteses de legitimidade extraordinária, podendo ser elencadas as seguintes hipóteses exem-

127. Antônio Carlos de Araújo Cintra credita a Chiovenda a utilização pioneira da expressão "substituição processual" (Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. RT, n. 809, p. 743. São Paulo: Ed. RT, mar. 2003. Esse trabalho foi publicado originalmente na RT n. 438, abr. 1972). A polêmica sobre a terminologia adequada do instituto chegou a gerar sugestões para a adoção das expressões *equiparação processual*, *equivalência processual* e *equipolência processual* (cf. OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz. *Substituição processual*. São Paulo: Ed. RT, 1971. p. 87 e ss. ARRUDA ALVIM. *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: Ed. RT, 1990. vol. 1. p. 517). É certo que o rigor terminológico é importante em qualquer ciência, mas nos parece que, a partir do momento em que se estabelece com precisão o que se entende por determinada expressão, passa a ser irrelevante qualquer batalha terminológica, mormente quando a tradição consagra determinado uso. Barbosa Moreira, por exemplo, no clássico ensaio que dedicou ao tema, afirma que a substituição processual se refere à legitimidade extraordinária autônoma, mas observa que, no rigor da lógica, a denominação seria unicamente adequada aos casos de legitimidade extraordinária autônoma exclusiva (op. cit. na nota anterior, p. 62), sendo que a legitimidade extraordinária exclusiva é de constitucionalidade discutível, como anota Thereza Alvim (op. cit., p. 92). Já Ephraim Campos Jr. entende que ocorre verdadeira substituição processual no caso de legitimidade concorrente, desde que o titular do direito material se mantenha inerte (*Substituição processual*. São Paulo: Ed. RT, 1985. p. 23). De todo modo, existe a distinção técnica entre legitimidade extraordinária e substituição processual, o que justifica o presente registro. Para os fins deste trabalho, a modalidade de legitimidade extraordinária que nos interessa é a substituição processual.

128. Ephraim Campos Jr. apresenta um conceito mais restritivo, excluindo a participação do titular do direito material na relação processual: "ocorre substituição processual quando alguém, devidamente autorizado por lei, pleiteia como autor ou réu, em nome próprio, direito (pretensão) alheio, estando o titular deste direito ausente da ação, como parte" (Op. cit., p. 24).

129. Sobre a possibilidade de legitimidade extraordinária negocial: DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. vol. 1. p. 351/355. BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Nogueira (coords.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

plicativas sistematizadas por Donaldo Armelin:¹³⁰ 1. casos de legitimidade extraordinária outorgada em razão da predominância do interesse público sobre o particular¹³¹ (ex.: ação de investigação de paternidade e ação de alimentos sobre favor de idoso em situação de risco propostas pelo Ministério Público¹³²); 2. legitimidade extraordinária atribuída em decorrência de comunhão de direitos ou conexão de interesses, onde coexistem legitimidade ordinária e extraordinária (ex.: a legitimação do condômino para a defesa da coisa, art. 1.314 do CC-2002; ação de anulação de decisão assemblear); 3. legitimidade extraordinária atribuída em função do vínculo que o legitimado extraordinário e o legitimado ordinário mantêm entre si, em relação ao direito questionado e o legitimado em razão da sucessão (ex.: o alienante de coisa litigiosa permanece no processo na qualidade de legitimado extraordinário, caso não ocorra sucessão processual, na forma do art. 42, § 1.º, CPC/1973, e do art. 109, § 1.º, do novo CPC); 4. legitimidade extraordinária decorrente de uma situação jurídica que o legitimado ocupa, que lhe impõe, direta ou indiretamente, deveres de guarda e conservação de direitos alheios (ex.: agente fiduciário dos debenturistas; capitão do navio, quando não é o proprietário do navio nem credor do frete, para ajuizamento de ação de arresto para garantir pagamento de frete, avarias grossas ou despesas a cargo do proprietário da mercadoria transportada, art. 527 do Código Comercial).

De acordo com a classificação proposta por José Carlos Barbosa Moreira, que leva em consideração precipuamente a liberdade de comportamento do legitimado extraordinário, a legitimação extraordinária pode ser dividi-

130. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro* cit., p. 122.

131. "Se la disponibilità costituisce la ratio della legittimazione ordinaria, il carattere più o meno intenso della indisponibilità di singoli rapporti giuridici privati costituisce la ratio della legittimazione straordinaria; quando l'interesse pubblico generale coinvolto nel rapporto giuridico privato si fa più forte ed assorbente, il legislatore allarga la legittimazione straordinaria 'a chiunque vi abbia interesse' o la attribuisce addirittura al pubblico ministero" (PROTO PISANI. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene, 2002. p. 289).

132. Ephraim Campos Jr. entende que o Ministério Público não atua como substituto processual, já que os titulares do direito material sempre integrarão o processo, o que, em sua concepção, desnatura o instituto (op. cit., p. 51-53). Entretanto, além de o seu conceito de substituição processual ser mais restrito, pensamos que nas hipóteses ora exemplificadas – e que não foram contempladas pelo mencionado autor em razão de seu trabalho ter sido escrito antes da atual Constituição das leis ordinárias respectivas – os titulares do direito material não integrarão necessariamente o processo como partes principais.

da em autônoma e subordinada.¹³³ Há legitimação extraordinária autônoma quando o processo pode ser validamente instaurado sem a presença do titular do direito, ou seja, quando o legitimado extraordinário pode figurar no processo com total independência daquele que seria o legitimado ordinário. A legitimidade extraordinária autônoma apresenta, em apertada síntese, as seguintes subdivisões: 1. *legitimação extraordinária exclusiva*: apenas o legitimado extraordinário pode ser a parte principal do processo, como ocorre na hipótese prevista no art. 68, § 3.º, da Lei 6.404/1976;¹³⁴ 2) *legitimação extraordinária concorrente*: trata-se de colegitimação e a regularidade da relação processual independe da instauração da demanda por todos os legitimados. A legitimidade concorrente pode ser *primária* (ou seja, independentemente do comportamento do legitimado ordinário¹³⁵) ou *subsidiária* (isto é, somente em razão da inércia do legitimado ordinário). Anote-se, ainda, que pode haver legitimidade concorrente envolvendo apenas legitimados extraordinários, como acontece nas hipóteses de ações coletivas – para quem entende que a legitimidade para essas ações é extraordinária – e na ação de anulação de casamento (terceiro interessado e o Ministério Público, art. 1.549 do CC/2002), hipóteses em que haveria legitimação extraordinária exclusiva e concorrente. No que se refere à legitimação extraordinária subordinada, tal se dá quando a presença do titular da relação jurídica controlada é essencial para a regularidade da relação processual, reservando-se ao legitimado extraordinário a possibilidade de coadjuvar o legitimado ordinário, possuindo, assim, eficácia menos ampla que a autônoma, somente podendo ocorrer incidentalmente e com a necessária presença do legitimado ordinário na relação processual.

É importante salientar algumas características básicas da substituição processual: (a) a substituição processual é excepcional¹³⁶ e depende de autoriza-

133. Apontamentos... cit., passim.

134. A constitucionalidade da completa vedação do acesso à justiça pelo titular do direito é no mínimo discutível, como já foi mencionado anteriormente. Por esse motivo, deve ser permitido ao titular do direito o ingresso no processo, ao menos na condição de assistente litisconsorcial (sobre o tema, vale também conferir o trabalho de Araken de Assis: Substituição processual. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 9, p. 14. São Paulo: Dialética, dez. 2003).

135. Como na possibilidade de anulação do casamento pelo Ministério Público ou interessados (art. 1.549 do CC/2002).

136. No que se refere ao processo individual, evidentemente. Para aqueles que entendem que a legitimação coletiva também é extraordinária, essa modalidade passou a ser a

ção normativa;¹³⁷ (b) o substituto processual atua no processo na qualidade de parte, e não de representante; (c) em relação ao substituto examinam-se os requisitos processuais subjetivos. A imparcialidade do magistrado, contudo, pode ser averiguada em relação a ambos, substituto ou substituído;¹³⁸ (d) salvo disposição legal em sentido contrário, a coisa julgada material estende seus efeitos ao substituído.¹³⁹

Tradicionalmente aponta-se como característica da substituição processual a impossibilidade de atos dispositivos, exatamente por inexistir coincidência

regra (cf. ARRUDA ALVIM. Notas atuais sobre a figura da substituição processual. *RePro*. São Paulo: Ed. RT, n. 106, abr.-jun. 2002, p. 27).

137. O que não significa que necessariamente seja autorização legal, como agora esclarece expressamente o art. 18 do CPC. Cf., ZANETI JR., Hermes. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. *Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. Araken de Assis e outros (coord.). São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 859-866. O próprio Arruda Alvim já afirmava que "pode-se admitir a substituição processual mesmo que não venha ela prevista expressamente no texto legal, mas quando deflue do sistema" (*Tratado... cit.* Vol. 1, p. 515).

138. CAMPOS JR., Ephraim. *Op. cit.*, p. 74-75.

139. Trata-se de tema bastante polêmico, que pode ser bem apreendido nos seguintes estudos: SCARPINELLA BUENO (*Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 51-54); ASSIS, Araken de (*Substituição processual cit.*, p. 22-23); ALVIM, Thereza (*op. cit.*, p. 103-111); SEVERO NETO (*Substituição processual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 189-208); AGUIAR MOURA (*Digesto de processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. vol. 5, p. 264-265); BARBOSA MOREIRA. *Litiscônsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 149-150); TESHEINER (*Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 82-83); ARAUJO CINTRA (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. IV. p. 318-319); NERY JUNIOR; NERY (*Código de Processo Civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 402); CARVALHO, Acelino Rodrigues (*Substituição processual no processo coletivo: um instrumento de efetivação do Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Pillares, 2006. p. 152-155). TUCCI, José Rogério Cruz e (*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 29); TALAMINI, Eduardo (*Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Ed. RT, 2005, especialmente nas p. 96-122). CAMPOS JR., Ephraim de (*Op. cit.*, p. 76-94). Também no direito comparado a maioria da doutrina entende que a substituição processual enseja a extensão da eficácia da coisa julgada ao substituído (FENOLL, Jordi Nieva. *La Sustinición Procesal*. Madri: Marcial Pons, 2004. p. 188. É necessário, contudo, temperar essa afirmação feita pelo autor espanhol, sobretudo diante dos textos de Proto Pisani, cujo pensamento está sintetizado no estudo "Il giudicato civile" (*Le tutele giurisdizionali dei diritti: studi*. Napoli: Jovene, 2003, sendo que na nota de rodapé que se inicia na p. 323 há excelentes referências bibliográficas).

entre o substituto e a titularidade do direito material tutelado.¹⁴⁰ Trata-se de noção bem delineada por Chiovenda – e desde então a ele atribuída pela doutrina brasileira –, que, no entanto, conferia ao balizamento legislativo o delineamento dos poderes e das limitações do substituto,¹⁴¹ dado fundamental nem sempre ressaltado pela doutrina e jurisprudência. Ao tratar dos "negócios dispositivos do substituto", Jordi Nieva Fenoll analisa o tema com mais minuidência e, após reiterar que grassa a ideia tradicional que veda qualquer ato de disposição, procura sistematizar o tema com a vedação de renúncia do direito do substituído, precisamente em razão do fundamento primário da substituição, que é a defesa de um direito em um contexto de inércia do respectivo titular.¹⁴² Entretanto, pode-se afirmar que as conclusões por ele alcançadas são mais prolixas, mas não se diferem da regra geral sobre a impossibilidade de disposição por parte do substituto, na medida em que permite apenas a desistência da substituição ou o estabelecimento de transação com expressa anuência do substituído.¹⁴³

Todo ato dispositivo pode encontrar limitações intrínsecas, legais, convencionais ou judiciais, mas evidentemente a disposição por um legitimado extraordinário recebe a limitação da própria situação legitimante, não podendo, salvo autorização normativa, desfazer-se do direito.

Isso não significa, contudo, que o substituto processual não possa celebrar negócios jurídicos processuais. A celebração de um negócio não implica necessariamente prejuízo para a esfera jurídica do substituído, podendo constituir, na realidade, um meio eficaz de realização do próprio direito. Vincular a realização de um negócio jurídico a uma necessária diminuição da esfera jurídica é uma impropriedade técnica. A celebração do negócio pode significar precisamente a realização do direito, de modo que não se pode excluir sua celebração em situações desse jaez. Acrescente-se, ainda, que se trata de matéria reservada à política legislativa, não havendo nenhuma impossibilidade essencial e lógica de disposição.¹⁴⁴

140. OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz. *Substituição processual*. São Paulo: Ed. RT, 1971. P. 164-165.

141. *Instituições de direito processual civil*. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. vol. II, p. 254.

142. *Op. cit.*, p. 103-106.

143. *Idem*, p. 106-108.

144. Preciso Donalddo Armelin: "exatamente por ser a substituição processual figura excepcional no plano da legitimidade, os poderes deferidos ao substituto devem ser

Aplicando-se o exposto ao objeto deste capítulo, é possível contemplar a hipótese em que o substituto processual convençione a fixação do ônus da prova com outra parte de modo que, em princípio, favoreça a tutela do direito do substituído. Exemplo: ação de alimentos ajuizada pelo Ministério Público, substituindo criança em situação de risco, tendo havido prévio reconhecimento da paternidade perante o Promotor de Justiça e, no mesmo documento, tendo sido pactuado que, em posterior processo em que se pleiteariam alimentos,¹⁴⁵

estritamente compatíveis com a outorga legal, ou seja, aqueles poderes indispensáveis para o desempenho de sua função processual normal, quer no polo ativo, quer no passivo da relação jurídico-processual” (op. cit., p. 134).

145. O ajuizamento de ação de alimentos é tema polêmico que já abordei com alguma profundidade em outra sede (*A proteção processual dos direitos dos idosos: Ministério Público, tutela de direitos individuais e coletivos e acesso à justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010). Para os fins desta tese, basta referir que defendo a incidência direta do art. 127 da Constituição para autorizar a substituição processual. No STJ, ainda prevalece interpretação restritiva, mas já se encontram decisões mais alvissareiras: “Direito civil e processual civil. Ação de execução de alimentos. Ministério Público. Legitimidade ativa. – É socialmente relevante e legítima a substituição processual extraordinária do Ministério Público, notadamente quando na defesa dos economicamente pobres, como também em virtude da precária ou inexistente assistência jurídica prestada pelas Defensorias Públicas. – Dado o caráter indisponível do direito a receber alimentos, em se tratando de criança ou adolescente, é legítima a atuação do Ministério Público como substituto processual em ação de execução de prestação alimentícia por descumprimento de acordo referendado pelo próprio Órgão Ministerial. – O tão só descumprimento de acordo de alimentos evidencia violação a direito da criança, que se vê privada do atendimento de suas necessidades básicas” (REsp 510969/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 06.03.2006, p. 372). “1. O Ministério Público tem legitimidade para a propositura de ações de alimentos em favor de criança ou adolescente, nos termos do art. 201, III, da Lei 8.069/1990 (Estatuto da criança e do adolescente). 2. No caso em tela, os autos revelam tratar-se de menor com poucos recursos, que reside em uma Comarca prejudicada pela deficiente estrutura estatal, na qual só existe Defensoria Pública em certos dias da semana conforme declarou o próprio defensor público, conforme transcrição do Acórdão. Assim, é evidente a dificuldade de localização de advogados que patrocinem os interesses dos jurisdicionados hipossuficientes, de modo que negar a legitimidade do recorrente somente agravaria a já difícil situação em que se encontra o menor, carente e vulnerável. 4. Não tendo a parte apresentado argumentos novos capazes de alterar o julgamento anterior, deve-se manter a decisão recorrida. 5. Agravo Regimental improvido” (AgRg no REsp 1245127/BA, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 07.12.2011).

146. No exemplo ora formulado, evidentemente poderia haver a fixação de alimentos também de modo consensual, perante o Promotor de Justiça. Entretanto, além de a situação formulada possuir um modelo ideal para melhor ilustrar a tese, pragmati-

o ônus probatório sobre a capacidade financeira do genitor seria a ele transferida, incluindo o fornecimento de declaração de renda, extratos bancários, registros de imóveis etc. Os exemplos poderiam se multiplicar, incidindo em um casuísmo que reforçaria o que se demonstra no plano teórico, bastando estabelecer a possibilidade da convenção sobre ônus probatório também em casos de substituição processual.

Em tese, também é possível conceber hipóteses em que figurem substituições processuais em ambos os polos da relação processual. A caracterização de substituição processual no polo passivo é frequente nos processos coletivos – admitindo-se que se trata de substituição processual nesses casos –, mas também não pode ser excluída nos processos individuais, como em casos de defesas de bens indivisíveis, em que pode haver legitimidade ordinária e extraordinária de determinado réu. Jordi Fenoll afirma não vislumbrar hipótese em que seria possível tal situação, já que, ao contrário da substituição no polo ativo, inexistente opção ao eventual substituído, se for citado em um processo.¹⁴⁷

carmente se prefere levar ao Judiciário a fixação dos alimentos, a fim de evitar futura discussão sobre o cabimento de prisão em caso de execução do título extrajudicial. A divergência sobre o cabimento de prisão em casos de composição extrajudicial ainda persiste na doutrina e na jurisprudência e acarreta um peculiar fenômeno de limitação endógena do Ministério Público, que frequentemente prefere não insistir na tese da viabilidade do título extrajudicial para ensejar prisão, para não causar transtornos ao substituído, mas, ao mesmo tempo, com tal comportamento não provoca mudanças jurisprudenciais. Recentemente, o STJ deu sinais de que o tema começa a ser mais bem compreendido, como se pode verificar no confronto destas ementas: “Habeas corpus. Título executivo extrajudicial. Escritura pública. Alimentos. Art. 733 do CPC. Prisão civil. 1. O descumprimento de escritura pública celebrada entre os interessados, sem a intervenção do Poder Judiciário, fixando alimentos, não pode ensejar a prisão civil do devedor com base no art. 733 do CPC, restrito à ‘execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais’. 2. Habeas corpus concedido” (HC 22.401/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 30.09.2002, p. 253). “1. Diante da essencialidade do crédito alimentar, a lei processual civil acresce ao procedimento comum algumas peculiaridades tendentes a facilitar o pagamento do débito, dentre as quais destaca-se a possibilidade de a autoridade judicial determinar a prisão do devedor. 2. O acordo referendado pela Defensoria Pública estadual, além de se configurar como título executivo, pode ser executado sob pena de prisão civil. 3. A tensão que se estabelece entre a tutela do credor alimentar versus o direito de liberdade do devedor dos alimentos resolve-se, em um juízo de ponderação de valores, em favor do suprimento de alimentos a quem deles necessita. 4. Recurso especial provido” (REsp 1117639/MG, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 21.02.2011).

147. Op. cit., p. 99-100. Como contraponto, confira-se DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. vol. 1, p. 243.

Não me parece precisa essa abordagem, primeiro porque confunde o plano lógico com o legislativo; em segundo lugar, não contempla o autor a possibilidade de o ordenamento jurídico possibilitar ao autor a "opção" por um plano que atue em nome próprio defendendo direito também próprio e alheio. Ou seja, ao não se contemplar a substituição processual no polo passivo, transferiu-se ao plano conceitual o que é reservado ao plano legislativo. Note-se que, ao menos no direito brasileiro, existe previsão expressa de substituição processual no polo passivo em caso de reconvenção, na forma do parágrafo único do art. 315 do CPC de 1.973 e art. 343, § 5.º, do novo CPC.

Outro aspecto interessante é a possibilidade de fixação convencional do ônus probatório em causas envolvendo direitos indisponíveis, especialmente por haver uma situação frequente de substituição processual do Ministério Público, que sempre se dará em razão da indisponibilidade do direito, por força do art. 127 da Constituição da República. Trata-se de desdobramento do que foi exposto nas linhas antecedentes, mas o destaque se justifica em virtude da vedação de se estipular convenções quando houver indisponibilidade do direito e também por se tratar de um caso peculiar, em que a substituição processual somente se dará se houver a indisponibilidade do direito. Como já assinalado, em princípio não se exclui a possibilidade negocial, desde que permaneça intangível o núcleo de indisponibilidade, mormente porque a manipulação do ônus probatório pode, em última análise, fulminar a tutela do direito.

Todas essas problematizações, se não fornecem respostas acabadas sobre a fixação convencional do ônus da prova, que, afinal, prescinde de formulários, serve para reforçar inequivocamente a aplicação de uma das premissas desta tese de que não se pode considerar como lógico-jurídico um conceito que é jurídico-positivo. A possibilidade de estabelecer convenção sobre ônus da prova é matéria eminentemente inserida em determinada realidade jurídica, embora, evidentemente, não prescinda das funções dos conceitos lógico-jurídicos.¹⁴⁸

11. Convenções sobre ônus da prova no processo coletivo

A disciplina probatória no processo coletivo possui a peculiaridade de influenciar o regime da coisa julgada,¹⁴⁹ que se formará *secundum eventum probationis*.

148. Cf. DIDIER JR. *Sobre a teoria geral do processo...* cit., passim, especialmente o primeiro capítulo.

149. Para um exame profundo e crítico sobre o regime de formação da coisa julgada coletiva: GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 286-299.

probationis, situação em que, depreendendo-se que o conteúdo da decisão anterior seria diverso se presente prova nova, permite-se o ajuizamento de nova ação, com a apreciação da suficiência da prova configurando requisito de sua admissibilidade. Esse regramento se justifica para mais bem tutelar os direitos transindividuais, sacrificando-se, em certa medida, a segurança jurídica, sobretudo em razão do advento de novos meios de provas científicas.¹⁵⁰

Quanto ao ônus da prova no processo coletivo, já foi visto que se procura estender a previsão de inversão judicial para outras relações além da consumerista, havendo tendência doutrinária¹⁵¹ e jurisprudencial¹⁵² de aplicá-la a questões ambientais. Em matéria de improbidade administrativa, no projeto de lei que deu origem à atual normatização, havia previsão da inversão do ônus da prova, no caso de enriquecimento ilícito por evolução patrimonial desproporcional no exercício de função pública, mas o dispositivo não foi aprovado no decorrer do processo legislativo. Ainda assim, três linhas argumentativas se formaram sobre esse específico tipo,¹⁵³ segundo notícia Emerson Garcia:¹⁵⁴ 1. previsão de inversão do ônus probatório; 2. ao autor caberia a prova da despro-

150. Os problemas que decorrem do estudo das provas científicas são complexos e, embora já tenham sido mencionados, não serão objeto de maiores desenvolvimentos nesta tese. Registre-se apenas a instigante questão do controle da prova pericial e o risco da denominada "delegação de jurisdição ao perito" (cf. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, especialmente capítulo 5). SALLES, Carlos Alberto de. *Processos coletivos e prova: transformações conceituais, direito à prova e ônus da prova. A ação civil pública após 25 anos*. Edis Milaré (coord.). São Paulo: Ed. RT, 2010. Veja-se, ainda, de TARUFFO, com ampla bibliografia: *La semplice...* cit., p. 213-18. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. *Revista Forense*, vol. 355. Rio de Janeiro: *Forense*, maio-jun. 2001. La prueba científica. *La Prueba (apêndice V)*. Trad. Laura Manríquez. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008. *Ciencia y proceso. Páginas sobre justicia civil*. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009.

151. SARAIVA NETO, Pery. *A prova na jurisdição ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

152. Cf. REsp 883.656/RS, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 28.02.2012, já analisado no item 5 do Capítulo 5.

153. Lei 8.492/1992, art. 9.º, VII: "adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público".

154. *Improbidade administrativa* (em coautoria com Rogério Pacheco Alves, que não trata desse tema). 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 413-418, cabendo registrar que o autor adere à terceira posição doutrinária.

porção entre bens e renda e a relação de causalidade com a referida aquisição, não se podendo utilizar dos “sinais exteriores de riqueza” previstos na legislação fiscal; 3) não há inversão da prova, cabendo ao autor tão somente a prova mencionada desproporção.

Nesse contexto, tende-se a adotar a denominada distribuição dinâmica do ônus da prova genericamente no processo coletivo.¹⁵⁵

Também em sede de processo coletivo há que se verificar o fato legitimante para a prática de atos negociais, ou seja, a legitimidade extraordinária negocial, para que se mantenha a nomenclatura antes utilizada.

Interessa, pois, analisar a natureza da legitimidade no processo coletivo, havendo intenso debate doutrinário se se trataria de legitimação ordinária, extraordinária ou um terceiro gênero.¹⁵⁶

Entendo que esse debate é supérfluo ao pretender trabalhar com categorias do processo individual, já que não há necessidade de se buscar um paralelo com os institutos processuais clássicos. Estamos diante de um processo com suas peculiaridades próprias, entre as quais avulta a questão da legitimidade. Uma nova realidade não tem que se prender a classificações antigas, que foram elaboradas diante de outro contexto. Na tutela coletiva, a “substituição” dos titulares do direito é a regra, de modo que soa excêntrico tratar essa legitimidade

155. Além da bibliografia já citada, vale conferir GIDI, op. cit., p. 124-128, com notícias sobre tal previsão em anteprojetos na nota 161.

156. As diversas opiniões doutrinárias a respeito são bem descritas por ZANETI JUNIOR, Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 128-139, e NERY JUNIOR. *A ação civil pública no processo do trabalho*. In: MILARE, Edis (coord.). *Ação civil pública – 15 anos*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 567-572. Também se vê boa análise do tema no erudito estudo de Luciano Velasque Rocha, que, após afirmar que nos processos coletivos a legitimidade deve ser raciocinada a partir da noção de acesso à justiça e não da situação legitimante, conclui que a natureza da legitimidade do Ministério Público é a de “parte em razão do cargo” (*Ações coletivas – O problema da legitimidade para agir*. Dissertação de mestrado. PUC-SP, 2003; na versão comercial de sua dissertação, a posição é mantida: *Ações coletivas – O problema da legitimidade para agir*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 151, sendo que a teoria da situação legitimante em razão do cargo está descrita nas p. 110-111). Em interessante trabalho, Acelino Rodrigues Carvalho conclui que, embora se deva romper com as concepções próprias do processo individual, a legitimidade nos processos coletivos se dá por meio da substituição processual, sendo ordinária quando se tratar de direitos coletivos e difusos e extraordinária, em se tratando de direitos individuais homogêneos (op. cit., passim, especialmente nas p. 242 e ss.).

como “extraordinária”.¹⁵⁷ Como observa Arruda Alvim, “se fosse possível dizer que a substituição processual era um caso de legitimidade extraordinária (...) já no processo coletivo, para o fim de atuar coletivamente, passou o instituto a ser a forma normal de atuação”.¹⁵⁸ Entendo que se trata de uma legitimação autônoma,¹⁵⁹ portanto, em qualquer hipótese de tutela coletiva.¹⁶⁰ Mesmo que se trabalhe com uma categoria autônoma, os problemas persistem, na medida em que inexistente exata coincidência entre o legitimado e os titulares do direito e ainda incide a nota da indisponibilidade dos direitos coletivos *tour court*,¹⁶¹

157. A questão foi percebida por Luiz Paulo da Silva Araújo Filho: “a concepção da legitimação em ações essencialmente coletivas como extraordinária suscita a questão básica de saber qual seria então a hipótese de legitimação ordinária, que, as mais das vezes, não é apontada, mas que deve existir, porque é óbvio que não se pode conceber a legitimação extraordinária sem antes definir qual seria a legitimação ordinária para as ações relativas aos interesses difusos e coletivos” (op. cit., p. 93-94). No mesmo sentido, Acelino Rodrigues Carvalho (op. cit., p. 245 e ss.).

158. Notas atuais sobre a figura da substituição processual, *RePro*, n. 106, p. 27. São Paulo: Ed. RT.

159. Confira-se, ainda, a lição de Nery Junior e Nery (op. cit., p. 399). Ainda: GUEDES, Clarissa Diniz. *Legitimidade ativa e representatividade na ação civil pública*. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 95-98. AURELLI, Arlete Inês. Condições para o exercício da ação de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo; COSTA, Eduardo; COSTA, Guilherme (coord.). *Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei 8.429/1992*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 13. Registrem-se as vigorosas críticas veiculadas por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. acerca das concepções de legitimidade ordinária e do direito de conduzir o processo: *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. vol. 4, p. 197-204.

160. Essa ressalva é necessária em razão de ser opinião corrente de que a legitimação seria ordinária em se tratando de direitos difusos ou coletivos e seria extraordinária quando se relacionasse com direitos individuais homogêneos, em razão de estes últimos serem em essência individuais. Cf., ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 498-501.

161. Essa indisponibilidade intrínseca vedaria a ocorrência de transação, por exemplo. Cf. RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 123-124. Com outros enfoques: LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 324. DIDIER JR.; ZANETI JR. Op. cit., p. 122-123. Ampla exame crítico em: NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 142-156. Considerando-se a indisponibilidade do direito material coletivo, o TAC é o reconhecimento prévio do pedido que será formulado caso não haja “acordo”. Não se admite a transação substancial ou material, mas apenas a formal, por não ser pos-

o que desde logo recomenda que se examine a possibilidade de legitimidade negociada na tutela coletiva.¹⁶²

Há uma hipótese clássica no direito pátrio em que se estabelece negócio jurídico coletivo que é denominada “negociação coletiva do trabalho”.¹⁶³ Especialmente no denominado sistema processual coletivo,¹⁶⁴ a legislação conta com as convenções coletivas de consumo¹⁶⁵ e com o compromisso de ajustamento de conduta,¹⁶⁶ ressalvando-se que, no art. 17, § 1.º, da Lei 8.429/1992, veda-se transação, conciliação ou acordo, em processos que versem sobre improbidade administrativa.¹⁶⁷

sível a renúncia ao direito coletivo (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 234-235. Do mesmo autor: *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008).

162. As questões decorrentes da solução consensual de processos coletivos são variadas e complexas, não cabendo maiores aprofundamentos nesta sede, sob pena de descaracterizar a tese, já que aqui o objeto está limitado na possibilidade de se disciplinar consensualmente o ônus da prova. Para uma reflexão sobre as diversas implicações da resolução consensual de questões coletivas, vale conferir o denso estudo de GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Ed. RT, 2011, especialmente a primeira parte.
163. Cf., art. 7.º, VI, XIII, XIV, XXVI; art. 8.º, VI; e art. 114, §§ 1.º e 2.º, todos da Constituição da República. Interessante trabalho sobre conciliação envolvendo direitos trabalhistas e a alegada indisponibilidade de direitos: NASSIF, Elaine. *Conciliação judicial e indisponibilidade de direitos: paradoxos da “justiça menor” no processo civil e trabalhista*. São Paulo: Ed. LTr, 2005.
164. Para uma interessante exposição sobre os acordos nos processos coletivos nos Estados Unidos: ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions – Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 346-410 (com análise crítica da situação brasileira nas p. 602-613).
165. Cf., art. 107 do CDC.
166. Há quem veja na disposição do art. 475-N do CPC a possibilidade de acordos coletivos judiciais firmados por legitimados privados (GAVRONSKI, op. cit., p. 418-432).
167. Tal vedação deve se limitar ao aspecto sancionador da Lei de Improbidade Administrativa, não abrangendo as pretensões constitutivas (que, a rigor, prescindem da referida lei) e reparação ao erário (RODRIGUES, op. cit., p. 163-164). A “ação de improbidade” é eminentemente condenatória, podendo-se deduzir pretensão não pecuniária de natureza punitiva, pretensão pecuniária de natureza não punitiva e pretensão pecuniária de natureza punitiva (cf. AURELLI, Arlete Inês. *Condições para o exercício da ação de improbidade administrativa* cit., p. 12. COSTA, Eduardo José de Fonseca. *Tutela de evidência e tutela de urgência na ação de improbidade administrativa* (ou

A arbitragem envolvendo direitos coletivos¹⁶⁸ é um tema pouco abordado e o tema possui maior aprofundamento nos contratos administrativos,¹⁶⁹ cuja discussão possui como ponto comum a indisponibilidade dos direitos, mas há um desencanto precisamente na questão da legitimidade.¹⁷⁰ Em matéria ambiental, por exemplo, sustenta-se que a transação envolvendo direitos indisponíveis implica renúncia ou cessão, porque se buscará estabelecer o tempo, modo

a indisponibilidade liminar de bens à luz da teoria da “imagem global”). In: LUCON, Paulo; COSTA, Eduardo; COSTA, Guilherme (coord.). *Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei 8.429/1992*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 161.

168. Crítica à arbitragem coletiva em GIDI, op. cit., p. 196-200. Interessante debate entre Ada Pellegrini Grinover e Eduardo Damiano Gonçalves: Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. *RePro*, n. 136, p. 249-267. São Paulo: Ed. RT, jun. 2006. GIANNINI, Leandro J. Transacción y mediación en los procesos colectivos (requisitos, alcances de La cosa juzgada e impugnación de acuerdos homologados en acciones de clase). *RePro*, n. 201. São Paulo: Ed. RT, nov. 2011. ROQUE, André Vasconcelos. *Arbitragem de direitos coletivos: admissibilidade, finalidade e estrutura*. Tese de doutorado. UERJ, 2014.

169. SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. SOUZA, Luciane Moessa. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. SILVA, Eduardo Silva da; DALMAS, Samir Bahls. *Câmara de Arbitragem da AGU e modelo arbitral brasileiro: aproximações e distinções*. *RePro*, n. 217. São Paulo: Ed. RT, mar. 2013. Nessa discussão há relevância fundamental da atual conformação do princípio da legalidade: OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

170. Carlos Alberto de Salles observa que os legitimados extraordinários não se sujeitam à arbitragem coletiva, podendo questionar judicialmente questões envolvendo a moralidade administrativa e o dano erário relacionadas com o contrato objeto de eventual procedimento arbitral (*Arbitragem...* cit., p. 217). Isso demonstra como é complexa essa questão da legitimidade e como as estruturas clássicas são insuficientes para o processo coletivo. No direito individual, a atuação do titular afasta o legitimado extraordinário; já no processo coletivo, essa relação não é necessariamente simétrica. Deve-se assinalar, contudo, que a legitimação extraordinária nessas situações não se liga aos interesses da Administração, mas, sim, da coletividade, de modo que não há que se falar em substituição processual da Fazenda. Se assim não fosse, seria ainda mais complexo explicar as frequentes situações em que o Estado é réu em ações que visam a tutelar precisamente o erário.

Primeiramente, de uma forma de certo modo tradicional, vislumbra-se a possibilidade de ser firmada uma convenção abusiva envolvendo o ônus da prova, como se daria nos contratos de adesão consumeristas, havendo regra expressa que veda a estipulação de inversão convencional do ônus probatório, conforme art. 51, VI, do CDC, que considera abusivas as cláusulas que estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor.

De modo semelhante, em Portugal, o Dec.-lei 446/1985, que instituiu o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais,¹⁷⁷ arrola entre as “cláusulas da prova” e as que “modifiquem os critérios de repartição do ônus da prova ou restrinjam a utilização de meios probatórios legalmente admitidos” (art. 21.º, a e g). Em um caso interessante, o Ministério Público português ajuizou ação em face de determinada seguradora visando a anular, entre outras cláusulas contratuais gerais, aquela que impunha aos familiares do segurado o fornecimento de prova documental sobre as circunstâncias em que se deu o óbito. Decidiu

advogado, manifestou sua inconformidade quanto aos termos da avença celebrada com o Parquet Estadual, requerendo a revogação da mesma, consoante se infere do excerto do voto condutor dos Embargos Infringentes à f. 466. 6. A exegese do art. 3.º da Lei 7.347/1985 (‘A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer’), a conjunção ‘ou’ deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo, com a cumulação dos pedidos, a tutela integral do meio ambiente) e não o de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins). Precedente do STJ: REsp 625.249/PR, 1.ª T., rel. Min. Luiz Fux, DJ 31.08.2006) 7. A reparação de danos, mediante indenização de caráter compensatório, deve se realizar com a entrega de dinheiro, o qual reverterá para o fundo a que alude o art. 13 da Lei 7.345/1985. 8. Destarte, não é permitido em ação civil pública a condenação, a título de indenização, à entrega de bem móvel para uso de órgão da Administração Pública. 9. Sob esse ângulo, sobressai nulo o Termo de Ajustamento de Conduta *in loco*, por força da inclusão de obrigação de dar equipamento de informática à Agência de Florestal de Lajeado. 10. Nesse sentido direciona a notável doutrina: ‘(...) como o compromisso de ajustamento às ‘exigências legais’ substitui a fase de conhecimento da ação civil pública, contemplando o que nela poderia ser deduzido, são três as espécies de obrigações que, pela ordem, e nele podem figurar: (i) de não fazer, que se traduz na cessação imediata de toda e qualquer ação ou atividade, atual ou iminente, capaz de comprometer a qualidade ambiental; (ii) de fazer, que diz com a recuperação do ambiente lesado; e (iii) de dar, que consiste na fixação de indenização correspondente ao valor econômico dos danos ambientais irreparáveis’ (Edis Milaré, *Direito ambiental*, 2004, p. 823). (...)” (REsp 802.060/RS, j. 17.12.2009, rel. Min. Luiz Fux, DJe 22.02.2010).

177. Cf., PRATA, Ana. *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*. Coimbra: Almedina, 2010.

o Tribunal da Relação de Lisboa, nesse ponto, que “provado o óbito da pessoa segurada, de acordo com as regras da distribuição do ônus da prova consignadas no art. 342 do CC, seria a seguradora que competiria demonstrar que aquela não teria feito declarações inexatas ou reticentes quanto à sua saúde ou que ocorreria qualquer causa de exclusão na cobertura dos riscos – factos impeditivos ou excludentes do direito à indemnização – não podendo ela transferir para outrem esse ônus – mesmo numa fase anterior à discussão em juízo. Ora, o art. 21-g) do art. 446/85 estabelece que são em absoluto proibidas as cláusulas contratuais que modifiquem os critérios de repartição do ônus da prova. Como salientam Almeida Costa e Menezes Cordeiro trata-se de cláusulas que ‘nunca podem constar de contratos realizados por adesão’, destinando-se as proibições, de um modo geral, a ‘assegurar a concreta obtenção pelos consumidores finais dos bens ou serviços a que tendem os contratos singulares’”.¹⁷⁸

Constatando-se violação daquela regra consumerista, podem os legitimados preventiva ou repressivamente valer-se de meio consensual para a tutela do direito transindividual. Pode ser estabelecido, por exemplo, termo de ajustamento de conduta para suprimir ou modificar cláusula abusiva sobre o ônus da prova em contratos de consumo, funcionando como instrumento consensual de controle preventivo de contrato de adesão.¹⁷⁹ Note-se que aqui se vislumbra situação de abuso na fixação convencional do ônus da prova, a fim de que uma vez mais se estabeleça que não se confere nenhum enfoque maniqueísta nesta tese, inexistindo qualquer caráter axiológico ou teleológico superior no consenso sobre ônus da prova. O que se busca evitar é precisamente a visão parcial que reserva ao tema o completo esquecimento e uma inexplicável indiferença doutrinária.¹⁸⁰

178. Recurso de Apelação 2188/09.6TJLSB.L1-2, j. 30.06.2011. Disponível em: [www.dgsi.pt]. Outros julgados sobre o tema são colacionados por Ana Prata, na obra antes citada, p. 511-517, inclusive cláusulas contratuais que estipulavam presunção e que foram consideradas válidas.

179. “O ajuste não será propriamente uma declaração estatal de nulidade da cláusula, porquanto essa é uma atividade tipicamente jurisdicional, mas como negócio jurídico declaratório cuidará de acertar a conduta da parte que desejava impor a cláusula abusiva no contrato de adesão, de modo que ela seja retirada daquela relação consumerista” (RODRIGUES, Geisa. Op. cit., p. 161). Diversos exemplos de cláusulas abusivas em que se inverte o ônus da prova são fornecidos por Nery Jr. e foram devidamente mencionados no capítulo anterior.

180. Nos *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor* (São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 631-634), Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem, ao comentarem o art. 51, simplesmente ignoram o inc. VI e saltam do IV para o VII

Viu-se, portanto, que a utilização patológica da fixação convencional do ônus da prova envolvendo direitos transindividuais pode ser combatida, também, por meio de instrumento negocial.

Em outra perspectiva, há que se considerar a possibilidade do uso correto da convenção sobre ônus probatório na tutela coletiva.

A propalada indisponibilidade dos direitos transindividuais não impede a formação de negócio jurídico sobre seu conteúdo, por meio do compromisso de ajustamento de conduta e, com mais razão, não é empecilho para o estabelecimento de disposições convencionais acerca do ônus probatório.

Reitere-se a advertência de que a manipulação de regras que afetam o ônus da prova pode atingir diretamente a própria tutela do direito material, o que recomenda inclusive uma prognose sobre a convenção firmada, a fim de evitar a violação real ou potencial dos direitos transindividuais. Isso não significa, contudo, que se deva evitar ou temer tais convenções, mormente porque, por meio de tais disposições, possibilita-se a plena realização e concretização do direito. Se o mau uso de tais convenções pode significar o sacrifício do direito, a utilização adequada é a garantia de uma tutela efetiva, possibilitando não disposição do direito, mas, sim, sua concretização por intermédio de solução consensual.¹⁸¹

Podem-se vislumbrar, por exemplo, contratos de adesão que, observando estritamente o dispositivo antes citado, prevejam a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, antecipando-se a qualquer casuismo judicial e, inclusive, angariando benefícios corporativos como efeito desse comportamento, revertendo em lucro, ainda que indireto, o atendimento ao sistema de proteção ao consumidor, o que já é feito cotidianamente apenas de forma retórica.¹⁸²

(o inc. V foi vetado e por isso também é ignorado). Em seu fundamental livro sobre os *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais* (5. ed. São Paulo: Ed; RT, 2006. p. 926), Claudia Lima Marques se limita a transcrever o dispositivo.

181. Sobre a concretização dos direitos transindividuais pelo consenso, genericamente, GAVRONSKI, op. cit., p. 164-165 e 400-401.

182. Há diversos problemas envolvendo a responsabilidade do fornecedor e, para facilitar a defesa do consumidor, podem ser úteis as convenções. Veja-se, por exemplo, teoria da objeção extensiva, transferindo ao contratante o que, rigor, é ato de terceiro. Nas relações de consumo, o dolo ou a coação exercido por terceiros presumem-se conhecidos do fornecedor? A exclusão do interesse dependeria de o fornecedor provar que não houve envolvimento (cf. VILLELA, João Baptista. Apontamentos sobre a cláusula "(...) ou devia saber". *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 31.

Pense-se, também, na utilização do compromisso de ajustamento de conduta não mais como instrumento de controle de indevida convenção sobre ônus da prova, mas como meio de implementação adequada do encargo probatório. Exemplos: no decorrer de licenciamento de determinado empreendimento imobiliário, o Ministério Público instaura inquérito civil para investigar possíveis violações à legislação urbanística e ambiental, obtendo, no curso do procedimento, compromisso de ajustamento de conduta, em que, além da adequação às normas pertinentes para a construção do imóvel, inclusive com elaboração de estudo de impacto ambiental e observância de limites urbanísticos, prevê-se a inversão do ônus da prova em caso de danos que eventualmente ocorrerem na empreitada; um laboratório farmacêutico, especializado em produtos nutricionais para dietas especiais, assume, também por meio de compromisso de ajustamento de conduta, o ônus de produção de provas relacionadas à higidez dos produtos, inclusive com divulgação nas respectivas bulas, possibilitando ao futuro autor a produção de prova de fato constitutivo de pretensão insatisfeita a deduzir em juízo; ou seguradoras que, de antemão, comprometem-se a fornecer todos os documentos necessários para a esclare-

p. 174. Rio de Janeiro: Padma, out.-dez. 2007). Sobre a convivência de regras aparentemente antagônicas, mas que, na prática, podem tutelar o direito do consumidor, confira-se este julgado: "Direito processual civil e consumidor. Contrato de adesão. Convenção de arbitragem. Limites e exceções. Arbitragem em contratos de financiamento imobiliário. Cabimento. Limites. 1. Com a promulgação da Lei de Arbitragem, passaram a conviver, em harmonia, três regramentos de diferentes graus de especificidade: (i) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes, com derrogação da jurisdição estatal; (ii) a regra específica, contida no art. 4.º, § 2.º, da Lei 9.307/1996 e aplicável a contratos de adesão genéricos, que restringe a eficácia da cláusula compromissória; e (iii) a regra ainda mais específica, contida no art. 51, VII, do CDC, incidente sobre contratos derivados de relação de consumo, sejam eles de adesão ou não, impondo a nulidade de cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que satisfeitos os requisitos do art. 4.º, § 2.º, da Lei 9.307/1996. 2. O art. 51, VII, do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral. 3. As regras dos arts. 51, VIII, do CDC e 34 da Lei 9.514/1997 não são incompatíveis. Primeiro porque o art. 34 não se refere exclusivamente a financiamentos imobiliários sujeitos ao CDC e segundo porque, havendo relação de consumo, o dispositivo legal não fixa o momento em que deverá ser definida a efetiva utilização da arbitragem. 4. Recurso especial a que se nega provimento" (REsp 1169841/RJ, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.11.2012, DJe 14.11.2012).

cimentos de fatos relacionados às suas atividades, inclusive os que estejam em poder de terceiros por elas credenciados.

Esses singelos exemplos possuem apenas a função de ilustrar tudo o que foi exposto, mas podem ensejar ao menos duas objeções: a primeira consistente na idealização das situações,¹⁸³ apostando em uma benevolência inexistente, descritas, na medida em que a inversão do ônus se daria judicialmente, independentemente da vontade da parte. Contra essas alegações, pode-se argumentar que (a) não se pode considerar como estabelecido o que necessita de concretização fática, de modo que a suposta idealização está mais na cultura da sentença do que na aposta no consenso; (b) não trabalhar com algum plano ideal é ceder a um conformismo paralisante, que impede a abertura para mudanças de mentalidade ou, ainda de modo mais deletério, aceita-se o triunfo do cinismo para evitar a proximidade com o idealismo, imperando a distopia; (c) as situações ora trabalhadas ocorrem com frequência na realidade forense e as discussões envolvendo a aplicação do ônus dinâmico judicial decorrem de causas ambientais e consumeristas, de modo que a antecipação de uma solução consensual deve ser considerada não só possível como recomendável; (d) pactuando-se a fixação do ônus da prova, evita-se o desgaste e a insegurança da imposição judicial casuística; (e) as convenções ora propostas homenageiam também a segurança jurídica, especialmente se houver precedentes no sentido de inversão do ônus da prova; (f) todas as vantagens psicológicas e sociais¹⁸⁴ inerentes ao consenso se fazem presentes nas hipóteses alvitadas; (g) como a incidência normativa não é automática nem existe garantia de que a fixação judicial do ônus da prova atenderá aos anseios das partes, com o consenso antecipa-se a solução da questão; (h) deve-se indagar, como em outras passagens desta tese, o motivo de ser natural a fixação judicial do ônus da prova, mas não a convencional;¹⁸⁵ (i) por fim, deve-se apostar na autonomia das partes para a regulação de matérias relevantes, fazendo com que, dentro das conformações normativas, a tutela dos direitos lhes diga respeito integralmente.

183. Recordem-se, na oportunidade, os mitos mencionados por Barbosa Moreira no conhecido ensaio O futuro da justiça: alguns mitos (*Temas de direito processual* - 8.ª série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1-13).

184. Cf., TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. São Paulo: Método, 2008. p. 101-114. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 59-63.

185. Fala-se em doutrina de um sistema "pluriprocessual de conflitos" (cf. TARTUCE, Fernanda. *Mediação...* cit., p. 86-93).

12. Convenções sobre ônus da prova na arbitragem: breve referência

Tudo o que foi dito nos itens anteriores se aplica com mais razão à arbitragem, na medida em que a capacidade negocial é requisito para essa produção jurisdicional,^{186,187} não sendo ocioso assinalar que as regras sobre ônus probatório se aplicam igualmente à arbitragem,¹⁸⁸ com as devidas adaptações, evidentemente.

Há importante discussão na arbitragem sobre a limitação convencional dos meios de prova e a integridade do devido processo legal,¹⁸⁹ mas algumas mudanças procedimentais vêm mostrando bons resultados, como a modificação do momento da produção da prova e a possibilidade de manifestação escrita de testemunhas.¹⁹⁰

O certo é que as convenções sobre ônus probatório não encontrarão, em princípio, os limites inerentes à indisponibilidade do direito, por força do disposto no art. 1.º da Lei da Arbitragem e no art. 852 do CC.

186. A polêmica sobre a natureza jurisdicional da arbitragem já foi devidamente mencionada, cabendo agora registrar que "o fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial" (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 46). De modo semelhante, MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 232. Rodolfo de Camargo Mancuso ora considera jurisdição, ora equivalente jurisdicional (*A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 265 e 274). Para argumentos contrários: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 11-15.

187. Carlos Alberto de Salles registra importante distinção envolvendo a "reserva de jurisdição", entendida como a necessidade da manifestação jurisdicional para a produção de efeito jurídico válido, cujo exemplo mais evidente está na sentença penal condenatória, embora o processo civil também preveja algumas hipóteses, como a destituição do poder familiar. Essa jurisdição necessária não se vincula à indisponibilidade do direito, por si só, verificando-se determinados casos em que o consenso pode estabelecer a disciplina de situações que envolvem bens considerados indisponíveis, como alimentos, direito de visita e guarda de filhos (*Arbitragem...* cit., p. 92-95).

188. Idem, p. 260. Ainda: FÁRIA, Marcela Kohlbach de. A produção de prova no procedimento arbitral. *Revista de Mediação e Arbitragem*, n. 32, p. 209-211. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2012.

189. Cf. PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 110-117.

190. FÁRIA, Marcela, op. cit., p. 213-214.

Restam, sempre, como já acenado, as limitações decorrentes da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que se irradia sobre as relações privadas, inclusive de modo direto, como no caso do devido processo legal.¹⁹¹

191. Cf., amplamente: SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 86-98.