

OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS PROBATÓRIOS E SUAS LIMITAÇÕES

The probationary procedural contracts and your limitations
Revista de Processo | vol. 314/2021 | p. 117 - 134 | Abr / 2021
DTR\2021\3416

William Soares Pugliese

Pós-doutorando pela UFPRGS. Doutor e Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Unibrasil. Gastforscher no Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Coordenador da Especialização de Direito Processual Civil da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná (OAB/PR). Advogado. william@lpx.adv.br

Thiago Simões Pessoa

Mestre em direitos fundamentais e democracia. Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Pós-graduado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Procurador do Estado do Paraná. thiago-simpes@hotmail.com

Área do Direito: Civil; Processual

Resumo: O presente estudo versa sobre a relação entre a prática de negócios jurídicos probatórios e a limitação imposta pelo poder instrutório do juiz. Para responder a este questionamento, o presente artigo adota a seguinte metodologia: em primeiro lugar, examina-se a natureza jurídica do processo e sua evolução no decorrer dos tempos para depois passar a uma análise dos negócios processuais probatórios e a tensão entre medidas típicas de um modelo de processo cooperativo e poderes decorrentes de modelos inquisitivos.

Palavras-chave: Cooperação processual – Negócios processuais probatórios – Poder instrutório – Provas

Abstract: The present work is among the theme of the relationship between the probationary procedural contracts and the limit imposed by the investigating power of the judge. To answer this question, this article adopts the following methodology. Firstly, it examines the legal nature of the process and its evolution over time and then goes on to analyze probationary procedural contracts and the tension between measures typical of a cooperative process model and powers derived from inquisitive models.

Keywords: Procedural cooperation – Probationary procedural contracts – Investigating power – Evidence

Para citar este artigo: PUGLIESE, William Soares; PESSOA, Thiago Simões. Os negócios processuais probatórios e suas limitações. *Revista de Processo*. vol. 314. ano 46. p. 117-134. São Paulo: Ed. RT, abril 2021. Disponível em: [inserir link consultado](#). Acesso em: DD.MM.AAAA.

Sumário:

1. Introdução - 2. Negócios jurídicos processuais e processo - 3. Direito probatório no processo cooperativo - 4. Negócios processuais probatórios - 5. Conclusão - 6. Referências

1. Introdução

O estudo dos negócios processuais no Brasil passou a ser recorrente a partir do advento no Novo Código de Processo Civil, pelo qual, em seu art. 190, constou previsão legal de admissibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos, fomentando a autonomia privada no âmbito processual.

O processo civil moderno já não é mais o mesmo de outrora. Antigamente, em razão da grande influência da teoria da relação jurídica de Oskar von Bülow, tinha-se como incontroversa a natureza pública da relação processual, o que impediria qualquer ato de negociação das partes no bojo do processo. Durante muito tempo, se viveu diante deste dogma do publicismo processual, o que era reforçado pelo Código de Processo Civil de 1973, sendo quase uma condição necessária para se separar o processo civil do direito material, às vezes, inclusive, se esquecendo da relação de interdependência existente entre ambos os campos do Direito e da tutela do direito material.

Diante deste hiperpublicismo processual, veio também a ampliação dos poderes do juiz, o qual seria a base, a referência e a destinação de todos os atos processuais, figurando as partes como coadjuvantes de um instituto que tinha no magistrado a figura central.

É cediço que a ampliação dos poderes do magistrado advém de uma cultura publicista, trazida para o processo civil a fim de negar a sua natureza contratual ou quase contratual, a qual fora defendida há muito, nos tempos romanos, pelo instituto da *litis contestatio*.

No entanto, no decorrer dos anos, foi se verificando insuficiente tal ampliação de poderes do magistrado diante da diminuição do papel das partes no bojo do jogo processual, uma vez que a estes últimos se destinava o pronunciamento jurisdicional final.

No Brasil, influenciado por inúmeros outros países, a exemplo de França e Alemanha, se impôs no Novo Código de Processo Civil uma cláusula geral de elaboração de negócios processuais atípicos pelas partes, o que, de certo modo, realinha o processo aos interesses das partes, as quais passam a poder dispor do procedimento, bem como acerca de ônus, direitos, poderes, deveres e faculdades processuais.

Agora, eis que surge um novo questionamento: até que ponto o Código teria outorgado às partes o direito de negociar sobre normas processuais, notadamente no campo probatório, onde se convive com uma alta carga de poderes ao magistrado, fruto de um poder instrutório desenvolvido num modelo de processo inquisitivo?

Para responder a este questionamento, o presente artigo adota a seguinte metodologia: em primeiro lugar, examina-se a natureza jurídica do processo e sua evolução no decorrer dos tempos para depois passar a uma análise dos negócios processuais probatórios e a tensão entre medidas típicas de um modelo de processo cooperativo e poderes decorrentes de modelos inquisitivos.

2. Negócios jurídicos processuais e processo

2.1. Natureza jurídica do processo judicial: da *litis contestatio* ao publicismo

É importante partir da observação de que, no direito romano, por causa do instituto da *litis contestatio*, o processo possuía natureza privada (contrato ou quase contrato). Conferia-se esta natureza, em razão do processo ser realizado perante uma pessoa privada (*iudex*) a quem as partes conferiam o poder de julgar sua demanda, havendo prévio acordo entre ambos os sujeitos. O pretor (público) somente atuava em eventual fase de execução (ou numa primeira fase de verificação das condições processuais)¹.

Com a força do Direito Romano, as primeiras teorias da natureza jurídica do processo resgataram essa proposta. Porém, a chamada fase privatística teve fim com a fase imanente. Nesta época, o processo não possuía autonomia ante o direito material, de modo que lhe era atribuída a mesma natureza do principal, qual seja, pública².

A natureza do processo se altera com Oskar von Bülow, em 1868. Em sua obra, *Teoria das exceções processuais e pressupostos processuais*³, o autor desenvolve a natureza jurídica do processo como autônomo, constituindo uma relação jurídica de direito público. Partiu-se da premissa de que o réu, por meio das exceções processuais dilatórias, pode dar fim ao processo, sem atingir a relação jurídica material, demonstrando a existência de uma relação jurídica própria ao processo.

Esta fase fora decorrência de uma influência do conceitualismo próprio da pandectística alemã e do racionalismo francês, preocupados com a criação de conceitos jurídicos processuais autônomos. Assim, o processo fora concebido como relação jurídica própria alheia ao direito material, constituindo-se por pressupostos próprios, de existência e de validade.

A partir da proposta da natureza pública da relação jurídica processual, não mais há a dependência da vontade para se opor a decisão judicial às partes, donde surge a ideia de inevitabilidade da jurisdição, visto que a ninguém é dado escolher entre ser ou não réu, havendo somente a escolha pela busca do Judiciário pelo autor da demanda.

Ademais, o centro do processo que antes era ocupado pelas partes se desloca para a figura do juiz, que passa a ocupar a figura de poder, sendo o processo destinado a uma decisão final que

restabeleça a verdade dos fatos.

Outra decorrência desta mudança de centralidade das partes para o juiz se visualiza no campo das provas e dos poderes instrutórios do magistrado, tendo em vista que este passa a gozar de amplos poderes, podendo inclusive produzir provas de ofício independentemente da vontade das partes, uma vez que o objetivo primordial do feito se remontava à busca da verdade.

Vale frisar que este fenômeno não ocorre somente no Brasil, mas também em toda América Latina, reconhecendo-se o amplo poder de produzir provas ao magistrado em todos os sistemas probatórios da América Latina⁴, como Peru, Uruguai, Colômbia, Bolívia e outros.

Assim, o que se observa é a criação de um processo independente do direito material, porém, que em muito desconsidera a vontade das partes, afastando-se da ideia de consenso para se apresentar como uma ideia de poder, no caso o poder jurisdicional.

2.2. Uma crítica ao hiperpublicismo processual

Posteriormente à afirmação do processo como relação jurídica de direito público, deu-se início a um fortalecimento do Estado-Juiz na condução do processo, retirando das partes importância no jogo processual. O passar do tempo e o desenvolvimento dessa proposta teórica levaram a uma compreensão de extrema publicística processual, sendo as partes ofuscadas na condução do processo, tendo o juiz um papel superior. Neste contexto, vale citar as palavras de Antonio do Passo Cabral⁵:

“Também com o publicismo, o Estado-juiz passou a ser figura não só central, mas onipresente no processo.

Um dos grandes motes do publicismo processual foi a reação áspera que o processo empreendeu, após a autonomia científica, no sentido de afrontar qualquer premissa que, desde o direito romano, remontasse ao caráter privado da relação jurídica processual.

Rejeitou-se veementemente a concepção do processo como “coisa das partes” (*sache der parteien*), segundo a qual caberia aos litigantes predominantemente a condução do processo, ficando o juiz relegado a um segundo plano. Se o processo é público, um instrumento do Estado posto à disposição das partes mas que a elas não pertence, seria natural que os litigantes não pudessem ser os “senhores” dos rumos do procedimento.

Assim, opondo-se ao “processo de partes” individualista, que remetia ao privatismo romano, o movimento de publicização do processo levou a um aumento dos poderes do juiz, tendo sido largamente difundida a ideia de que a direção formal do processo caberia *exclusivamente* ao magistrado, e nem mesmo parcialmente as partes poderiam tolher do julgador este poder.”

Assim, apesar de não se negar a natureza pública do processo, é possível verificar que hoje há uma polaridade entre as teses, na qual o processo deixou de ser analisado a partir da ótica das partes para ser analisado pela ótica do juiz. Com esta situação, há uma inversão de valores, uma vez que o único sujeito imparcial, que em nada aproveita o resultado do provimento jurisdicional, é aquele que tem o controle da marcha processual.

Há uma necessidade de um fortalecimento das partes, o que já vem sendo observado no campo das provas, com o compartilhamento do destino das provas entre o juiz e as partes, mas ainda é necessário se caminhar muito para que esta relação pública passe a conviver com a autonomia privada.

Ressalte-se que atualmente é notável o esforço da doutrina e das mudanças legislativas a fim de estender às partes o foco do processo, seja outorgando a esta a prerrogativa de produzir provas unicamente para buscar seu convencimento acerca de suas alegações presentes ou futuras, seja para lhes conceder a prerrogativa de celebrar negócios processuais dispositivos e obrigacionais, com ou sem a presença do juiz.

2.3. Da contratualização do processo

Antes de tudo, cabe esclarecer que o fenômeno da contratualização do processo é um movimento

que representa a celebração de acordos entre os atores processuais na pendência de um processo judicial, tendo em vista disciplinar o modo como o juiz deverá conduzir uma causa durante a prestação jurisdicional⁶.

Tal sistema é decorrente de uma forte carga de autonomia privada, deixando de lado o publicismo processual extremado, vigente desde a época de Bülow. No entanto, é cediço que se encontra longe de ser impassível de críticas, vez que grande parte da doutrina mundial se opõe ao fenômeno, sob o argumento de que o processo, como importante instrumento da jurisdição, não se submeteria à contratualização.

Nos dias atuais, é possível observar uma crise do sistema judiciário, em virtude do grande número de demandas e da impossibilidade de se proporcionar uma resposta rápida e eficiente a todos os jurisdicionados. Deste modo, a contratualização surge como um fenômeno alternativo à crise, reconhecendo-se o fracasso do sistema atual e concedendo tentativas de melhorá-lo.

Cabe esclarecer que a contratualização do processo não é a única solução, mas sim uma das alternativas que devem ser somadas na busca pela adequação da resolução conflitiva, assim como outros métodos como a mediação, a arbitragem e a coletivização do processo.

Ressalte-se que, durante muitos anos, o processo permaneceu intocável à autonomia das partes, sendo apenas um campo destinado unicamente ao juiz, que, como todo-poderoso no feito, revelaria a verdade e adjudicaria o objeto litigioso àquele que possuía razão.

Com o advento da contratualização, o jogo processual se altera, passando as partes a deter o poder de conceber os melhores caminhos para a continuação da contenda, amoldando-se a disputa às suas peculiaridades.

Loïc Cadet disserta em sua obra acerca do fenômeno da contratualização no direito francês, sendo de bom alvitre transcrever suas lições:

“De um lado, desde um ponto de vista geral, essas convenções relativas ao processo inserem-se em uma tendência muito clara, na França, à contratualização contemporânea das relações sociais, ligado ao declínio do centralismo do Estado e de seu corolário na ordem de produção normativa, o legicentrismo. Esse fenômeno, que eclodiu nos anos 1960, foi objeto de nobres estudos doutrinários, os quais são de grande importância independentemente da variedade de posições que exprimem, favoráveis ou desfavoráveis. Já há 15 anos que a reflexão sobre a contratualização da justiça, do processo ou, de maneira mais geral, dos modos de regramento de litígios participa entre os atores sociais ao lado de uma ordem jurídica imposta pelo Estado, o que identificamos hoje por referência ao conceito de pós modernidade. Isso tem a ver com a ascensão da lógica gerencial dentro do judiciário, sob a influência da ideologia liberal, que nos leva a pensar a justiça de acordo com o modelo competitivo/concorrencial, o qual pode ser chamado de “mercantilização” da Justiça.

De outro lado, partindo de um ponto de vista mais particular, a renovação atual nos conduz a uma nova utilização da técnica contratual como uma das respostas possíveis à crise da justiça, ao congestionamento dos tribunais e à longa duração dos processos.”⁷

Portanto, este fenômeno, desenvolvido na França, tem especial papel no Brasil, onde é notável o acúmulo de trabalho nas varas judiciais e nos tribunais, fruto da grande demanda. Registre-se ainda que o instituto se encontra definitivamente previsto no sistema brasileiro a partir do CPC/2015 (LGL\2015\1656), o qual, pelo seu art. 190, estabelece a possibilidade das partes criarem negócios processuais de forma atípica.

2.4. Os negócios processuais no Brasil

Segundo Antonio do Passo Cabral, negócio processual pode ser visto como todo aquele comportamento humano voluntário, no qual as partes gozam de autonomia quanto à escolha de sua prática e de suas consequências jurídicas processuais, podendo ser unilaterais, bilaterais ou plurilaterais⁸.

Assim, divergem das convenções processuais, as quais são espécie do gênero negócio, abrangendo somente um negócio jurídico processual específico, qual seja, aquele “plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum sujeito,

determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais”⁹.

Frise-se que os negócios processuais podem ser típicos, encontrando previsão expressa em dispositivos específicos do Código de Processo, ou atípicos, encontrando sua fundamentação geral no princípio do autorregramento da vontade das partes e no art. 190 do NCPC (LGL\2015\1656).

O tema da limitação dos negócios processuais atípicos é aquele que mais desperta a atenção dos juristas brasileiros e internacionais, uma vez que depende da maior ou menor ingerência do Estado na liberdade dos jurisdicionados, os quais poderão negociar acerca de mais ou menos objetos.

Apesar da grande controvérsia acerca do tema, neste tópico, será analisada de forma breve a questão da limitação dos negócios processuais no Brasil, tendo como norte o conteúdo do art. 190 do NCPC (LGL\2015\1656), deixando-se maiores divergências para um momento mais oportuno.

Primeiramente, se diz que as limitações da negociação no direito brasileiro vêm expressas no corpo do dispositivo legal, o qual prevê as seguintes exigências: a) o processo deve admitir autocomposição; b) as partes devem ser plenamente capazes; c) o objeto deve ser lícito; d) qualquer das partes não pode se encontrar em situação de manifesta vulnerabilidade.

Ressalte-se que o objeto da negociação poderá versar sobre a) mudanças no procedimento (acordos dispositivos); e b) mudanças sobre os próprios ônus, poderes, faculdades e deveres processuais (acordos obrigacionais).

No mais, cabe frisar que os negócios processuais não passam de espécies do gênero negócios jurídicos, de modo que a eles se aplicam toda a teoria geral do direito referente aos planos de existência, validade e eficácia. Deste modo, deve o negócio ser praticado de forma voluntária, por pessoas capazes, envolvendo um objeto lícito, devendo se revestir da forma necessária, caso seja esta exigida pelo ordenamento.

No entanto, o sistema das invalidades, ao que tudo indica, deveria respeitar o que dispõe o CPC (LGL\2015\1656) para as invalidades processuais e não o Código Civil (LGL\2002\400), no tocante às invalidades materiais¹⁰.

Esclareça-se, por fim, que, em regra, a eficácia dos negócios independem de homologação do juiz, como se infere da redação do art. 200 do CPC (LGL\2015\1656). Assim, caso o negócio seja praticado entre as partes, não cabe ao juiz negar-lhe eficácia, determinando sua aplicação.

Entretanto, vale frisar que, apesar de o magistrado não poder negar eficácia ao negócio, pode controlar a validade deste, podendo, de ofício ou a requerimento da parte, declarar a nulidade presente no acordo, seja em razão de algum vício de consentimento, vício formal, inserção abusiva em contrato de adesão ou mesmo nos casos em que uma das partes se encontrar em situação de manifesta vulnerabilidade perante outra, consoante expressa previsão do parágrafo único do art. 190 do CPC (LGL\2015\1656).

3. Direito probatório no processo cooperativo

3.1. Autonomia privada e um modelo de processo cooperativo

Durante muitos anos, houve uma disputa entre o sistema inquisitivo de processo e o sistema dispositivo de processo. No primeiro sistema, era possível observar um elástico dos poderes do juiz, com o consequente ofuscamento das partes, dado que o objeto do processo seria a revelação da verdade.

De outro lado, no sistema dispositivo de processo, vislumbrava-se um fortalecimento das partes, com ofuscamento do juiz, o qual possuiria diminutos poderes na condução do feito, atuando quase que como um árbitro, fiscalizando as regras e adjudicando a vitória ao vencedor.

No entanto, há muito que a doutrina já afirma inexistir sistema puramente inquisitivo ou dispositivo, uma vez que com a evolução dos tempos houve uma mistura de concepções nos países que adotavam os respectivos sistemas, visto que é possível apenas dizer que haveriam aqueles em que predominava uma concepção inquisitiva e outros em que predominava uma concepção dispositiva¹¹.

Todavia, reconhece-se a insuficiência de ambos os sistemas, notadamente em épocas dominadas

por uma concepção neoconstitucionalista, na qual se observa uma mudança na teoria das fontes, na teoria da interpretação, bem como nos meios de produção legislativa, saindo de um sistema baseado em regras de mera subsunção para um sistema com inúmeras cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

Assim, no processo, não poderia ser diferente. Tornou-se insuficiente a concepção inquisitiva de processo, uma vez que a busca pela democracia trouxe as partes de volta ao jogo processual, devendo todos os sujeitos processuais atuar juntos na busca de um melhor provimento jurisdicional. Inclusive, para Marinoni, Arenhart e Mitidiero, a participação das partes, em contraditório, é até mesmo fator de legitimação da própria jurisdição¹².

No entanto, também não se é mais possível retirar o magistrado da condução ativa do processo¹³, uma vez que em muitos casos se observa um desequilíbrio entre os demandantes, tornando imprescindível a conduta ativa do juiz, o qual detém inclusive a prerrogativa de produzir provas.

Dito isso, já se vislumbra que um novo sistema deveria ser inaugurado, no qual fosse possível a conciliação da autonomia privada das partes, bem como preservasse a importância do juiz na condução do feito.

Este novo sistema, em razão da necessidade de todos os sujeitos trabalharem em conjunto, sem estrelismos ou ostracismos, fora chamado de modelo cooperativo.

Assim, seria um modelo em que a condução do processo deixa de ser determinada pelas partes, mas também não pode ser objeto de condução exclusiva pelo magistrado. Neste sistema, o juiz não pode se encontrar em uma posição assimétrica diante das partes, mas, sim, chamá-las para conduzir o feito em pé de igualdade e de uma forma cooperativa¹⁴.

A adoção de um modelo cooperativo impacta diretamente no campo probatório. Como todos os sujeitos processuais devem atuar em conjunto, também deve ser diferente a participação do juiz no feito a depender do direito material discutido em juízo.

Nesta linha, Flávio Yarshell afirma que:

“pensar que o poder de instrução do juiz deveria ser sempre o mesmo, sem qualquer cogitação acerca da relação de direito material controversa, seria reputar – ainda que tacitamente – que o viés público do processo, determinado pelos seus escopos, seria também determinante de um caráter absolutamente indisponível da relação de direito processual.”¹⁵

Deste modo, caso discutido um direito material indisponível ou mesmo se encontrando em jogo um direito fundamental, deve-se privilegiar um poder instrutório amplo. Entretanto, vale a ressalva que o feito deve caminhar em conjunto com todos os sujeitos processuais. Assim, apesar do poder instrutório ser amplo, deve ser utilizado somente de forma complementar, proporcionando às partes primeiramente se desincumbir de seus ônus da forma que melhor lhe aprouver.

No entanto, em processos em que se discutem relações jurídicas simétricas, como o direito civil e o empresarial, deve-se ter um poder instrutório extremamente reduzido, para não se dizer inexistente, dando primazia à vontade das partes, as quais, em última medida, são as mais interessadas na prestação da tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

3.2. Conceito e destinatários da prova

Inicialmente, é possível afirmar que, sob um viés estático, as provas pertencem ao campo do direito material, pois sob este aspecto estas são consideradas como meios ou fontes, relacionadas à função de certeza dos negócios jurídicos¹⁶. De outro lado, sob um aspecto dinâmico, a prova ganha especial importância no direito processual, em razão de importar numa reprodução ao juízo do fato a provar, o que ocorre no bojo do processo e obriga todos os sujeitos processuais¹⁷.

O conceito de prova pode ser analisado por diversos ângulos, uma vez que a própria aceção da palavra “prova” pode ser vista por diferentes funções, limitando-se a este estudo a 3 (três) aceções: a) atividade de provar; b) a prova como meio; c) a prova como fonte¹⁸.

A prova como atividade demonstra o ato por meio do qual cabe a um sujeito processual demonstrar

a veracidade de suas alegações. Neste ponto, faz-se necessário frisar que não se provam fatos no âmbito do processo, mas sim alegações de fato, uma vez que os primeiros pertencem ao campo do ser e não do dever-ser¹⁹.

Ainda pode se analisar a acepção do termo “prova” como meio e como fonte. Como meio de prova, temos a forma de extração das informações do objeto, assim estes podem se constituir em uma prova testemunhal, prova pericial, confissão, entre outras tantas.

De outro lado, a fonte da prova se constitui no objeto do qual se extraem as informações pelo meio de prova, assim pode ser a testemunha, o objeto periciado, entre outras.

Ditas essas questões preliminares referentes à prova, cabe a análise de questão que mais atenção merece no direito probatório desenvolvido no âmbito de um processo cooperativo.

Inicialmente, sempre se acreditou que a finalidade da prova era promover o convencimento do juiz. Nas palavras de Marinoni e Arenhart, a prova seria “um meio retórico, regulado pela lei, dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo Direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições”²⁰. Portanto, a finalidade da prova seria promover o convencimento do juiz, o que explicaria o porquê de dois juízes distintos, em casos idênticos, poderem chegar a conclusões distintas²¹.

Nada obstante, esta concepção se aplica bem a um modelo inquisitivo de processo, no qual não se valoriza a vontade das partes na condução do feito, o que se encontra em conflito com um modelo cooperativo de processo, adotado pelo Código de 2015.

Assim, no âmbito de um processo cooperativo, além da finalidade de convencimento do juiz acerca das alegações de fato realizadas, também não se pode esquecer de que a prova tem o objetivo de promover o convencimento das partes acerca das situações jurídicas que pensam ter, bem como a demonstrabilidade destas em juízo²².

Neste sentido, Flávio Yarshell afirma que “tanto o juiz quanto as partes realizam atividade de valoração da prova, embora em contextos e com resultados certamente diversos”²³. Assim, se ao juiz cabe se convencer para então prolatar uma decisão, às partes cabem se convencer para avaliar os riscos de uma demanda judicial e inclusive para aceitar eventual decisão, o que vai ao encontro do escopo de promover a pacificação social por meio da jurisdição.

Deste modo, as partes também devem ser vistas como destinatárias das provas, notadamente em um sistema de direito processual que permite às partes ingressar com ação autônoma de produção de provas, sem o requisito da urgência, com fins de promover a autocomposição ou mesmo a viabilidade da demanda, conforme possibilita o art. 381, II e III, do NCPC (LGL\2015\1656).

3.3. Direito fundamental à prova

Nos tópicos precedentes, já se demonstrou que não só o processo, mas também a prova, sofre uma alteração substancial em um modelo de processo cooperativo. Assim, a prova, que antes era vista como instrumento de convencimento do juiz, passa a também trabalhar em favor das partes, as quais se apresentam como suas destinatárias diretas.

No entanto, em um modelo de processo cooperativo, no qual a participação das partes deve ser vista como um dos fatores de legitimação da decisão judicial, deve-se reconhecer igualmente um direito fundamental à prova, fruto do devido processo legal²⁴, constante da CRFB/88.

A prova é o meio pelo qual se pode reconstruir da melhor forma possível os fatos ocorridos, de modo a possibilitar aos sujeitos processuais a busca pela tutela de seu direito material da maneira específica, sendo este o principal fim da jurisdição.

Assim, para alguns, a prova constituiria “um instrumento processual fundamental ao acesso à ordem jurídica justa e à legitimidade da tutela jurisdicional”²⁵. Porém, para outros, como Didier Jr., Paula Braga e Rafael Oliveira, a prova seria um direito fundamental de conteúdo complexo que abarcaria o direito à adequada oportunidade de requerer provas, o direito de produzir a prova, o direito de participar da produção da prova, o direito de se manifestar sobre a prova produzida, e, por fim, o direito a ter a prova examinada pelo julgador²⁶.

Registre-se que, por se tratar de um direito fundamental, somente se aplica na relação dos sujeitos processuais parciais com o Estado-juiz, de modo que não há um direito do juiz de produzir provas, mas somente um direito das partes. Contudo, como o fim da jurisdição é a tutela do direito material, surge para o juiz, a depender da relação jurídica discutida em juízo, o dever de produzir provas para melhor conferir tutela ao direito material.

4. Negócios processuais probatórios

Conforme se infere do art. 190 do CPC (LGL\2015\1656), é lícito às partes dispor sobre regras procedimentais, bem como acerca de seus direitos, ônus, poderes e deveres. Assim, não existe qualquer limitação *a priori* acerca da celebração de negócios processuais probatórios.

Ademais, esclareça-se que o próprio código expressa hipóteses de negócios processuais típicos, como a inversão do ônus da prova (art. 373, § 3º, do CPC (LGL\2015\1656)) e a escolha negociada de perito, prevista no art. 471 do CPC (LGL\2015\1656).

No entanto, existe maior controvérsia a respeito da possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, bem como sua eventual extensão.

Primeiramente, é bom que se diga que o Novo Código é um marco em um sistema cooperativo de processo, de modo que não se pode admitir ideias próprias de um sistema inquisitivo, no qual as provas teriam como finalidade somente promover o convencimento do juiz.

Deste modo, as provas devem proporcionar o convencimento do magistrado relativamente às alegações das partes, mas também buscar promover o seu próprio convencimento, bem como proporcionar-lhes uma análise de viabilidade da demanda judicial.

Ainda assim, é cediço que o processo não se presta à busca da verdade, a qual sequer é possível, em razão da condição humana do julgador²⁷, mas sim à busca pela tutela do direito material, outorgando às partes exatamente aquilo que lhes é devido, dando-se primazia por tutelas específicas a ressarcitórias em pecúnia. Frise-se que essa busca pela tutela do direito material deve ser norteadada pelo princípio da eficiência, evitando diligências desnecessárias, indo ao encontro do princípio constitucional da duração razoável do processo.

Também não se pode esquecer de que, com o advento de um modelo cooperativo de processo, as partes ganham especial atenção, sendo o princípio da autonomia privada elevado a um outro patamar, resgatando o papel de simetria de todos os sujeitos processuais, evitando-se uma relação assimétrica das partes para com o juiz.

Por fim, já se teve oportunidade de se mencionar em item anterior que o poder instrutório não pode mais ser analisado de forma alheia ao direito material, incidindo em intensidade distinta a depender do direito material discutido em juízo.

Portanto, numa relação em que se discute direito indisponível, ou parte dotada de vulnerabilidade, deve o magistrado atuar de forma complementar na produção de provas. Entretanto, nas demandas judiciais em que se discute direito disponível, encontrando-se as partes em paridade de armas, o poder instrutório deve ser o mais próximo de nulo, privilegiando-se a vontade das partes.

É neste cenário que se reconhece a celebração de negócios processuais probatórios, os quais podem ser firmados entre as partes, sem a presença do juiz, acerca do procedimento probatório (ex.: inversão da oitiva de testemunhas) ou sobre seus direitos, ônus, faculdades ou deveres probatórios processuais (ex.: exclusão de determinado meio de prova do processo).

Paulo Osternack Amaral cita alguns exemplos de negócios processuais probatórios que valem transcrição:

“Disso decorre a possibilidade de que o negócio disponha, por exemplo, que: (i) somente será admissível a produção de prova documental; (ii) caberá todos os meios de prova, exceto a prova pericial; (iii) não caberá audiência, de modo que os depoimentos deverá ser documentados extrajudicialmente e então ser trazidos aos autos; (iv) é vedada a prova emprestada, devendo as provas constituídas serem produzidas no caso específico; (v) todas as provas devem ser trazidas aos autos com a petição inicial e a defesa, vedada dilação probatória; (vi) a ausência de impugnação

às alegações fáticas ou documentos trazidos pelas partes não implicará presunção de veracidade ou de autenticidade; (vii) ampliação de prazo para os assistentes técnicos se manifestarem sobre o laudo pericial; (viii) as partes poderão formular apenas um pedido de esclarecimento em relação ao laudo pericial; (ix) vedação à participação de assistentes técnicos no processo.²⁸

Outros autores também trabalham com algumas espécies de provas atípicas criadas por negociação processual, a exemplo de Julio Guilherme Müller, para quem é possível a produção atípica de prova oral, a qual seria inclusive responsável por diminuir os custos na produção da prova, indo ao encontro ao princípio da eficiência²⁹.

Nada obstante, como nenhum direito é ilimitado, devem as partes respeitar limites mínimos impostos por regras de ordem pública ou direitos fundamentais.

Assim, não devem ser admitidos negócios processuais que disponham acerca do poder instrutório do juiz, uma vez que não cabe às partes dispor sobre prerrogativas do juiz, consoante informa Antonio do Passo Cabral³⁰. Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni também sustenta que não são cabíveis negócios jurídicos processuais que restrinjam a formação da convicção do magistrado³¹. Porém, a temática não se confunde com a inaplicabilidade do poder instrutório em demandas em que se discute direitos disponíveis entre sujeitos iguais, onde a celebração de negócios processuais probatórios é ampla.

Deste modo, nestes casos em que o poder instrutório é limitado, se afigura totalmente possível às partes excluírem determinado meio de prova do processo (ex.: prova pericial), a qual não poderá ser objeto de utilização pelo magistrado para formação de seu convencimento, sob pena de tornar a prova produzida sem autorização das partes em prova ilícita.

De outro lado, em demandas em que existe certa vulnerabilidade entre as partes (ex.: direito do consumidor) ou mesmo se discutem direitos indisponíveis (ex.: direito de família), não seria possível a celebração de negócios processuais probatórios que visassem à exclusão de determinado meio de prova da análise do processo, uma vez que o poder instrutório poderia ser utilizado pelo magistrado de forma complementar, ou ao menos, caso celebrados, estes apenas vinculariam as partes e não o juiz.

Ademais, também não seriam admitidos negócios processuais probatórios que violassem direitos fundamentais, como admissão de provas ilícitas, a exemplo de provas produzidas mediante tortura e interceptação telefônica em processos civis, ou mesmo a retirada total do direito de uma parte produzir provas em um processo, o que violaria o próprio direito fundamental à prova.

Igualmente, não seria admissível a celebração de negócios processuais probatórios que ampliassem demais os prazos processuais ou causassem especial atraso na prestação da tutela jurisdicional, por violar o direito fundamental à duração razoável do processo.

Vale frisar que parte da doutrina apenas admite a prática de negócios processuais probatórios nos casos em que se discute direito disponível. Ao menos quando um ajuste probatório puder retratar um ato de vontade das partes, acarretando a restrição da instrução probatória, uma vez que se assemelharia à inversão do ônus da prova, exigindo que se trate de direitos disponíveis³².

Nada obstante, este não é o entendimento do presente texto. Aqui se demonstrou que os negócios processuais probatórios podem ser admitidos em qualquer caso, bastando os requisitos gerais, como a possibilidade de autocomposição. Apenas haverá limitação da celebração de negócios processuais probatórios quando puder acarretar limitação do poder instrutório do juiz, uma vez que este último é medido pela disponibilidade do direito material.

Portanto, não é o negócio processual probatório que será admitido ou não a depender do direito material discutido, mas sim o próprio exercício do poder instrutório pelo juiz que será limitado por um modelo cooperativo de processo nos casos em que se discutem direitos disponíveis entre sujeitos iguais.

Uma última questão que merece análise é a possibilidade de formação de coisa julgada na questão prejudicial nos casos em que existir restrição negocial probatória.

Conforme se infere do art. 503, § 2º, do CPC (LGL\2015\1656), não há que se falar em formação da

coisa julgada da questão prejudicial quando existir restrição probatória no processo. Registre-se que esta restrição pode ser legal (imposta pela lei) ou mesmo negocial (imposta por um negócio jurídico processual).

Assim, como não há distinção ontológica entre as formas de restrição, e nem mesmo o Código optou por realizá-las, não haverá formação da coisa julgada da questão prejudicial, nos casos em que as partes celebrarem negócios jurídicos processuais probatórios que impliquem restrições probatórias, a exemplo da exclusão da prova pericial da análise do litígio.

Insta frisar que tal exclusão da coisa julgada da questão prejudicial é um ônus que as partes deverão assumir no momento em que firmarem convenções processuais probatórias que limitam o procedimento, motivo pelo qual estas somente serão admissíveis quando o poder instrutório do juiz for limitado, em razão da igualdade das partes e disponibilidade do direito material.

5. Conclusão

Nas últimas décadas, por influência do neoconstitucionalismo, bem como do neoprocessualismo (formalismo-valorativo), vislumbrou-se uma mudança de paradigmas no processo civil, sofrendo a disciplina uma permeabilização perante outros valores, notadamente, de origem constitucional, a exemplo da cooperação e da democracia.

Deste modo, a participação das partes no processo se tornou algo imprescindível, não podendo este remanescer somente em mãos do juiz que, de protagonista, devia passar a ser somente mais um ator processual. Com esta participação das partes, em compasso com o magistrado, eis que se inaugurou um novo modelo de processo, chamado de processo cooperativo.

Ademais, recentemente, também fora crescente o movimento referente à eficiência do processo, tanto que este valor fora incorporado como princípio no Novo Código de Processo Civil.

Estabelecidas estas premissas, observa-se que tais normas se irradiam por todos os campos do direito processual, devendo o processo ser relido à luz destes valores, o que também se deve aplicar no campo dos negócios processuais e do poder instrutório do juiz.

Assim, com o advento novo Código, passou-se a prever expressamente a possibilidade das partes negociarem acerca de normas procedimentais, bem como sobre direitos, ônus, poderes e deveres, a fim de melhor adequar o processo ao direito material discutido e às peculiaridades das partes.

No campo probatório, não fora diferente. Com a incorporação dos negócios processuais atípicos ao sistema, fora possibilitado às partes produzirem normas referentes a provas que afetassem o procedimento, bem como alterar, renunciar ou crescer meios e fontes de provas à marcha procedimental.

À primeira vista, o tema seria de grande controvérsia, uma vez que a maioria dos negócios probatórios poderia inferir no poder instrutório do juiz, de modo que seria vedado às partes negociarem sobre poderes que não lhes pertenceriam.

No entanto, apesar de não ser possível efetivamente às partes negociarem acerca do próprio poder instrutório, dado que este pertence ao magistrado, cabe às partes negociarem sobre qualquer matéria em questão probatória, devendo o juiz, por imperativo do princípio da cooperação e da eficiência, respeitar e dar aplicação à vontade dos demais sujeitos processuais.

Nada obstante não ser admitida negociação a respeito da essência do poder instrutório, por ser irrenunciável até mesmo pelo magistrado, este não possui natureza absoluta, devendo ser utilizado em consonância com o princípio da cooperação, da eficiência, da natureza do direito material discutido e do respeito à autonomia privada.

Desta forma, se afigura plenamente possível que as partes negociem relativamente à matéria probatória, inclusive excluindo do alcance da demanda determinado meio ou fonte de prova, cabendo ao juiz, caso exista uma relação de paridade entre as partes, respeitar esta vontade revelada, sendo a este vedado determinar a produção da prova de ofício, sob pena de violação do princípio da cooperação, da eficiência e do respeito à autonomia privada.

Ademais, também é dado às partes criarem meios atípicos de produção de prova pela via negocial, o que do mesmo modo deve ser aceito pelo Estado-Juiz, que valorará a prova da forma que melhor lhe aprouver, não podendo, entretanto, inadmiti-la por considerá-la não prevista em lei.

6. Referências

AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CADIET, Loic. *Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa – Seis lições brasileiras*. São Paulo: Ed. RT, 2017.

CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 23, jan.-mar. 2002.

CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 10, p. 164-192, 1955.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). In: *Coleção Novos Temas: Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 2.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil – Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. El acuerdo sobre la prueba y los objetivos del proceso civil. In: *La prueba en el proceso: II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Barcelona: Atelier, 2018. p. 79-104.

MENEZES, Rafael Filipe Fonseca de. Direito Processual Civil Mexicano. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; SOARES, Carlos Henrique (Coords.). *Direito Processual Civil Latino-Americano*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005. t. 2.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – Do modelo ao princípio*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019.

MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios Processuais e desjudicialização da prova – Análise Econômica e Jurídica*. São Paulo: Ed. RT, 2017.

SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*. Campinas: LZN, 2003. v. 1.

TALAMINI, Eduardo. *Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Disponível em:

[www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos]
 Acesso em: 30.01.2018.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: Rumo a uma nova era. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Novos Temas: Negócios processuais*. 3. ed. Salvador:

JusPodivm, 2017.

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

1 .MARINONI, Luiz Guilherme; MTIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. 1, p. 427-428.

2 .MARINONI, Luiz Guilherme; MTIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. 1, p. 429.

3 .BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1964.

4 .MENEZES, Rafael Filipe Fonseca de. Direito Processual Civil Mexicano. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; SOARES, Carlos Henrique (Coords.). *Direito Processual Civil Latino-Americano*. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 210.

5 .CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 112-114.

6 .MARINONI, Luiz Guilherme; MTIDIERO, Daniel; ARENHART, Sergio Cruz. *Curso de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. 1, p. 531.

7 .CADIET, Loic. *Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa – Seis lições brasileiras*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 78-79.

8 .CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 52.

9 .CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 74.

10 .YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: Rumo a uma nova era In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Novos Temas: Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 91.

11 .DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1, p. 122-123.

12 .MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. 1, p. 447.

13 .MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 99.

14 .DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1, p. 125.

15 .YARSHELL, Flávio. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à*

prova. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 124.

16 .SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*. Campinas: LZN, 2003. v. 1, p. 395.

17 .Ibid., p. 396.

18 .DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 2, p. 48.

19 .DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2018. v. 2, p. 63.

20 .MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 54.

21 .MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 56.

22 .DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 2, p. 61.

23 .YARSHELL, Flávio. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 68-69.

24 .AMARAL, Paulo Osternack. *Provas – Atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 32

25 .CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 18.

26 .DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 2, p. 51.

27 .CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 10, p. 166, 1955.

28 .AMARAL, Paulo Osternack. *Provas – Atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 157.

29 .MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios Processuais e desjudicialização da prova – Análise Econômica e Jurídica*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 364-365.

30 .CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 256.

31 .MARINONI, Luiz Guilherme. El acuerdo sobre la prueba y los objetivos del proceso civil. In: *La prueba en el proceso: II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Barcelona: Atelier, 2018. p. 79-104.

32 .TALAMINI, Eduardo. *Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Disponível em:

[www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+ju]
. Acesso em: 30.01.2018.