

# A Possibilidade de Negócios Jurídicos Processuais Atípicos em Matéria Probatória

Robson Renault Godinho\*

*“Cidadãos em uma democracia não são apenas destinatários, mas também autores de suas normas jurídicas”<sup>1</sup>.*

A história do estudo da autonomia científica do processo civil é também a história da hipertrofia dos poderes dos juízes e da atrofia da autonomia das partes.

Com efeito, ao menos nos países de tradição romano-germânica, a formação doutrinária do processualismo<sup>2</sup> coincidiu – e, em certa medida, foi derivada – com a reação ao “liberalismo” e, conseqüentemente, deu início ao que normalmente é denominado de publicismo do processo<sup>3</sup>.

---

\* Pós-doutorado (UFBA). Doutor e Mestre em Direito Processual (PUC/SP). Promotor de Justiça (RJ).

<sup>1</sup> GÜNTHER, Klaus. Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do direito? Reflexões sobre a conexão interna entre pessoa deliberativa, cidadão e pessoa de direito. Flavia Portella Püschel (trad.). *Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31.

<sup>2</sup> Sobre o aspecto histórico do processualismo, vale transcrever excerto de importante trabalho de Daniel Mitidiero: “É com o Código Buzaid que sentimos, em toda a sua extensão, a força da invasão da cultura jurídica europeia sobre o processo civil brasileiro. [...] O processo civil nasce no final do século XIX, na Alemanha, profundamente influenciado pela pandectística. Isto irremediavelmente marca o direito processual civil com uma característica cientificista, que acaba por determinar sua neutralidade em relação à cultura. O programa alemão para ciência do processo é encampado pela doutrina italiana da primeira metade do século XX, daí aportando para o direito brasileiro. O Código Buzaid marca a consagração do Processualismo no Brasil, relevando na sua disciplina as lições da Escola Histórico-Dogmática italiana, de que tributário. Do ponto de vista estrutural, organiza-se de modo a propor como esquema padrão para tutela dos direitos o trinômio processual cognição-execução forçada-cautela. Ao lado desta estrutura, o Código Buzaid acaba tendo em conta a realidade social e os direitos próprios da cultura oitocentista, por força do neutralismo inerente ao Processualismo e por ter levado em consideração como referencial substancial o Código Bevilacqua, o que redundou na construção de um processo civil individualista, patrimonialista, dominado pelos valores da liberdade e da segurança, pensado a partir da ideia de dano e vocacionado tão somente à prestação de uma tutela jurisdicional repressiva” (O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, nº 183 São Paulo: RT, maio de 2010, p. 185, 190/191).

<sup>3</sup> Desenvolvi o tema mais aprofundadamente em dois trabalhos: *Convenções sobre o ônus da prova* – estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro. São Paulo: Tese de doutorado, PUC-SP, 2013. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Didier Jr.; Nalini; Ramos; Levy (coord.). Salvador: JusPodivm, 2013. Além dos trabalhos constantes dessa obra coletiva antes citada, podem ainda ser apontadas como referências importantes sobre essa temática: *Proceso Civil e Ideología*: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. Veja-se, ainda, uma introdução à visão “garantista” do processo em “Crônica da Primeira Jornada Internacional sobre Processo Civil e Garantia”, subscrita por Adolfo Alvarado Velloso, Eugenia Ariano Deho, Franco Cipriani, Federico G. Dominguez, Luís Correia de Mendonça, Girolamo Monteleone e Juan Montero Aroca, publicada na *Revista de Processo*, nº 145. São Paulo: RT, março de 2007. GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, nº164. São Paulo: RT, outubro de 2008. TARUFFO, Michele. *La Giustizia Civile in Italia dal’ 700 a Oggi*. Bologna: Mulino, 1980. CIPRIANI, Franco. *Ideologie e Modelli del Processo Civile: saggi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001. TARELLO, Giovanni.

Essa reação ao denominado liberalismo processual, entretanto, significou uma exclusão da autonomia das partes, como se, para evitar que o processo continuasse a ser “coisa das partes”<sup>4</sup>, fosse necessária uma reação radical transformando-o em

---

*Storia della Cultura Giuridica Moderna: assolutismo e codificazione del diritto.* Bologna: il Mulino, 2010 (1976). *Dottine del Processo Civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile.* Bologna: Il Mulino, 1989. SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo.* Coimbra: Coimbra, 2003. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais.* Tese. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2011. DIDIER JR, Fredie. NOGUEIRA Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais.* 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

<sup>4</sup> Para uma visão do pensamento do processo como coisa das partes, em 1865, TARUFFO. *La Giustizia Civile in Italia dal' 700 a Oggi.* Bologna: Mulino, 1980, p. 128/129 e 142/149). Colhe-se, na p. 188 da referida obra, este excerto que bem revela o pensamento que levou à “reação” publicista: “*Il mutamento di indirizzo della dottrina che in questi anni si verifica non discende invero dall'assunzione esplicita di un'ideologia politica diversa da quella liberale, e tanto meno dei principi socialisti, bensì da un'evoluzione che si colloca essenzialmente sul piano della cultura giuridica, e solo indirettamente contiene implicazioni ideologiche. Il centro del problema è rappresentato dalla definizione della natura publicista del processo civile, e dalla definizione del concetto del 'diritto di azione'. [...] In ogni caso, la c. d. 'pubblicizzazione' del processo civile inverte e presupposti di fondo che erano alla base del codice del 1865 e della dottrina ottocentesca: il processo non è più esclusivamente un 'affare delle parti' ma un luogo in cui si esprime l'autorità dello Stato; esso non mira solo alla tutela di interessi privati, ma realizza l'interesse pubblico all'amministrazione della giustizia; il perno del processo non è più l'iniziativa delle parti, ma la funzione del giudice. In sintesi, il processo non è più visto come una forma in cui si esplica l'autonomia privata nell'esercizio dei diritti, ma come uno strumento che lo Stato mette a disposizione dei privati in vista dell'attuazione della legge*”. E, na p. 191 da mesma obra, uma fundamental observação, mas pouco referida: “*L'obbiettivo della polemica di Chiovenda non è l'autonomia privata, né tanto meno la natura privatistica del diritto sostanziale, ma la degenerazione che essa produce in un sistema che a tale autonomia rimette integralmente l'andamento del processo, congegnando quest'ultimo in modo da farne non uno strumento di giustizia, ma un'arma vessatoria a disposizione di chi si giova del formalismo, dei tempi lunghissimi e dei costi elevati del processo*”. Vejam-se, por exemplo, estas passagens de Barbosa Moreira: “Vale a pena recordar que, em época não muito distante – à qual vai a nossa dando a impressão de querer assemelhar-se por mais de um prisma –, o processo civil costumava ser visto como ‘coisa das partes’. Tal concepção, que prevaleceu na Europa até a primeira metade do presente século, ligava-se naturalmente à filosofia liberal individualista de que se impregnavam os sistemas políticos então dominantes, e encontrava alento numa peculiaridade do processo civil, como o concebiam e disciplinavam os países europeus: a de ter por exclusivo objeto litígios atinentes a relações jurídicas de direito privado – ao contrário, assinala-se, do que sucede entre nós. Daí a difundida convicção de que ele devia sujeitar-se à ‘soberania das partes’ – reflexo do princípio da autonomia da vontade, entendido em termos praticamente absolutos. À luz de certos aspectos da recente evolução histórica, não será de estranhar que a alguns sorria a ideia de ressuscitar essa moda” (Privatização do processo? *Temas de Direito Processual (sétima série)*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 12). “Enquanto se considerava o processo como ‘coisa das partes’, era natural que se entregasse a estas – ou, talvez mais exatamente, aos respectivos advogados – o comando do ritmo processual e a possibilidade de manejar a seu exclusivo critério outras alavancas importantes, como a colheita do material destinado a ministrar base à solução do litígio. Tal concepção foi denunciada e combatida ao longo de muitas décadas, por juristas inconformados com o amesquinhamento que ela impunha à função jurisdicional. [...] Outros tempos chegaram, e com eles a inevitável reação a tal modo de pensar. Começou a ser posto em realce o elemento publicístico do processo. [...] Dir-se-ia consolidada a mudança, e desnecessário qualquer esforço suplementar a seu favor. Eis senão quando o pensamento antigo ameaça querer ressuscitar. [...] Tentar de novo reduzir o juiz à posição de espectador passivo e inerte do combate entre as partes é anacronismo que não encontra fundamento no propósito de assegurar aos litigantes o gozo de seus legítimos direitos e garantias. Deles não se deve valer-se as partes e seus advogados, para defender os interesses privados em jogo. Ao juiz compete, sem dúvida, respeitá-los e fazê-los respeitar; todavia, não é só isso que lhe compete. Incumbe-lhe dirigir o processo de tal maneira que ele sirva bem àqueles a quem se destina servir. E o processo deve, sim, servir às partes; mas deve também servir à sociedade” (O processo, as partes e a sociedade. *Temas de Direito Processual (oitava série)*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33/36 e 40). “Outra opção, menos áspera, pode basear-se na pecha, que se lança, de exacerbação do elemento publicístico no processo civil. Pois bem: à orientação contrária não cairá mal, nessa perspectiva, a denominação de *privatismo*. Sejamos, porém, mais exatos: já que semelhante orientação nos remete à mentalidade dominante em tempos idos – e infelizmente, ao que tudo indica, reerguida da sepultura em

uma *coisa sem partes*. Entre esses extremos, é o momento de se compreender que há maturidade cultural suficiente para que o processo passe a ser uma *coisa com partes*, ou seja, as conquistas do publicismo não excluem o respeito ao autorregramento da vontade das partes.

O verdadeiro cisma existente entre o cidadão e o processo estatal deve encontrar alguma alternativa para ser superado, o que não será possível por meio da exclusão continuada da autonomia da parte no contexto processual<sup>5</sup>. A autonomia privada – não é exagerado afirmar – vem recebendo no processo civil estatal uma intolerância automática, uma resistência irrefletida ou uma indiferença constante, como se, ao iniciar o processo, as partes renunciassem à liberdade jurídica.

Nessa medida, o déficit democrático que se vê no processo civil não será sequer amenizado se o discurso persistir unicamente no protagonismo jurisdicional, assim como será agravado se houver uma exclusividade privatística dos rumos dos processos. Ou seja: nem uma exclusão das partes que pareça um autoritarismo estatal, nem uma exclusividade da vontade que se confunda com indiferença estatal.

O novo Código de Processo Civil pode ser um relevante marco nessa tentativa de equilíbrio entre o publicismo e o privatismo, promovendo mudanças estruturais na processualística, especialmente ao prever a cláusula geral que autoriza a formação de negócios jurídicos processuais<sup>6</sup> atípicos (art. 190), além de aumentar o rol de

---

que parecia jazer –, numa época em que o processo civil era tido e havido como ‘coisa das partes’, tomamos a liberdade de chamar-lhe *neoprivatismo*, na esperança de que isso não desagrade aos seus ardorosos propagandistas” (O neoprivatismo no processo civil. *Temas de Direito Processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101). Verifica-se, nesses excertos ora transcritos, que a reação ao “privatismo” é bem mais forte do que a preocupação com a participação das partes do processo, que ainda parece figurar como uma ameaça a todas as conquistas, quase universais, acumuladas nessas décadas em que o processo, ao menos formalmente, consolidou-se como instituição de interesse público. Ao querer assegurar os benefícios decorrentes do publicismo, fecham-se os olhos para a incontestável realidade de que o processo se tornou um instrumento em que às partes se reserva o papel de incômodo ainda necessário, ao menos para, em regra, iniciá-lo e custeá-lo. A dificuldade em se trabalhar com o retorno da autonomia das partes, em conjunto com a autoridade judicial, resta patente nos trechos antes transcritos (Para exemplo mais recente dessa espécie de trauma cultural: FENOLL, Jordi Nieva. Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdicional. *Revista de Processo*, nº 220. São Paulo: RT, junho de 2013).

<sup>5</sup> Como afirmam DENTI e TARUFFO: “*il rapporto tra il cittadino e la giustizia deve ancora trovare un modo di essere che superi la separatezza e la condizione alienante che tuttora in larga misura lo caratterizzano [...] Probabilmente, una delle vie per superare questa frattura è quella di recuperare un più ampio spazio alla partecipazione popolare all’amministrazione della giustizia, sai nella fase organizzativa che nella fase propriamente giurisdizionale*” (*La Giustizia Civile: lezioni introduttive*. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 43).

<sup>6</sup> Registre-se que, no presente texto, somente tratarei de negócios jurídicos probatórios bilaterais. Assinale-se, ainda, que o conceito de negócio jurídico processual é complexo e comporta longa abordagem. Para este texto, limito-me a transcrever o conceito formulado por Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, em cujo livro que escreveram em coautoria se encontra sólido desenvolvimento, com várias indicações bibliográficas: “fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais” (*Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 59). Acrescente-se, também que normalmente se observa que no campo processual, há limitações evidentes à autonomia privada, mas isso, por si só, não afeta a existência dessa categoria de fato jurídico. Todas as categorias convivem com limitações mais ou menos amplas, que são fundamentais para conferir seus contornos conceituais, acrescentando-se que a amplitude da autonomia está diretamente relacionada com o grau de determinação da norma. O balizamento da autonomia privada molda o conceito de negócio jurídico processual, mas não o

negócios típicos e também prever o saneamento consensual (no campo probatório, por exemplo, foi prevista uma disciplina mais adequada das convenções sobre ônus da prova e também se previu a indicação consensual de perito arts. 373, §§ 3º e 4º, e 471, CPC, respectivamente; o art. 357, § 2º, prevê o saneamento consensual).

Evidentemente, a mudança legislativa não é suficiente para uma transformação cultural, mas não há dúvidas de que se trata de um pressuposto básico – e com importante carga simbólica – a existência de disposições legais que leve a sério a possibilidade de as partes regredirem consensualmente o processo que protagonizam. A partir do momento em que o CPC conta com uma cláusula geral negocial, os acordos probatórios inserem-se na atipicidade decorrente da norma, não se restringindo, portanto, àqueles expressamente previstos pelo legislador.

Entre as diversas possibilidades de negócios processuais atípicos, o direito probatório apresenta ampla variedade e ao mesmo tempo imensa complexidade. Por envolverem a disposição sobre normas tradicionalmente consideradas cogentes, as convenções probatórias em geral recebem forte resistência doutrinária em sua admissibilidade<sup>7</sup>.

Chiovenda, por exemplo, 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<sup>8</sup>. Esse entendimento é reproduzido por muitos autores que não concordam com a admissão de pactos probatórios, mas sem ressaltar que Chiovenda atribuía a possibilidade a uma autorização legal, que acabou ocorrendo posteriormente na Itália. Hernando Devis Echandía, 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

---

desnatura e sim o configura. Na realidade, a limitação maior ou menor do negócio jurídico é própria do direito privado também, cujos estudos modernos sobre o contrato empenham-se em demonstrar a incidência de balizamentos de variada ordem acerca dos negócios jurídicos.

<sup>7</sup> Cf. RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 183/184. PEZZANI, Titina Maria. *Il Regime Convenzionale delle Prove*. Milano: Giuffrè, 2009, especialmente capítulos I e III (no terceiro capítulo, a autora dedica o item 5 ao exame desse argumento da cogência ou inderrogabilidade das normas sobre provas).

<sup>8</sup> *Principios de Derecho Procesal Civil*. Jose Casais y Santaló. Tomo II. Madrid: Instituto Editorial Reus, s/d, p. 293. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 390; registre-se a conhecida ideia de Chiovenda, no sentido de que “na dúvida, as normas processuais devem se reputar cogentes” – ob. cit. Vol. 1, 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 de Derecho Procesal Civil*. Vol. II. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo (trad.). Buenos Aires: UTEHA, 1944, 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*. Vol. I. D. Enrique Aguillera de Paz (trad.). Madrid: Hijos de Reus, 1906, p. 220/226. Confram-se, ainda, as divergências teóricas entre ROSENBERG (*La Carga de la Prueba*. Ernesto Krotoschin (trad.). 2. ed. Montevideu/Buenos Aires, B de F, 2002, p. 109/112, 198 e 396) e MICHELLI (*La Carga de la Prueba*. Santiago Sentís Melendo (trad.). Bogotá: Temis, 2004, p. 216/221). Para uma notícia sobre a discussão no campo do processo penal: DEL COCO, Rosita. *Disponibilità della Prova Penale e Accordi tra le Parti*. Milano: Giuffrè, 2004.

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<sup>9</sup>. O fundamento básico contra os acordos em matéria probatória, portanto, centra-se na impossibilidade de se regular atividade alheia, interferindo nos critérios de julgamento.

A resistência aos acordos processuais em sentido amplo possui inegavelmente uma dimensão ideológica, na medida em que há que se depurar a atividade probatória para que o ato de julgar não receba outras interferências e seja proferido de maneira solipsista. Na realidade, os contratos ou acordos probatórios não servem para entorpecer a ação do julgador, nem para premiar a chicana e mentira processual<sup>10</sup>. Os contratos probatórios são acordos ou convenções processuais pelos quais as partes regulam o modo de produção da prova, podendo incidir sobre o ônus ou sobre os meios de prova<sup>11</sup>. 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.

É inegável que a celebração de negócios probatórios pelas partes afetará, em maior ou menor medida, a atividade do juiz, mas isso não é exclusividade ou algum tipo de efeito idiossincrático desse tipo de acordo. Na realidade, todo e qualquer negócio jurídico processual repercute inexoravelmente na atividade do juiz. Trata-se de uma consequência inerente e automática. Pense-se, por exemplo, na tradicional e conhecidíssima cláusula de eleição de foro. Não se discute sua viabilidade abstrata e, em essência, as partes estão não só escolhendo onde serão julgadas, como também excluem a possibilidade de julgamento em foro diverso. Igualmente nos acordos sobre aspectos procedimentais, como os relacionados a prazos, ordem de realização de atos processuais, entre outros, a atividade do juiz é afetada. A desistência e a renúncia também podem configurar negócios processuais e naturalmente atingem a atividade jurisdicional. No campo probatório, a já mencionada indicação consensual de perito – agora um negócio processual típico – é um exemplo claro de negócio que repercute na atividade judicial.

Os exemplos poderiam se multiplicar, mas a ideia que deve ser fixada é a inevitabilidade de um negócio processual afetar a atividade do juiz, o que, por si só, não atinge sua admissibilidade. Na medida em que a eficácia de um ato processual em sentido amplo se dará no contexto de um processo, a atividade jurisdicional será atingida. Isso vale para qualquer negócio processual e, por isso, não caracteriza uma nota distintiva dos acordos probatórios e, muito menos, constitui argumento válido para inadmiti-los aprioristicamente.

<sup>9</sup> *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. 5. ed. Bogotá: Temis, 2002, p. 489/496.

<sup>10</sup> RANGEL, ob. cit., p. 181.

<sup>11</sup> RANGEL, ob. cit., p. 183.

Esse enfoque restritivo aos negócios probatórios pela doutrina se explica pela análise ideológica-cultural da destinação e da finalidade da prova, vista por muitos como exclusiva da atividade jurisdicional<sup>12</sup>.

Entretanto, assim como o processo não é *coisa* das partes, também o processo e, especialmente, a prova tampouco são *coisas* do juiz.

Até a decisão final, o processo é composto por afirmações de fatos tendencialmente incertas, na medida em que cada postulante apresenta uma versão parcial (limitada e interessada) dos fatos. Evidentemente a conduta de uma das partes pode contribuir para dar razão à outra parte e, com isso, ensejar o conhecimento pleno e verdadeiro dos fatos, mas as afirmações sobre os fatos se mostram vinculadas à estratégia argumentativa, fazendo com que, por meio do contraditório, haja constantes “negações de verdade” entre as partes. O processo visa, portanto, a obter elementos para diminuir, até eliminar, esse estado de incerteza cognitiva. Provas e o procedimento em contraditório possibilitam, assim, a elaboração justificada de uma solução definitiva, com o afastamento daquela ignorância cognitiva até então presente. A admissão dessas provas, contudo, não é absoluta e conta com limitações normativas relacionadas a questões procedimentais, a vedações de meios de prova, impossibilidades materiais, ônus, presunções, relevância lógica e jurídica<sup>13</sup>.

A atividade probatória é, portanto, essencialmente limitada<sup>14</sup>, de modo que o estabelecimento de limitações consensuais é apenas mais uma possibilidade autorizada pelo ordenamento. O rechaço aos acordos probatórios enseja na realidade uma recusa a admitir o autorregramento da vontade no processo e revela a exacerbação do protagonismo judicial.

Ainda sobre a equivocada ideia de o juiz ser o destinatário da prova e integrar o elemento funcional do conceito de prova, Leonardo Greco corretamente identifica que a convicção do julgador como função ou finalidade da prova corresponde a uma concepção subjetivista de uma realidade objetiva – os fatos – e contribui para tornar o julgador “um soberano absoluto e incontrolável, por mais que a lei lhe imponha

<sup>12</sup> Lembre-se, inicialmente, do conceito formulado por Chiovenda, que historicamente vem recebendo as mais variadas adaptações, normalmente mais prolixas, sem qualquer ganho conceitual: “Provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo” (*Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 91). “Prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 13). “Probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que prozcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos. Prueba judicial (en particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos” (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. 5. ed. Bogotá: Temis, 2002, p. 25). “Prueba judicial es aquella que se desarrolla en el proceso con la garantía de los derechos procesales y que forma convicción en el juez debido a que le há permitido verificar los hechos a que se refiere” (MORALES, Rodrigo Rivera. *La Prueba: Un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 32).

<sup>13</sup> Cf. TARUFFO, Michele. Elementos para um análisis del juicio de hecho. *Sobre las Fronteras: escritos sobre la justicia civil*. Beatriz Quintero (trad.). Bogotá: Temis, 2006, p. 213/252.

<sup>14</sup> Para o estudo sobre as limitações probatórias, remeta-se ao excelente trabalho de GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão Racional e Limitações Probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2013.

exclusões probatórias, critérios predeterminados de avaliação ou a exigência de motivação. Há sempre uma enorme margem ineliminável de arbítrio, especialmente na avaliação das provas casuais ou inartificiais, como a prova testemunhal<sup>15</sup>.

Na realidade, já existem limitações probatórias decorrentes de ato de vontade com que se convivem na prática com desconcertante naturalidade: aquelas limitações decorrentes da vontade do juiz por se considerar o destinatário da prova. São comuns na prática forense frases que constroem as partes e que limitam a produção probatória, como “já estou convencido” ou “vou dispensar a prova ‘x’ porque já estou satisfeito”. Esse tipo de situação é uma limitação probatória por ato de vontade autoritária e descabida. Já a possibilidade de acordos probatórios é a concretização de um processo efetivamente participativo e democrático, em que são respeitadas a liberdade e a autonomia das partes.

Outro ponto que se costuma apontar como óbice à possibilidade de negócios probatórios está relacionado com o difícil tema da finalidade da prova e a busca da verdade<sup>16</sup>, mas essa questão também pode ser submetida ao que foi mencionado sobre a existência de limitações à atividade probatória que naturalmente afetam a cognição<sup>17</sup>.

A limitação negocial é apenas mais uma possibilidade que pode ser adotada livremente pelas partes se presentes os pressupostos previstos no art. 190, *caput* e parágrafo único, do novo CPC. O fato de se admitir uma “verdade negociada”<sup>18</sup> deve ser entendido nesse contexto de limitação consensual à atividade probatória, não devendo causar maiores arrepios na medida em que se pode dispor sobre o próprio objeto do processo, limitando totalmente a cognição do juiz.

<sup>15</sup> O conceito de prova. *Estudos de Direito Processual*. Coleção José do Patrocínio. Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 440/441.

<sup>16</sup> Cf., entre tantos, BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y Verdad en el Derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. SUCAR, Germán. *Concepciones del Derecho y de la Verdad Jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2008. TARUFFO, Michele. *La Semplice Verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009. Sobre esse importante estudo de Taruffo (também publicado em espanhol e português pela editora Marcial Pons), célebre tratadista da matéria, com diversos outros trabalhos publicados, foram escritos dois artigos que merecem consulta: CHIARLONI, Sergio. La verità presa sul serio. *Revista de Processo* n° 184. São Paulo: RT, junho de 2010. CAVALLONE, Bruno. In defesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo). *Rivista de Diritto Processuale, volume LXV (II serie)*. Padova: CEDAM, 2010, em que se analisa cada capítulo que compõe aquele livro. Resposta em TARUFFO: Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone. *Rivista di Diritto Processuale, LXV, n° 5*. Padova, CEDAM, 2010. Sobre o tema, mas sem referências a esses trabalhos, PINTAÚDE, Gabriel. Acerca da veriphobia processual. *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Daniel Mitidiero e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (org.). São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>17</sup> Cf. OAKLEY, Hugo Botto. O pressuposto do processo denominado imparcialidade: requisito apenas jurídico ou também psicológico? *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Fredie Didier Jr., Glauco Gumerato Ramos, José Renato Nalini e Wilson Levy (org.). Salvador: JusPodivm, 2013, em que desenvolve o tema a partir de pesquisas efetuadas por Amos Tversky e Daniel Kahneman, cujos trabalhos básicos foram publicados no Brasil no livro *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*. Cássio de Arantes Leite (trad.). São Paulo: Objetiva, 2012 (o livro é de autoria de apenas de Kahneman, mas aborda as pesquisas realizadas com Tversky e dois dos clássicos trabalhos de ambos estão nos Apêndices A e B do volume).

<sup>18</sup> Trata-se de expressão que dá título a um texto de TARUFFO, em que se discutem os poderes instrutórios do juiz em caso de revelia (há recente tradução para o português desse texto, publicado no livro com outros trabalhos de Taruffo: *A Prova*. João Gabriel Couto (trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2014, 251/272). Aqui a expressão está utilizada em sentido mais amplo, como decorrência de uma limitação negociada da atividade probatória.

A formação de negócios processuais probatórios necessariamente afetará os poderes instrutórios do juiz e esse ponto seguramente será fonte de intensas controvérsias, simetricamente ao que ocorre precisamente sobre a própria extensão de tais poderes<sup>19</sup>. Para quem entende que os poderes instrutórios do juiz apenas devem assumir um papel subsidiário e complementar às atividades das partes, necessariamente seu balizamento em virtude de negócios probatórios será natural e automático. Entender de modo diverso significará concluir que o consenso pode ser superado, o que reduzirá significativamente seu âmbito de incidência, deixando-o a critério de um ato de vontade estatal.

Adiro, pois, a recente posicionamento doutrinário, que bem sintetiza a ideia: “A parte pode expressamente dispor do seu direito de produzir determinada prova, seja unilateralmente, seja mediante acordo firmado com a parte adversária (pode ser que as partes resolvam firmar um acordo de, por exemplo, não realização de perícia; elas podem imaginar que não vale a pena aguardar pela produção dessa modalidade de prova para que o litígio alcance um desfecho). Pode ser, ainda, que uma das partes, sozinha, resolva expressamente abrir mão da perícia, ou de qualquer outro meio de prova. Não há *inércia*, mas *vontade manifestada*: não se quer a produção de determinado meio de prova”<sup>20</sup>. Exemplificando: “a) se as partes acordarem no sentido de não ser produzida prova pericial, o juiz não pode determinar a produção desse meio de prova; b) se a parte renunciar a certo testemunho, o juiz não pode determinar a sua produção; c) se houver convenção sobre o ônus da prova, o juiz não pode decidir contra o que foi convencionado. O poder instrutório do juiz tem essa limitação, enfim”<sup>21</sup>.

Além desses exemplos mencionados no parágrafo anterior, podemos pensar nas seguintes possibilidades de acordos probatórios<sup>22</sup> atípicos: excluir ou incluir meios de provas, permitir ou proibir determinadas provas atípicas, modificar aspectos procedimentais referentes a provas (como prazos e sequência de depoimentos), ampliar ou limitar a admissibilidade de meios de provas, ampliar ou limitar a inadmissibilidade de meios de provas, único meio, permuta de documentos, excluir presunções, hierarquizar provas. Pode-se cogitar, por exemplo, que as partes resolvam excluir algum meio de prova, como a prova testemunhal. É possível também pensar na eleição apenas de um meio de prova, excluindo-se, reflexamente, os demais, como um processo em que apenas se utilizaria prova

<sup>19</sup> Os poderes instrutórios do juiz exigem longa abordagem que não cabem nas limitações inerentes a este texto. Sobre o tema, escrevi de modo um pouco mais aprofundado em trabalho específico, em que são mencionadas outras tantas referências bibliográficas: Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe no “Leito de Procusto”. *Revista de Processo* nº 235. São Paulo: RT, setembro de 2014.

<sup>20</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 90/91. Veja-se, ainda: YARSHELL, Flávio Luiz. O projeto de novo Código Comercial e a proposta de permuta de documentos entre as partes: “discovery” brasileira? *Processo Societário*. Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setogutti J. Pereira (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2012.

<sup>21</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria, ob. cit., p. 91.

<sup>22</sup> Cf., sobre a discussão na doutrina italiana, PEZZANI, Titina Maria, ob. cit., especialmente capítulo IV.



documental. O testemunho por escrito é igualmente mais uma possibilidade, ou ainda o “autodepoimento”, ou o depoimento pessoal na presença da parte contrária etc. Já a exclusão convencional da ilicitude de uma prova ou a admissibilidade de um meio de prova que não seja racionalmente verificável, como uma carta psicografada<sup>23</sup>, parece extrapolar o âmbito de validade do negócio probatório.

Registro, porém, que a brevidade deste texto e a complexidade do tema não permitem maiores desenvolvimentos sobre os limites dos acordos probatórios. Com efeito, o propósito deste texto é apenas tratar da possibilidade de negócios probatórios. Seus limites e também a análise mais pormenorizada de alguns negócios, além do exame do controle de validade, possibilidade de revogação ou modificação, participação do juiz e do membro do Ministério Público, entre outros, ficarão para desenvolvimento futuro em outros estudos.

Por ora, mais do que a preocupação com os limites dos negócios probatórios atípicos, afigura-se mais oportuna a manifestação sobre suas possibilidades, tendo em conta que serão imensas as iniciativas para seu amesquinhamento.

A autonomia das partes constitui um tema central na nova codificação processual civil e, sem qualquer pretensão leviana de tentar simplificar uma discussão tão densa e difícil, as convenções sobre o direito probatório encerram todo o simbolismo ideológico-cultural antes mencionado e, por isso, servirão de termômetro para a verificação efetiva do impacto do novo CPC.

---

<sup>23</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. *Revista de Processo* nº 234. São Paulo: RT, agosto de 2014.