

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL

Lucas Lunardi Koakoski

CONVENÇÕES PROCESSUAIS E ÔNUS DA PROVA

Porto Alegre
2017

Lucas Lunardi Koakoski

CONVENÇÕES PROCESSUAIS E ÔNUS DA PROVA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Processo Civil pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Paulo Mendes.

Porto Alegre
2017

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo o exame do instituto das convenções processuais à luz do Código de Processo Civil reformado, de 1973, e do vigente, de 2015, bem como das possíveis críticas ao modelo e, precipuamente, sua interferência na dogmática da prova. O objetivo é o delineamento de convenção processual à voga do Código de Processo Civil de 1973 e sua transmutação pós CPC de 2015, colocando-se, inclusive, sobre o seu alcance do ponto de vista pragmático e pelo viés probatório. Como método de abordagem utiliza-se o dialético e como marco teórico as Leis nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e nº 13.105, de 16 de março de 2015. São apresentadas noções gerais sobre convenção / negócio processual. Também, é exposta a situação do instituto dentro dos Códigos de 1973 e de 2015, nesse último realizando-se o exame dos Artigos 190 e 191, pelo fato da nova lei trazer tipificação definida e especificidades sobre o tema. Há, ainda, explanação direcionada à ilustração de críticas à convenção / negócio jurídico processual no tocante ao seu alcance, aos seus limites, à relevância da vontade dos sujeitos processuais. Por fim, trabalha-se a interferência no consuetudinário modelo de ônus da prova.

Palavras-chave: Convenção Processual. Negócio Processual. Artigo 190 do CPC. Artigo 191 do CPC. Autonomia privada. Limites. Prova.

ABSTRACT

The present work has as scope the examination of the institute of conventions / juridical procedures in light of the reformed Code of Civil Procedure of 1973 and of the effective one of 2015, as well as the possible criticisms of the model and, mainly, its interference in dogmatic of the test. The objective is to design a convention / procedural business according to the Code of Civil Procedure of 1973 and its post-CPC transmutation of 2015, including its scope from the pragmatic point of view and the evidentiary bias. As a method of approach the dialectic is used and as theoretical framework Laws nº 5.869, of January 11, 1973, and nº 13.105, of March 16, 2015. General notions about convention / procedural business are presented. Also, it is exposed the situation of the institute within the Codes of 1973 and 2015, in the latter being the examination of Articles 190 and 191, due to the fact that the new law has defined typification and specificities on the subject. There is also an explanation directed to the illustration of criticisms of the convention / legal process in relation to its scope, its limits, and the relevance of the will of the procedural subjects. Finally, we work with the interference in the customary model of burden of proof.

Key-Words: Convention. Business Process. Article 190 of the CPC. Article 191 of the CPC. Will of the Parties. Limits. Proof.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 5 |
| 2 DEFINIÇÃO DE CONVENÇÃO PROCESSUAL | 6 |
| 3 CONVENÇÃO PROCESSUAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E NO DE 2015 | 9 |
| 4 LIMITES E CRÍTICAS ÀS CONVENÇÕES PROCESSUAIS | 16 |
| 5 PROVA..... | 24 |
| 5.1 Definição de Prova | 24 |
| 5.2 Ônus da Prova | 31 |
| 6 CONVENÇÃO PROCESSUAL EM MATÉRIA DE ÔNUS DA PROVA..... | 38 |
| 7 CONCLUSÃO..... | 44 |
| REFERÊNCIAS..... | 46 |

1 INTRODUÇÃO

A busca por soluções alternativas na resolução de conflitos é algo que vem se acentuando ao longo da história, não apenas para a resolução imediata pela via extrajudicial, mas também para tornar o procedimento judicial mais tênue, tanto para as partes, quanto para o Estado. É uma tendência deveras necessária diante da cultura da judicialização que vinha vigorosa até então.

Um dos símbolos dessa mudança de paradigmas, empregado em qualquer estágio da relação entre partes, é a possibilidade de convenção processual, ou seja, da inserção no processo civil de uma maior relevância conferida ao interesse particular. O instituto é, no mínimo, a anúnciação de um mecanismo para incitação das partes ao diálogo, não só a respeito da relação material deduzida em juízo, mas também sobre as próprias regras procedimentais.

A opção pela abordagem do tema que se apresenta - convenção / negócio jurídico -, portanto, deve-se ao fato de que é ele envolto pelas tendências contemporâneas, pelas quais clama o sistema jurídico pátrio. Além do mais, questionar, abordar o seu alcance é bastante pertinente. Há limites para o poder de convencionar?

Dúvidas existem principalmente quando a convenção processual ocorrer dentro do procedimento e influírem no tema da prova.

Precipualemente, o objetivo é responder ao questionamento acerca da existência de limites para as partes desbordarem suas vontades particulares no processo e submeterem essa vontade à apreciação do Estado-juiz, pois há correntes, como se verá no decorrer do presente estudo, que perfilham a ideia de que o interesse público que verte do procedimento justifica censura à vontade dos litigantes, uma censura completa.

O ensaio não deixa de conter também objetivos mais específicos, dentre os quais a definição de convenção processual e um paralelo entre o que se tinha sobre o tema no Código de Processo Civil de 1973, e o que se tem agora, no Código de Processo Civil de 2015.

Ademais, abordagem também será feita colocando-se lado a lado os temas convenção processual e ônus da prova, para que do paralelo remanesça um pensar voltado à possibilidade / impossibilidade das partes interferirem no procedimento de modo a dar-lhe outros contornos em termos de cognição.

2 DEFINIÇÃO DE CONVENÇÃO PROCESSUAL

Após a apresentação de um breve proêmio quanto às pretensões de abordagem do tema convenções processuais, de bom alvitre que se inicie o discurso gravitando no entorno da definição de convenção processual.

Parecem refletir muito bem os contornos de convenção processual as lições da doutrina brasileira de Antonio do Passo Cabral, para o qual:

Convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem a necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento.¹

Segundo o autor, “para definição de convenção, por mais que se busque na doutrina uma identidade para o instituto, faz-se imprescindível digerir a legislação brasileira. O novo Código de Processo Civil teria trazido consigo novas perspectivas sobre, em seu Artigo 190, pelo qual: ‘[...] é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.’². Tal texto seria vertente para iniciar-se a dissecação do mote”³.

Proposta de definição de convenção processual também exsurge da obra dos brilhantes Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme e Marinoni Sérgio Cruz Arenhart:

¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPODIVM, 2016. Pág. 68.

² BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.

³ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPODIVM, 2016. Pág. 68.

1. Acordos processuais. Além de ser possível ao juiz, em diálogo com as partes, adequar o procedimento mediante as regras abertas constantes no novo Código a fim de que o processo civil seja capaz de promover uma tutela efetiva e tempestiva (art. 139, CPC), é possível também que as partes – dentro do espaço de liberdade constitucionalmente reconhecido – estipulem mudanças no procedimento. Esses acordos processuais, que representam uma tendência de gestão procedimental oriunda principalmente do direito francês, podem ser realizados em processos que admitam autocomposição. Podem ser acordos pré-processuais, convencionados antes da propositura da ação, ou processuais, convencionados ao longo do processo. Os acordos processuais convencionados durante o processo podem ser celebrados em juízo ou em qualquer outro lugar (escritório de advocacia de uma das partes, por exemplo). O acordo processual praticado fora da sede do juízo deve ser dado ao conhecimento do juiz imediatamente, inclusive para efeitos de controle de validade (art. 190, parágrafo único, CPC).⁴

Negócio processual também pode ser definido como “[...] um *negócio bilateral*, em que as partes chegam a um consenso entorno dos limites do seu dissenso – uma *litiscontestatio* contemporânea. Ou seja; as partes concordam que controvertem sobre tais ou quais pontos.”⁵

Na especialíssima obra de Robson Renault Godinho são destacadas várias óticas para conceituação do instituto processual. Diz-se que é “[...] “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”.⁶

Ainda em análise das premissas ascendidas pelo anunciado jurista, temos:

No negócio jurídico, “a vontade é manifestada para compor o suporte fático de certa categoria jurídica, à sua escolha, visando à obtenção de efeitos jurídicos que tanto podem ser predeterminados pelo sistema, como deixados, livremente, a cada um”, cabendo ressaltar, especialmente diante das características das normas processuais, que “não há efeito jurídico *ex voluntate*. Todos são *ex lege* no sentido de que sempre decorrem de imputações feitas aos fatos, inclusive atos, pelas normas jurídicas. Assim, no negócio jurídico a vontade não cria efeitos, porque estes estão definidos pelo ordenamento; apenas, dentro de uma amplitude variável, as normas jurídicas concedem às pessoas certo poder de escolha da categoria jurídica”. Todo fenômeno jurídico essencialmente é delimitado pela norma jurídica e “sem definição normativa, não há de falar-se em fato jurídico”, cabendo acrescentar, entretanto, que as normas jurídicas e os fatos jurídicos, isoladamente, não possuem eficácia jurídica.⁷

⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 244.

⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: JusPODIVM, 2015. Pág. 694.

⁶ GODINHO, Robson Renault. Negócios Processuais Sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 199.

⁷ *Idem*. Pág. 199.

Eloquentes adornos para o instituto também são egressos da doutrina de Lucas Buril de Macedo e de Ravi de Medeiros Peixoto:

[...] a convenção é uma estipulação que visa garantir vantagem a um dos sujeitos. A razão de sua estipulação é variável e não pode ser limitada à regulação adequada da situação material. Basta, ao negócio, a vontade de redistribuir o ônus da prova e o respeito aos limites impostos pelo ordenamento jurídico, independentemente das razões que ensejaram a celebração da convenção, que pode, por exemplo, ser estipulado mediante pagamento de quantia – é dizer, o sujeito trocará eventual situação processual por vantagem econômica.⁸

Ao que tudo indica, a convenção processual é uma alternativa ao modelo publicista de processo por não ser ele mais tão eficaz, ou então, ao duelo de forças com o Estado, em oposição à sua supremacia no conhecimento dos direitos e deveres, e na autoridade de impor-lhes. Trata-se de um meio de solver conflitos de forma a dar mais importância à participação das partes no exercício jurisdicional, afinal, serão as destinatárias do mesmo.

Certamente, o instituto encaixa e tem condições de manter harmonia com um sistema que já muito bem se adapta às transformações constantes no convívio social, dando-lhe, porém, dinamismo, o que se espera diante do contingenciamento do Judiciário e a ânsia cada vez maior dos partícipes de uma relação de direito material em turbulência.

As convenções processuais possibilitam chegar à aquietação prematuramente, através de trocas, ainda que, não necessariamente na mesma moeda.

⁸ MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio Processual Acerca da Distribuição do Ônus da Prova. Revista de Processo. Volume 241 / 2015. Pág. 463 – 487. Março / 2015. DTR \ 2015 \ 2135. São Paulo: Revista dos Tribunais Online, 2015.

3 CONVENÇÃO PROCESSUAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E NO DE 2015

Em que pese a maturidade dos seus quase 40 (quarenta) anos na regulação da atividade procedimental o Código de Processo Civil de 1973⁹ foi substituído pela novel Lei n.º 13.105/2015¹⁰, a qual encontra-se em vigência desde março do ano de 2016.

Como o objeto do presente cinge-se a demonstrar as diversas nuances das convenções, dos negócios jurídicos processuais, mormente em termos de limites e desses dentro do campo da prova, uma vez tendo-se fornecido uma definição acerca do tema é conveniente que se traga um paralelo, um enfrentamento entre a abordagem do mesmo à luz do Código já ultrapassado e como o é por aquele que hoje se encontra em uso.

Mas isso não sem antes comentar, ainda que em breves linhas, sobre as perspectivas pelas quais se viu o processo nos últimos tempos.

Os objetivos do processo, em percurso para a efetividade, sempre foram uma preocupação constante e, como bem aponta Cândido Rangel Dinamarco, numa de suas obras: “[...] até tempos bem recentes, acreditava-se que o sistema processual tivesse uma finalidade puramente jurídica, sendo ele, em resumo, um instrumento a serviço do direito material.”¹¹.

De bom alvitre assinalar que muitas teorias surgiram em torno dessa problemática – finalidades do processo, por assim dizer – no passar dos anos, algumas defendendo modelos mais conservadores e técnicos, outras, concepções mais abertas em relação ao sistema processual, mas, certamente, marcaria senão todas, mas a maioria delas, ou favorecimento, ou o desestímulo à autocomposição, no último caso por representar, talvez, uma ameaça ao dogma de um processo meramente jurídico como responsável da manutenção da ordem.

Por pertinente, trabalhando esses escopos da atividade judicante, necessárias algumas linhas sobre às principais estirpes.

⁹ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.

¹⁰ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Volume 1. 6ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2009. Pág. 129.

Primeiramente, sobre o escopo jurídico: “O escopo jurídico do processo civil não é a *composição da lide*, ou seja, a criação ou complementação da regra a prevalecer no caso concreto – mas a atuação da vontade concreta do direito.”¹².

De outra banda, num ponto de vista social, “O escopo de *pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça* é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade.”¹³

Tal é o ponto de apoio e fator legitimante dos *meios alternativos* de solução de conflitos. Partes que transigem ou conciliador que encaminha litigantes a uma solução não têm solenes compromissos com a lei nem lhes toca dar-lhe efetividade ou promover-lhe a atuação (escopo jurídico *da jurisdição*). Mas a *pacificação* é o indisfarçável resultado dessas iniciativas, quando frutíferas – e tal é o ponto comum entre a jurisdição e os meios alternativos.¹⁴

Por fim, sobre os escopos políticos: “Importa ainda, através do processo, concorrer para a estabilidade das instituições políticas e para a participação dos cidadãos na vida e nos distintos do Estado.”¹⁵.

Não há dúvidas de que, dependendo da ótica pela qual se visualizar o procedimento, voltado para fins públicos ou para privados, irá obter-se o exato grau de liberdade das partes na customização do procedimento, liberdade essa que vem ganhando relevância, diga-se de passagem, certamente porque, à voga do escopo social e do político, tenha se visto a mesma efetividade ou objeto que remanesce de quando se pensar o sistema só pelo viés jurídico.

Por pertinentes, é bom aproveitar para contribuir em relação ao mote também as lições de Robson Renault Godinho:

A autonomia das partes não possui mais o sentido privatístico clássico, mas, sim, submete-se a uma perspectiva constitucional e de uma teoria dos direitos fundamentais que autoriza e ao mesmo tempo impõe limites às manifestações de vontade. Por essa razão, deve-se superar, no debate ideológico do processo, a *summa divisio* entre o privatismo e publicismo, buscando-se um processo efetivamente democrático, em que convivam os poderes do juiz e a autonomia das partes, rechaçando-se uma cultura processual paternalista, em que aniquila a autonomia das partes para lhes oferecer a salvação por meio de um poder revelado e revelador.¹⁶

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Volume 1. 6ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2009. Pág. 139.

¹³ *Idem*. Pg. 132.

¹⁴ *Idem*. Pg. 132.

¹⁵ *Idem*. Pg. 133.

¹⁶ GODINHO, Robson Renault. Negócios Processuais Sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 268.

Pois bem, uma vez reunido um breve aparato sobre as visões de processo que se impuseram até a época vigente, deve ter se concluído as origens das convenções processuais, o voto de confiança dado a elas, que foram ganhando força quando se passou a pensar os fins do procedimento de uma forma diferente, fora do panorama que se tinha como “normal”, de intolerância ao autorregramento.

Discorrendo acerca da entrada em vigor do novo Instrumento Processual o professor Lênio Streck aduz sobre essa mudança de paradigmas introduzida pela recente Legislação, mesmo sendo cauteloso e dizendo que não resolverá os sérios e graves problemas afetos ao sistema:

A reforma proposta atuará nos mecanismos de resolução dos conflitos, mas não nas causas que levaram ao atual cenário jurídico do Brasil. Apesar do esforço do Poder Judiciário, cujos membros são capazes de apreciar quantidades de lides por ano que desafiam a racionalidade, o estoque de processos ativos atingiu a grandeza de mais de noventa milhões em 2013. Ao lado desta realidade a sensação constante de insegurança jurídica, ante a falta de previsibilidade e de calculabilidade do direito, resultando destes tempos de desarmonia e descomprometimento na interpretação dos textos e de não rara atecnia na aplicação das normas.¹⁷

Já no que se refere diretamente com a temática que aqui se procura trazer à baila, conforme já visto no item que se debateu a respeito das definições doutrinárias e legais das convenções processuais, “o Código de Processo de 2015 permitiu que as partes pudessem firmá-la de maneira mais abrangente e autônoma, antes ou no curso do processo, a respeito dos seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, bem como estipular mudanças para o ajustar às peculiaridades da causa”¹⁸.

Ressalte-se, por oportuno, que a referida cláusula não aparenta ser a abertura para um processo judicial integralmente convencionado pelas partes. O espaço concedido a elas (partes), para a negociação no processo, como em todo instituto, até nos mais libertos, apresenta limites, mas isso não implica em perda de força do mesmo, ou lhe dá irrelevância. Até porque, como bem assinala Humberto

¹⁷ STRECK, Lênio. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. Salvador: JusPODIVM, 2016. Pág. 68.

Ávila, “Quando – e isso não é um caso necessário – o interesse público contrapor-se ao privado, não tem o primeiro, *ipso facto* a primazia.”¹⁹.

Com efeito, já iniciando as distinções e semelhanças observadas entre as duas Codificações (1973²⁰ e 2015²¹), “não havia no antigo Código uma cláusula geral ou disciplina completa a respeito das convenções processuais, mas apenas previsões de situações pontuais específicas”²², como afirma José Carlos Barbosa Moreira em festejado artigo publicado, originariamente, na Revista de Processo, em 1984.

No texto do distinto professor - Barbosa Moreira -, a respeito do antigo Código de Processo de 1973²³, no que diz com as hipóteses sobre as quais as partes poderiam livremente convencionar, assevera que:

Podem ser citadas como hipóteses pontuais em que as partes podem modificar as regras procedimentais ou compor quanto às condutas por mútuo entendimento, as situações previstas no ônus da prova (ressalvadas as exceções do parágrafo único do artigo 333 do CPC), adiamento de audiência (artigo 453, I, do CPC), fixação de prazos dilatatórios (artigo 181 do CPC), a cláusula de eleição de foro, entre outras.²⁴

Por sua vez, o artigo 190²⁵ do Código de Processo de 2015²⁶ admitiu, expressamente, em situações que envolvam condutas próprias das partes (seus ônus, poderes, faculdades e deveres) a possibilidade de acordo processual. O texto exclui a possibilidade de convenção sobre a conduta do juiz e de terceiros,

¹⁹ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular”. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 11 de setembro de 2016. Pág. 25.

²⁰ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.

²¹ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.

²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das Partes Sobre Matéria Processual. *In* Doutrinas Essenciais Processo Civil. Organizada por Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier. Volume III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

²³ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.

²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das Partes Sobre Matéria Processual. *In* Doutrinas Essenciais Processo Civil. Organizada por Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier. Volume III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Pág.512.

²⁵ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

²⁶ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.

entretanto, o próprio *caput* do artigo permite convenção para ajustar o procedimento às especificidades da causa.

“Ao longo do novo texto legal, é possível a percepção de outras possibilidades que circundam a convenção processual. O Código (de 2015)²⁷, por exemplo, faculta às partes a escolha de um perito por consenso nas causas que demandem conhecimento técnico específico, o qual substituirá para todos os efeitos o expert nomeado pelo juiz (artigo 478²⁸). Ou seja, a convenção pode abranger também poderes-deveres que originariamente são afetos ao magistrado, como nesta última hipótese. De igual forma dispensa a intimação das partes quando acordado um calendário para a prática dos atos processuais, que abrange, inclusive, atos praticados pelos serventuários”²⁹.

Portanto, não que o Código de Processo Civil de 1973³⁰ não contivesse previsões de convenções processuais, as tinha, mas típicas, esparsas e muito mais tímidas. A título exemplificativo, pode-se citar convenção relacionada a: eleição de foro (Artigo 111³¹), suspensão dos atos do procedimento (Artigo 265, II³²), ônus da prova (Artigo 333, parágrafo único³³), distribuição do ônus da prova (Artigo 453, I³⁴).

O instituto da convenção processual já se anunciava, faltava apenas algo mais específico quanto ao poder geral para convencionar.

²⁷ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.

²⁸ Art. 478. Quando o exame tiver por objeto a autenticidade ou a falsidade de documento ou for de natureza médico-legal, o perito será escolhido, de preferência, entre os técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados, a cujos diretores o juiz autorizará a remessa dos autos, bem como do material sujeito a exame.

²⁹ MULLER, Júlio Guilherme. Convenções Processuais. Revista de Direito, Santa Cruz do Sul, n. 5, outubro 2014. Pág. 62 - 90.

³⁰ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.

³¹ Art. 111. A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.

³² Art. 265. Suspende-se o processo:

[...]

II - pela convenção das partes;

³³ Art. 333. O ônus da prova incumbe:

[...]

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

³⁴ Art. 453. A audiência poderá ser adiada:

I - por convenção das partes, caso em que só será admissível uma vez;

Tornando novamente às inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil³⁵ em termos de convenções processuais, que trouxe esse suporte mais específico (sem dispensar situações isoladas), pertinente trazer à baila, novamente, as irretorquíveis proposições de Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, primeiramente, quanto ao Artigo 190³⁶:

2. Objeto. O art. 190, CPC, permite acordos processuais tendo por objeto ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. É claro que em um processo cuja validade é submetida à cláusula do direito ao processo justo (art. 5.º, LIV, CF) os acordos processuais não podem incidir sobre os poderes do juiz, notadamente aqueles vocacionados à verificação de veracidade das alegações de fato, sob pena de indevida restrição da possibilidade de obtenção de uma decisão justa para a causa. Daí que os acordos processuais não podem ter por objeto os poderes do juiz. No que tange aos poderes e faculdades das partes – leia-se, direitos das partes – é preciso examinar o acordo na perspectiva do regime da renúncia aos direitos fundamentais. Acordos que importem violação do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Acordos irrevogáveis são nulos. Acordos que envolvem a integralidade do direito são nulos. E fundamentalmente: acordos que importem renúncias sem benefício correlato proporcional são nulos.³⁷

Em outra toada, conclusiva exposição, da mesma doutrina, também é erigida sobre calendário processual, desenho de negócio que traça o Artigo 191³⁸ do Código de Processo Civil de 2015³⁹:

³⁵ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.

³⁶ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

³⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 244.

³⁸ Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso

³⁹ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.

1. Calendário processual. Como técnica processual voltada para gestão eficiente do tempo no processo (arts. 4.º e 8.º, CPC), o novo Código prevê a possibilidade de calendarização do procedimento. Vale dizer: o juiz e as partes, em regime de diálogo, podem acertar datas para realização dos atos processuais. É imprescindível que exista acordo entre o juiz e as partes para que o calendário possa ser estabelecido (o art. 191, CPC, fala em “comum acordo”). A vantagem em termos de condução do processo e de economia do tempo apresentada pela realização do calendário processual está na dispensa de intimação processuais agendados previamente (art. 191, § 2.º, CPC). Podem ser calendarizados todos os atos do procedimento, inclusive a data para a prolação da sentença.⁴⁰

O transpasse de um Código para outro representou, no tocante às convenções processuais, portanto, um significativo avanço, pois além de dar ao instituto maior expressão, maior visibilidade, desenhou cláusula geral de negociação processual que, por corolário lógico, acaba por viabilizar inclusive convenções atípicas.

Assim, não que tenha se privilegiado a jurisdição por um ou por outro viés, mas, acredita-se, tenha se dado uma dimensão às convenções processuais de modo a conferir-lhes a mesma importância dentro do ordenamento jurídico que os institutos afeitos a uma visão mais conservadora, puramente jurídica, onde o gargalo do direito é atingido apenas sob o rigor de um sistema técnico.

⁴⁰ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 245.

4 LIMITES E CRÍTICAS ÀS CONVENÇÕES PROCESSUAIS

Traçadas linhas sobre definição de convenção processual, dito sobre a sua forma no Código de Processo Civil de 1973⁴¹ e no de 2015⁴², chega-se ao campo da extensão do instituto. E de relacionado serão postas considerações que de forma alguma diminuem a importância que o tema alcançou. Pelo tom da doutrina, o que parece é que o debate quanto à questão está em fase de amadurecimento. A processual ferramenta posta à disposição das partes como meio para a melhor solução do conflito está perquirindo sua identidade.

Em seara de convenção processual bem destaca o autor Leonardo Carneiro da Cunha, citado na obra de Antonio do Passo Cabral e de Pedro Henrique Nogueira, assim:

A vontade das partes seria, então, irrelevante na determinação dos efeitos que os atos processuais produzem. Os efeitos dos atos processuais não seriam, em outras palavras, moldáveis. A única disponibilidade que as partes teriam seria a opção de praticar ou não o ato previsto numa sequência predeterminada pelo legislador. Qualquer que fosse a opção da parte, os efeitos dos atos processuais já estariam tabelados.

Ademais, há ainda forte estigma de separar o direito processual do direito material, bem como o de que haveria um protagonismo do juiz na condução do processo. O processo compreenderia um concurso de atuações de sujeitos diferenciados: uns pedem; outros, munidos de poderes de autoridade, decidem. Isso denotaria que as partes encontrar-se-iam em posição de inferioridade, não havendo posição de igualdade entre o juiz e as partes. Esse pensamento formou o *dogma da irrelevância da vontade* no processo, pois não seria possível vincular o juiz à vontade de quem se encontrassem posição de inferioridade. Logo, seria irrelevante a vontade das partes no processo. O *dogma da irrelevância da vontade* no processo decorre, ainda, do estigma de se separar o direito processual do direito material.⁴³

Nesta primeira tentativa de esboço dos limites das convenções, dos negócios processuais, se vê uma posição bem rígida e porque não dizer restrita do instituto. O ritmo do processo parece ser ditado inteiramente pelo Estado-Juiz.

⁴¹ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.

⁴² BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.

⁴³ CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Processuais. Salvador: JusPODIVM, 2016. Pág. 49 – 50.

Já Teresa Arruda Alvim Wambier demonstra preocupação com a possibilidade das partes elegerem como objeto do negócio processual algo que seja ilícito, por isso, recomenda limites desta forma:

[...] por força do art. 190 do NCP, portanto, não sendo possível a pactuação de negócio jurídico processual que tenha por objeto deveres processuais imperativamente impostos às partes, sob pena de ser-lhe ilícito o objeto. Não vigora, *ipso facto*, o 'vale tudo' processual. O negócio jurídico processual não tem, e nem deve ter, esta extensão. [...] Não se pode, é nossa convicção, dispor em negócio jurídico processual que uma decisão poderá ser não fundamentada, ou que não vigora o dever de cumprir as decisões judiciais. Admiti-lo seria algo comparável à admissão do objeto ilícito na celebração do negócio jurídico processual.⁴⁴

Também elucidando sobre possíveis agentes limitadores do poder de convencionar, Robson Renault Godinho confronta o autorregramento e o exercício da atividade do juiz à voga de três fatores:

(a) à disponibilidade do próprio direito material posto em juízo; (b) ao respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa; e (c) à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito.⁴⁵

Acrescenta o referido autor, no campo dos limites às convenções, ainda, que “[...] os titulares de direitos disponíveis podem dispor no processo do próprio direito material e de todas as faculdades processuais cujo não exercício possa resultar, direta ou indiretamente, em prejuízo ao direito material [...]”⁴⁶. E mais, pondera invocando também “[...] o denominado ‘núcleo irreduzível da ‘autonomia pessoal’”, em que os direitos fundamentais não podem aspirar a uma força conformadora de relações privadas, sob pena de se confiscar referida autonomia.”⁴⁷.

Seguindo pela mesma literatura, é possível inferir-se, igualmente, que “[...] a limitação maior ou menor do negócio jurídico é própria do direito privado também,

⁴⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por Artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 356 – 357.

⁴⁵ GODINHO, Robson Renault. Negócios Processuais Sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 95.

⁴⁶ *Idem*. Pág. 97.

⁴⁷ *Idem*. Pág. 97.

cujos estudos modernos sobre o contrato empenham-se em demonstrar a incidência de balizamentos de variada ordem acerca dos negócios jurídicos.”⁴⁸.

Se a autonomia da vontade não possui o mesmo caráter que possuía na doutrina oitocentista, não seria na seara processual que sua limitação se faria presente ilimitadamente. A autonomia das pessoas é limitada cotidianamente pela legislação, como, por exemplo, no exercício do poder familiar, na proteção de crianças e adolescentes, nas interferências estatais em prol da integridade física e da saúde, no regramento para reunião e liberdade de expressão, entre outros.

Por essa razão, ao tratar dos negócios processuais, Paula Sarno Braga inclui em seu conceito “os limites variados” que balizam o autorregramento da vontade, e podem decorrer de normas cogentes, quando somente resta a escolha da categoria eficaz, ou podem encontrar-se no âmbito da dispositividade, quando há maior liberdade de atuação.⁴⁹

Em outro norte, é possível estabelecer o alcance das convenções processuais também trabalhando um paralelo com o plano tridimensional dos atos jurídicos, dessa forma:

[...] sobre o plano da validade, o negócio processual pode padecer de vício congênito e as soluções decorrentes desse problema variam de acordo com o direito positivo. Em se tratando de negócios jurídicos processuais, em princípio aplica-se-lhes o sistema de invalidades próprio do processo civil, cujo escopo é o de evitar a decretação de nulidades. Entretanto, não é impossível que se aplique aos negócios processuais o sistema de invalidades próprio do direito material, o que resta claro na regulação da ação anulatória, em que se evidencia relevância da manifestação da vontade das partes.⁵⁰

São bem-vindas tais colocações, tais ponderações, mas não podem elas desencorajar visões que, apesar de ousarem-se em certos pontos, atuem no exato ponto onde deveriam atuar, no trabalho de desenvolvimento de meios alternativos de resolução de conflitos. Atalhos desconhecidos, se enfrentados com zelo e cautela, podem levar ao mesmo lugar que o caminho principal.

O Código de Processo Civil de 2015⁵¹, com bem diz o eminente autor Klaus Cohen Koplin, “traria novos estigmas em termos de colaboração entre as partes e o juiz, a nível de diálogo”⁵², como se vê da ulterior passagem.

⁴⁸ GODINHO, Robson Renault. Negócios Processuais Sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 102.

⁴⁹ *Idem*. Pág. 102.

⁵⁰ *Idem*. Pág. 102.

⁵¹ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.

O direito fundamental ao contraditório, entendido na acepção forte ora defendida, reclama sejam repensadas as relações entre o juiz e as partes em termos de um autêntico diálogo, não mais como um duelo ou um monólogo. Percebe-se, na atualidade, que as partes e o juiz, apesar de desempenharem papéis concretamente diferentes, buscam um objetivo último comum, que é a realização da justiça no caso concreto. Integram-se, como já se disse, em uma verdadeira “comunidade de trabalho” (Arbeitsgemeinschaft). O próprio conceito de processo passa a ser repensado em termos de colaboração ou cooperação entre os sujeitos processuais.⁵³

Essa acepção de processo parece deixar para trás o modelo antes citado, de exacerbação do poder do magistrado, onde quase não é permitida, ou não é permitida, a intervenção das partes para desbordarem no processo um modelo que, de comum acordo, fora concebido.

Desta feita, parece mais adequado pensar:

Se a jurisdição fosse concebida essencialmente para concretização de interesses públicos, ao legislador não teria razão para vedar o exercício da atividade jurisdicional sem provocação do jurisdicionado. O juiz estaria autorizado à atuação de ofício sempre que vislumbrasse a existência de interesse público a ser tutelado.⁵⁴

Dando voto de confiança a meios alternativos para a solução de conflitos e entoando a amplitude de limites para tanto Humberto Teodoro Júnior, com olhos para um maior poder de intervenção das partes, diz se convencer:

[...] de que, de vez em quando, o processualista deve deixar de lado a lupa com que perscruta os refolhos de seus pergaminhos e lançar à sua volta um olhar desanuviado. O que se passa cá fora, na vida da comunidade, importa incomparavelmente mais do que aquilo que lhe pode proporcionar a visão de especialista. E, afinal de contas, todo o labor realizado no gabinete, por profundo que seja, pouco valerá se nenhuma repercussão externa vier a ter [...]. O processo existe para a sociedade, e não a sociedade para o processo.⁵⁵

E continua o mestre:

⁵² KOPLIN, Klaus Cohen. O Novo CPC e os Direitos Fundamentais Processuais. Uma Visão Geral, com Destaque para o Direito ao Contraditório. Disponível em: <https://www.academia.edu/11854909/O_novo_CPC_e_os_direitos_fundamentais_processuais?auto=download>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ ALMEIDA, Diogo Assunção Rezende de. Das Convenções Processuais no Processo Civil. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese de Doutorado, 2014. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=7292>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.

⁵⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais. Revista da Academia de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.

É por isso que estou certo, acima de tudo, da extrema necessidade de empenhar-se a Nação na reforma dos serviços judiciários e no aperfeiçoamento de seus operadores em todos os níveis, quer para solucionar contenciosamente os conflitos, quer para estimular a busca de soluções consensuais alternativas. Sem aprimorar os homens que irão manejar os instrumentos jurídicos, toda reforma da lei processual será impotente para superar os verdadeiros problemas da insatisfação social com o deficiente acesso à Justiça que, entre nós, o Poder Judiciário hoje proporciona.⁵⁶

Ainda, sobre o tema, reforça Humberto Ávila: “Quando – e isso não é um caso necessário – o interesse público contrapor-se ao privado, não tem o primeiro, *ipso facto* a primazia.”⁵⁷.

Em análise crítica das posições metodológicas sobre a finalidade do sistema processual, Dinamarco demonstra contrariedade às que apoiam “o dogma da *natureza técnica do processo* como instrumento do direito material, sem conotações éticas ou deontológicas, pois assim dificultavam a valorização dos meios alternativos de solução dos conflitos”⁵⁸, e vai além:

Constituem conquistas das últimas décadas a perspectiva sócio-política da ordem processual e a valorização dos meios alternativos. A descoberta dos *escopos sociais e políticos do processo* valeu também como alavanca propulsora da visão crítica de suas estruturas e do seu efetivo modo de operar, além de levar as especulações dos processualistas a horizontes que antes estavam excluídos de sua preocupação.⁵⁹

Se a propensão à autocomposição existe no campo do direito material não há porque manter a altivez do Estado na condução do procedimento, o que só tenderia a aglomerar consequências negativas em face do sujeito tendente à resolução alternativa.

Mais uma vez colocando em destaque irretorquíveis ensinamentos colhidos na doutrina, imperioso registrar sobre o escopo social:

⁵⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais. Revista da Academia de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.

⁵⁷ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular”. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 11 de setembro de 2016. Pág. 25.

⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Volume 1. 6ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2009. Pág. 130.

⁵⁹ *Idem*. Pág. 130.

A consciência do escopo social de pacificação mediante a eliminação de conflitos e insatisfações é um dos fatores que levam o Estado-de-direito a proibir o exercício espontâneo de jurisdição. A tutela jurisdicional que o juiz se disporia a dar sem a iniciativa de parte poderia ser desprovida de utilidade, na medida de sua incidência sobre situações que não estivessem sendo motivo de angústias e tristezas ao possível titular de direitos. Ou poderia até fomentar conflitos que, apesar de algum direito violado ou obrigação descumprida, ainda estivessem latentes e, portanto não constituiriam um inconveniente social. A mais clara manifestação da existência de insatisfações socialmente inconvenientes é o comparecimento a juízo para propor uma demanda com o pedido de remoção do incômodo que elas significam para o sujeito [...].⁶⁰

Com muito respeito às correntes em outro sentido, as últimas citadas, que dão uma ampliação aos poderes das partes para convencionarem, mas sem furtarem-se ao bom senso, parecem melhor atender as tendências contemporâneas de solução de conflitos, o que deve representar um fôlego extra para o contingenciamento de litígios que vem se impondo há tempos.

Apenas para adiantar um cotejo entre a função jurisdicional, as convenções processuais, e o ônus da prova, assinala-se que não há motivação para esgueirar-se das novas perspectivas de solução alternativa de conflitos, ainda que, pelo viés da prova. Se não se pode pensar num processo em demasia privatista, também não se pode pensar num que extrapole o publicismo, à moda do princípio inquisitivo. É um exagero.”⁶¹

[...] reiterando que a crença na onisciência e na onipotência do julgador, além de discutível ideológica e metodologicamente, pode levar à exclusão do diálogo no processo, alijando as partes da necessária participação para que seja construída a decisão final. Isso demonstra que um discurso de efetividade do processo pode significar, na realidade, uma ditadura mal disfarçada, inaugurando uma nova “fase” da ciência processual, em que o processo deixa de ser coisa das partes e praticamente passa a ser uma coisa sem partes. Como visto, na verdade o processo deve ser, para humanizar a coisificação, uma coisa com partes.⁶²

Certamente, as convenções processuais ainda tendem a um amadurecimento, já se observam apontamentos assim na literatura (*vide* abaixo), mas isso não rechaça o prestígio que o instituto alcançou.

⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Volume 1. 6ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2009. Pág. 130.

⁶¹ MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio Processual Acerca da Distribuição do Ônus da Prova. Revista de Processo. Volume 241 / 2015. Pág. 463 – 487. Março / 2015. DTR \ 2015 \ 2135. São Paulo: Revista dos Tribunais Online, 2015.

⁶² GODINHO, Robson Renault. Negócios Processuais Sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 270.

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 geral (“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.⁶³

Agora não mais se discute o conviver com o instituto, mas sim, como se faz neste ensaio, seus limites, sua parametrização.

É esse, aliás, um posicionamento posto na literatura também:

A possibilidade de celebração atípica de negócios processuais já é considerada uma premissa, não se discutindo mais sua possibilidade, e agora as preocupações se voltam para seus limites. Não há dúvidas de que se trata de um imenso passo em pouco tempo, ainda que se saiba que, por meio de obstáculos retóricos já ensaiados, esteja em curso uma tentativa de domesticar esse movimento de autorregramento da vontade das partes, na tentativa de o art. 190 do CPC nascer destinado a se tornar apenas uma bela peça em constante exposição, como se fosse uma espécie de dispositivo Fabergé como assinalamos na nota introdutória.⁶⁴

Que reclama um pensar, que tende a ser polêmico principalmente quando o assunto são os escopos do processo já se sabe, falta observar do ponto de vista pragmático como será a aceitação, consequências e satisfação dos envolvidos no procedimento quando da utilização das convenções processuais. Mas isso se deixará para futuros estudos, considerando a recente alteração legislativa que estabeleceu cláusula geral para os negócios processuais e lhes deu amplitude inclusive para hipóteses atípicas, que ainda caminham para a popularização no cotidiano jurídico.

De momento apenas recomenda-se um caminhar cauteloso durante a passagem pelas hipóteses de convenções processuais, quaisquer que sejam, muito por conta de seus possíveis limites, insinuados no parágrafo único do Artigo 190 do Código de Processo Civil⁶⁵. Repita-se, isso não se faz porque não se reconhece a proporção e relevância do instituto, mas sim porque, como em qualquer um que

⁶³ GODINHO, Robson Renault. Negócios Processuais Sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 212.

⁶⁴ *Idem*. Pg. 212.

⁶⁵ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.

muito bem funcione, não pode ser encarado como soberano, e sim como harmônico com outros, com outros direitos.

5 PROVA

5.1 Definição de Prova

Em que pese se possa importar uma definição de prova até mesmo da sabedoria popular, e seria ela de muita valia, pois, dogmaticamente, não é arriscado dizer que, seja na sociedade, seja no direito, a prova está relacionada à busca da verdade enquanto preceito máximo, é conveniente que se tenha aos olhos alguns conceitos mais técnicos para o trato do elemento prova neste trabalho.

E, em sendo assim, inaugura-se o ensaio a respeito da semântica da prova com lições de uma obra clássica da brilhante doutrina de Carnelutti, para o qual prova é: “la verdade verdadera”⁶⁶. Inclusive, sobre a prova diante da posição do juiz, o mestre extrai outro conceito: “El juez está em medio de um minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tieblas: detrás de el enigma del passado, y delante el enigma del futuro. Esse minúsculo cerco es la prueba.”⁶⁷.

A acepção de prova contida no parágrafo anterior, não resta dúvida, “externaliza” o elemento verdade.

Mas há os que recomendam cuidado nesse paralelo, como, por exemplo, o autor Vitor de Paula Ramos:

Não obstante, o fato de o conceito de prova e de verdade estarem intimamente ligados não quer dizer que são sinônimos. “Está provado” não significa, com efeito, “é verdade”, mas simplesmente que existem elementos de juízo suficientes a favor ou contra algo. Prova e verdade estão ligadas teleologicamente: isto é, o fim da prova é a busca da verdade, e o sistema deve ser truth oriented.⁶⁸

Certamente o edificado na passagem doutrinária quis apontar que “o magistrado é sempre colocado dentro de um cenário construído pelas partes, mas nem sempre a versão apoiada na verdade tem aptidão a sobrepor-se, justamente em função de aspectos probatórios. Poderá o juiz convencer-se de que algo não é verdadeiro, apesar de sê-lo”⁶⁹.

⁶⁶ BENTHAM, Jeremías *apud* NUNES, Anelise Coelho. Apreciação Probatória no Processo Civil. Verbo Jurídico: Porto Alegre, 2001. Pág. 15.

⁶⁷ *Idem*. Pág. 15.

⁶⁸ RAMOS, Vitor de Paula. Direito Fundamental à Prova. Revista de Processo. Volume 224 / 2013. Pág. 41 – 61. Outubro de 2013. DTR \ 2013 \ 9331. Revista dos Tribunais On Line, 2013.

⁶⁹ BENTHAM, Jeremías *apud* NUNES, Anelise Coelho. Apreciação Probatória no Processo Civil. Verbo Jurídico: Porto Alegre, 2001. Pág. 15.

Sobre a definição da prova diante do convencimento do juiz oriente o jurista Luiz Eduardo Boaventura Pacífico:

O aspecto relativo ao convencimento do juiz tem merecido acentuada importância. Chiovenda define prova como “a convicção do juiz sobre a existência, ou não, de fatos relevantes no processo. José Frederico Marques escreve que “explica muito bem Enrico Tullio Liebman que toda afirmação ‘feita em juízo, pelas partes, consiste, em última análise, em deduzir determinadas consequências jurídicas da existência de alguns fatos que se dizem acontecidos no passado. O juiz, porém, a quem tais afirmações se dirigem, nada sabe daqueles fatos; é necessário, portanto, dar-lhe a possibilidade de formar uma opinião sobre a verdade ou falsidade do que foi afirmado. Este é, precisamente, o objetivo das provas. Para as partes, provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou inexistência de fatos relevantes no processo. Para o juiz a atividade probatória tem por fim chegar ao conhecimento da verdade a respeito daqueles fatos. As provas são meios destinados a conseguir tal escopo”. Jaime Guasp é do mesmo sentir e considera a prova como o conjunto de operações destinadas a obter a convicção psicológica do julgador a respeito de um determinado dado processual.⁷⁰

Já se disse em introdução ao tema e agora se retoma a ideia, a relação prova – verdade, verdade - prova, não é exclusiva ao direito. É preocupação que tem afetação ampla, por atuar, estar presente em relações e em fatos. Pode um indivíduo muito bem comprar uma ideia como verdadeira, porque sua bagagem subjetiva permitiu que se convencesse de algo embasado nas provas que melhor entoavam para si ares de certeza. Para outrem, considerando a sua máxima de experiência, talvez não fosse assim, talvez outras provas fossem vistas como mais importantes para convicção e para um juízo de verdade.

O mesmo fato, a mesma ocorrência, pode apresentar-se como verdadeiro(a) para um, e fantasioso(a) para outro indivíduo.

Prova também pode ser concebida como “[...] pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular de facto é justificadamente aceitável como fundamento da mesma decisão”⁷¹, ou então como “[...] meio pelo qual se pretende determinar a verdade das proposições sobre fatos dentro de um processo,

⁷⁰ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O ônus da Prova no Direito Processual Civil. 1ª ed., 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Pág. 19.

⁷¹ GODINHO, Robson Renault. Negócios Processuais Sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 133.

mas, pelas limitações e imperfeições que lhe são inerentes, a concretização desse desiderato não é garantida.”⁷².

Ainda:

[...] provas são, em primeiro lugar, os fatos probantes, os fatos representativos, ou seja os fatos que apresentam circunstâncias das quais se extrai o conhecimento dos fatos probandos; provas são também todos os meios de comunicação que transmitem os fatos probantes ou os fatos probandos ao conhecimento do julgador. Na prova judiciária, são os testemunhos, os documentos, os laudos periciais ou quaisquer outros, ainda que não previstos ou regulados em lei (CPC, art. 332); provas são as atividades humanas desenvolvidas por diversos sujeitos, através das quais os meios de prova comunicam ao julgador o conhecimento dos fatos, de modo adequado a influir no seu julgamento. Na prova judiciária é o procedimento probatório, com todos os seus atos de proposição, admissão e produção. Provas são ainda os argumentos ou inferências desenvolvidos racionalmente, com base em deduções, induções, máximas de experiência ou presunções, para influir no julgamento da existência dos fatos. Prova é, por fim, o conclusivo acertamento da existência ou não dos fatos probandos, manifestado em decisão fundamentada pelo julgador com base em todos os elementos anteriores.⁷³

Na obra de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira é possível visualizar comentário sobre a acepção de prova de um modo mais amplo: “A noção de prova está presente em todas as manifestações da vida humana e transcende o campo do direito.”⁷⁴.

Mas, já que neste estudo se prima mais pelo âmbito jurídico, segue então, da mesma autoria, uma proposta de definição de prova por esse viés (técnico – jurídico):

⁷² GODINHO, Robson Renault. Negócios Processuais sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Pg. 133.

⁷³ *Idem*. Pg. 134.

⁷⁴ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação de Tutela. Salvador: JusPODIVM, 2014. Pg. 15.

No sentido jurídico, são basicamente três as acepções com que o vocabulário é utilizado: *a)* às vezes, é utilizado para designar o *ato de provar*, é dizer, a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem a sua alegação; *b)* noutras vezes, é utilizado para se extrair prova de onde ela jorra; nesse sentido fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental etc.; *c)* por fim, pode ser utilizado para designar o *resultado* dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na causa de pedir.⁷⁵

O significado de prova ainda poderia ser buscado em dois sentidos, o objetivo e o subjetivo:

Quando se utiliza o vocábulo para designar a atividade probatória ou os meios com que ela se desenvolve, diz-se que se está falando de prova num *sentido objetivo*. Quando ele é utilizado para designar a convicção que as provas produzidas no processo geram no íntimo do julgador, isto é, o resultado que a atividade e os meios probatórios induzem no espírito do juiz, diz-se que se está usando aí o termo prova num *sentido subjetivo*.⁷⁶

Ao que tudo indica, uma tarefa que, em princípio, apresentar-se-ia simples, na verdade não é. A semântica da prova, pelo fato de representar o cerne de uma contenda, deve ser muito bem talhada. Afinal, até o modo de concebê-la pode implicar, por fim, na sua técnica de valoração.

Aliás, por falar em valoração da prova, impende traçar algumas linhas sobre sua presença no sistema de contribuição para formulação de juízo de valor, pois se, como se disse, muito depende dela o procedimento, e a forma de vê-la pode tender para um ou para outro norte, estabelecer-se a sua função representa mais um desafio.

Para com o uso da prova, com a atividade cognitiva em prospecção, direcionada à obtenção dos fins da atividade judicante, Vitor de Paula Ramos, passando sobre o modelo que melhor diz refletir o tráfego da prova no procedimento, deixa claro:

⁷⁵ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação de Tutela. Salvador: JusPODIVM, 2014. Pág. 16.

⁷⁶ *Idem*. Pág. 16.

Quanto ao *burden of persuasion*, se adaptado, pode esse ser visto como um dever para o juiz, cujo fim é a alocação de riscos pela inexistência de elementos de juízo suficientes para corroborar determinada hipótese fática. Trata-se do “ônus” da prova como regra de julgamento, de caráter objetivo, porém, não mais ligado à “inesclarecibilidade” dos fatos e nem à conduta das partes, mas sim à alocação dos riscos pela insuficiência objetiva (de acordo com o *standard*) de elementos a corroborarem determinada hipótese fática.

Em outras palavras, é possível que os fatos estejam perfeitamente claros e, justamente por isso, restem não confirmados aqueles deduzidos pelo autor ou pelo réu. Ou, em outro exemplo, pode-se imaginar que, em demanda em que se exigia o *standard* de prova clara e convincente, das provas disponíveis os fatos deduzidos pelo autor tenham somente atingido um grau de corroboração do *standard* de preponderância de provas.⁷⁷

De todo, certo que é um papel privilegiado que a prova ocupa nos fins da busca pela prestação jurisdicional, “A função da prova no processo consiste em proporcionar ao juiz conhecimentos de que ele precisa a fim de reconstituir mentalmente os fatos relevantes para a solução do litígio”⁷⁸.

“a prova é o instrumento de que dispõem as partes e o juiz para determinar no processo se podem ou não ser considerados como verdadeiros os enunciados relativos aos fatos principais do caso, a partir da premissa de que no processo é possível, com critérios racionais, obter uma aproximação adequada à realidade empírica desses fatos”, sendo que “o verdadeiro problema não é se a verdade dos fatos deve ou não ser buscada no processo e tampouco se a verdade pode ou não ser alcançada em abstrato, senão compreender qual é a verdade dos fatos que pode e deve ser estabelecida pelo juiz para que constitua o fundamento da decisão”.⁷⁹

Sim, a prova tem por finalidade representar um dos ingredientes da fórmula de resolução da lide, mas não é exclusivamente manipulada pelo Estado-Juiz, como se vê, é meio colocado também à disposição das partes, de forma a erigem suas teses ao status de verdadeiras ou não.

Sobre as funcionalidades das prova e seu manuseio ao permearem a lide também aborda importantes considerações Robson Renault Godinho, citando Leonardo Greco:

⁷⁷ RAMOS, Vitor de Paula. Direito Fundamental à Prova. Revista de Processo. Volume 224 / 2013. Pág. 41 – 61. Outubro de 2013. DTR\2013\9331. Revista dos Tribunais On Line, 2013.

⁷⁸ GODINHO, Robson Renault. Negócios Processuais Sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 187.

⁷⁹ *Idem*. Pág. 187.

“Se é indiscutível que, em princípio, ninguém conhece melhor os fatos da causa do que as partes, também o é a circunstância de que nem sempre as partes fornecem ao juiz todos os elementos necessários para a formação de um juízo seguro sobre a realidade dos fatos. Essa deficiência pode resultar de inúmeros fatores: omissão deliberada ou não das partes, desídia ou incompetência dos advogados, incapacidade das partes de descobrirem que provas poderiam gerar a certeza dos fatos na mente do juiz etc. Se o juiz não deve transformar-se num investigador sistemático, sob pena de pôr em risco a sua imparcialidade, por outro lado não deve ele deixar de ir em busca da verdade quando, sabedor de que ela se encontra ao seu alcance, as partes não a tiverem trazido ao processo em razão de deficiência no exercício do seu direito de defesa. Admitir que a liberdade das partes de dispor dos seus interesses pudesse forçar o juiz a aceitar como verdadeiros fatos absolutamente inverossímeis, seria transformar o juiz num fantoche, demolir a confiança da sociedade na justiça e colocá-la a serviço da simulação e da fraude. Aceitar que, diante da insuficiência probatória decorrente da iniciativa deficiente das partes, devesse o juiz lavar as mãos, seria desobrigá-lo de exercer a tutela efetiva dos direitos dos seus jurisdicionados, deixando-os entregues à própria sorte e contentando-se com uma igualdade das partes meramente formal. Aqui a razão fica com os publicistas. A busca da verdade não é autoritária, desde que respeitada a liberdade das partes de dispor dos seus próprios interesses, a sua dignidade humana e a de quaisquer outras pessoas, e desde que não seja preconceituosa e direcionada tendenciosamente a demonstrar apenas uma determinada verdade. Em caráter subsidiário, para suprir as deficiências probatórias das próprias partes, especialmente o abismo de comunicação que separa as partes do juiz, ela constitui um importante fator de equalização das desigualdades processuais. O desinteresse do juiz pela busca impessoal da verdade, a melhor possível, ainda que incompleta, reduziria o processo a um jogo de sofismas e de armadilhas, incompatível com um Estado de Direito que proclama a promessa de ser o guardião da eficácia concretados direitos dos cidadãos”⁸⁰

A solução do litígio passa pela prova e passa pela colaboração das partes, mas, como se vê, em condições normais nem sempre a colaboração esperada vem, o que repercute em demandar o juiz para um papel mais atuante, de forma a suprir a desídia da parte não para lhe beneficiar, mas para que do processo derivem os fins que se espera, que superam o campo de interesse só dos sujeitos processuais.

É de se reparar que em muitas vezes o silêncio intencional é doloso, está a serviço das conveniências da parte não imbuída de conduta processual adequada, o que faz do magistrado peça chave para que o processo alcance os seus fins mais amplos, que a sociedade espera.

E antes que se cometa um desmazelo, não é que se esta a defender a tradicional corrente sobre a destinação da prova, representativa do entendimento de que:

⁸⁰ GODINHO, Robson Renault. Negócios Processuais Sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 52.

[...] o destinatário da prova é o juiz; 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.⁸¹

Só se está falando de garantir a finalidade do processo, não de elevar o juiz à condição de único destinatário da prova.

Por pertinente, sobre o fato de se colocar o julgador no papel único de recepção da prova, elucida Robson Renault Godinho, “[...] visão 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 [...]”⁸². Nada obstante, a “[...] 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’ [...]”⁸³.

É partindo de imersão no exame da hipótese vertente que ganha relevância o assunto convenções processuais:

[...] 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.⁸⁴

Diante de tal exposição, tem-se que a prova é aliada da verdade, apesar de não se confundir com a mesma. A prova, em condições normais, não indo ao feito da forma como esperada, clama por uma maior atuação do juiz, mas isso somente para que o procedimento alcance o seu fim, pois mesmo sendo cogitada a hipótese de intervenção do magistrado para suprir comportamento inerte de uma das partes - preconizado talvez por conveniência -, isso não implica, diretamente, em dar-lhe o título de soberano na destinação da prova.

⁸¹ GODINHO, Robson Renault. Negócios Processuais Sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 209.

⁸² *Idem*. Pág. 209.

⁸³ *Idem*. Pág. 209.

⁸⁴ *Idem*. Pág. 209.

Essa interferência dosada, como se verá, é que permite o encaixe das convenções processuais, as quais, de todo o certo, possuem como objetivo não estabelecer uma contenda desproporcional, em que não há paridade de armas, mas sim a obtenção de uma tutela justa, tempestiva e efetiva, mesma visão no horizonte que se enxerga através de óticas publicistas, ou que colocam o magistrado como o destinatário da prova.

Mesmo sendo a prova tão importante para a busca da verdade, tendo o juiz o dever de buscar, sempre que possível, a maior aproximação da verdade, isso não significa desconsiderar a vontade das partes no modelo cooperativo de processo. O juiz deve atuar, especialmente, na omissão das partes. Havendo, contudo, um negócio jurídico válido sobre as provas, deve o juiz respeitá-lo.

5.2 Ônus da Prova

Após apurado um significado para a prova do ponto de vista jurídico, passa-se então a falar da circulação da mesma dentro do procedimento, o que exige olhos atentos, mormente diante do fato de se tratar “a repartição dos ônus probatórios ‘a espinha dorsal do processo civil’, notadamente pelo papel fundamental que desempenha a prova judiciária no que se refere ao atingimento das finalidades do processo”⁸⁵.

O novo Código de Processo Civil⁸⁶ define um ponto de partida para lapidação da prova no Artigo 373⁸⁷ e flexões, pelo qual, fica estabelecido que “A atribuição de provar recairá sobre o autor, quando a mesma constituir o seu direito; sobre o réu, em caso de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito que o autor invoca”. Eis o texto normativo na sua literalidade:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.⁸⁸

⁸⁵ CARPES, Artur. Ônus Dinâmico da Prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Pág. 45.

⁸⁶ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.

⁸⁷ *Idem*.

⁸⁸ *Idem*.

Conquanto, aparentemente, fiquem bem definidas as responsabilidades das partes na relação processual após a mesma angularizar-se, é preciso ter uma visão minuciosa sobre a norma em referência em termos pragmáticos. Sim, porque a intenção legislativa não parecer ser de propor uma mera polarização nos elementos de conhecimento, onde cada um dos litigantes leva a juízo um contingente de elementos, sendo que, os mais abundantes acabam levando ao sucesso daquilo que se propõem a demonstrar.

Parametrizando o ônus da prova à voga da disposição normativa em referência Artur Carpes destaca aspectos da defesa direta e da indireta, *sic*:

Da leitura da disposição fica bastante clara a ingerência da teoria das normas, a remeter o ônus de provar a alegação do fato que corresponde à sintaxe normativa àquele que pretende a aplicação da norma invocada. Ao réu caberá o ônus de provar as alegações relativas aos fatos que ensejam a aplicação das normas que sustentam a sua defesa indireta. Vale lembrar que através da defesa direta é negado o fato constitutivo, enquanto na defesa indireta admite-se o fato constitutivo, sendo possível articular fatos impeditivos, modificativos e extintivos. O réu possui o ônus de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo, já que o ônus de provar o fato constitutivo cabe ao autor. O réu não tem ônus da prova na defesa direta, mas apenas na defesa indireta.⁸⁹

Noutra toada, colocando saliência na doutrina tradicional, Vitor de Paula Ramos destaca sobre o ônus da prova duas importantes concepções. Pela primeira delas, de caráter objetivo, seria “regra de julgamento, ou seja, como um modo para o juiz chegar a uma decisão final sobre a causa, mesmo diante de casos de incerteza.”⁹⁰; já pela segunda, ônus da prova “consistiria em “regra de organização da atividade probatória das partes”, cujo fim seria “estimular as partes no encargo de produzir prova sobre suas alegações”.⁹¹

Ao que se vê, tendo-se à frente visões clássicas do ônus de provar, há o estabelecimento de uma dicotomia na qual ora a prova se relaciona com o juiz, ora com as partes; ora interfere na tarefa do juiz julgar, ora interfere na tarefa das partes de abastecerem o juiz com o que entenderem possa dar amparo às proposições jurídicas ansiadas.

⁸⁹ CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Pág. 67.

⁹⁰ RAMOS, Vitor de Paula. *Direito Fundamental à Prova*. Revista de Processo. Volume 224 / 2013. Pág. 41 – 61. Outubro de 2013. DTR \ 2013 \ 9331. Revista dos Tribunais On Line, 2013.

⁹¹ RAMOS, Vitor de Paula. *Direito Fundamental à Prova*. Revista de Processo. Volume 224 / 2013. Pág. 41 – 61. Outubro de 2013. DTR \ 2013 \ 9331. Revista dos Tribunais On Line, 2013.

Mas referidos modelos não parecem estar dentre os prediletos. Para o já citado Vitor de Paula Ramos, por exemplo, um modelo ideal partiria das seguintes prospeções:

Adaptando o conceito de *burden of producing evidence* para nosso ordenamento, pode-se tranquilamente entender que, diante do art. 130 do CPC (LGL\1973\5), cumulado com o art. 14, V, do mesmo diploma, não há um ônus, mas um dever, das partes de levarem a juízo todos os elementos de prova que estiverem a seu alcance, podendo ser sancionadas em caso de desobediência à ordem de produção do juiz. Afinal, no art. 130 dá-se ao juiz o poder de “determinar” as provas necessárias, e o art. 14, V, determina à parte um correlato “dever” de “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais”. Isso tudo, ainda, considerando que no campo cível, diferentemente do campo penal, não há o direito de não produção de provas contra si mesmo, garantido no art. 5.º, LXIII, da CF/1988 (LGL\1988\3) somente para questões penais.⁹²

Diante da adoção da premissa de que a prova é um dever, como seu viú, a doutrina em referência chega até mesmo a confiar na desnecessidade de entoarem-se exceções à lógica da prova no processo, *sic*: “Nessa hipótese, aliás, não seria sequer necessário cogitar de dinamizações ou inversões do ônus da prova.”⁹³.

Por relevante, para enriquecimento da exposição, é de se citar como caso de alteração do circuito habitual da prova a clássica hipótese do Artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, que vai abaixo descrito.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;⁹⁴

Seguindo por esse plano, em tese mais adequado para fins de estabelecimento do percurso da prova levando em conta todos os partícipes da relação processual, ainda é de se colocar que:

⁹² RAMOS, Vitor de Paula. Direito Fundamental à Prova. Revista de Processo. Volume 224 / 2013. Pág. 41 – 61. Outubro de 2013. DTR \ 2013 \ 9331. Revista dos Tribunais On Line, 2013.

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2017.

Segundo a *teoria das normas*, cada parte deve afirmar e provar os pressupostos fáticos da norma que lhe é favorável, isto é, da norma cujo efeito jurídico se resolve em seu proveito. Pressupõe nitidamente, portanto, a separação entre questão de fato e questão de direito, ao predispor que sua regulação decorre da configuração da sintaxe entre o fato e a norma: aquele que pretende lograr o efeito decorrente da aplicação da norma tem o correlato ônus de provar sua premissa menor, qual seja, o fato a ela subjacente.⁹⁵

As posições da doutrina a respeito do trânsito da prova dentro do procedimento passam a se justificar ao apurar-se que o Código de Processo Civil⁹⁶ não traz consigo flexões da norma *suslo* referida (Artigo 373 do CPC⁹⁷) prevendo hipóteses onde se faz mister a distribuição noutra modelo, de forma a garantir uma sistemática imbuída de isonomia, de equidade, enfim, que implique em produto final onde se tenha, quanto à prova, uma paridade de armas.

Explicam a linha que empreende a atual Lei Procedimental⁹⁸ Fredie Didier Júnior, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

Com isso, adotou o nosso CPC uma concepção estática do ônus da prova, que é distribuído *a priori*, sem a observância das peculiaridades do caso concreto. Mas esse regramento tem-se revelado insatisfatório e artificial, por desprezar a especificidades do direito material em jogo e a realidade concretamente vivida, de modo que vem ganhando força a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova [...].⁹⁹

Tomando como basal tal acepção, certamente, a atividade judicante do Estado-Juiz não pode ser vista do ponto de vista de uma posição cômoda, haja vista que, cabe o magistrado a estipulação de medidas para o amadurecimento da causa e seu julgamento, seja na presença de cognição suficiente ou à míngua dela.

Destarte, é certo que:

⁹⁵ CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Pág. 47.

⁹⁶ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.

⁹⁷ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁹⁸ *Idem*.

⁹⁹ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação de Tutela. Salvador: *JusPODIVM*, 2014. Pág. 81.

Uma vez colocada a contenda perante o órgão jurisdicional, ao juiz não terá o seu alvitre a possibilidade de não-julgar, salvo impedimento ou suspeição, ante a ausência da prova o magistrado decidirá contrariamente àquele que não provou. Na falta de elementos da convicção do juiz nascem regras que permitem ao mesmo estabelecer sobre qual das partes deve recair o onus da prova.

Neste íterim nasce à dinâmica ou maleabilidade da carga ou onus da prova.

Assim, “Onus – do latim onus – quer dizer, fardo, peso. Onus probandi traduz-se apropriadamente por dever de provar, no sentido de necessidade de provar. Trata-se apenas de por dever de provar, no sentido de necessidade de fornecer a prova destinada à formação da convicção do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes.”¹⁰⁰

Com fecundas e precisas lições o mestre Francesco Carnelutti, numa de suas obras clássicas, diz, em seara de prova, que “não é a sua afirmação uma imposição absoluta, porém, fica o êxito do pleito do sujeito processual, ativo ou passivo, condicionado ao que melhor for provado”¹⁰¹, dessa forma:

Com efeito, a produção da prova de um fato torna-se um *onus* para a parte que tem interesse na sua afirmação. Desse princípio, dá-nos uma formulação aproximada a conhecida fórmula *onus probandi ei incumbit qui dicit, non negat*, mas, para ser exata nela há que retificar o *quit dicit por cui dicere prodest* e reciprocamente o *quit negat por cui dicere nocet ou cui negare prodest*. De todos são conhecidos os desvios a qual tal inexatidão.¹⁰²

Não há ousadia em dizer que é cada parte que baliza o *onus probandi*. Alega determinado fato e vai até onde suas forças forem para prova-lo. Isto é, ao anunciar-se no feito aparelhado a tese jurídica que crê é a pertinente e suficiente para a defesa de seus interesses, seja na relação de direito material, seja na processual, a própria parte estará comprometendo-se com uma forma de conduta no procedimento.

Porém, alerta a jurista Rita Marasco Ipólito Andrade, que pode ser suprida eventual deficiência na produção da prova que o direito invocado chamaria, pelas próprias circunstâncias do processo. Veja-se:

¹⁰⁰ SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghi dos. Pequeno Estudo Sobre Cognição Judicial e Outros Temas. Porto Alegre: Nova Roma, 2011. Pág. 26.

¹⁰¹ CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito. Tradução Antônio Carlos Ferreira. 2ª impressão. São Paulo: LEJUS, 2000. Pág. 541 - 542.

¹⁰² *Idem*. Pág. 541 - 542.

No ônus, há a ideia de carga, e não de obrigação ou dever. Por outras palavras, a parte a quem a lei atribui um ônus tem interesse em dele se desincumbir – mas, se não o fizer, nem por isso será, automaticamente prejudicada, pois o juiz, ao julgar a demanda, levará em consideração todos os elementos dos autos, ainda que não alegados pelas partes.¹⁰³

Em complemento defendem Fredie Didier Júnior, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

Ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, não se pode exigir o seu cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem *interesse* em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir de sua inobservância.¹⁰⁴

E já que muito se falou, durante a abordagem acerca do ônus da prova, a respeito de ônus no sentido de dever, obrigação, importante deixar clara a diferença entre ônus, propriamente dito, e obrigação:

A principal nota diferenciadora entre ônus e deveres e obrigações está na consequência do descumprimento destes últimos, que, por violar alguma norma, é passível de alguma sanção. Na síntese de Hernando Devis Echandía, além da ausência de situação relacional, o ônus ainda se diferencia da obrigação também por seu cumprimento satisfazer um interesse próprio e não alheio, razão pela qual o conceitua como poder ou faculdade de exercer livremente certos atos ou adotar certa conduta normativa para benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coação, e sem que outro sujeito exija sua observância, mas sua inobservância acarreta consequências desfavoráveis.¹⁰⁵

Enfim, “Ônus de prova é, pois, o encargo a que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato. Esse encargo pode ser atribuído (i) pelo legislador, (ii) pelo juiz ou (iii) por convenção das partes.”¹⁰⁶

O ônus da prova, portanto, não obriga, necessariamente, um sujeito processual a levar ao feito um ou outro elemento, porque está vinculado a um dever. Talvez até esteja, mas consigo mesmo. Cabe ao sujeito processual dosar as suas

¹⁰³ ANDRADE, Rita Marasco Ipólito. Direito Probatório Civil Brasileiro. Pelotas: EDUCATI, 2006. Pág. 53.

¹⁰⁴ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação de Tutela. Salvador: JusPODIVM, 2014. Pág. 75.

¹⁰⁵ GODINHO, Robson Renault. Negócios Processuais Sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 136.

¹⁰⁶ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação de Tutela. Salvador: JusPODIVM, 2014. Pág. 75.

alegações de acordo com a disponibilidade / possibilidade que tem de corroborá-las. Ao autor, porque lhe é conveniente, porque invocou determinado direito e determinada hipótese, cabe a confirmação de tudo que tangencia nesses pontos. Ao réu, porque lhe é conveniente, cabe tentar rechaçar o direito do autor provando outro a ser empregado na hipótese, advindo daí o compromisso de fornecer fatores suficientes para a estabilização do mesmo, ou então, apenas provar que volátil revela-se o pretense direito do autor.

6 CONVENÇÃO PROCESSUAL EM MATÉRIA DE ÔNUS DA PROVA

Após explanação sobre o instituto das convenções processuais, dos negócios jurídicos processuais, e sobre a sistemática da prova, é chegado o momento de entrelaces serem afinados, entoando-se o funcionamento de ambos em coexistência, pois parece que, e se explicará a seguir, existe efervescência na doutrina quanto a isso.

Para iniciar-se o estudo no ponto, trazem-se à colação importantes considerações de Lucas Buril de Macedo e de Ravi de Medeiros Peixoto sobre a interferência das partes no trânsito da prova dentro do procedimento:

As convenções acerca do ônus da prova são negócios processuais que têm por objeto a distribuição específica e diferenciada da carga probatória, colocando-a de maneira distinta da regulada previamente em lei. Os sujeitos definem, de acordo com sua vontade, quem deve provar determinados fatos e, portanto, qual deles assumirá as consequências da ausência de prova sobre eles.¹⁰⁷

É de se lembrar que o negócio jurídico processual, em termos de ônus da prova, já possuía uma forma no “[...] Código de Processo Civil de 1973, em seu art. 333, parágrafo único, e tem também sua permissão textual no novo Código de Processo Civil, em seu art. 380, § 3.º, que possui uma redação mais técnica.”¹⁰⁸. Mas,

Se diante do disposto no art. 333, parágrafo único, do CPC brasileiro de 1973, não havia nada que impedisse o estabelecimento das convenções sobre 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.¹⁰⁹

Noutra senda, de pertinência a invocação do que leciona Marcelo Hugo da Rocha, o qual deixa transparecer extrema preocupação com a atividade do juiz e recomenda de sensibilidade no uso da ferramenta posta à disposição das partes:

¹⁰⁷ MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio Processual Acerca da Distribuição do Ônus da Prova. Revista de Processo. Volume 241 / 2015. Pág. 463 – 487. Março / 2015. DTR \ 2015 \ 2135. São Paulo: Revista dos Tribunais Online, 2015.

¹⁰⁸ *Idem*.

¹⁰⁹ GODINHO, Robson Renault. Negócios Processuais Sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 207.

Em matéria probatória, os limites são mais estreitos aos negócios processuais, pois a construção teórica advém do poder-dever do juiz - não só a requerimento da parte - como também de ofício determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito (art. 370, caput). Se entender que é *conditio sine qua non* ouvir testemunhas para o deslinde da questão, como ficar inerte diante de um acordo entre as partes que retira tal espécie de prova?¹¹⁰

Ora, “nem nas diretrizes usuais, defende José Carlos Barbosa Moreira, o empenho do julgador que se depara com a controvérsia enraíza-se a partir de posição confortável para o exercício da atividade judicante. Pelo contrário”¹¹¹:

Julgar segundo as regras de distribuição do ônus não é atitude que tranquilize de todo o juiz consciente de sua responsabilidade: ele atira no escuro, pode acertar o alvo, mas pode igualmente errar, e sua sentença, injusta, produzirá a vida dos litigantes efeitos diversos do querido pelo ordenamento, quando não diametralmente opostos.¹¹²

Entende-se como aceitável se, eventualmente, perceber-se a atividade jurisdicional, o poder instrutório do juiz, por um viés mais cauteloso no tocante à possibilidade das partes convencionarem até mesmo sobre o *onus probandi*. Por certo que, em algumas vezes, clama-se pela dinamização da prova, e, certamente, nesse caso, poderá atribular-se o que em convenção fora definido. Materializam a hipótese as lições de Paulo Osternack Amaral:

Imagine-se que as partes pactuem que não será admissível a produção de prova técnica no processo, em que se discute uma acidente de trânsito. No curso do processo, constata-se a existência de uma controvérsia técnica acerca da velocidade de um dos automóveis no momento da colisão. A alegação de excesso de velocidade foi feita pelo réu. A elucidação se mostrou concretamente relevante para se verificar o responsável pelo acidente e conseqüentemente quem vencerá a causa. Mas isso exigiria a realização de uma perícia. Contudo, a prova técnica não poderá ser produzida. Essa foi a vontade das partes, contemplada no negócio processual. Agora devem suportar as conseqüências de sua escolha. Diante do estado de dúvida acerca da controvérsia técnica, a decisão será tomada com base nas regras sobre ônus da prova, em que o juiz aferirá a quem incumbia a prova daquele fato relevante, que ao final não ficou comprovado. Julgará então a favor da parte contrária.¹¹³

¹¹⁰ ROCHA, Marcelo Hugo da. Negócio Jurídico Processual e Sua Aplicação nas Provas. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). Direito Probatório. v. 5. Salvador: JusPODIVM, 2015. Pág. 542.

¹¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Neoprivatismo no Processo Civil. Temas de Direito Processual. Nona série. São Paulo: Saraiva, 1997. Pág. 95.

¹¹² *Idem*. Pág. 95.

¹¹³ AMARAL, Paulo Osternack. Provas: Atipicidade, Liberdade e Instrumentalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 142.

De relevância também destacar os brilhantes ensinamentos de Antônio do Passo Cabral, o qual defende, “cabrerá ao juiz velar pelos interesses públicos, evitando que os acordos avancem em uma seara inadmissível à autonomia das partes”¹¹⁴.

Num contraponto, Fredie Didier Júnior, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira anotam o seguinte:

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. Não há razão para restringir essa convenção a fatos do próprio negócio em que a convenção porventura esteja inserida. A convenção sobre o ônus da prova pode ser, aliás, 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.¹¹⁵

Apesar de, confortavelmente, sustentarem a possibilidade de convenção processual em matéria probatória, os referidos autores, entretanto, ponderam, assinalando, por exemplo:

É passível de invalidação, entretanto, a convenção sobre o ônus da prova quando: *a*) recair sobre direito indisponível da parte (art. 333, p. único, inciso I); *b*) tornar-se excessivamente difícil a uma parte para exercício do direito (art. 333, p. único, inciso II).¹¹⁶

Mas, nem por isso, o instituto perde força. A mesma doutrina que registra sobre suas “fraquezas”, também enaltece a força que tem, por meio dos seguintes termos: “Uma vez firmada a convenção, e desde que satisfeitos os requisitos de validade, ela é imediatamente eficaz. Aplica-se aqui o disposto no art. 158 do CPC: é desnecessário a homologação pelo juiz para que o negócio seja imediata e plenamente eficaz.”¹¹⁷.

A possibilidade recomenda o equilíbrio, não há dúvidas.

¹¹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPODIVM, 2016. Pág. 228.

¹¹⁵ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação de Tutela*. Salvador: JusPODIVM, 2014. Pág. 87.

¹¹⁶ *Idem*. Pág. 87.

¹¹⁷ *Idem*. Pág. 88.

É salutar que o tema dos negócios processuais não seja enxergado como uma “queda de braço” entre jurisdicionados e Poder Judiciário, ou entre advocacia e magistratura. Não deve gerar um “conflito de classes”, tampouco uma disputa sobre quem tem mais “poder” no processo ou a quem a jurisdição deve servir [...]. Pelo contrário, que tal a comunidade jurídica interpretar as convenções processuais com maior liberdade, preocupando-se primordialmente em solucionar a grave crise da efetividade da jurisdição?¹¹⁸

Enfrentando a previsão de convenção processual ainda no Código reformado de Buzaid, infere a doutrina de Artur Carpes que:

[...] a convenção adotada pelas partes pode acarretar excessiva dificuldade para o exercício do direito; a lei, jamais. Pode-se alocar, portanto, o exemplo da aludida disposição no rol daqueles que caracterizam o que bem convencionou-se denominar “tardia invasão napoleônica”, face ao atrasado desembarque do *processualismo* no Brasil, residindo aí ilustração da nítida inspiração liberal de nossa codificação de 1973.¹¹⁹

Dando ênfase a aspectos externos, mas que circundam o instituto, Robson Renault Godinho, anota:

Na análise das convenções sobre ônus da prova, necessariamente se refletem questões culturais e ideológicas que compreendem a função jurisdicional, a publicização do processo, o princípio dispositivo, a autonomia privada, a cooperação, o contraditório, a divisão de trabalhos entre as partes e o juiz, a relação entre prova e verdade, a disponibilidade de direitos e a concretização de uma formulação dinâmica das respectivas regras. Por ser o processo frequentemente o último refúgio da cidadania, com mais razão trata-se de um espaço para que os direitos fundamentais se realizem em sua plenitude, notadamente o exercício de um contraditório efetivo que observe a autonomia das partes.¹²⁰

Questão importante que ascende em relação às convenções processuais quando tangenciam no campo da prova deve ser medida sob o manto da atuação do juiz. Há que se buscar respostas para solver intempérie onde o magistrado se vê diante de um poder-dever, inerente à sua função, enquanto responsável pela condução e impulsionamento em busca de uma tutela justa, tempestiva e efetiva.

Tendo as partes convergido para a formação de um determinado panorama até chegar-se à prestação jurisdicional, pode-se permitir que o julgador, valendo-se

¹¹⁸ REDONDO, Bruno Garcia. Convenções em Matéria de Direito Probatório. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/convencoes-em-materia-de-direito-probatorio>>. Acesso em: 23 de julho de 2017.

¹¹⁹ CARPES, Artur. Ônus Dinâmico da Prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Pág. 69.

¹²⁰ GODINHO, Robson Renault. Negócios Processuais Sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 268.

de suas funções, intervenha no procedimento em obediência a um compromisso estatal?

[...] é importante frisar que as convenções do ônus da prova não impedem a utilização da iniciativa probatória do magistrado. Assim, mantém-se a possibilidade de atuação do magistrado neste sentido, que pode realizar atividade probatória, desde que em seus limites, tendo tal negócio jurídico influência apenas na aplicação do ônus objetivo da prova, se for o caso.¹²¹

Cenário assim, para alguns, implicaria na “[...] inoperância desta possibilidade de inversão, pois os poderes instrutórios do magistrado prevaleceriam sobre esta convenção, podendo o magistrado determinar a produção das provas ainda que as partes houvessem pactuado diversamente.”¹²².

Ainda complementa o modo de pensar:

Essa posição encontra-se em desacordo com a lógica probatória: a disposição refere-se ao ônus objetivo e não ao sujeito que deverá produzir a prova – que, como cediço, por conta do princípio da comunhão da prova, é questão irrelevante quando há suficiência probatória. É equivocada, pois acaba por tornar um negócio acerca da assunção do risco de não convencer o magistrado em um verdadeiro negócio proibitivo de atuação do juiz; atuação que é um poder-dever doutro sujeito processual, e, portanto, não pode ser validamente limitada, já que não se encontra na esfera de disposição das partes.¹²³

Mas, entende-se que do autorregramento, via negócio processual, para customização do ônus da prova, não deva perder força, pois,

[...] assumindo o referido posicionamento, qualquer modalidade de inversão ou dinamização probatória tornar-se-ia inútil. É que, em nenhuma destas possibilidades, seja na inversão prevista no Código de Defesa do Consumidor ou na dinamização, se impede a atividade probatória. Acontece que, havendo essa inversão, há natural modificação na atuação probatória das partes – ônus subjetivo – como também a modificação de quem arcará com os riscos de não se desincumbir do ônus probatório – ônus objetivo –, mas nada dispõe sobre os poderes probatórios do magistrado.¹²⁴

Não existem receitas mágicas para o uso da ferramenta posta à disposição das partes dentro do procedimento ou em preparação a ele. O bom senso deve

¹²¹ MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio Processual Acerca da Distribuição do Ônus da Prova. Revista de Processo. Volume 241 / 2015. Pág. 463 – 487. Março / 2015. DTR \ 2015 \ 2135. São Paulo: Revista dos Tribunais Online, 2015.

¹²² *Idem.*

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ *Idem.*

representar o estigma do instituto, sua característica marcante, principalmente quando o assunto for prova, afinal, o ônus que se assume em tal sentido é eixo de propulsão para quase tudo que há numa relação entre partes, o que ganha ainda mais relevância em matéria processual.

É certo que a novel legislação processual “[...] 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.”¹²⁵.

Defendem-se sim poderes amplos para as partes convencionarem, negociarem, mas quando a proposta for de customização do procedimento em matéria probatória um alerta já se acende, recomendando-se ponderação, pois excessos poderiam defluir para situações onde um sujeito processual, apesar de vinculado a uma bagagem pujante para a prova da verdade, que estaria de seu lado, ver-se-ia de mãos atadas, sendo privado do uso das ferramentas que tem à frente, as quais, certamente, permitiriam uma tutela positiva. Linha assim foge à lógica do justo, do direito em si.

O bom senso, o equilíbrio, a ponderação, certamente são ferramenta de valia quando se decidir pelo uso das convenções processuais, justamente para garantir tudo que se espera do instituto. O mau uso pode implicar situações onde é inarredável a interferência do magistrado, de ofício, principalmente quando é nítida a utilização, por um dos vinculados, para obterem-se vantagens processuais que estilhaçam completamente a identidade de um processo.

¹²⁵ GODINHO, Robson Renault. Negócios Processuais Sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 212.

7 CONCLUSÃO

A evolução do ordenamento jurídico, suas adaptações e alterações não simbolizam somente um consectário lógico das transformações sociais, mas também olhos atentos a uma necessidade constante de aprimoramento do mesmo, em busca soluções mais eficazes e, porque não dizer, mais acessíveis e simplificadas, que provoquem entusiasmo por parte dos envolvidos em uma lide, para que ela se resolva prematuramente e de forma efetiva.

Dentre as marcas que podem ser visualizadas na definição de convenção processual, por vários autores, pode-se dizer que o tema está apto a ser alçado à ordem daqueles que receberam uma nova roupagem no Código de Processo Civil de 2015, isso não só para evidenciar a sua relevância, mas também para aventar atratividade.

Do cotejo entre o sistema que desenhava o Código de Processo Civil de 1973 e o que se desenha no Código de Processo Civil de 2015 sobre, que se pareceu neste trabalho, deve ter ficado claro que as convenções processuais sempre existiram, porém, num primeiro momento de forma esparsa e mais implícita, por assim dizer, e num segundo de forma explícita e bem talhada, inclusive permitindo negócios processuais atípicos, o que induz ao pensamento de que a intenção foi a de dar maior imponência e visibilidade ao instituto.

Do produto da definição de convenção processual; do paralelo entre a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015; da apreciação de críticas que as correntes doutrinárias pregam sobre o tema, apura-se que a concepção desse novo conceito de negócio processual, ainda que, bem vista, tem no campo de limites nebulosidade, já que se prega desde a irrelevância da vontade das partes na condução do procedimento, até a elevação do interesse dos tutelados em grau próximo ou semelhante ao do interesse público, conduzido pelo juiz.

Quando o estudo ruma para o entrelace entre convenção / negócio jurídico processual e prova o pensar exige ainda mais esforço, pois além de ser necessário considerar os reflexos na atividade judicante, há que se examinar o risco de vitimar-se um sujeito com a limitação do próprio poder de produzir uma prova em seu favor.

O assunto certamente ainda renderá muitas e produtivas discussões. O que aqui foi posto é apenas um aparato para compreensão do instituto, da sua

transposição do Código de Processo Civil de 1973 para o de 2015 e questionar os terrenos que o mesmo está apto a percorrer.

A pretensão deste ensaio é, assim, servir de ponte de criação para a produção de outros trabalhos na mesma seara, de convenções processuais, seja apenas para indicar a reunião de bases, seja para inspirar diretrizes, para formação de outras visões, ainda que contrárias, mas que não deixam de colaborar com aprimoramento e amadurecimento da questão.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Diogo Assunção Rezende de. Das Convenções Processuais No Processo Civil. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese de Doutorado, 2014. Disponível em: <http://www.btdtd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=7292>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.
- AMARAL, Paulo Osternack. Provas: Atipicidade, Liberdade e Instrumentalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular”. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.
- BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.
- BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.
- BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2017.
- CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Processuais. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito. Tradução Antônio Carlos Ferreira. 2ª impressão. São Paulo: LEJUS, 2000.
- CARPES, Artur. Ônus Dinâmico da Prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BRAGA, Paulo Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria D. Curso de direito processual civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela. 9ª ed. Revista ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2014.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Volume 1. 6ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Salvador: *JusPODIVM*, 2015.

GODINHO, Robson Renault. Negócios Processuais Sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KOPLIN, Klaus Cohen. O Novo CPC e os Direitos Fundamentais Processuais. Uma Visão Geral, com Destaque para o Direito ao Contraditório. Disponível em: <https://www.academia.edu/11854909/O_novo_CPC_e_os_direitos_fundamentais_p_rocessuais?auto=download>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.

MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio Processual Acerca da Distribuição do Ônus da Prova. Revista de Processo. Volume 241 / 2015. Pág. 463 – 487. Março / 2015. DTR \ 2015 \ 2135. São Paulo: Revista dos Tribunais Online, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das Partes Sobre Matéria Processual. *In* Doutrinas Essenciais Processo Civil. Organizada por Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier. Volume III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Neoprivatismo no Processo Civil. Temas de Direito Processual. Nona série. São Paulo: Saraiva, 1997.

MULLER, Júlio Guilherme. Convenções Processuais. Revista de Direito, Santa Cruz do Sul: n.º 5, out. 2014.

NUNES, Anelise Coelho. Apreciação Probatória no Processo Civil. Verbo Jurídico: Porto Alegre, 2001.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O Ônus da Prova no Direito Processual Civil. 1ª ed., 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RAMOS, Vitor de Paula. Direito Fundamental à Prova. Revista de Processo. Volume 224 / 2013. Pág. 41 – 61. Outubro de 2013. DTR \ 2013 \ 9331. Revista dos Tribunais On Line, 2013.

REDONDO, Bruno Garcia. Convenções em Matéria de Direito Probatório. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/convencoes-em-materia-de-direito-probatorio>>. Acesso em: 23 de julho de 2017.

ROCHA, Marcelo Hugo da. Negócio Jurídico Processual e sua Aplicação nas Provas. *In*: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). Direito Probatório. Salvador: *JusPODIVM*, 2015.

SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghi dos. Pequeno Estudo Sobre Cognição Judicial e Outros Temas. Porto Alegre: Nova Roma, 2011.

STRECK, Lênio. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. São Paulo: Saraiva, 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais. Revista da Academia de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.