

CONVENÇÃO DAS PARTES SOBRE OS PODERES PROBATÓRIOS DO JUIZ: análise da validade e eficácia do negócio jurídico processual

CONVENTIONS OF THE PARTIES ABOUT THE EVIDENTIARY POWERS OF THE JUDGE: analysis of the validity and effectiveness of the procedural contract

Vitor Henrique Melo de Albuquerque¹

¹Universidade Federal de Alagoas - UFAL, Brasil

Resumo

Adotando-se como marco teórico a teoria do fato jurídico capitaneada por Pontes de Miranda, o presente trabalho tem por objetivo refletir a respeito da validade e da eficácia do negócio jurídico processual que verse sobre o poder probatório de ofício atribuído ao juiz. Neste fito, com a exploração de pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método dedutivo de pesquisa, serão colocados, lado a lado na realidade normativa brasileira, o negócio jurídico processual – o conceito jurídico fundamental e as disposições normativas a seu respeito – e a oficialidade probatória – as razões da sua realidade normativa e sua íntima relação com a questão da busca pela verdade e pelo proferimento de decisões justas –, para que, ao final, as conclusões a respeito da validade e da eficácia do referido negócio sejam obtidas.

Palavras-chave: teoria do fato jurídico; negócio jurídico processual; oficialidade probatória

Abstract

Adopting as the theoretical framework the theory of legal fact led by Pontes de Miranda, the present work aims to reflect the validity and effectiveness of the procedural contract that deals with the power to take evidence ex officio attributed to the judge. In this regard, with the exploration of bibliographic research, using the deductive method of research, will be placed, side by side in the Brazilian normative reality, the procedural contract – the fundamental legal concept and the normative rules related to it – and the ex officio evidentiary – the reasons for its normative reality and its intimate relationship with the question of the search for the truth and the delivery of fair decisions –, so that, at the end, the conclusions about the validity and effectiveness of the referred procedural contract can be reached.

Keywords: theory of legal fact; procedural contract; ex officio evidentiary

1. INTRODUÇÃO

Com o advento do atual CPC, não há dúvidas de que um dos temas mais caros da processualística brasileira, e ainda extremamente polêmico e controverso, diz respeito ao negócio jurídico processual. É bem verdade que não se trata, rigorosamente, de novidade. Por outro lado, nenhum outro diploma processual brasileiro foi tão avassalador no assunto, ao dispor, em cada vez mais crescente respeito ao autorregramento da vontade, sobre a atipicidade negocial no processo, permitindo os mais variados arranjos procedimentais.

Paralelamente aos negócios jurídicos processuais, outra preocupação recorrente na legislação e doutrina processuais, dessa vez antiga e explorada com afincamento há muito mais tempo, refere-se à verdade e às técnicas probatórias de sua busca. Nesse esteio, destacam-se o poder probatório oficial, nos termos do art. 370, do CPC, e as possibilidades de punições aos sujeitos processuais que faltem com a verdade, conforme os arts. 77, I, e 378, ambos do CPC.

Com base nessa realidade normativa, questiona-se: os sujeitos interessados podem, de algum modo, convencionar sobre a instrução probatória oficial, afetando, portanto, a cognição judicial? O CPC autoriza, por exemplo, nos termos do art. 357, § 2º, o saneamento consensual de questões de fato e de direito, cuja homologação vincula as partes e o juiz. Porém, repita-se, e sobre o poder probatório judicial? Este negócio jurídico seria plenamente válido e eficaz? Se sim, em quais termos e situações? Esses são alguns questionamentos relevantes que desafiam respostas congruentes normativamente, sob pena de desvirtuar as normas processuais dispostas e, porventura, causar prejuízo aos sujeitos interessados, seja por minar eventual negócio jurídico, seja por autorizar um negócio viciado.

Semelhantemente à tese de Pedro Henrique Nogueira, marco brasileiro no estudo do negócio jurídico processual, o presente trabalho é de cunho dogmático-jurídico e buscará seus pressupostos teóricos a partir da concepção de Pontes de Miranda, desenvolvida por Marcos Bernardes de Mello. Sendo assim, primeiro se analisarão o conceito, a tipologia e o referencial do fato jurídico, com enfoque, evidentemente, no negócio jurídico. Estabelecida essa base teórica, que norteará a busca de respostas para as hipóteses de pesquisa acima levantadas, o trabalho seguirá ao momento de investigar os negócios jurídicos processuais sobre o poder probatório de ofício conferido ao magistrado.

Para tanto, com a exploração de pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método dedutivo de pesquisa – uma vez que as hipóteses aqui propostas serão testadas no enquadramento dos pressupostos teóricos adotados –, o trabalho será desenvolvido em quatro momentos distintos. Inicialmente em relação aos conceitos jurídicos fundamentais com fulcro na teoria do fato jurídico. Em seguida, a análise do negócio jurídico processual no cenário normativo do processo civil brasileiro. Adiante, será feita uma breve análise relativa à instrução probatória de ofício. Ao fim e ao cabo, as nuances em torno de eventual negócio jurídico processual sobre o poder probatório oficial serão investigadas, na tentativa de explorar a validade e a eficácia do ato.

2. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: POR UM CONCEITO JURÍDICO FUNDAMENTAL COM BASE NA TEORIA DO FATO JURÍDICO

Introduzida a proposta do presente trabalho, cumpre realçar, antes de qualquer coisa, a importância do balizamento de pressupostos teóricos sólidos para o desenvolvimento do estudo. Toda teoria, afinal, tem a pretensão – ao menos deveria ter – de universalidade, sistematizando o complexo de conceitos de determinada ciência. É bem verdade que cada domínio científico detém objetos de conhecimento que podem ser recortados, espécies estas distribuídas em subdomínios.¹ Isso significa que nada impede recortes teóricos, individuais e/ou particularizados, desde que se tenha em vista que a teoria geral, a priori, vale-se de enunciados universais, no intuito de racionalizar e explicar determinado objeto.²

Sob essas noções, é importante asseverar, já em relação ao fenômeno jurídico, que alguns conceitos ocupam planos teóricos distintos, quais sejam, os conceitos jurídicos fundamentais e os conceitos jurídico-positivos. Ao tempo em que aqueles se ocupam da universalidade da ciência do direito, estes são observados a partir de cada realidade normativa específica, variável no tempo e no espaço.³

Nesse sentido, o fato jurídico consiste em conceito jurídico fundamental à ciência do direito. Isso significa que, independentemente da materialização jurídica correspondente a cada ordenamento jurídico, o conceito de fato jurídico, por si, não será variável. É dizer, a ideia de fato jurídico é universal, independentemente de circunstâncias alheias ao seu conceito. Por conseguinte, como espécie de fato jurídico, o conceito de negócio jurídico também é jurídico fundamental.

1 VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 02.

2 POPPER, Karl Raimund. *A lógica da pesquisa científica*. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013, p. 53.

3 DIDIER Jr., Fredie. *Teoria geral do processo, essa desconhecida*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 48.

Segundo Pontes de Miranda⁴, “para que alguma regra jurídica existisse, tinha de haver a indicação dos fatos sobre que ela incidisse.” No mesmo raciocínio, evidentemente que nem todos os fatos do mundo fático entram no mundo jurídico, isto porque, enquanto não se compõe o suporte fático – elementos fáticos carimbados pela regra jurídica –, não pode haver incidência, e, portanto, não há fato jurídico. Assim, somente a incidência da regra jurídica determina o ingresso do suporte fático no mundo jurídico como fato jurídico. Ainda conforme o autor, no mundo jurídico, há três planos distintos: o da existência, no qual se vislumbram os fatos jurídicos, não mais meramente os suportes fáticos; o da validade, quando se trata de ato humano cuja validade, ou não validade, possa ser constatada; e o plano da eficácia, no qual se irradiam os efeitos dos fatos jurídicos.

Na tipologia dos fatos jurídicos, é amplamente conhecida a classificação dos atos jurídicos, constituídos pela manifestação da vontade humana, subdivididos em ato jurídico em sentido estrito e em negócio jurídico.⁵ Ocupemo-nos deste último, uma vez que consiste no objeto de estudo aqui proposto.

Em todo ato jurídico *lato sensu*, a vontade consciente exteriorizada constitui elemento nuclear do suporte fático, inclusive porque ela só pode ter importância jurídica se prevista como suporte fático de alguma norma jurídica. Especificamente no negócio jurídico, a vontade é exteriorizada para a composição do suporte fático de determinada categoria jurídica, com vistas à obtenção de efeitos jurídicos, estes que podem ser predeterminados pelo sistema ou dispostos livremente por quem faz o negócio. Cumpre ressaltar que a vontade não constitui o negócio jurídico, justamente porque precisa da norma jurídica que a transforme em fato jurídico, assim como demais elementos porventura previstos como necessários para a confecção do negócio.⁶

Com efeito, o próprio Pontes de Miranda⁷ teve a incisiva preocupação de não permitir a confusão entre o negócio jurídico e o suporte fático do negócio jurídico. O autor alerta que negócio jurídico é classe de fatos jurídicos, não de suportes fáticos. É mais, o negócio jurídico já é o suporte fático após a entrada no mundo jurídico. Justamente porque já houve a entrada do suporte fático no mundo jurídico que se faz possível, por exemplo, tratar de nulidades do negócio jurídico.

Dessa forma, enquanto espécie de fato jurídico – conceito jurídico fundamental, portanto –, pode-se entender o negócio jurídico como um ato pelo qual, através do autorregramento da vontade, o sujeito pode criar, modificar ou extinguir situações jurídicas previamente definidas no ordenamento jurídico, lembrando-se que a vontade não cria os efeitos, mas, sim, compõe o suporte fático que, quando da incidência infalível da regra jurídica, produzirá o fato jurídico do qual os efeitos decorrem.⁸ Atente-se, ainda, que a projeção eficaz do negócio jurídico é que traça o que há de ser criado, modificado ou extinto.⁹ É exatamente a liberdade das pessoas na escolha das categorias e na estruturação do conteúdo eficaz, variável conforme as normas do sistema jurídico, que consiste no elemento fundamental que caracteriza o negócio jurídico, diferentemente de quando a vontade não tem escolha, produzindo efeitos necessários preestabelecidos pelas normas jurídicas.¹⁰

Feitas essas considerações, podemos concluir, em síntese, que:

o negócio jurídico é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente da vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados

4 MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. Tomo I. Ação, classificação e eficácia. I. ed. Campinas/SP: Bookseller, 1998, p. 22 e 23.

5 NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 40.

6 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. II. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 143 e 148.

7 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Campinas/SP: Bookseller, 2000.

8 NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 139 e 153.

9 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Campinas/SP: Bookseller, 2000.

10 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, II. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 72.

e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.¹¹

Tratado o negócio jurídico enquanto conceito jurídico fundamental, com fulcro na Teoria do Fato Jurídico capitaneada por Pontes de Miranda, um importante questionamento deve ser realizado e respondido: o que significa um fato jurídico processual? Ora, a adjetivação é determinante para a higidez teórica, considerando que o fato jurídico – especificamente o negócio jurídico – é um conceito jurídico fundamental e o objeto deste estudo gira em torno do negócio jurídico processual sobre os poderes probatórios do juiz.

À resposta ao questionamento acima colocado, seguimos o entendimento fincado por Pedro Henrique Nogueira¹², que, seguindo a teoria do fato jurídico aqui adotada como pressuposto teórico, sustenta que um elemento completante do núcleo do suporte fático de um fato jurídico processual é a existência de um procedimento ao qual se refira. Ou seja, sem procedimento, não há fato jurídico processual, mas, somente e no máximo, um fato jurídico. O autor ainda alerta que não necessariamente o fato jurídico processual existirá enquanto integrante da cadeia procedimental, pois o que verdadeiramente importa é sua ocorrência enquanto pendente o procedimento a ele relacionado, mesmo que, portanto, seja exterior à sede processual.

Por tabela, com base na adoção dos conceitos acima alavancados, conclui-se, dedutivamente, que no negócio jurídico processual o sujeito cria, modifica ou extingue situações jurídicas relacionadas a um procedimento, cuja vontade compõe o suporte fático, dentro de limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Assim, dado o conceito jurídico fundamental do negócio jurídico processual, como se dá a materialização do referido na legislação brasileira? Tarefa que se ocupa o tópico seguinte.

3. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NO CPC

Apresentado o pressuposto teórico e conceitual do negócio jurídico processual, deve-se, neste momento, para além da categorização do referido conceito jurídico fundamental, colocá-lo no plano normativo do ordenamento jurídico brasileiro. A esse respeito, importa destacar, inicialmente, que a promoção legislativa do negócio jurídico processual com o advento do CPC/15 foi reflexo direto do desenvolvimento jurídico-cultural em torno do formalismo processual e da constante preocupação do nível de participação dos sujeitos sobre o procedimento.

Não mais enquanto processo de forte caráter liberal, cujas disposições procedimentais eram rígidas na crença de que a formalidade maximizaria a segurança e a certeza¹³, tampouco enquanto processo de forte caráter publicista, cuja atuação do Estado-juiz se sobrepunha à participação e influência dos sujeitos, elevando o protagonismo do magistrado na condução do processo¹⁴, agora o processo civil brasileiro se desenvolve para uma tendência de flexibilização procedimental, o que resultou, dentre inúmeros outros aspectos que fogem do objeto do presente estudo, na profunda alteração normativa em relação aos negócios jurídicos processuais. Por outro lado, válido enfatizar que a tendência de flexibilização processual não significa o acolhimento de total liberdade de forma dos sujeitos processuais, pois, em sendo assim, tal como a ilimitada soberania do juiz, haveria desordem e insegurança.

Valiosíssima a lição de Rodrigo Ramina de Lucca¹⁵, ao destacar que o desenvolvimento das convenções processuais, especialmente com os estudos prévios e posteriores ao atual CPC, faz parte de um fenômeno muito mais amplo: o da concessão de disponibilidade processual regente pelo princípio

11 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, II. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 166.

12 NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 73.

13 SILVA, Ovídio Baptista A. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

14 NUNES; Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Teoria geral do processo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 86.

15 LUCCA, Rodrigo Ramina. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 22.

dispositivo. Segundo o autor, é exatamente o princípio dispositivo que traduz o respeito necessário à autonomia dos indivíduos no âmbito processual. Ainda que a ideia de procedimento sirva aos propósitos de conferir segurança, estabilidade e previsibilidade, muitas vezes, por diversos motivos, a própria forma causa embaraços aos interesses dos sujeitos. Nesse sentido, num raciocínio inverso, as situações jurídicas apresentadas processualmente poderiam ter melhor desfecho conforme o espaço de liberdade conferido aos indivíduos, que estariam, finalmente, autorizados a promover as adaptações necessárias à consecução das finalidades processuais.¹⁶

Esse cenário jurídico-cultural, aqui apenas brevemente apresentado, resultou no inevitável incentivo às partes ao autorregramento da vontade no âmbito processual, de modo que, pressupondo um espaço de liberdade, o ordenamento jurídico brasileiro se estruturou em inegável primazia à autocomposição, inclusive não somente no sentido de promoções e incentivos, mas, também – e muitas vezes sobretudo –, no sentido de impor a abstenção do julgador nos arranjos realizados pelos interessados.¹⁷ Como se apontou, esse movimento, numa verdadeira abertura para a consensualidade¹⁸, espelha a crise do formalismo e da atividade jurisdicional, permitindo-se que os sujeitos possam, uma vez que o processo também milita em seu favor, flexibilizar os procedimentos e alterar as formas processuais.¹⁹

A despeito das motivações que ensejaram a normatividade relativa aos negócios jurídicos processuais, fato é que o autorregramento da vontade é presença estrutural no ordenamento jurídico brasileiro, enfaticamente no atual CPC. Consoante o art. 3º, § 2º, a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados, não sendo diferente o entendimento em relação a questões processuais. O art. 139, V, ao seu turno, dirige-se ao gerenciamento do juiz na condução do processo, que deverá, a qualquer tempo, promover a autocomposição. Por fim, o último e mais importante exemplo em relação aos negócios jurídicos processuais, a cláusula geral de atipicidade da negociação processual prevista no art. 190, o qual autoriza que as partes estipulem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convençionem sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

A simples leitura do art. 190, do CPC, já permite que se vislumbre a consagração da cláusula geral de negociação processual, permitindo-se, com base no dispositivo, a formulação de negócios processuais atípicos.²⁰ Sobre estes, no campo em que vigora o autorregramento da vontade, tem-se a permissão para a convenção que melhor se ajuste aos interesses dos sujeitos, independentemente dos tipos previstos em lei, autorizando-se, então, um outro tipo que sirva às especificidades.²¹

Nesse sentido, no suporte fático do negócio jurídico processual, confere-se ao sujeito o poder de escolha da categoria jurídica ou a faculdade do estabelecimento de certas situações jurídicas, evidentemente dentro dos limites normativos, mas através do espaço deixado para a influência e participação dos sujeitos – através da vontade – na elaboração da atividade procedimental.²²

É importante ficar bem esclarecido que, apesar da cláusula geral de negociação processual, há verdadeiros limites em relação ao conteúdo e à eficácia do referido negócio jurídico porventura existente.

16 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007, p. 153.

17 NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 261.

18 CORDEIRO, Adriano Consentino. *Negócios jurídicos processuais e as consequências do seu descumprimento*. Tese de Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2016, p. 97 e 98.

19 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil*. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014, p. 103.

20 DIDIER Jr., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, v. 275, p. 193-228, jan. 2018, p. 02.

21 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. II. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 191.

22 DIDIER Jr., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Promessa de recompensa judicial. In ALVIM, Arruda (coord.) et al. *Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao Novo CPC – estudos em homenagem ao professor Araken de Assis*. São Paulo: RT, 2014, p. 08.

Como destacado pelo próprio Pontes de Miranda²³, “tais regras jurídicas são inspiradas pelo intuito político de defender os que negociam contra si mesmos e as maquinações de outrem.” Na adjetivação do negócio jurídico processual não há diferença, pois também encontra seus limites.

Isso ocorre porque é o sistema jurídico que regula as margens e as permissões que a vontade humana pode agir. É possível que o sistema autorize a escolha da categoria negocial, mas não autorize a estruturação do conteúdo eficaz. É possível, por outro lado, a escolha da categoria negocial e, também, a estruturação do conteúdo eficaz. Ou seja, o sistema jurídico é que regula o nível de variação em relação à vontade negocial. Exatamente por isso, pode-se afirmar que, apesar de o negócio jurídico consistir num conceito jurídico fundamental – de compreensão universal –, suas nuances jurídico-positivas se darão conforme o sistema jurídico respectivo em observação. De toda sorte, em caráter conclusivo a esse respeito, não é possível a criação voluntária de efeitos com base no negócio jurídico que não estejam previstos ou admitidos no sistema.²⁴

Tomemos a redação do parágrafo único, do art. 190, do CPC, ao preceituar que “o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo”, oportunidade na qual deverá decretar a invalidade em caso de nulidade, inserções de cláusulas abusivas em contratos de adesão ou manifesta situação de vulnerabilidade. Note-se que, na legislação processual brasileira, o negócio jurídico encontra vários óbices, o que já revela, pela simples leitura do dispositivo, a existência de limites impostos pelo sistema à vontade negocial. Novamente acompanhando a lição de Marcos Bernardes de Mello²⁵, a partir do momento em que o sistema jurídico admite a autonomia da vontade, sua manifestação poderá gerar um negócio. No entanto, os efeitos que o negócio visa somente ocorrerão se a vontade for compatível com as normas jurídicas cogentes que delimitam o espaço de atuação, de modo que, havendo incompatibilidade entre a vontade e a norma, esta prevalece.

Pelo exposto até então, nota-se que a preocupação em torno dos negócios jurídicos processuais não deve se voltar à sua existência, mas, sim, aos limites da negociação. Como apontado alhures e agora reafirmado, o exercício do autorregramento da vontade está balizado pelo espaço deixado nas normas cogentes, de aplicação inafastável. No sistema jurídico brasileiro, os negócios jurídicos processuais se sujeitam às invalidades – limites, afinal – do direito civil e do direito processual, em um duplo regime jurídico.²⁶

Com fulcro na teoria aqui adotada, deve-se enfatizar, porquanto oportuno, que a suficiência de elementos nucleares e completantes do suporte fático da norma jurídica farão o fato jurídico existir, numa incidência infalível, enquanto os elementos complementares e integrativos se relacionam à validade e à eficácia do ato, mas não sua existência. No caso do negócio jurídico processual, sua existência se dará com o autorregramento da vontade, com o poder de determinação e regramento da categoria jurídica e com a referenciação a um procedimento. Por conseguinte, a validade deste negócio deverá observar a capacidade, a licitude, a forma não prescrita ou defesa em lei, a perfeição da vontade e as especificidades de controle impostas pelo parágrafo único, do art. 190, do CPC, em caso de negócios atípicos.²⁷

Nesse sentido, com fulcro na própria disposição constante do parágrafo único, do art. 190, o juiz estará limitado ao controle da validade da convenção, justamente para afastar o negócio somente nas hipóteses que o próprio sistema jurídico não autoriza como válido. Em tais situações, portanto, “o juiz deve atuar na verificação da validade dos negócios processuais. Sua função é, então, verificar se o

23 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Campinas/SP: Bookseller, 2000.

24 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. II. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 158.

25 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. II. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 162.

26 NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 183 e 270.

27 ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais - Existência, validade e eficácia - Campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*. v. 244, jun. 2015, p. 06.

negócio jurídico processual está de acordo com o ordenamento jurídico”²⁸, sendo impensável qualquer análise de conveniência ou oportunidade a respeito do objeto do negócio.²⁹

Feitas essas explicações, retomam-se os questionamentos fundantes desta investigação: que dizer, então, dos negócios jurídicos processuais em torno da oficialidade probatória? Há espaço concedido pelo ordenamento jurídico para tais negócios? Eles seriam válidos e eficazes? Sigamos com o raciocínio.

4. BREVES RAZÕES DA OFICIALIDADE PROBATÓRIA

Na análise do negócio jurídico processual sobre o poder probatório oficial, naturalmente algumas importantes considerações sobre a oficialidade probatória precisam ser colocadas. Em um plano ainda mais amplo e anterior a este, analisar o direito probatório significa, invariavelmente, tocar no famigerado tema da verdade. Essa abordagem é inevitável pelo simples fato de que o estudo da prova implica em reflexões multifacetadas, “com implicações filosóficas, culturais e epistemológicas que remontam à própria busca do homem pela verdade (o anseio pela obtenção de um conhecimento verdadeiro)”.³⁰

Especificamente no âmbito do direito processual, o compromisso com a verdade sempre foi ponto de muita preocupação doutrinária e jurisprudencial, com base na ideia de que o juiz deve estar munido da máxima instrução para a responsável atividade jurisdicional³¹, de modo que as chances de êxito de uma decisão justa – encarada no sentido de decisão conforme a verdade – serão maiores quanto mais completo for o material probatório disponível ao julgador.³²

Importa consignar, desde já, que discussões aprofundadas em torno do conceito de verdade e a relação existente com a prova fogem completamente do objeto de estudo do presente trabalho. O tema apenas precisa ser tocado em algum ponto, porque, como se disse, é impensável compreender a oficialidade probatória sem ter em vista as diversas tentativas normativas de compromisso com a verdade, seja ela qual for. No CPC, por exemplo, o art. 77, I, é claro ao preceituar que é dever de todos que de alguma forma participem do processo expor os fatos em juízo conforme a verdade. Igualmente o art. 378, ao estabelecer que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”.

Com base nos preceitos acima citados, o raciocínio imediato que se impõe é compreender que uma decisão só pode ser considerada justa, em tese, se fundada na verdade, tanto que a própria legislação dispõe categoricamente a respeito. Não faria sentido, por isso mesmo, imaginar o ato de fazer justiça com a aplicação do direito mediante a deturpação da verdade. Ou seja, não apenas enquanto instrumento das partes, a atividade jurisdicional deve estar pautada pela ética, atendendo a escopos políticos, sociais e jurídicos³³

28 BOCALON, João Paulo. *Os negócios jurídicos processuais no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 109.

29 REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro*: existência, validade e eficácia. Tese de Doutorado em Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2019, p. 189.

30 RODRIGUES, Daniel Colnago; MONTEIRO NETO, João Pereira. Reflexões sobre a distribuição dinâmica do ônus probatório. In DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Doutrina Seleccionada*, v. 3. Provas. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 502.

31 IOCOHAMA, Celso Hiroshi. O princípio da veracidade e o direito de não fazer prova contra si mesmo perante o novo código de processo civil. *Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil*. v. 13. n. 97 – Set-Out. 2015, p. 279.

32 NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A função epistêmica do processo e as limitações probatórias: o direito à não autoincriminação e sua (in)aplicabilidade no processo civil. In DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Doutrina Seleccionada*, v. 3. Provas. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 55.

33 IOCOHAMA, Celso Hiroshi. O princípio da veracidade e o direito de não fazer prova contra si mesmo perante o novo código de processo civil. *Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil*. v. 13. n. 97 – Set-Out. 2015, p. 285.

Nesse trilhar de ideias, Eduardo Cambi³⁴ assinala que é justamente pelo direito probatório que será possível aproximar o julgador dos fatos tal como aconteceram. Inclusive, retomando o inafastável tema da verdade, Vitor de Paula Ramos³⁵ afirma que se o direito probatório não se voltar à finalidade de buscar a verdade, espelhando o que realmente ocorreu no mundo, não há mesmo razão para o comportamento dos sujeitos conforme as normas jurídicas.

Com efeito, é exatamente nesse cenário de preocupação que a oficialidade probatória se insere. Não por outra razão, Robson Renault Godinho³⁶ entende que “a tendência atual é o reconhecimento legislativo de poderes instrutórios do juiz, sendo que no Brasil a jurisprudência é firme em conferir imensa amplitude na determinação oficial da prova.” E mais, o referido autor apresenta uma série de reflexões a respeito do tema:

Se a iniciativa probatória oficial for considerada uma faculdade, o descontrole do critério judicial é absoluto e o arbítrio será coonestado; se for considerado um dever, ou poder-dever, o processo se tornará cada vez mais inquisitivo e a obrigatoriedade da instrução oficial ensejara problemas outros. Se se eliminar a instrução oficial, será padronizada a omissão, mas os valores que fundamentam a participação do juiz serão sacrificados. Se se limitar a atividade instrutória judicial em alguns casos, como somente em direitos indisponíveis, haverá a admissão que a disponibilidade enseja a indiferença no resultado do processo, sem contar a dificuldade intrínseca de se definir o que deve ser considerado indisponível, o que poderia ser sanado com a indicação taxativa de determinadas hipóteses. Essas são algumas inquietações que podem ser extraídas desse instigante tema, revelando como o maniqueísmo é prejudicial e uma discussão ampla e que precisam ser debatidas e refletidas.³⁷

O art. 370, do CPC, é objetivo ao autorizar o juiz a determinar, de ofício ou a requerimento, as provas necessárias ao julgamento do feito. O dispositivo abre margem, portanto, para que o julgador possa, caso entenda necessário, proceder à instrução de ofício. Essa disposição normativa encontra respaldo, sobretudo, na valorização da verdade, numa postura ativa do juiz para essa finalidade. Nesse sentido, muito embora haja a distribuição do ônus probatório a cargo das partes, o julgador poderá determinar a produção de prova de ofício, na ideia de zelo pelo bom andamento processual e pelo afastamento de dúvidas.³⁸

Como exposto anteriormente, esse trabalho não tem o fito de analisar as correntes teóricas sobre a verdade e o direito probatório, pois fugiriam completamente do objeto de estudo. Outrossim, também não se faz necessário, nesta oportunidade, tecer críticas ou outras colocações a respeito da oficialidade probatória. Independentemente desses dois fatores, a determinação da prova de ofício existe e é autorizada por lei, e, ao nosso entender, trata-se de disposição normativa influenciada pela tentativa de buscar uma suposta verdade na atividade jurisdicional, resultando, conseqüentemente, em decisões também supostamente justas.

Sob essa perspectiva, a hipótese proposta neste trabalho é retomada: é possível haver, de forma válida e eficaz, negócio jurídico processual sobre a oficialidade probatória? É possível, nesse sentido, a vedação à prova oficial por convenção dos sujeitos interessados? Vejamos.

34 CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) - Exegese do art. 373, §§ 1.º e 2.º do NCPC. *Revista de Processo*, v. 246, ago. 2015, p. 02.

35 RAMOS, Vitor de Paula. Ônus e deveres probatórios das partes no novo CPC brasileiro. In DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Doutrina Seleccionada*, v. 3. Provas. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 268.

36 GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. In DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Doutrina Seleccionada*, v. 3. Provas. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 353.

37 GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. In DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Doutrina Seleccionada*, v. 3. Provas. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 358.

38 THAMAY, Rennan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro. Primeiras impressões sobre o direito probatório no CPC/15. *RJLB*, Ano 2, n. 4, 2016, p. 1454.

5. VALIDADE E EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL SOBRE O PODER PROBATÓRIO OFICIAL

Antes de adentrar na análise dos planos do negócio jurídico sobre o poder probatório do juiz, com base na teoria do fato jurídico, é importante situar o tema no contexto ideológico entre os ativistas e garantistas do processo³⁹, isso porque a força jurisdicional encontra respaldo em diversas cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e outras disposições amplas de poder, em nome do justo e do efetivo, ao tempo em que a própria legislação processual oferece respeito ao autorregramento da vontade e impõe rigorosos óbices de controle de atuação, a exemplo da exaustividade substancial do contraditório e da fundamentação analítica.

Essa tentativa de compatibilização é o que parece ter ocorrido, à primeira vista, com o direito probatório. Há, por exemplo, regras de distribuição do ônus da prova, mas permite que o juiz instrua de ofício. Ademais, há deveres de exposição dos fatos conforme a verdade, mas permite que a parte se escuse sobre determinados fatos. Cingindo-se ao que nos interessa neste estudo, há também permissivo para o negócio jurídico probatório – inclusive de forma típica, consoante o art. 373, § 3º ou art. 357, § 2º – ao tempo que a oficialidade instrutória continua autorizada pelo art. 370. Em tal contexto, o negócio jurídico processual sobre o poder probatório oficial é válido e eficaz? Pois bem.

5.1. Análise da validade

O sistema jurídico prescreve diversos limites ao negócio jurídico, estabelecendo pressupostos que deverão ser atendidos para sua existência e posterior validade e eficácia. Mesmo com o reconhecimento do autorregramento da vontade, presença marcante no art. 190, do CPC, não se pode, de forma alguma, admitir que a amplitude da vontade seja irrestrita. Por outro lado, quanto maior a indeterminação da norma, como é o caso, maior a autonomia conferida.⁴⁰ Tomemos o dispositivo legal em comento:

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.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Percebe-se que o espaço de participação para a formação de arranjos procedimentais nunca foi tão amplo, justamente em razão da indeterminação do dispositivo legal, admitindo-se, com base nela, a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos. No caso, somente em caso de invalidade será possível o controle do juiz sobre o convencionado. Do contrário, ele deverá atender, inclusive adotar medidas necessárias, àquilo que foi negociado.⁴¹

Conforme já apontado oportunamente, os negócios jurídicos processuais se sujeitam aos critérios de validade do direito civil e do direito processual. Inclusive, o Enunciado n.º 403, do Fórum Permanente dos Processualistas Civis (FPPC), dispõe que a validade do negócio jurídico processual requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma não prescrita ou defesa em lei.

Nesse sentido, eventual negócio jurídico processual sobre a oficialidade probatória precisa atender, antes de tudo, aos pressupostos de validade estabelecidos pelo direito civil brasileiro, referente ao sujeito, ao objeto e à forma de exteriorização da vontade. Sobre o primeiro, a vontade deve ser

39 RAMOS, Vitor de Paula. Ônus e deveres probatórios das partes no novo CPC brasileiro. In DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Doutrina Selecionada*, v. 3. Provas. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 43.

40 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. II. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 159 e 160.

41 NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 267 e 268.

perfeita, sem vícios, livre, ao tempo em que o agente emissor deve ser capaz e legítimo para a prática do ato. Sobre o objeto, ele deve ser determinado, possível e lícito. Por fim, a forma utilizada não pode desatender solenidades especiais exigidas.⁴²

Por ser referente ao processo, o negócio jurídico processual, para ser válido, também precisa que o processo verse sobre direitos que admitam a autocomposição, e que, dentro do espaço deixado pelas normas cogentes, não seja a convenção inserida abusivamente em contrato de adesão ou realizada por sujeito em situação de vulnerabilidade – que, para todos os fins, também diz respeito à vontade perfeita e livre.

Dados os pressupostos acima elencados, a grande celeuma da validade do negócio jurídico processual sobre a oficialidade probatória dirá respeito ao objeto, isto porque a análise ficará voltada ao espaço deixado pelas normas cogentes ao autorregramento da vontade, determinando-se, portanto, se é possível juridicamente às partes dispor sobre poder probatório oficial. Eis as razões pelas quais entendemos que sim.

A questão da oficialidade probatória se coloca na atenção dada ao proferimento de decisões justas com base na verdade, elementos que foram brevemente abordados alhures. Ocorre que essa compreensão não pode ser tida como um fim em si mesmo. Inclusive, a análise de fatos – averiguando uma possível verdade – não é o único requisito para que a decisão seja considerada justa, vez que há outras normas essenciais que devem ser aplicadas de igual forma.

Inúmeras problematizações são possíveis a esse respeito. O que impede, por exemplo, a confissão lícita de um fato em favor da parte contrária? Ainda que eventualmente o fato não corresponda supostamente a uma verdade, civil e processualmente a confissão tem um valor que não pode deixar de ser observado. O que dizer, então, do negócio jurídico processual sobre direitos que admitam a autocomposição? Outro tradicional exemplo pode ser extraído da revelia e da inadmissão de provas ilícitas. No primeiro caso, o próprio art. 344, do CPC, assegura que um dos efeitos da revelia consiste na presunção de verdade das alegações de fato formuladas. No segundo caso, é possível que determinada prova seja inadmitida e a decisão, ao final, seja proferida em desacordo com a verdade dos fatos, exatamente porque a prova ilícita foi inutilizada procedimentalmente.

Assim, pela compreensão normativa do sistema jurídico brasileiro no âmbito civil, não se vislumbra a verdade como fundamento máximo, pois, apesar de ser enaltecida normativamente na legislação processual, é plenamente possível, por outro lado, decisões proferidas com base nas regras de julgamento previstas em lei, como ocorre nos exemplos acima cogitados, que se afastem de uma pretensa verdade. Não seria também o caso dos negócios jurídicos processuais? Especificamente no direito probatório, o art. 357, § 2º, do CPC, autoriza expressamente que as partes formulem negócio sobre questões de fato que deverão recair a prova; outrossim, o art. 373, § 3º, autoriza expressamente que a distribuição do ônus da prova pode ser convencionada.

Neste cenário, concluímos que as regras de julgamento previstas em lei, a exemplo claro do ônus probatório, autorizam a decisão judicial distante da verdade em inúmeras oportunidades. Consequentemente, da mesma forma que a pretensa verdade poderia ser afastada, por exemplo, pelos efeitos da revelia ou pela desconsideração da prova ilícita, não cabe justificar a impossibilidade do negócio jurídico processual sobre a oficialidade probatória com fulcro numa suposta agressão à busca pela verdade. Esta convenção, portanto, terá objeto lícito e possível, e será válida desde que sejam observados todos os seus outros pressupostos de validade.

Cumprе ressaltar, ainda, que não importa que esse negócio tenha por objeto um poder do juiz, pois continua sendo lícito e possível juridicamente. Essa visão, contudo, não é pacífica. Daniel Amorim Assumpção Neves⁴³, por exemplo, sustenta que, conquanto a lei autorize a negociação em torno das posições processuais, em nenhuma hipótese o acordo pode versar sobre a posição processual do juiz, sendo inviável, portanto, o exercício da oficialidade probatória. Ocorre que qualquer negócio jurídico

42 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 17 e 18.

43 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume único. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 392.

processual – na verdade quase qualquer ato processual – atinge, em maior ou menor medida, o poder do juiz, não apenas aqueles que versem sobre prova. Consequentemente, se válido, cabe-lhe somente respeitar a vontade das partes, não sendo adequado traçar a posição do julgador destinatário da atividade decisória como posição jurídica intocável por negócio das partes, afinal, o simples ato de realizar ou não um pedido já adstringe o juiz. Nesse exato entendimento, Robson Renault Godinho⁴⁴ arremata que:

É inegável que a celebração de negócios probatórios pelas partes afetará, em maior ou menor medida, a atividade do juiz, mas isso não é exclusividade ou algum tipo de efeito idiossincrático desse tipo de acordo. Na realidade, todo e qualquer negócio jurídico processual repercute inexoravelmente na atividade do juiz. Trata-se de uma consequência inerente e automática. Pense-se, por exemplo, na tradicional e conhecidíssima cláusula de eleição de foro.

(...)

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

Assim, o poder probatório oficial, além de ter que respeitar as disposições referentes ao ônus probatório, também deve respeito ao negócio jurídico processual porventura existente e válido, observando-se o autorregramento da vontade dentro do espaço deixado pelo próprio sistema jurídico.⁴⁵

Exatamente nos termos de Pontes de Miranda⁴⁶, o autorregramento da vontade “é o espaço deixado às vontades, sem se repelirem do jurídico tais vontades”. Nesse sentido, compreendendo que o direito probatório é disponível às partes, também se insere aí o poder probatório oficial, pelas razões acima colocadas. Inclusive, negociar sobre poder do juiz é algo extremamente comum. Ao dispor sobre a execução civil, por exemplo, com fulcro no art. 775, do CPC, o(s) sujeito(s) fatalmente atinge(m) o espaço de poder conferido ao juiz para a aplicação de medidas executivas.

Como de se esperar em um ambiente acadêmico e democrático, a visão aqui defendida não é, nem de longe, unânime. Luiz Guilherme Marinoni⁴⁷, por exemplo, sustenta que “o acordo processual que restringe provas nega o direito fundamental à tutela jurisdicional pautada em convicção de verdade, que também pode ser designado de direito fundamental à decisão justa”. Segundo o autor mencionado, a decisão justa precisa estar em conformidade com o que é possível averiguar sobre os fatos alegados. E mais, pois o obstáculo para convencionar sobre prova não se relaciona simploriamente com o poder probatório oficial, mas, sim, com seu dever de prestar tutela jurisdicional com convicção. Antes da vigência do atual CPC, Diogo Assumpção de Rezende Almeida⁴⁸ sustentava que o interesse público inafastável da busca pela verdade impedia cláusulas ou convenções proibitivas da prova de ofício, retirando o poder do juiz de contribuir para uma investigação razoável. Inclusive, há mesmo quem afirme que os negócios processuais “somente terão capacidade de produzir coisa julgada se não restringirem a atividade probatória do juiz.”⁴⁹

Ocorre que, distintamente dos autores acima mencionados a título exemplificativo, compactuamos da ideia de que o sistema jurídico autoriza, por vezes determina, decisões que não necessariamente reflita

44 GODINHO, Robson Renault. A Possibilidade de Negócios Jurídicos Processuais Atípicos em Matéria Probatória. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 56, abr./jun. 2015, p. 195.

45 JOBIM, Marco Félix; MEDEIROS, Bruna Bessa de. O impacto das convenções processuais sobre a limitação de meios de prova. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano II. v. 18, v. 1, jan./abr. 2017, p. 13.

46 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Campinas/SP: Bookseller, 2000.

47 MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre a prova diante dos fins do processo civil. *Revista de Processo*. ano 44, v. 288, fev. 2019, p. 134 e 135

48 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de Almeida. *Das convenções processuais no processo civil*. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014, p. 171.

49 ARAÚJO, José de Aurélio. *Cognição sumária, cognição exaustiva e coisa julgada*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 183.

uma suposta verdade, seja ela qual for. Ao contrário, em diversas oportunidades a legislação estabelece critérios meramente procedimentais para a lisura do processo e das decisões, com distribuições específicas de ônus, direitos e deveres. Nessa perspectiva, o negócio jurídico processual é mais uma possibilidade conferida, inclusive no direito probatório. Ademais, estando presentes todos os outros pressupostos de validade, não entendemos possível afastar a validade do negócio jurídico processual sobre o poder probatório oficial, justamente por se tratar de espaço deixado ao autorregramento da vontade.

Em importante trabalho crítico de Michele Taruffo, Beclaute Oliveira Silva⁵⁰ tece considerações cruciais sobre o problema tormentoso da verdade na filosofia e no direito, concluindo, a respeito do negócio jurídico processual que tenha por objeto a prova, que não é a verdade que está a ser negociada, mas os meios para sua descoberta ou construção – a depender do ponto de vista. Segundo brilhantemente colocado pelo autor alagoano, não cabe à dogmática jurídica dispor sobre a epistemologia da verdade, mas, sim, estipular critérios para a tomada de decisão, a exemplo do *in dubio pro reo*, presunções, ônus da prova, fato notório, fato incontroverso. Com fulcro nesse entendimento, reafirmamos que o poder probatório oficial consiste em objeto lícito e possível juridicamente.

Ora, a atividade cognitiva do julgador é delimitada e regida procedimentalmente. Se, hipoteticamente, um negócio jurídico processual válido veda a prova de ofício, o julgador não poderá determiná-la. Assim, a tomada de decisão deverá ser feita conforme as provas que o processo já dispõe, exatamente porque as partes, através do autorregramento da vontade, assim escolheram. Desrespeitar essa vontade significaria rechaçar um negócio jurídico válido em favor do protagonismo judicial em busca de uma pretensa verdade.⁵¹

As conclusões acima trazidas são relevantes ao se considerar que, na teoria do fato jurídico, a incidência é infalível e a cognição jurisdicional fica responsável por aplicar exatamente a norma jurídica que incidiu.⁵² Neste íterim, o negócio jurídico processual não se daria sobre a infalibilidade da incidência da norma jurídica, mas, sim, sobre as técnicas jurídicas procedimentais disponíveis para a tomada de decisão – como é o caso da produção de prova de ofício. Em tal perspectiva, se o sistema jurídico cede espaço ao autorregramento da vontade no âmbito probatório, nada impede que as partes formulem convenção válida que seja do seu melhor interesse.

5.2. Análise da eficácia

Como cedo na teoria do fato jurídico adotada, a ideia de eficácia jurídica é aqui designada como “os efeitos próprios e finais dos fatos jurídicos.”⁵³ Com efeito, urge destacar que somente os fatos jurídicos produzem efeitos jurídicos. Nem mesmo a lei ou os fatos por ela previstos podem gerar eficácia isoladamente. Todavia, também cumpre enfatizar que, muito embora a norma jurídica não seja fonte de efeitos jurídicos, ela define a eficácia que o fato jurídico terá.⁵⁴

Por conseguinte, o negócio jurídico processual, enquanto fato jurídico adjetivado em relação a um procedimento, também poderá gerar efeitos próprios e finais. Tendo a vontade enquanto elemento nuclear, o negócio jurídico permite, dentro dos limites traçados pelo sistema jurídico, o poder do

50 SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Doutrina Seleccionada*, v. 3. Provas. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 283 e 304.

51 GODINHO, Robson Renault. A Possibilidade de Negócios Jurídicos Processuais Atípicos em Matéria Probatória. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 56, abr./jun. 2015, p. 196.

52 CATÃO, Adrualdo de Lima. *Teoria do fato jurídico: uma abordagem lógica da decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 157.

53 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 1ª parte. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 48.

54 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. II. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 149.

autorregramento da escolha de categorias jurídicas, possibilitando, inclusive, a estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas decorrentes.⁵⁵

Essa colocação é importante para estabelecer, de pronto, que o próprio negócio jurídico processual tem o condão de estipular sobre a eficácia do fato jurídico. Já que ligadas ao autorregramento da vontade, a determinações inexas, quando admitidas, são próprias dos negócios, de modo que até mesmo a autolimitação se faz possível, inclusive com a estipulação de termos ou condições.⁵⁶ Nada impede, por exemplo, que as partes interessadas vedem a produção de prova de ofício com a estipulação de condições.

Evidentemente que a eficácia sofre limitações pessoais, espaciais, temporais e de conteúdo, bem como pelo próprio autorregramento⁵⁷, consoante acima já mencionado. Sobre a limitação pessoal referente ao negócio jurídico processual, importante frisar que, em regra, o terceiro não pode ter a esfera jurídica atingida sem ter participado do negócio. O Enunciado n.º 402, do FPPC, assinala que “a eficácia dos negócios jurídicos para quem deles não fez parte depende de sua anuência, quando lhe causar prejuízo”, entendimento com o qual concordamos. Isso decorre do princípio *nemo inauditur damnare potest*, buscando-se evitar o prejuízo de quem não foi ouvido.

Nesse sentido, por mais que a convenção sobre o poder probatório do juiz seja válida, o desfecho de uma ação, por exemplo, não pode prejudicar um sujeito parte do processo – que não participou do negócio – pela vedação da prova oficial, pois o fato jurídico que a originou não é eficaz em relação a ele. De tal modo, se a legislação continua a autorizar a prova de ofício, o juiz continua a ter esse poder em razão da ineficácia sobre o terceiro que não participou do negócio.

Outra questão interessante em relação à eficácia do negócio jurídico processual sobre o poder probatório oficial diz respeito à exigência de homologação do juízo. Entendemos que, se o próprio negócio não a estipula, então a homologação não consiste em elemento de eficácia do negócio jurídico, pelo simples fato de que não há essa exigência legal. Enquanto o saneamento negociado ou a desistência da ação, por exemplo, exigem a homologação do juiz, com base no art. 357, § 2º e art. 200, parágrafo único, respectivamente, o negócio jurídico processual sobre a prova oficial se funda no art. 190, o qual não exige a homologação.

Novamente oportuno mencionar o FPPC, especificamente nos Enunciados n.º 133 e 260, os quais assinalam, respectivamente, que os negócios jurídicos processuais fundados no art. 190 independem de homologação judicial, salvo nos casos expressamente previstos na lei, e que a referida homologação, quando exigida, corresponde a uma condição de eficácia. Também cumpre destacar, segundo nosso entender, que as partes podem condicionar a eficácia de parte do negócio jurídico processual através do próprio negócio jurídico processual. Ora, ao convencionar sobre a vedação da oficialidade instrutória, as partes podem condicionar a eficácia desse ato à própria homologação do juízo; não vislumbramos impedimento para tanto.

Assim, comungamos da ideia de que “não há necessidade de homologação judicial para que a convenção celebrada entre as partes produza seus efeitos”.⁵⁸ Inclusive, o art. 200, do CPC, estabelece que os atos das partes materializados pela vontade produzem efeitos imediatamente, razão pela qual, não sendo o caso de invalidade, o juiz tem o dever de observar o que foi convencionado. Portanto, se não for expressamente exigida, a homologação judicial não consiste em elemento integrativo do suporte fático do negócio jurídico. Vale destacar que o controle judicial de validade do negócio não se confunde com eventual necessidade de homologação para ter eficácia.

55 ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais - Existência, validade e eficácia - Campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*. v. 244, jun. 2015, p. 04.

56 NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 212 e 213.

57 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 1ª parte. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 50.

58 NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 267.

Por conseguinte, havendo negócio jurídico processual válido, é de se presumir que haja a consagração da eficácia total e imediata como regra. Então, retomando ao exemplo da homologação do juiz, essa necessidade é excepcional, somente quando houver determinação legal ou a própria disposição das partes a exigi-la. Do contrário, a homologação é dispensável para a eficácia do negócio.⁵⁹

Não nos parece adequada a crítica de que o negócio jurídico processual sobre o poder instrutório oficial é ineficaz em relação ao juiz.⁶⁰ Primeiro que colocamos essa discussão no plano da validade, tendo em vista que diz respeito ao espaço que o ordenamento jurídico cede para o autorregramento da vontade – e, como amplamente já discutido na oportunidade, não encontramos qualquer empecilho. Segundo que não se vislumbra qualquer óbice à total e imediata eficácia do negócio jurídico processual fundado no art. 190, salvo determinação legal esparsa, que não é o caso, ou a própria disposição das partes.

Feitas essas considerações, como bem concluído e arrematado por Pedro Henrique Nogueira⁶¹, “disso decorre a importância de identificar os elementos do suporte fático da norma jurídica, pois somente assim será possível saber a sorte do negócio jurídico processual em cada um dos planos.” Ou seja, é dessa forma que se fará possível a análise da validade e da eficácia dos negócios jurídicos processuais sobre o poder probatório oficial.

6. CONCLUSÃO

Fundando-se na teoria do fato jurídico desenvolvida por Pontes de Miranda e, posteriormente, por Marcos Bernardes de Mello, o trabalho teve o claro propósito de enquadrar o negócio jurídico processual sobre o poder probatório oficial no referido marco teórico, a fim de investigar e analisar alguns importantes aspectos da validade e da eficácia do ato.

Nesse desiderato, vislumbrou-se que o negócio jurídico processual consiste em mais uma realidade procedimental que poderá reger o direito probatório, tal qual várias outras reconhecidas e autorizadas pela lei. Desse modo, estando presentes todos os pressupostos de validade para todo e qualquer negócio, além dos pressupostos específicos dispostos no art. 190, do CPC, nada impede que o poder probatório oficial seja convencionado no melhor interesse dos sujeitos interessados, exatamente por estar inserido no espaço conferido ao poder de autorregramento da vontade.

Outrossim, referente ao plano da eficácia, é de se reconhecer a plena possibilidade de efeitos próprios e finais do negócio jurídico processual, considerando-se que é da característica do fato jurídico produzir efeito jurídico. No entanto, semelhantemente a outros fatos jurídicos, a eficácia poderá sofrer limitações de diversas ordens. Aos propósitos deste trabalho, talvez a mais importante consideração em torno da eficácia diga respeito à necessidade de homologação do juiz. Conforme a conclusão extraída, o negócio jurídico processual sobre o poder probatório de ofício produzirá efeitos independentemente de homologação, salvo se os próprios sujeitos assim estipularem, tendo em vista que a homologação somente consiste em elemento integrativo do suporte fático do negócio jurídico quando expressamente exigida.

59 REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro*: existência, validade e eficácia. Tese de Doutorado em Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2019, p. 208.

60 REINAS, Caroline Pastrri Pinto. *O negócio jurídico processual em matéria probatória à luz dos poderes instrutórios do juiz e do princípio da cooperação*: uma proposta de sistematização. Dissertação de mestrado, Universidade de Marília. Marília/SP: Unimar, 2020, p. 186.

61 NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 204.

7. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de Almeida. *Das convenções processuais no processo civil*. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014.
- ARAÚJO, José de Aurélio. *Cognição sumária, cognição exaustiva e coisa julgada*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de. *Negócios jurídicos materiais e processuais - Existência, validade e eficácia - Campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais*. *Revista de Processo*. v. 244, jun. 2015.
- BOCALON, João Paulo. *Os negócios jurídicos processuais no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016.
- CATÃO, Adrualdo de Lima. *Teoria do fato jurídico: uma abordagem lógica da decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2013.
- CAMBI, Eduardo. *Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) - Exegese do art. 373, §§ 1.º e 2.º do NCPC*. *Revista de Processo*, v. 246, ago. 2015.
- CORDEIRO, Adriano Consentino. *Negócios jurídicos processuais e as consequências do seu descumprimento*. Tese de Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2016.
- DIDIER Jr., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. *Negócios jurídicos processuais atípicos e execução*. *Revista de Processo*, v. 275, p. 193-228, jan. 2018.
- DIDIER Jr., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Promessa de recompensa judicial*. In ALVIM, Arruda (coord.) et al. *Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao Novo CPC – estudos em homenagem ao professor Araken de Assis*. São Paulo: RT, 2014.
- DIDIER Jr., Fredie. *Teoria geral do processo, essa desconhecida*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007.
- GODINHO, Robson Renault. *A Possibilidade de Negócios Jurídicos Processuais Atípicos em Matéria Probatória*. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 56, abr./jun. 2015.
- GODINHO, Robson Renault. *Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz*. In DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Doutrina Seleccionada*, v. 3. Provas. Salvador: JusPodivm, 2016.
- IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *O princípio da veracidade e o direito de não fazer prova contra si mesmo perante o novo código de processo civil*. *Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil*. v. 13. n. 97 – Set-Out. 2015.
- JOBIM, Marco Félix; MEDEIROS, Bruna Bessa de. *O impacto das convenções processuais sobre a limitação de meios de prova*. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 11. v. 18, v. 1, jan./abr. 2017.
- LUCCA, Rodrigo Ramina. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A convenção processual sobre a prova diante dos fins do processo civil*. *Revista de Processo*. ano 44, v. 288, fev. 2019.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 1ª parte. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. II. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. Tomo I. Ação, classificação e eficácia. 1. ed. Campinas/SP: Bookseller, 1998.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Campinas/SP: Bookseller, 2000.
- NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A função epistêmica do processo e as limitações probatórias: o direito à não autoincriminação e sua (in)aplicabilidade no processo civil. In DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Doutrina Seleccionada*, v. 3. Provas. Salvador: JusPodivm, 2016.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume único. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.
- NUNES; Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Teoria geral do processo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- POPPER, Karl Raimund. *A lógica da pesquisa científica*. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013.
- RAMOS, Vitor de Paula. Ônus e deveres probatórios das partes no novo CPC brasileiro. In DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Doutrina Seleccionada*, v. 3. Provas. Salvador: JusPodivm, 2016.
- REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro: existência, validade e eficácia*. Tese de Doutorado em Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2019.
- REINAS, Caroline Pastrri Pinto. *O negócio jurídico processual em matéria probatória à luz dos poderes instrutórios do juiz e do princípio da cooperação: uma proposta de sistematização*. Dissertação de mestrado, Universidade de Marília. Marília/SP: Unimar, 2020.
- RODRIGUES, Daniel Colnago; MONTEIRO NETO, João Pereira. Reflexões sobre a distribuição dinâmica do ônus probatório. In DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Doutrina Seleccionada*, v. 3. Provas. Salvador: JusPodivm, 2016.
- SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In DIDIER Jr., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Doutrina Seleccionada*, v. 3. Provas. Salvador: JusPodivm, 2016.
- SILVA, Ovídio Baptista A. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- THAMAY, Rennan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro. Primeiras impressões sobre o direito probatório no CPC/15. *RJLB*, Ano 2, n. 4, 2016.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.