

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

TIAGO GABRIEL WACULICZ ANDRADE

TUTELA DO DIREITO NO PROCESSO CIVIL: A COEXISTÊNCIA DOS PODERES  
INSTRUTÓRIOS E DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS

CURITIBA

2025

TIAGO GABRIEL WACULICZ ANDRADE

TUTELA DO DIREITO NO PROCESSO CIVIL: A COEXISTÊNCIA DOS PODERES  
INSTRUTÓRIOS E DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Talamini

CURITIBA

2025

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Andrade, Tiago Gabriel Waculicz

Tutela do direito no processo civil: a coexistência dos poderes instrutórios e das convenções processuais probatórias / Tiago Gabriel Waculicz Andrade. – Curitiba, 2025.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientador: Eduardo Talamini.

1. Instrução (Direito). 2. Prova (Direito). 3. Processo civil. 4. Ação judicial. 5. Juízes. I. Talamini, Eduardo. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

**ATA Nº580**

## **ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO**

No dia vinte e quatro de março de dois mil e vinte e cinco às 14:00 horas, na sala de Defesas - 317 - 3º andar, Prédio Histórico da UFPR - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **TIAGO GABRIEL WACULICZ ANDRADE**, intitulada: **TUTELA DO DIREITO NO PROCESSO CIVIL: A COEXISTÊNCIA DOS PODERES INSTRUTÓRIOS E DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS**, sob orientação do Prof. Dr. EDUARDO TALAMINI. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: EDUARDO TALAMINI (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP), ROBSON RENAULT GODINHO (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, EDUARDO TALAMINI, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

Observações: Aprovado, com recomendação de publicação, observadas as recomendações da banca.

CURITIBA, 24 de Março de 2025.

Assinatura Eletrônica

01/04/2025 14:42:25.0

EDUARDO TALAMINI

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

21/05/2025 17:31:56.0

RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP)

Assinatura Eletrônica

02/04/2025 13:31:33.0

ROBSON RENAULT GODINHO

Avaliador Externo (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO)

## TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **TIAGO GABRIEL WACULICZ ANDRADE**, intitulada: **TUTELA DO DIREITO NO PROCESSO CIVIL: A COEXISTÊNCIA DOS PODERES INSTRUTÓRIOS E DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS**, sob orientação do Prof. Dr. EDUARDO TALAMINI, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 24 de Março de 2025.

Assinatura Eletrônica

01/04/2025 14:42:25.0

EDUARDO TALAMINI

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

21/05/2025 17:31:56.0

RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP)

Assinatura Eletrônica

02/04/2025 13:31:33.0

ROBSON RENAULT GODINHO

Avaliador Externo (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO)

## **AGRADECIMENTOS**

“Eu chego lá, queira ou não queira eu chego lá”. Essa frase de Marinês, cantora de fibra, nordestina raiz, sintetiza meus agradecimentos a cada um que serviu de inspiração e apoio para que eu pudesse chegar até aqui. Na conquista de um objetivo, tão importante quanto o sentimento de propósito, são os sorrisos, gestos de compreensão e afeto daqueles que nos acompanham ao longo da jornada.

Se estou estudando Direito hoje, é porque segui um conselho do meu pai – e é para ele que dirijo meu primeiro agradecimento. Sou grato, porque ele sempre confiou plenamente na minha capacidade enquanto estudante e enquanto profissional. Foi por incentivo dele que eu deixei de assumir uma vaga na Academia Militar da Agulhas Negras, profissão estável e segura, pra me aventurar na área jurídica, sempre com a pretensão de ter o meu próprio escritório de advocacia e ser um bom advogado.

Hoje, tenho meu próprio escritório há quase dois anos e estou concluindo meu mestrado. Papai, sem dúvida nenhuma eu nunca chegaria aqui se não fosse pela sua orientação e apoio. Por isso eu te dedico meu mais profundo reconhecimento pelo esteio que você sempre representou na minha vida.

À minha mãezinha, leonina irreverente, que criou outros três filhos depois de mim, também não posso deixar de retribuir um pouco do imenso amor que pude receber dos seus gestos de carinho. Como sabemos, mamãe, o início do meu mestrado coincidiu com a minha despedida de casa. Você, no entanto, sempre esteve presente, ainda que por mensagens, por pensamento, ou mesmo pelas comidinhas que você me enviava pra facilitar a rotina. Eu nunca estive desamparado, porque mesmo que nos dias mais difíceis, o perfume das suas flores me fazia lembrar que Deus está comigo em todos os momentos.

Ao meu amor, Maíra, só eu e você sabemos como foi a experiência de iniciar a vida conjugal em meio a tantas responsabilidades. Mas pode ter certeza de que a confiança inabalável que você me transmite sempre serviu como um suporte fundamental pra que eu pudesse atravessar toda e qualquer dificuldade. Não há nada que substitua o valor de um amor recíproco, aquele que ampara, conforta e se doa nos momentos de necessidade. Sou privilegiado de ter desfrutado da sua companhia durante todo esse período.

Aos meus irmãos, João Pedro, Rafael e Lucas, saibam que vocês são meus melhores amigos. É gratificante saber que, a qualquer momento, posso ligar ou me encontrar com vocês pra darmos boas risadas – que só a gente sabe como são boas! O nosso vínculo me fortalece todos os dias, não só no mestrado. Vocês representam pra mim a sensação de ter com quem contar (mesmo o Luquinhas tendo só 5 anos ainda!).

Não posso deixar de mencionar também o meu orientador, Prof. Dr. Eduardo Talamini.

Por orientação do meu pai – aqui ele mais uma vez –, assisti a algumas aulas do Prof. Eduardo mesmo quando ele não ministrava a disciplina de processo civil pra minha turma. A partir do terceiro ano, ele passou a ser meu professor, o que facilitou um pouco as coisas. Fui seu monitor em mais de uma oportunidade e tive uma recepção muito agradável do meu projeto de pesquisa. Por isso, quero ser grato ao senhor, professor, por ter me recebido como seu orientando, e por ter me ajudado a lapidar as reflexões até chegar ao resultado consolidado nessa dissertação.

Eu evitei o clichê de “agradecer primeiramente a Deus”, porque Sua luz está presente em tudo o que foi dito até aqui. Em cada decisão que me trouxe a esse momento, pude contar com a clareza da Sua presença para discernir o que me serve. Por meio da Sua Justiça, hoje posso colher os frutos que plantei – e por isso me alegro, satisfeito pela Sua bondade.

Nesses agradecimentos, limito-me a esse núcleo muito restrito de pessoas fundamentais para que esse objetivo fosse alcançado. Mas como diz a cantora, “yo tengo tantos hermanos, que no los puedo contar”. A todos eles, que certamente sabem quem são, dedico minha gratidão.

*“(...) mas renova-se a esperança  
nova aurora a cada dia  
e há que se cuidar do broto  
pra que a vida nos dê flor  
flor e fruto (...)”*

Milton Nascimento – Coração de estudante

## RESUMO

O judiciário é chamado a solucionar as mais variadas crises de direito material, cujas características variam conforme o objeto da ação e as condições dos litigantes envolvidos. Nesse contexto, sua função é tutelar efetivamente o direito de quem tem razão, com base nos elementos instrutórios aportados ao processo. O presente trabalho analisa essa realidade à luz dos poderes instrutórios e das convenções processuais probatórias a fim de identificar a possibilidade de coexistência dos institutos tendo em vista as situações para as quais são endereçados. Embora a processo civil atual valorize a autonomia das partes, por meio do autorregramento, o poder instrutório permanece essencial nos casos em que a desigualdade ou a inabilidade dos litigantes possam comprometer a tutela do direito. Por outro lado, em determinados litígios, as partes não desejam se submeter aos riscos do arbítrio judicial em matéria de provas, capaz de elevar os custos e o tempo dispendidos no processo. Com base em revisão bibliográfica específica e consulta pontual à jurisprudência, foram identificados critérios que orientam a aplicação do poder-dever instrutório e delimitam os contextos em que o juiz deve se submeter a convenções probatórias. Concluiu-se, ao final, que ambos os institutos são recepcionados pela atual fase metodológica do processo civil e manifestam sua relevância de acordo com as necessidades de cada litígio.

Palavras-chave: poderes instrutórios; convenções processuais; direito probatório; litigantes habituais; litigantes eventuais.

## **ABSTRACT**

The judiciary is tasked with resolving a wide range of material rights disputes, the characteristics of which vary depending on the subject matter of the action and the conditions of the litigants involved. In this context, its role is to effectively protect the rights of those entitled, based on the evidentiary elements presented in the proceedings. This study analyzes this reality considering judicial powers of investigation and procedural evidentiary agreements, aiming to assess the possibility of their coexistence given the situations to which they are applied. Although contemporary civil procedure values party autonomy through self-regulation, judicial investigative powers remain essential in cases where inequality or the litigants' inability may jeopardize the protection of rights. Conversely, in certain disputes, the parties may prefer to avoid the risks of judicial discretion in evidentiary matters, which can increase the costs and time associated with the proceedings. Based on a specific bibliographic review and a targeted analysis of case law, this research identified criteria that guide the application of the judicial duty to investigate and delineate the contexts in which the judge must adhere to evidentiary agreements. It ultimately concludes that both mechanisms are embraced by the current methodological phase of civil procedure and demonstrate their relevance according to the specific needs of each dispute.

Keywords: procedural agreements; probative initiative of the judge; law of evidence; repeat players; one-shooters

## SUMÁRIO

|          |                                                                                                       |           |
|----------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1</b> | <b>INTRODUÇÃO</b>                                                                                     | <b>9</b>  |
| <b>2</b> | <b>OS LIMITES ENTRE INTERVENÇÃO JUDICIAL E AUTORREGRAMENTO</b>                                        | <b>12</b> |
| 2.1      | A necessidade de conciliar os poderes do juiz e das partes                                            | 12        |
| 2.2      | Os poderes instrutórios e a tutela do direito                                                         | 26        |
| 2.3      | A liberdade das partes e a efetividade do processo                                                    | 29        |
| 2.4      | Percurso necessário para justificar a coexistência                                                    | 34        |
| <b>3</b> | <b>A COOPERAÇÃO DO JUIZ PARA A TUTELA DO DIREITO</b>                                                  | <b>34</b> |
| 3.1      | Superação das objeções aos poderes instrutórios                                                       | 35        |
| 3.1.1    | Violação à imparcialidade                                                                             | 35        |
| 3.1.2    | Violação ao princípio dispositivo                                                                     | 42        |
| 3.1.3    | Dificuldade de gestão processual                                                                      | 47        |
| 3.2      | Mitigação da desigualdade                                                                             | 52        |
| 3.2.1    | A existência de vantagens e desvantagens entre os litigantes                                          | 52        |
| 3.2.2    | A habilidade do litigante como fator de influência para o resultado do processo                       | 55        |
| 3.2.3    | Necessidade de fazer prevalecer a tutela efetiva do direito                                           | 58        |
| 3.2.4    | A importância dos poderes instrutórios do juiz diante do conceito de litigantes eventuais e habituais | 60        |
| 3.3      | Poderes instrutórios na determinação da prova                                                         | 67        |
| 3.3.1    | A relevância da decisão de saneamento e organização do processo                                       | 68        |
| 3.3.2    | O dever de prevenção e a importância do contraditório                                                 | 72        |
| 3.3.3    | Produção de provas após a preclusão da parte                                                          | 74        |
| 3.3.4    | Observância à duração razoável do processo                                                            | 77        |
| 3.3.5    | Consequências do descumprimento do dever instrutório                                                  | 79        |
| 3.4      | Poderes instrutórios na produção da prova                                                             | 83        |
| 3.4.1    | Prova pericial                                                                                        | 83        |
| 3.4.2    | Prova testemunhal                                                                                     | 86        |
| 3.4.3    | Prova documental                                                                                      | 88        |
| <b>4</b> | <b>LIMITAÇÃO DOS PODERES DO JUIZ POR MEIO DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS</b>                  | <b>92</b> |
| 4.1      | Superação das objeções às convenções processuais probatórias                                          | 95        |
| 4.1.1    | Participação do juiz nos negócios jurídicos processuais                                               | 95        |
| 4.1.2    | Interferência nos poderes do juiz                                                                     | 97        |
| 4.1.3    | Interesse público no processo e a busca pela verdade                                                  | 103       |
| 4.1.4    | A limitação como parte da natureza da convenção processual                                            | 106       |
| 4.2      | Preservação dos poderes instrutórios durante a produção da prova                                      | 108       |

|          |                                                                                                   |            |
|----------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4.3      | O controle do juiz sobre as convenções processuais probatórias .....                              | 110        |
| 4.4      | Processos que envolvem direitos indisponíveis .....                                               | 112        |
| <b>5</b> | <b>A BUSCA POR EFETIVIDADE NAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS .....</b>                       | <b>113</b> |
| 5.1      | Técnicas de cognição parcial e cognição sumária .....                                             | 114        |
| 5.2      | Convenções atípicas que restringem os poderes do juiz .....                                       | 117        |
| 5.2.1    | Admissão exclusiva de prova documental .....                                                      | 118        |
| 5.2.2    | Exclusão da prova pericial .....                                                                  | 119        |
| 5.2.3    | Escolha consensual do perito e os limites da substituição .....                                   | 121        |
| 5.2.4    | Limitação da realização de nova perícia .....                                                     | 122        |
| 5.2.5    | Limitação dos quesitos de esclarecimento .....                                                    | 123        |
| 5.2.6    | Exclusão da prova testemunhal e do depoimento pessoal .....                                       | 124        |
| 5.2.7    | Dispensa de testemunha cuja oitiva foi determinada pelo juiz .....                                | 124        |
| 5.2.8    | Admissão de depoimentos testemunhais por escrito .....                                            | 125        |
| 5.2.9    | Admissão de prova ilícita .....                                                                   | 127        |
| 5.3      | Convenções para desjudicialização da produção de provas .....                                     | 128        |
| 5.3.1    | Pacto de disponibilização prévia (disclosure) .....                                               | 128        |
| 5.3.2    | Desjudicialização da prova pericial .....                                                         | 129        |
| 5.3.3    | Desjudicialização da prova testemunhal .....                                                      | 132        |
| <b>6</b> | <b>PODERES INSTRUTÓRIOS NA NECESSIDADE, CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS NA AUTONOMIA .....</b> | <b>134</b> |
| 6.1      | O espectro de litigantes que demanda acesso à justiça .....                                       | 134        |
| 6.2      | A importância da participação do juiz na instrução .....                                          | 137        |
| 6.3      | A conveniência dos negócios jurídicos processuais .....                                           | 139        |
| 6.4      | Instrumentalidade do processo, formalismo-valorativo e mudança cultural ....                      | 142        |
| <b>7</b> | <b>CONCLUSÃO .....</b>                                                                            | <b>147</b> |
|          | <b>REFERÊNCIAS .....</b>                                                                          | <b>150</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

O exercício da jurisdição ocorre a partir da relação processual que se forma entre as partes e o juiz.<sup>1</sup> Uma vez ajuizada a ação, espera-se que os sujeitos processuais atuem de forma coordenada, com vistas à concretização do direito substancial. Enquanto autor e réu se manifestam em contraditório, defendendo pretensões antagônicas, o juiz assume uma posição de imparcialidade, comprometido com a produção de justiça no caso concreto.

As partes possuem o ônus de utilizar das técnicas que lhe são disponíveis para defenderem a prevalência de suas posições; o juiz tem o dever de proferir, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.<sup>2</sup> Diante desse cenário, questiona-se até que ponto o resultado obtido pelas partes deve ser fruto de seus respectivos desempenhos e em que medida compete ao juiz interferir no processo para oferecer resposta jurisdicional adequada. Essa discussão norteia a definição do modelo sobre o qual todo o regramento do processo será erigido.<sup>3</sup>

O processo civil brasileiro, embora estabeleça elevada margem para a atuação ativa do magistrado, o que justifica a associação ao ideal publicista, também celebra a autonomia privada. No CPC/2015, o legislador manteve dispositivo que concede ao juiz amplos poderes instrutórios (art. 370), mas introduziu previsão expressa para que as partes estipulem negócios jurídicos processuais atípicos independentemente de homologação judicial (art. 190).

A partir daí, intensificaram-se os debates acerca da participação ativa do juiz no processo. Não apenas para avaliar em termos gerais a prevalência do privatismo

---

<sup>1</sup> “(...) Se é verdade que a jurisdição é uma atividade, uma função e um poder do Estado com indiscutíveis finalidades públicas, também é verdade que o processo (no sentido amplo de “realidade fenomenológica”; ou, mais precisamente, *jurisdição*) é, sobretudo, um instrumento posto à disposição do particular para que, em substituição à autotutela, possa encontrar um caminho legítimo à satisfação de seus direitos e interesses. E se é verdade que a atividade jurisdicional possui escopos públicos, e que as decisões judiciais muitas vezes projetam-se para fora do processo (na criação de precedentes, p. ex.), também é verdade que, na grande maioria dos casos, os interesses direta e imediatamente em jogo são exclusivamente privados. É o que ocorre desde causas mais simples, como uma indenização por acidente de trânsito, até causas mais complexas envolvendo disputas societárias, negócios atípicos ou redes contratuais.” RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. [e-book] RB-2.2.

<sup>2</sup> Conforme art. 6º do CPC: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

<sup>3</sup> Trata-se dos modelos inquisitivo e acusatório, ligados às noções de publicismo e privatismo. v. GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In: **Revista de Processo**, vol. 164, 2008 p. 30; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. In: **Temas de direito processual (nona série)**. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2007, p. 55-67.

ou do publicismo,<sup>4</sup> mas principalmente para investigar quais são os limites entre poderes instrutórios e convenções processuais probatórias.<sup>5</sup> Faltava uma resposta que esclarecesse qual é a postura do juiz quando as convenções processuais pretendem interferir nas suas próprias prerrogativas.<sup>6</sup> Até hoje essa questão ainda não está suficientemente delineada, havendo divergência na doutrina.

A despeito da significativa produção científica, nota-se uma lacuna que não costuma ser enfrentada. Normalmente, os trabalhos que investigam o embate entre as prerrogativas do juiz e a liberdade das partes o fazem pela perspectiva de análise da importância das convenções processuais. Os poderes instrutórios, então, são encarados como um obstáculo a ser superado, isto é, examina-se como os negócios jurídicos processuais podem ser respeitados *apesar* da autonomia do juiz na condução do processo. Pouco se fala, porém, sobre o motivo pelo qual os poderes instrutórios foram preservados no código.

Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é lançar luz para a importância da coexistência dos institutos.

Para a imensa maioria dos litigantes, a inauguração do autorregramento no processo é irrelevante, pois sequer possuem conhecimento suficiente para utilizá-los; os poderes instrutórios, no entanto, podem ser determinantes para que se obtenha um resultado justo. Daí advém a importância de trazer a prerrogativa oficiosa em matéria de provas para o seu devido lugar, garantindo que sirva à tutela do direito material, em detrimento de ser interpretada como um obstáculo à concretização da autonomia da vontade.

---

<sup>4</sup> MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios...** op. cit., *passim*; FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz ideal**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017; RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade...** op. cit., *passim*.

<sup>5</sup> TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, nº 104, outubro de 2015, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 25/08/2024; RAVAGNANI, Giovani dos Santos; VAUGHN, Gustavo Fávero; BRAZIL, Renato Caldeira Grava. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do juiz. In: **Revista dos Tribunais**. vol. 989, 2018 pp. 377-404, GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. In: **Novo CPC doutrina selecionada, v. 3: provas**. (Coord.) Fredie Didier Jr., Salvador: JusPodivm, 2016; MAFESSONI, Behlúa. **Convenções processuais probatórias e poderes instrutórios do juiz**. Salvador: Juspodivm, 2021; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: **Negócios processuais**. (Coord.) Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019; PUGLIESE, William Soares; PESSOA, Thiago Simões. Os negócios processuais probatórios e suas limitações. In: **Revista de Processo**. vol. 314, 2021, pp. 117-134.

<sup>6</sup> “Diante de tal impasse, a presente pesquisa busca responder ao seguinte questionamento: os poderes instrutórios do juiz prevalecem diante de convenção processual que suprima ou restrinja a produção de determinada prova?” MAFESSONI, Behlúa. **Convenções...** op. cit., p. 24.

Por outro lado, existem casos em que os litigantes confiam nas suas próprias habilidades e desejam evitar os riscos que decorrem dos poderes instrutórios, para que não estejam sujeitos a eventuais arbítrios do juiz. Trata-se de postura legítima, que deve ser levada em consideração para que o processo se aproxime, cada vez mais, da condição de instrumento apto a atender os interesses do extenso espectro de litigantes que buscam o acesso à justiça.

Pretende-se, portanto, definir a função dos poderes instrutórios e das convenções processuais probatórias à luz das inúmeras configurações de litígios originadas da igualmente diversificada condição dos litigantes.

Ultrapassada a introdução, no segundo capítulo, o conflito entre intervenção judicial e autorregramento será exposto com maior propriedade, abordando-se, a partir da evolução do processo e de situações práticas, a necessidade de conciliar os institutos. Enquanto, de um lado, a atuação ativa do juiz pode ser fundamental para a tutela do direito, de outro, a modificação do procedimento pode exercer importante influência na equalização dos interesses das partes na busca por efetividade.

No terceiro capítulo, concentrar-se-á nos poderes instrutórios para enfatizar a necessidade de cooperação do judiciário na concretização do direito substancial. Ultrapassando as principais objeções identificadas sobre o assunto, a participação do juiz na determinação e na produção da prova será avaliada como fator capaz de promover a mitigação de desigualdades no processo, principalmente considerando o conceito de litigantes eventuais e habituais.

Então, no quarto e no quinto capítulos, será dado enfoque às convenções processuais probatórias, primeiramente analisando-se quais são as condições necessárias para que os negócios jurídicos processuais se prestem a restringir os poderes do juiz para, em seguida, explorar mais precisamente exemplos de convenções atípicas que sujeitam o magistrado às suas limitações ou que viabilizam a desjudicialização da produção probatória para promover algum ganho em efetividade.

Por fim, o sexto capítulo servirá para arrematar o raciocínio, voltando à noção da coexistência harmônica. Compreendidas as funções dos institutos, será destacada a imprescindibilidade de cada um no desempenho das funções para as quais foram concebidos. Ficará demonstrado que o uso adequado dos poderes instrutórios e das convenções processuais probatórias mitiga os riscos de prejuízos mútuos entre suas

aplicações, constatando-se que ambos são recepcionados pela atual fase metodológica do processo civil.

## 2 OS LIMITES ENTRE INTERVENÇÃO JUDICIAL E AUTORREGRAMENTO

### 2.1 A NECESSIDADE DE CONCILIAR OS PODERES DO JUIZ E DAS PARTES

O processo civil é instrumento concebido para tutelar o direito material.<sup>7</sup> Embora a abrangência dos seus efeitos possa extrapolar os interesses discutidos pelas partes,<sup>8</sup> a consequência imediata que se busca por meio do processo é a efetivação de um direito subjetivo ou um interesse legítimo. Desse raciocínio, extrai-se que o processo deve servir ao direito material, tendo por finalidade precípua tutelar o direito de quem tem razão.

Há, no entanto, um longo caminho a ser percorrido pelo litigante entre a postulação dos seus interesses e a obtenção de uma sentença favorável. É na instrução do processo que a parte deve se concentrar em reunir os elementos aptos a convencer o juiz de que sua narrativa deve prevalecer.<sup>9</sup>

Diante do embate entre versões distintas dos fatos, construídas a partir de noções parciais, é o juiz o responsável por definir a questão, decidindo quem tem razão no caso concreto.

Se as partes, por um lado, têm o ônus de produzir as provas necessárias para defender suas alegações, o juiz, por outro, não pode se eximir de julgar o feito, tendo o dever de sentenciar conforme o seu convencimento.

Constatada essa lógica de funcionamento, a ciência processual se desenvolve, ao longo do tempo, entre as noções de privatismo e publicismo.<sup>10</sup> Quanto mais passivo for o juiz e mais significativa a participação das partes, mais se aproximará do privatismo, embasado no princípio acusatório; quanto mais garantista o juiz, podendo intervir ativamente na condução do processo, mais se estará próximo

---

<sup>7</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 7. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022. p. 17.

<sup>8</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022. p. 133.

<sup>9</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Prova pericial no CPC/2015. In: **Revista de Processo**, v. 267, 2017. p. 211-223.

<sup>10</sup> GRECO, Leonardo. **Publicismo**... op. cit., p. 30; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Correntes**... op. cit., pp. 56-57.

do publicismo, afeito ao princípio inquisitivo. Trata-se, pois, de um espectro que contempla os diferentes modelos de processo civil; alguns localizados mais para um lado, outros mais para o outro<sup>11</sup>, mas sempre coordenando os poderes das partes e do juiz, inexistindo modelo absolutamente inquisitivo ou acusatório.<sup>12</sup>

De todo modo, é interessante perceber que há um pano de fundo ideológico por detrás das noções de privatismo e publicismo, que norteou as tendências do processo ao longo de sua evolução histórica.<sup>13</sup> Isso é, não se trata de uma escolha por um mero critério de conveniência (ou até mesmo de técnica e efetividade processual), mas sim de uma compreensão que concentra o pensamento de uma época.

Quando do surgimento da concepção do processo civil como ciência autônoma, em meados do século XIX,<sup>14</sup> prevalecia nos países de *civil law* os ideais de liberalismo, marcados pela influência da revolução francesa.<sup>15</sup> Essa característica, porém, nem sempre significava uma real intenção de privilegiar a autonomia, sendo percebida em alguns casos como uma indiferença do Estado, que, relegando às

---

<sup>11</sup> Para conferir os diferentes modelos de processo civil de acordo com os países nos quais são aplicados, ver: TUCCI, José Rogério Cruz (coord.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex Editora, 2010.

<sup>12</sup> J. A. Jolowicz trata apropriadamente das distinções entre os modelos de processo, dando destaque para a necessidade de equilibrar o poder do juiz e das partes, inexistindo modelo que seja inteiramente inquisitivo ou acusatório, v. JOLOWICZ, J. A., **On civil procedure**. In: Cambridge University Press, 2000. p. 182. Ao tratar a respeito do papel das partes e do juiz no processo, Jolowicz identifica que os próprios modelos de *common law* e *civil law* influenciam na participação dos sujeitos processuais, havendo menos margem para atuação ativa do juiz nos processos levados a '*trial*', justamente pela concentração da instrução do processo na própria audiência de julgamento, enquanto nos processos majoritariamente escritos, com a produção probatória em diversos momentos e mais tempo para examiná-las, a prerrogativa probatória concedida ao juiz é naturalmente maior (p. 218-221). A noção de inexistência de modelos absolutamente inquisitivos ou acusatórios é retomada por Barbosa Moreira em MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Correntes**... op. cit., p. 57.

<sup>13</sup> GRECO, Leonardo. **Publicismo**... op. cit., pp. 39-40.

<sup>14</sup> BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: EJE, 1964.

<sup>15</sup> Não se ignora que o ideal introduzido por Bülow quando inaugurou a noção de processo como ciência autônoma era publicista. A despeito disso, em termos de evolução geral da ciência processual, verifica-se a predominância do liberalismo no século XIX e o fortalecimento do publicismo a partir do início do século XX, como por exemplo a adesão por Carnelutti, para quem a ação servia ao Estado, e não às partes: "(...) errore vi è nel pensare che il processo civile funzioni nell'interesse delle parti. Non nell'interesse delle parti, ma mediante l'interesse delle parti il processo civile si svolge. L'interesse delle parti è un mezzo, per il quale lo scopo pubblico del processo si attua; in altri termini l'interesse in conflitto è sfruttato per la composizione del conflitto. Come ciò avvenga e come in ciò stia un mirabile congegno sociale sarà detto nella seconda parte; qui insisto solo a confermare che non si può, da nessun lato, concepire la soddisfazione o la tutela dell'interesse delle parti come scopo del processo civile. Lo scopo delle parti è di aver ragione; lo scopo del processo è di dar ragione a chi la ha." CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di Diritto Processuale Civile**. Padova: CEDAM, vol. I, 1936. P. 215.

partes toda a responsabilidade pelo resultado do julgamento, não demonstrava o compromisso de efetivar o direito subjetivo que merecia tutela no caso concreto.<sup>16</sup>

No início século XX, com o fortalecimento da ideologia socialista, passou-se a compreender que o juiz, como agente estatal, deveria assumir um papel mais ativo na condução do processo, adotando providências que viabilizassem a busca pela verdade e o bem-estar social.<sup>17</sup> Sob essa influência, nasceram os primeiros códigos de processo que concediam prerrogativas mais amplas aos juízes, estimulando sobretudo a participação na instrução do processo. O código austríaco de 1895 é um exemplo, seguido, dentre outros,<sup>18</sup> pelo nosso Código de Processo Civil de 1939 e o Código italiano de 1940.

No entanto, inevitavelmente, o incremento exacerbado dos poderes do juiz, deslocando o pêndulo do processo para o princípio inquisitivo, foi utilizado como instrumento de repressão pelos governos autoritários que emergiram na primeira metade do século XX. A cultura da época subverteu a utilização dos mecanismos que haviam sido criados;<sup>19</sup> em detrimento de equalizar as diferenças entre os litigantes, a atuação ativa do Estado serviu para atender aos seus próprios interesses.<sup>20</sup>

Apesar das diferenças significativas entre os modelos, não se pode negar que ambos possuem fundamentos axiológicos válidos. Desde que respeitadas algumas premissas, tanto o modelo publicista quando o modelo privatista pode trazer resultados profícuos em termos de tutela efetiva do direito.<sup>21</sup> Inclusive, há quem considere necessário abolir o termo inquisitivo (relacionado ao modelo publicista) por

---

<sup>16</sup> “De qualquer modo, a justiça dos processos escritos dos países de civil law, liberais ou autoritários, no século XIX era uma justiça burocrática, que deixava as partes entregues à sua própria sorte e constituía um inegável instrumento do poder político, do qual sempre esteve muito próxima, sendo em geral os juízes livremente nomeados pelo soberano (...). Com a Revolução francesa haviam desaparecido as jurisdições senhoriais, das corporações e ordens religiosas e a justiça passou a ser monopolizada pelo Estado e exercida pelo juiz boca da lei, em benefício da ordem pública e da paz social, que não eram absolutamente interesses privados dos litigantes. Se liberal podia ser considerado o processo dessa época, deve-se entender que o era pela absoluta indiferença do julgador quanto à delimitação fática e jurídica do objeto litigioso, à prova dos fatos, ao drama humano, ao impacto de suas decisões sobre os interesses das partes.” GRECO, Leonardo. **Publicismo**... op. cit., p. 39.

<sup>17</sup> GRECO, Leonardo. **Publicismo**... op. cit., p. 40.

<sup>18</sup> Para um estudo detalhado sobre a evolução histórica dos poderes instrutórios do juiz nas legislações estrangeiras, v. QUEIROZ, Pedro Gomes de. **O poder do juiz de produzir prova de ofício**. In: **Revista Jurídica Luso - Brasileira**, nº 6, 2019.

<sup>19</sup> A relação entre a aplicação da lei e o fator cultural foi objeto de aprofundamento em: CAPONI, Remo. Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche. In: **Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile**. 2011. p. 390.

<sup>20</sup> RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade**... op. cit. [e-book] RB-2.10-RB-2.19.

<sup>21</sup> MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios**... pp. 267-271.

carregar um conteúdo pejorativo, que faz menção à Santa Inquisição, como se fosse um processo sem garantias, sendo mais adequado falar em modelos mistos.<sup>22</sup>

Pois bem. Foi apenas no período do pós-guerra, sobretudo com o advento dos direitos fundamentais, que se identificou a possibilidade de coordenar os modelos de processo em prol da tutela efetiva do direito. Surgiu, então, a necessidade de compreender quais funções e prerrogativas devem ser atribuídas às partes e ao juiz para que prevaleça o ideal de justiça, entendendo-se o processo como instrumento vocacionado a “dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e próprio ch’egli ha diritto di conseguire”<sup>23</sup>.

Conforme asseverado por Julio Guilherme Müller, o preâmbulo da Constituição de 1988 estabelece o propósito de assegurar a justiça como valor supremo da sociedade, e “não se faz justiça sem um adequado juízo valorativo sobre as questões de fato”<sup>24</sup>.

Nesse sentido, quando a reconstrução dos fatos se apresentar indissociável da produção probatória, a devida instrução se impõe como uma das “condições necessárias da justiça da decisão”<sup>25</sup>. Afinal, a prova não é produzida para um sujeito ou para outro, mas para o processo.<sup>26</sup>

O CPC/2015 contém alguns dispositivos que explicitam claramente a sua racionalidade em termos de participação na produção probatória. O art. 6º introduz, em termos gerais, a necessidade de colaboração entre os sujeitos processuais para a obtenção de uma decisão justa; o art. 369 garante às partes o emprego de todos os meios legais para influenciar na convicção do juiz; o art. 370 concede ao juiz amplas

<sup>22</sup> TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. Talca: **Ius et Praxis**, v. 12, n. 2, 2006. [e-book] Disponível em: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122006000200005&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200005&lng=es&nrm=iso). Acessado em 29/01/2025.

<sup>23</sup> A frase é originalmente cunhada por Chiovenda em período anterior (v. CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto processuale civile**, Napoli: Jovene, 1933, p. 42), mas acolhida por autores que a utilizaram posteriormente, cf. PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. Università degli Studi del Sannio. p. 11. Disponível em: <https://www.studocu.com/it/document/universita-degli-studi-del-sannio/diritto-civile/lezioni-di-diritto-processuale-civile-andrea-proto-pisani/4141621?origin=home-recent-1>. Acesso em: 02/08/2024; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. In: **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, v. 1, n. 1, Recife: Justiça Federal de Pernambuco, 2008. p. 60. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/66>. Acessado em 23/12/2024.

<sup>24</sup> MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios**... op. cit., p. 272.

<sup>25</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Prova pericial no CPC/2015. In: **Revista de Processo**, v. 267, 2017. p. 211-223

<sup>26</sup> AVELINO, Murilo Teixeira. O juiz e a prova pericial no novo Código de Processo Civil: produção e controle. In: **Revista de Processo**, v. 242, 2015. p. 69-89.

prerrogativas para produzir provas de ofício; e o art. 378 afirma que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.”

Embora, por um lado, o CPC disponha acerca do ônus da prova do autor e do réu no art. 373, por outro, o código também prevê o poder-dever do magistrado no sentido de averiguar a verdade dos fatos a fim de que seja tutelado o direito de quem tem razão.

Afirma-se, portanto, que o diploma processual vigente se inclina a uma ideologia publicista na medida em que autoriza o juiz a investigar ativamente os fatos.<sup>27</sup> Conforme se verifica pela própria leitura dos dispositivos citados, o juiz não é relegado a uma posição de mero expectador ou fiscal da lei, mas de um sujeito ativo, que, a depender da necessidade, deve adotar providências efetivas no sentido de colaborar com a instrução do processo.<sup>28</sup>

Não se trata, porém, de conferir ao magistrado uma feição paternalista ou autoritária, mas principalmente de “colocar à disposição do juiz armas para o combate à chicana”<sup>29</sup> e mitigar as desigualdades, no sentido de “suprir inferioridades ligadas à carência de recursos e de informações”<sup>30</sup>.

Isso porque, até então, o judiciário parecia ignorar o fato de que, por detrás do advogado que representa o autor ou o réu há uma pessoa que busca a tutela do seu direito. Prevalencia a visão de “processo como jogo”, na qual havia uma margem maior para utilização de expedientes processuais para impor determinado ritmo ao curso do processo, para exercer coação psicológica sobre a parte contrária, ou até mesmo para construir uma versão tendenciosa dos fatos.<sup>31</sup> O juiz, por sua vez, “lavava as mãos”, eximindo-se de identificar os pontos de fragilidade da parte que pretendia abusar das tais “chicanas”.

A partir da ampliação dos poderes instrutórios do juiz no CPC/73, seguido posteriormente pelo CPC/2015, passou-se a admitir que as partes criassem expectativa de que, diante de eventual insuficiência probatória, o juiz ao menos

---

<sup>27</sup> “Bem ou mal, a Constituição e o Código de Processo Civil encartam uma opção política de ideologia publicista no que se refere a arranjos jurídicos em geral, o que inclui em menor parte o direito probatório e em maior parte a previsão de deveres-poderes instrutórios ao juiz.” MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios...** op cit. p. 271.

<sup>28</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: **Revista de Processo**, vol. 37, 1985. pp. 140-150.

<sup>29</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A função...** op. cit., 140-150.

<sup>30</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A função...** op. cit., 140-150.

<sup>31</sup> CALAMANDREI, Piero. **O processo como jogo**. Trad. por Roberto B. Del Claro. In: GENESIS – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, 2002. p. 191-204.

alertasse sobre a necessidade de produção ou as determinasse de ofício. Com isso, a atribuição do ônus probatório passou a ser entendida não apenas como regra de instrução, mas principalmente como regra de julgamento;<sup>32</sup> embora as partes tenham o ônus de produzir as provas, o juiz só deverá suscitar a aplicação da regra no momento do julgamento, caso, após adotadas as medidas instrutórias necessárias, não seja possível averiguar quem merece sair vitorioso.

De acordo com o regramento adotado pelo sistema processual brasileiro, a figura do juiz passivo, que analisa tão somente as provas juntadas ao processo e aponta insuficiências como se fossem responsabilidade exclusiva da parte, teria sido substituída pela figura de um juiz ativo, que não julgará com base na distribuição do ônus da prova caso exista a possibilidade de complementar o acervo probatório para reconstituição dos fatos.<sup>33</sup>

Em termos práticos, se antes o juiz poderia afirmar “o autor não apresentou o documento x e, em razão disso, julgo improcedente a demanda”, com a presença dos artigos 370 e 378 do CPC, compete ao juiz converter o julgamento em diligência para determinar a apresentação do documento e, só então, julgar a demanda.<sup>34</sup>

Há uma distância, porém, entre a norma que se extrai da lei e a prática adotada pelos tribunais. Comparando-se o exemplo narrado acima com a efetiva atuação dos magistrados, chega a ser romântico pensar que, diante de insuficiência probatória, o juiz sempre estimulará uma investigação exaustiva dos fatos. Embora a inclinação publicista esteja presente no processo civil desde 1973, até hoje não se pode dizer que a necessidade de colaboração instrutória entre juiz e partes tenha criado raízes na cultura do judiciário brasileiro.

Havendo a previsão de poderes instrutórios, mas inexistindo parâmetros seguros para balizar a postura do juiz ao aplicá-los, cria-se um cenário de incerteza

---

<sup>32</sup> “Em um aspecto subjetivo, o ônus da prova implica assumir o risco da consequência da prova frustrada, motivando psicologicamente a parte a participar da instrução da causa; no aspecto objetivo, interessa o demonstrado, não quem o demonstrou, tratando-se de regra de julgamento”. BUZAID, Alfredo. **Do ônus da prova**. Estudos de Direito, 1. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 64-66.

<sup>33</sup> “Note-se que, em simetria com as regras que fixam o ônus probatório, os poderes instrutórios do juiz somente incidem em casos de incompletude da prova e permanência de dúvida. Nesse sentido, pode-se dizer que, em um quadro de penúria probatória, a iniciativa judicial é um antecedente da aplicação das regras que disciplinam a distribuição do ônus das partes.” GODINHO, Robson. **Negócios...** op. cit., [e-book]. II. PROCESSO, CULTURA E IDEOLOGIA.

<sup>34</sup> “De certo modo, também os arts. 370 e 378, ambos do CPC/15, poderiam servir de suporte para a concretização do dever de esclarecimento, na medida em que, no primeiro caso, verificando o juiz que determinado fato necessita de maior clareza, deve se valer de sua iniciativa probatória.” FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade...** op. cit., p. 237

aos jurisdicionados, no qual não se sabe quando o juiz terá uma postura ativa ou não. Nesse sentido, há quem defenda que o exercício dos poderes instrutórios em si mesmo não ameaça o princípio da imparcialidade, mas sim a possibilidade de decidir arbitrariamente quando aplicá-los.<sup>35</sup>

Portanto, quando se fala em instrução, o cenário atual do processo civil brasileiro encontra um terreno fértil para o exercício da colaboração do juiz na obtenção de uma sentença justa, mas as partes se deparam com uma significativa imprevisibilidade ante a ausência de unanimidade jurisprudencial sobre o grau de participação que se pode esperar do juiz.

A despeito da falta de previsibilidade e, por vezes, da falta de aderência por parte dos magistrados, a mera existência de normas que visam a estimular a colaboração é celebrada pela doutrina. Se antes o processo orbitava entre as perspectivas inquisitorial e adversarial, atualmente afirma-se que o ordenamento jurídico brasileiro é regido pelo modelo cooperativo de processo.<sup>36-37</sup>

E ainda que não se verifique uma implementação segura e previsível da colaboração, a sua própria inserção na sistemática processual é um marco importante. Isso porque inaugura uma miríade de deveres que não estão necessariamente expressos na lei, mas que devem ser observados.<sup>38</sup> O juiz colaborativo tem deveres

---

<sup>35</sup> "(...) não são os poderes instrutórios que retiram a imparcialidade do juiz, mas, eventualmente, a possibilidade de o juiz decidir arbitrariamente quando os utiliza ou não." SEGUNDO, Hugo Brito Machado. Os poderes instrutórios do juiz no Novo CPC. In: **Novo CPC doutrina selecionada, v. 3: provas**. Coord. Fredie Didier Jr., Salvador: JusPodivm, 2016, p. 339.

<sup>36</sup> "Um terceiro modelo de organização do processo centra-se no princípio da cooperação, cujos contornos decorrem do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, em que se inclui o juiz no diálogo processual, a condução do processo não se mantém ao livre arbítrio das partes e muito menos se outorga um papel inquisitorial ao juiz. O processo mantém-se simétrico até a prolação da sentença, quando, por se tratar de ato exclusivo da autoridade estatal, incide uma função eminentemente assimétrica, mas que está submetida igualmente a deveres decorrentes do devido processo legal." GODINHO, Robson. **Negócios...** op. cit., [e-book]. I. INTRODUÇÃO.

<sup>37</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 [e-book]; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1, p. 151-164; REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios jurídicos processuais atípicos**. 3. ed. Londrina: Toth, 2024. p. 65-66

<sup>38</sup> "Essa eficácia normativa independe da existência de regras jurídicas expressas. Se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com os seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual comportamento contraditório (*venire contrafactum proprium*) do órgão julgador, o princípio da cooperação garantirá a imputação deste dever ao magistrado. Ao integrar o sistema jurídico, o princípio da cooperação garante o meio (imputação de uma situação jurídica passiva) necessário à obtenção do fim almejado (o processo cooperativo)." DIDIER JR., Fredie. **Curso...** v. 1. op. cit., p. 159.

de esclarecimento, consulta, auxílio e prevenção, os quais, embora não estejam previstos em artigos específicos, são extraídos do modelo de processo.<sup>39</sup>

Logo, é inequívoca a existência dos deveres; a questão é definir qual é o grau de participação que se espera do juiz para que esses deveres sejam cumpridos. No que diz respeito à produção probatória de ofício, por exemplo, existem divergências sensíveis na doutrina. Enquanto alguns autores entendem que a intervenção do juiz deve ser estimulada em busca de uma maior completude de fatos e provas, outros defendem uma aplicação restrita da iniciativa probatória, admitida apenas em caráter subsidiário, após exauridas as tentativas das partes.<sup>40</sup>

Mas essa própria subsidiariedade pode gerar dúvidas. Afinal, na prática, tanto em uma concepção quanto na outra, pode-se criar expectativas de que o juiz atue na investigação dos fatos. A única diferença entre as perspectivas está no momento em que o juiz deverá assumir uma postura ativa, mas o resultado prático parece ser o mesmo.

Imagine-se, por exemplo, uma situação em que o juiz, tendo intimado as partes a especificarem provas, já se adianta e determina a produção de prova pericial, eis que indispensável à resolução da lide. Nesse caso, o magistrado estará mais próximo à concepção que concede maior amplitude aos poderes instrutórios.

Por outro lado, considere-se que o juiz preferiu intimar as partes para especificarem provas, aguardou a produção, e apenas em caráter subsidiário determinou a realização da perícia.

Em termos práticos, não há diferença alguma. Ao fim e ao cabo, a perícia foi produzida em ambos os casos, seja mediante a iniciativa probatória mais ampla e irrestrita, seja mediante aquela que se dá exclusivamente após exauridas as tentativas das partes.

Aqui, novamente, a opinião parece estar mais relacionada a uma postura ideológica do que técnica. O problema é que, diante das diferentes compreensões e, consequentemente, das diferentes aplicações dos poderes instrutórios no judiciário,

---

<sup>39</sup> MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. In: **Revista de Processo Comparado** vol. 2, 2015. pp. 83-97.

<sup>40</sup> Julio Guilherme Müller apresenta uma síntese da concepção dos principais processualistas que se manifestaram sobre o assunto. Enquanto Humberto Theodoro Junior e Bedaque defendem a preeminência dos poderes instrutórios em busca da verdade e da tutela efetiva do direito, Eduardo Arruda Alvim, Fredie Didier Jr., Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Arenhart, entre outros, entendem pela subsidiariedade da atuação do magistrado em matéria de iniciativa probatória. MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios...** op. cit. pp. 275-281.

as partes não sabem o que esperar. Isso gera um cenário de incerteza não apenas para aqueles que confiam no juiz para suprir eventual lacuna probatória, mas também para aqueles que esperam a mínima intervenção em matéria de prova.

Nesse sentido, é vaga a definição dos poderes instrutórios que considera apenas a situação em abstrato para afirmar que o juiz deveria ir em busca da verdade ou que o juiz deveria se abster de agir até que as partes exaurissem suas opções.<sup>41</sup> E essa vagueza decorre justamente da ausência de limites que permitam identificar quais os casos em que é desejável a iniciativa probatória de ofício e quais os casos em que ela deve ser utilizada excepcionalmente. Isso porque, conforme demonstrado, a mera “aplicação subsidiária”, que tem sido defendida por parte da doutrina, não permite delinear com precisão quais podem ser as expectativas das partes diante de um caso de insuficiência probatória.

É fundamental que se considere a situação em concreto para definir com clareza o grau de participação que se espera do juiz no processo. Por esse motivo, existem autores que reconhecem a necessidade de observar o direito material posto em discussão ou até mesmo a condição das próprias partes envolvidas no litígio para conceber um modelo de poderes instrutórios que seja adequado. Fala-se, por exemplo, na admissão de poderes instrutórios exclusivamente nos casos em que se discute direitos materiais indisponíveis, uma vez que os interesses contrapostos extrapolam as esferas jurídicas das partes.<sup>42</sup> Por outro lado, também pode se falar em modulação da intervenção judicial a depender do grau de simetria entre os litigantes.<sup>43</sup>

De todo modo, uma constatação é evidente: o modelo cooperativo de processo ainda não oferece segurança na relação entre o juiz e as partes. E essa falta de segurança se concentra exatamente na ampla quantidade de opiniões divergentes sobre a efetiva participação do juiz no processo, especialmente na fase instrutória.

A ausência de uniformidade na interpretação das prerrogativas instrutórias do juiz implica falta de clareza sobre os deveres que lhe são impostos.

---

<sup>41</sup> “Com efeito, o que caracteriza a vagueza é a falta de demarcação dos limites de aplicação do significado ou a falta de precisão ou acurácia dessa aplicação. Significado vago, portanto, é aquele cuja aplicabilidade resulta imprecisa, por não se poder demarcar uma fronteira exata separando a extensão positiva dos predicados de sua extensão negativa” ÁVILA, Humberto. **Teoria da indeterminação no direito: entre a indeterminação aparente e a determinação latente**. 2. ed. Salvador: JusPodivm. 2023.

<sup>42</sup> GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil: processo de conhecimento**. v. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 120.

<sup>43</sup> PUGLIESE, William Soares; PESSOA, Thiago Simões. **Os negócios...** op. cit., pp. 117-134.

Consequentemente, também há obscuridade no tocante às consequências do descumprimento desses deveres.

Apenas para citar um exemplo, imagine-se que o autor ingressa com uma ação de indenização por erro médico em face do réu, alegando ter sofrido danos em decorrência de um procedimento cirúrgico mal executado. Na petição inicial, apresenta fotos e atestado médico considerando serem provas suficientes para demonstrar os fatos alegados. O juiz, no entanto, julga improcedente a ação por entender que seria indispensável a apresentação do laudo e do prontuário do hospital.

Nesse caso, caberia ao magistrado apontar a ausência das provas e determiná-las de ofício ou ao menos oportunizar a produção à parte? Uma vez não adotada a providência, houve descumprimento do dever de colaboração por parte do magistrado? Se sim, qual deve ser a consequência desse descumprimento? A sentença deverá ser anulada para reabertura da fase instrutória?

Diante das diversas compreensões inauguradas pela doutrina e encampadas pelos tribunais, não existem respostas objetivas para cada um desses questionamentos. Existem autores que, pela própria interpretação da norma em abstrato, diriam que o juiz não tem a obrigação de produzir a prova de ofício. Outros defenderiam que sim. Uma terceira corrente argumentaria que a intervenção judicial dependeria da condição pessoal das partes ou do direito material discutido. Enfim, conforme tem sido apresentado, não há consenso nesse ponto.

Como se não bastasse a dificuldade interpretativa, é indispensável notar a existência de obstáculos práticos. Os juízes, comumente assoberbados de trabalho, ainda que admitam a amplitude dos poderes instrutórios, podem deixar de produzir uma prova essencial no processo porque não estão suficientemente inteirados sobre o caso para que possam determiná-la. Esse risco aumenta na medida em que em que o CNJ tem fiscalizado a produtividade unicamente pela perspectiva da quantidade de decisões proferidas, mas não da qualidade.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> “Como desdobramento desse panorama, há situações, por exemplo, em que o processo, como se fosse um objeto incômodo, é extinto precipitadamente, sem um adequado exame da situação concreta. Esse comportamento pode decorrer de vários fatores, como o despreparo técnico, a desatenção, a concentração na produção estatística da vara judicial – cuja preocupação com a produtividade cinge-se à quantidade de sentenças sem se preocupar com a qualidade da prestação jurisdicional –, a busca de artifício para o não enfrentamento do mérito e o comodismo, frustrando a finalidade do processo e negando o acesso à tutela jurisdicional, ainda que, por vezes, uma boa resposta jurisdicional a casos simbólicos passe a impressão de uma preocupação efetiva com a tutela dos direitos.” GODINHO, **Negócios processuais**... op. cit. [e-book] I. INTRODUÇÃO.

Desse cenário confuso, deriva uma consequência principal: a falta de segurança jurídica. Afinal, os jurisdicionados são colocados em uma posição na qual não podem ter qualquer certeza sobre quando podem confiar nos poderes instrutórios ou não.

Por sua vez, a falta de segurança e a ausência de confiabilidade do sistema de justiça são aspectos gravíssimos para a tutela do direito. Aliás, é possível dizer que, havendo incerteza quanto a aplicação dos poderes instrutórios, seria mais seguro e adequado às partes que eles nem sequer estivessem previstos no ordenamento jurídico do que, estando previstos, sejam aplicados de forma arbitrária.

A designação de prova pericial é um exemplo que ilustra apropriadamente essa questão.

Considere-se uma situação hipotética em que, após um acidente de carro por uma falha mecânica do veículo, o autor ajuíza uma ação indenizatória em face da montadora. Ele apresenta provas documentais e testemunhais, mas deixa de requerer a produção de prova pericial acreditando que, caso o magistrado entenda que a perícia é indispensável para o julgamento, ele próprio a designará.

Ao final do processo, no entanto, o juiz chega à conclusão de que não existem elementos suficientes que demonstrem a existência de falha mecânica no carro e julga improcedente a ação por falta de provas sobre o direito constitutivo do autor.

Ora, o único motivo que levou o autor a não requerer a produção de prova pericial consistiu na sua confiança de que, havendo necessidade, o juiz utilizaria de seus poderes instrutórios para complementar a instrução. Isso decorre não apenas da prerrogativa que o CPC lhe concede por meio do art. 370, mas da própria necessidade de tutelar o direito subjetivo no caso, considerando também a expectativa de colaboração por parte do magistrado.

Agora note-se que todo esse cenário de incerteza e insegurança que levou ao julgamento de improcedência da demanda só foi constituído em razão da amplitude interpretativa inerente aos dispositivos do modelo cooperativo de processo. Se não existisse princípio da colaboração, nem dever de busca pela verdade e tampouco produção probatória de ofício, o autor teria o máximo cuidado para requerer todas as provas necessárias desde o início da demanda.

É evidente que o objetivo aqui não é criticar a própria inserção dos princípios do processo cooperativo no ordenamento jurídico brasileiro. Não se pretende negar o

modelo que é amplamente aceito, difundido, e que levou décadas para se formar. O exemplo apresentado visa tão somente expor que, mesmo em um sistema repleto de garantias, se não houver segurança na aplicação, essas mesmas garantias que deveriam servir para proteger os jurisdicionados acabam compondo um cenário de incerteza que pode comprometer a tutela efetiva do direito.

Também não se ignora que o ordenamento jurídico depende de normas abstratas e gerais – os princípios – como uma opção legislativa para viabilizar a jurisdição. Entender tais normas como necessárias decorre de uma “concepção realista da atividade de aplicação” do Direito, como explica Marçal Justen Filho, reconhecendo que existe um limite cognitivo que impede o legislador de prever em abstrato todas as soluções aos casos concretos.<sup>45</sup>

O direito demanda a existência de tais “textos normativos indeterminados”, como são os princípios. Isso porque se a lei estivesse sempre baseada numa lógica de aplicação imediata, não levaria muito tempo para que fosse considerada obsoleta, tendo em vista a constante transformação da sociedade.<sup>46</sup> Por isso, sabe-se que a solução para a utilização inadequada de princípios não está na eliminação de tais normas do ordenamento jurídico, mas sim na orientação de como aplicá-las.

Todavia, se, por um lado, a introdução de princípios e normas abstratas é imprescindível para garantir que a jurisdição atue em casos que não comportam uma solução simples e objetiva, por outro lado, como já explicado, existe também o risco de uma proliferação de dispositivos cujo escopo de aplicação se revela muito amplo ou até mesmo indefinido, o que pode, eventualmente, permitir que o mesmo caso concreto comporte duas soluções distintas que geram efeitos diversos.

E esse é um problema identificado não apenas no processo civil, mas também em outras áreas do direito. No direito administrativo, por exemplo, a aplicação dos princípios se tornou tão imprevisível que um grupo de juristas, liderados por Carlos Ari Sundfeld e Floriano Azevedo Marques,<sup>47</sup> fez um movimento de publicação de artigos

---

<sup>45</sup> FILHO, Marçal Justen. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 16, nov. 2018

<sup>46</sup> FILHO, Marçal Justen. *Art. 20 da LINDB...* op. cit. p. 19

<sup>47</sup> No ano de 2012, três anos antes da apresentação do projeto de lei que viria a se tornar a Lei 13.665, Carlos Ari Sundfeld já era enfático ao criticar a utilização desvairada de princípios no Direito Administrativo. Em sua obra “Direito Administrativo para Céticos”, o autor trouxe no título de um dos capítulos uma pergunta retórica que revela seu posicionamento sobre o assunto: “Princípio é Preguiça?”. Em sua análise, Sundfeld apresenta com notável didática a possibilidade de decidir o mesmo caso de diversas maneiras distintas, dada a indeterminação contida nos princípios. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. Ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2014. P. 205-229.

científicos que desembocou no Projeto de Lei que incluiu o art. 20 à LINDB, que prevê que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Pois bem. Da mesma maneira que os princípios encontraram uma aplicação imprevisível no direito administrativo, atualmente os poderes instrutórios encontram uma aplicação imprevisível no direito processual civil. E mais: assim como Carlos Ari Sundfeld defendeu que a utilização dos princípios como fundamento decisório poderia significar preguiça do julgador,<sup>48</sup> o processo civil parece sofrer com o mesmo problema com magistrados que resistem a adotar medidas de colaboração na instrução processual.

É evidente, portanto, que no estudo sobre a necessidade de conciliar os poderes instrutórios do juiz e as prerrogativas probatórias das partes, faltam critérios que viabilizem a formação de jurisprudência uniforme. Isso tem sido alvo de reflexões relevantes na doutrina, que se preocupa com o risco inerente aos extremos desse espectro, isto é, de relegar toda a atividade probatória às partes ou de impor um dever inquisitório ao juiz.<sup>49</sup>

É exatamente em decorrência desse grau de incerteza presente no processo civil que os jurisdicionados podem optar pela utilização de negócios jurídicos processuais para criar um regime jurídico próprio e específico para o caso concreto em matéria de provas.

Segundo afirma Robson Renault Godinho, o art. 190 do CPC, enquanto “cláusula geral que autoriza a formação de negócios jurídicos processuais atípicos”

---

<sup>48</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. Ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2014.

<sup>49</sup> “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 ensejará 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 a uma discussão ampla, e que precisam ser debatidas e refletidas.” GODINHO, Robson Renault. **Reflexões**... op. cit., p. 358.

pode significar um “marco nessa tentativa de equilíbrio entre o publicismo e o privatismo”.<sup>50</sup>

Se antes a parte poderia ser surpreendida com o arbítrio do juiz na utilização dos poderes instrutórios (conforme apresentado anteriormente), agora, com a possibilidade do autorregramento, as partes podem simplesmente acordar que a prova pericial será inadmissível no caso concreto. Nesse sentido, além de tornarem o procedimento evidentemente mais célere, eliminam por completo o risco do arbítrio judicial, evitando que sejam surpreendidas com a designação de ofício ou mesmo com a omissão judicial.

Embora ainda possa existir uma resistência no que se refere à aceitação de negócios jurídicos processuais que limitam os poderes do juiz,<sup>51</sup> não se pode negar que a garantia do exercício da autonomia privada facilita a aceitação da decisão judicial,<sup>52</sup> evitando que as partes encerrem o processo com a sensação de inconformismo e injustiça, o que, ao final, permite que se alcance com maior facilidade a própria pacificação social enquanto um dos escopos da jurisdição.<sup>53</sup>

Mas sabe-se que a prerrogativa de firmar convenções processuais probatórias não será utilizada por todos os litigantes, não se tratando de uma solução definitiva para a arbitrariedade na aplicação dos poderes instrutórios. Na realidade, pelo menos por enquanto, a prática está longe de se difundir amplamente no ordenamento jurídico, sendo verificada apenas em contratos mais sofisticados de litigantes habituais, os quais possuem maior conhecimento acerca dos meandros do processo civil.

Por esse motivo, ainda que o art. 190 do CPC se revele como uma alternativa para reduzir o risco ao qual os litigantes são expostos, não se pode ignorar a necessidade de otimizar a aplicação do regime jurídico estabelecido pelo próprio CPC.

Portanto, diferentemente de pesquisas que possuem o foco em difundir majoritariamente a aplicação dos negócios jurídicos processuais – as quais são

---

<sup>50</sup> GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria de prova. In: **Negócios processuais**. (Coord.) Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira, 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 590

<sup>51</sup> “(...) as partes não podem limitar os poderes do juiz na investigação da verdade” GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia Medina et al. (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 301.

<sup>52</sup> MAFESSONI, Behlúa. **Convenções**... op.cit., p. 36.

<sup>53</sup> Os escopos da jurisdição serão abordados apropriadamente mais adiante, no sexto capítulo, Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 16. ed. rev., e atual. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2022.

essenciais e auxiliam a aperfeiçoar a ciência do processo civil nesse aspecto – o presente trabalho tem o objetivo de demonstrar a importância das convenções probatórias em termos de eficiência processual (para aqueles que possuem o domínio do processo a ponto de saber como utilizá-las), mas também explorar a necessidade de progredir no exame dos poderes instrutórios para que haja maior clareza na aplicação a fim de que sirva para alcançar a tutela efetiva do direito (para aqueles que por escolha ou desconhecimento dependem do adequado funcionamento do regramento legal em matéria de provas).

Assim como o motorista hábil que conduz o veículo adiante em segurança, mas sempre mantém sua atenção nos retrovisores, o intuito aqui é reconhecer a necessidade de continuar caminhando em frente, com a progressão da ciência processual mediante o advento de novos institutos, mas lembrar que remanesce a importância de olhar para trás, com o intuito de seguir aperfeiçoando aquilo que já existe.

Nesse sentido, parte-se da premissa de que é necessário pensar em um modelo que contemple a conciliação entre os poderes das partes e do juiz em matéria probatória, dando destaque ao fato de que a natureza pública do processo é compatível com a celebração de convenções processuais e que “a liberdade das partes pode ser exercida em perfeita sintonia com os poderes do juiz”.<sup>54</sup>

## 2.2 OS PODERES INSTRUTÓRIOS E A TUTELA DO DIREITO

Uma decisão só será justa quando baseada em fatos verdadeiros.<sup>55</sup> Por outro lado, deve-se reconhecer que fatos falsos ou incompletos podem induzir o juízo a erro, produzindo uma decisão que dá razão a quem não tem.<sup>56</sup> Daí a importância da instrução probatória.

A necessidade de correspondência entre a tutela do direito e a sua respectiva justificativa material é de tamanha importância que Bedaque chega a conceituar o direito processual como sendo: “ciência destinada à construção do método adequado à verificação da existência, ou não, de um direito afirmado, para conferir tutela

---

<sup>54</sup> OSTERNACK, Paulo. **Provas**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. [e-book]. RB-6.13

<sup>55</sup> TARUFFO, Michele. Verdade e processo. In: TARUFFO, Michele (Coord.). **Processo civil comparado: ensaios**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 36.

<sup>56</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994, p. 17.

jurisdicional somente àquelas situações da vida efetivamente amparadas pelo ordenamento material”<sup>57</sup>.

Nesse sentido, considerando que no processo civil brasileiro o magistrado tem amplas prerrogativas de produção probatória de ofício, parece adequado que eventualmente intervenha para evitar que a decisão seja baseada em uma versão enviesada dos fatos.<sup>58</sup> E isso não significa dizer que o juiz deve perscrutar minuciosamente as partes para que ele próprio construa uma narrativa que o convença.

Significa dizer que, havendo verossimilhança nas alegações da parte, o juiz pode adotar providências que evitem lhe imputar um resultado negativo no julgamento exclusivamente por uma insuficiência do acervo probatório.

Tome-se como exemplo um caso de acidente automobilístico em que os fatos e provas trazidos aos autos demonstram claramente que o réu foi responsável por causar o acidente. Na eventual ausência de elementos suficientes para quantificar o dano material sofrido pelo autor, é razoável que o juiz se utilize do princípio da colaboração para estimulá-lo a apresentar os comprovantes que justifiquem a concessão de indenização.

Inclusive, é importante lembrar que o princípio dispositivo impõe que o juiz não extrapole os limites do que foi pedido e alegado pelas partes, mas não delimita barreiras quanto ao que foi provado.<sup>59</sup>

Aliás, nota-se que até mesmo os princípios dispositivo e da demanda também merecem flexibilização para que se promova a tutela adequada do direito.<sup>60-61</sup> De

<sup>57</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito...** op. cit. p. 20.

<sup>58</sup> "(...) a falta de poderes instrutórios ajuda o processo a servir de instrumento para dar razão a quem não a tem, algo que parece distante da ideia de processo justo." SEGUNDO, Hugo Brito Machado. **Os poderes...** op. cit., p. 338.

<sup>59</sup> "O princípio dispositivo deve ser entendido no sentido de que o juiz está adstrito ao que foi pedido e alegado pelas partes, não ao que foi provado" SEGUNDO, Hugo Brito Machado. **Os poderes...** op. cit., p. 335.

<sup>60</sup> (...) a melhor doutrina separa nitidamente os conceitos, estabelecendo até mesmo gênese e função diferentes para cada um deles.<sup>19</sup> De fato, o princípio da demanda (Verhandlungsmaxime) associa-se sobretudo ao objeto do processo, indicando o momento em que a atuação jurisdicional é exigida e determinando sobre o que deverá ela incidir (...) Já o princípio dispositivo (Dispositionsmaxime) está relacionado de forma específica à tratativa processual da demanda. A questão aqui se põe prioritariamente em determinar de que modo deve ser conduzido o processo, se com predominante atuação do juiz ou se prioritariamente segundo as determinações e impulsos das partes. ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coords.). **Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 594.

<sup>61</sup> Se para Sérgio Arenhart o princípio dispositivo é afeito à tratativa processual da demanda, Antônio do Passo Cabral utiliza o conceito "princípio do debate" (traduzido do alemão) para se referir ao

acordo com Sergio Cruz Arenhart, seria conveniente que os poderes do juiz fossem ampliados para garantir a possibilidade de esclarecer às partes, especialmente em casos de hipossuficiência técnica ou econômica, “sobre a potencial extensão de seu direito e sobre possíveis consequências de sua exposição apenas parcial da causa de pedir ou do pedido, ou ainda da apresentação equivocada da causa petendi ou do pedido”<sup>62</sup>. Percebe-se, nessa lógica, a intenção de fazer prevalecer a tutela do direito, e não apenas a habilidade do litigante.

Ao mesmo tempo, não se pode ignorar a ampla corrente doutrinária que vem demonstrando a falibilidade do modelo publicista e a concepção ilusória de que o robustecimento dos poderes instrutórios seria a solução para os problemas dos litigantes.<sup>63</sup>

A questão é que, tão ilusório quanto depositar esperanças em uma postura “paternalista” do juiz, é acreditar que as convenções processuais serão plenamente difundidas a ponto de adequar o procedimento para a totalidade dos litigantes, ou pelo menos a maioria. É por isso que se defende no presente trabalho que cada uma dessas perspectivas tem o seu lugar e a sua importância.

Da mesma forma que as convenções processuais probatórias podem ser extremamente eficientes e benéficas para os litigantes que souberem utilizá-las ao seu favor, a atuação oficiosa e colaborativa do juiz, em consonância com critérios de necessidade e pertinência, pode ser determinante para que o litigante que tem razão seja vitorioso no processo.

É necessário observar que hoje prevalece o caráter instrumental do processo. Ou seja, mais do que um sistema voltado a concretizar a aplicação da lei ou a resolver um conflito de interesses, entende-se hoje que a jurisdição deve ser capaz de “tutelar concretamente o direito material”<sup>64</sup>. Exatamente por esse motivo, soa inadequado

---

“princípio dispositivo em sentido processual”. CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções...** op. cit. p. 156.

<sup>62</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões...** op. cit. p. 587-604.

<sup>63</sup> “No mais, deve-se lembrar que esta visão do Judiciário como um grande “tutor” que nos protege é tão ou mais romântica do que qualquer modelo, até mesmo brando, de cooperação processual”. CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 218.

<sup>64</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: vol. 1**. Edição 2024. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024. p. RB-1.81.

imaginar que o magistrado possa se omitir diante de uma situação de incompletude probatória, especialmente nos casos de eventual desigualdade entre as partes.<sup>65</sup>

Para Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo, “não é mais justificável que os fatos não sejam devidamente verificados em razão da menor sorte econômica ou da menor astúcia de um dos litigantes”<sup>66</sup>.

Assim sendo, em um sistema de justiça que preza pela efetiva tutela jurisdicional, não há margem para ignorar a participação ativa do juiz nos casos em que houver necessidade. Não obstante, há que se estabelecer critérios que garantam segurança aos jurisdicionados quanto ao acionamento dos poderes instrutórios a fim de que não se torne uma “roleta russa”, arbitrariamente acionada pelos juízes.<sup>67</sup>

### 2.3 A LIBERDADE DAS PARTES E A EFETIVIDADE DO PROCESSO

A despeito da relevância que os poderes instrutórios podem representar em casos específicos, não se pode negar que existe uma relutância por parte dos litigantes que desejam a mínima intervenção oficiosa do juiz no processo, aspecto que é destacado com frequência na doutrina. Isso se deve não apenas à aparente parcialidade que a atuação do magistrado pode causar, mas também ao incremento de tempo que a atividade instrutória traz ao processo.

---

<sup>65</sup> Adroaldo Furtado Fabrício sintetiza com propriedade quais são os aspectos da desigualdade que podem prejudicar a parte desfavorecida: “E, mesmo para os que superem essas limitações e cheguem a colocar à face do juiz a sua queixa, resta a monumental e desanimadora diferença de forças, meios e recursos que separa o litigante eventual do habitual. Aquele vai a Juízo, talvez, uma ou duas vezes ao longo de toda a sua vida, nada sabe das coisas da Justiça; seu nível de informação sobre a máquina judiciária, com o imponente complexo de juizados, cartórios, advogados, é praticamente nulo. Este outro, o litigante habitual, bem ao contrário, está permanentemente à barra dos pretórios e tem com eles a maior intimidade. Tem a seu favor a experiência acumulada dos litígios passados e a preparação sempre mais aprimorada para os futuros, o “saber de experiências feito”, os quadros próprios e eficientes de assessoria jurídica e procuratório judicial; está melhor aparelhado à produção de provas do seu interesse; mais facilmente captará a simpatia do poder político, do econômico e da mídia - vantagens extraprocessuais estas últimas, sem dúvida, mas cuja importância seria ingênuo negligenciar.” FABRICIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. In: ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JR., Fredie (coords.). **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. 4. vol. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1263-1271.

<sup>66</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso...** vol. 1. op. cit., RB-1.163

<sup>67</sup> “Outro ponto a ser registrado consiste na omissão no exercício dos poderes instrutórios do juiz e, com isso, a influência no resultado do julgamento, o aprofundamento das desigualdades materiais e o descontrole do arbítrio judicial (...) a utilização eletiva e arbitrária da instrução oficial pode configurar um grave problema, como se a iniciativa probatória fosse uma roleta processual.” GODINHO, Robson Renault. **Reflexões...** op. cit., p. 355-356.

Até a promulgação do CPC/2015, que inaugurou a prerrogativa do uso de negócios jurídicos processuais, as partes se viam em um contexto no qual poderiam optar apenas por dois extremos: ou mantinham a solução das controvérsias no âmbito da jurisdição estatal, obrigando-se a se submeterem à totalidade de suas disposições, ou adotavam a cláusula compromissória de arbitragem, remetendo o conflito a um juízo privado, com flexibilidade procedimental, mas alto custo.<sup>68</sup>

A partir da introdução do art. 190 ao CPC, as partes passaram a dispor de uma espécie de cláusula geral de flexibilidade procedimental,<sup>69</sup> por meio da qual o processo estatal passou a admitir alterações que, dentre outras, incluem a fase instrutória. Logo, se antes as partes tinham de optar entre, de um lado, um processo arbitral altamente customizável e caro e, de outro, os riscos da submissão a eventuais arbitrariedades do judiciário brasileiro, agora podem buscar por uma maior segurança e eficiência a partir da inserção de negócios jurídicos atípicos ao processo.<sup>70</sup>

Ou seja, o sistema que antes partia de uma lógica categórica, que obrigava os litigantes a adotarem total flexibilização ou total rigidez passou a admitir um espectro variável, um meio termo.<sup>71</sup>

A importância dessa relativização já vinha sendo tratada não apenas em âmbito nacional,<sup>72</sup> mas também na doutrina estrangeira. Remo Caponi dedicou artigo aos negócios jurídicos processuais abordando justamente a lacuna entre o processo estatal e arbitral, contrapondo essa noção com a necessidade de proporcionar às partes alguma prerrogativa de autonomia privada no processo, assim como já existe no direito civil. São relevantes as suas contribuições quando afirma que os pontos de convergência entre partes que compõem um contexto litigioso merecem acolhimento

<sup>68</sup> “Criou-se um vazio entre o espaço da arbitragem, de matriz puramente privado-contratual, e o processo estatal. Salvo algumas tentativas de arbitragem e mediação judiciais, que não encontraram aplicação fértil no Brasil, não havia um terceiro caminho. Não temos uma ‘alternativa aos meios alternativos’.” CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções**... op. cit. p. 218.

<sup>69</sup> O STJ reconhece o art. 190 como uma “cláusula geral de negociação”, cf. STJ, 3ª Turma, REsp 1.738.656/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.12.2019, DJe 05.12.2019

<sup>70</sup> “O raciocínio subjacente à cláusula geral de negócios jurídicos processuais estabelecida no art. 190 é o seguinte: se as partes podem até mesmo retirar do Judiciário a solução de um conflito, atribuindo-a a um juiz privado em um processo delineado pela vontade delas, não há porque impedi-las de optar por manter a solução do conflito perante o juiz estatal, mas em um procedimento e (ou) processo também por elas redesenhado” TALAMINI, Eduardo. **Um processo**... op. cit., pp. 2-3. No mesmo sentido: RAVAGNANI, Giovani dos Santos; VAUGHN, Gustavo Fávero; BRAZIL, Renato Caldeira Grava. **As convenções**... op. cit., p. 377-404.

<sup>71</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções**... op. cit. p. 233-237.

<sup>72</sup> Entre os textos precursores do tema no Brasil, cita-se: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Convenções das partes sobre matéria processual**. In: **Temas de direito processual (terceira série)**. Rio de Janeiro: Editora Saraiva. 1984. pp. 87-98; GRECO, Leonardo. **Publicismo**... op. cit., *passim*.

no direito processual, especialmente quando tais concordâncias podem trazer benefícios para a tutela do direito.<sup>73</sup>

Nesse aspecto, são fundamentais as contribuições de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para quem a efetividade está diretamente relacionada a um processo adequado, com o “emprego de técnicas que visem a uma realização do direito mais apropriada ao caso concreto”<sup>74</sup>.

De acordo com o autor, efetividade qualificada consiste no “direito da parte à possibilidade séria e real de obter do juiz uma decisão de mérito adaptada à natureza das situações subjetivas tuteláveis, de modo a que seja plenamente satisfeita a ‘necessidade de tutela’ manifestada na demanda”<sup>75</sup>. E, completando o argumento, afirma que, para a consecução dessa efetividade, é “altamente desejável sejam elásticas e diferenciadas as formas de tutela, levando em conta as peculiaridades das crises sofridas pelo direito material e as exigências do caso concreto”<sup>76</sup>.

Ainda que os trechos citados não façam referência à flexibilidade procedimental conferida pelos negócios jurídicos processuais, mas sim às adaptações que podem ser promovidas pelo próprio legislador, fato é que o raciocínio pode ser plenamente transposto à aplicação do art. 190 do CPC. Afinal, a inclusão de convenções processuais atípicas não tem outra finalidade a não ser a adaptação do procedimento para satisfazer a “necessidade de tutela manifestada na demanda”.

E é interessante observar que o próprio legislador prevê uma série de procedimentos especiais que possuem exatamente esse objetivo. Um exemplo ilustrativo é o mandado de segurança. Como se sabe, trata-se de uma modalidade processual que simplesmente não admite fase instrutória, exigindo que os litigantes apresentem exclusivamente provas pré-constituídas.

A princípio, a implementação do mandado de segurança nos termos em que foi concebido poderia causar estranheza dada a restrição que provoca ao direito à ampla defesa, constitucionalmente estabelecido. A despeito disso, mesmo com ressalvas, a doutrina reconhece a necessidade da manutenção de técnicas de

---

<sup>73</sup> CAPONI, Remo. **Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali**. In: Civil Procedure Review, v.1, n.2: 42-57, jul./set., 2010.

<sup>74</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Os direitos...** op. cit. pp. 66-67.

<sup>75</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Os direitos...** op. cit. p. 67.

<sup>76</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Os direitos...** op. cit. p. 67.

sumarização tendo em vista a relevância dos interesses que são privilegiados nesses casos.<sup>77</sup>

É exatamente na necessidade de equilibrar os interesses dos litigantes que os procedimentos especiais foram concebidos. O próprio mandado de segurança, embora sacrifique parcialmente o direito à ampla defesa, ganha em efetividade ao permitir a desconstituição de um ato coator ilícito com celeridade. A ação monitória também é um exemplo pertinente. Nos casos em que a parte apresente documentos aptos a demonstrar a existência de uma dívida, ainda que não possua título executivo extrajudicial, dispensa-se o processo de conhecimento para que possa chegar aos atos de execução.

A partir de uma visão instrumental do processo, identifica-se a necessidade de adequá-lo ao seu objeto. Para Bedaque, “a ciência processual deve ser elaborada sempre à luz do direito substancial e em função dele”<sup>78</sup>. Por esse motivo, é louvável a concepção de que o direito deve contemplar uma solução adequada para cada tipo de situação demandada pelo direito material.<sup>79</sup> No entanto, é evidente que a legislação não dá conta de conciliar os interesses dos litigantes em todos os casos possíveis, daí a importância de permitir que as partes definam aspectos do processo que favoreçam a solução de controvérsias.

Diante desse cenário, merece atenção o fato de que a produção das provas constitui elemento central do processo em duas principais perspectivas: resultado e tempo. Isso porque, em regra, a sentença estará tão mais próxima de um resultado justo quanto mais confiável for o acervo probatório trazido ao processo; da mesma forma, o tempo de duração do processo será tão incrementado quanto maior for a necessidade de elastecer a fase instrutória.

Para equalizar esses atributos de modo que o processo atenda à finalidade pretendida pelas partes, as convenções processuais atípicas podem ser utilizadas para simplificação e flexibilização do procedimento.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> BATISTA, Ovídio. **A plenitude da defesa no processo civil**. In: Da sentença liminar à nulidade da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 122-124.

<sup>78</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**... op. cit. p. 32.

<sup>79</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**... op. cit. p. 33.

<sup>80</sup> “Um procedimento simplificado é aquele que, sem renunciar aos níveis mínimos de garantia, livra-se do que não é diretamente necessário ao alcance do resultado que dele se espera (...) A flexibilização, por sua vez, consiste na adaptação do procedimento comum, a fim de torná-lo o mais próximo possível das exigências do caso concreto.” MAFESSONI, Behlua. **Convenções**... op. cit, p. 42.

Pode-se convencionar, por exemplo, que eventual ação derivada de um contrato empresarial admitirá exclusivamente prova documental pré-constituída. Dessa forma, elimina-se completamente qualquer risco de haver oitiva de testemunhas e perícia, o que garante significativa economia de tempo. O direito à defesa e ao contraditório, por outro lado, se manterá preservado, mas limitado aos termos estabelecidos pelas partes.

Além de simplificação e flexibilização, seria possível também incluir uma categoria de adaptação procedimental, a qual não visa apenas a alterar o processo em si, mas a impor atos preliminares que devam ser cumpridos pelas partes. É possível estipular o pacto de disclosure, por exemplo, o qual prevê que ambas as partes devem disponibilizar previamente toda a documentação que poderá ser eventualmente utilizada no processo.<sup>81</sup> Da mesma forma, pode-se prever a obrigatoriedade de um procedimento de produção antecipada de provas que sirva para averiguar os riscos envolvidos naquela controvérsia.<sup>82</sup>

Esses poucos exemplos demonstram que os negócios jurídicos processuais permitem que as partes exerçam influência determinante no tempo necessário para o julgamento e no nível de simetria informacional que poderá conduzir ao resultado pretendido.

Se a efetividade, conforme adiantado, tem relação com a possibilidade de obter tutelas adaptadas para a natureza do caso concreto, viabilizando a satisfação das necessidades das partes, pode-se dizer que a prerrogativa de simplificar, flexibilizar e adaptar o procedimento para influenciar no tempo e no resultado da demanda está diretamente relacionada à efetividade do processo.

Portanto, ainda que existam casos nos quais as partes dependam do judiciário para dirigir o processo e intervir em matéria de provas no sentido de evitar resultados

---

<sup>81</sup> Enunciado 19/FPPC: (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso<sup>14</sup>, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal.

<sup>82</sup> OSTERNACK, Paulo. Provas... op. cit. RB-7.4.

injustos, a liberdade continua sendo fundamental para que litigantes instruídos se utilizem do processo de modo a aproximar o seu resultado ao cumprimento dos escopos para os quais é destinado.

## **2.4 PERCURSO NECESSÁRIO PARA JUSTIFICAR A COEXISTÊNCIA**

Ante a importância atribuída aos poderes instrutórios e às convenções processuais probatórias, o presente trabalho abordará a coexistência dos institutos a partir de um itinerário lógico. Em síntese, a questão será explorada na seguinte sequência: (i) alcance dos poderes instrutórios, (ii) limitação dos poderes do juiz por meio de convenções processuais probatórias, (iii) possíveis contribuições das convenções processuais probatórias em termos de eficiência e (iv) adequação dos institutos para as situações subjetivas que pretendem tutelar.

Em termos práticos, o estudo visa a detalhar até que ponto os poderes do juiz em matéria de prova podem e devem ser exercidos; onde começa e onde termina a autonomia das partes quando pretendem limitar a atuação judicial; qual é o benefício que esse autorregramento privado pode trazer ao processo; e, por fim, por quais razões remanesce a necessidade de preservar ambas as alternativas a depender do caso concreto, especialmente das condições das partes.

## **3 A COOPERAÇÃO DO JUIZ PARA A TUTELA DO DIREITO**

A concepção dos poderes instrutórios como fator de cooperação para a tutela do direito decorre de uma premissa objetiva: a intervenção do juiz no processo não precisa ser autoritária e desmedida, mas pode ser fundamental para que não se produza injustiça. Não se trata de incentivar a intervenção judicial a qualquer custo e muito menos de colocar o juiz na posição de justiceiro ou inquisidor. O objetivo é destacar que, em determinadas circunstâncias, a colaboração judicial pode aproximar o processo de um resultado mais justo e fiel aos fatos.

No tópico anterior, foram apresentadas situações em que, mesmo com razão, a parte pode ser prejudicada pela insuficiência de provas. Alguns magistrados optam por auxiliar na instrução probatória, enquanto outros acreditam que a parte deve arcar com os prejuízos decorrentes do não cumprimento do seu ônus probatório.

Essa configuração cria um cenário de incerteza. Embora exista a prerrogativa de produção probatória de ofício, e até mesmo deveres de prevenção e esclarecimento, não há critérios claros que garantam às partes que estão amparadas por essas normas.

Este tópico busca mitigar essa incerteza, propondo uma análise da razoabilidade no exercício dos poderes instrutórios. Além de explorar requisitos objetivos que tornem desejável a intervenção judicial, também visa identificar as situações em que é razoável que as partes criem expectativas quanto à contribuição do juiz na instrução probatória.

### **3.1 SUPERAÇÃO DAS OBJEÇÕES AOS PODERES INSTRUTÓRIOS**

A importância da cooperação judicial em matéria de provas não pode ser plenamente compreendida sem antes superar as objeções que lhe são impostas. Há, de fato, uma série de argumentos que apontam para possíveis prejuízos decorrentes da atuação oficiosa do magistrado. Portanto, um estudo que visa justificar a relação entre os poderes instrutórios e a tutela do direito deve necessariamente enfrentar e refutar essas objeções, demonstrando que os benefícios da sua aplicação podem superar os riscos inerentes.

#### **3.1.1 Violação à imparcialidade**

A primeira objeção mais comumente levantada contra os poderes instrutórios do juiz refere-se à suposta violação ao princípio da imparcialidade. Segundo essa perspectiva, a atuação proativa do magistrado na determinação e na produção de provas poderia comprometer o julgamento, favorecendo uma das partes ao interferir diretamente no curso do processo.

Embora parte da doutrina realmente encare com cautela o grau de intervenção do magistrado em matéria de provas, são poucos os autores que defendem uma restrição absoluta ou próxima disso. Afinal, é inegável que o sistema processual vigente, a um só tempo, prevê o princípio da imparcialidade e contém norma expressa e inequívoca sobre a possibilidade de produção de provas de ofício. Logo, deve-se partir da premissa de que não cabe negar vigência ao artigo de lei (até

mesmo em decorrência da sua redação explícita), mas buscar harmonizá-lo com os princípios já previstos.

Egas Moniz de Aragão, por exemplo, tem posicionamento firme no sentido de que o juiz não pode “substituir-se ao litigante, fazendo-lhe as vezes”<sup>83</sup>, sob pena de comprometer sua imparcialidade. Não obstante, reconhece a existência da prerrogativa, destacando sua inspiração na ZPO austríaca de 1895.

É comum encontrar autores que enxergam com cautela a produção probatória de ofício e defendem a sua aplicação apenas em caráter subsidiário para preservar a imparcialidade do juiz.<sup>84</sup>

São perspicazes as considerações de Rodrigo Ramina de Lucca, que, embora defenda explicitamente a mínima intervenção do juiz na instrução do processo, apresenta posicionamento consentâneo com a legislação. Em síntese, o autor critica a margem de arbitrariedade que é concedida ao juiz na medida em que se fala em *poderes* instrutórios, os quais poderiam ser utilizados conforme a vontade do juiz caso a caso – contaminando, assim, a sua imparcialidade. Para Ramina, a atuação oficiosa do juiz só pode ser considerada legítima se concebida como um *dever*.<sup>85</sup>

De todo modo, seu posicionamento é claro no sentido de entender que são as partes as responsáveis por delimitar os fatos e as provas do caso, não sendo desejável a aplicação dos poderes instrutórios em regra. Nesse sentido, cita Flavio Luiz Yarshel: “Se é verdade, por um lado, que ao juiz desconhece a quem favorece certa prova, por outro lado, é rigorosamente certo que conhece a quem desfavorece a correspondente falta”<sup>86</sup>.

Em sentido semelhante, João Batista Lopes afirma: “Em princípio, às partes incumbe o ônus da prova, e a ausência de demonstração dos fatos tem como corolário

---

<sup>83</sup> ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Direito à prova. In: ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JR., Fredie (coords.). **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 103-129.

<sup>84</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual civil**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 518-521; CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância**. São Paulo: RT, 2006, p. 21; SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. v. 1. 28. ed. atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Kohen. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 374; GRECO, Leonardo. **Instituições**... op. cit., p. 120; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.; MAFESSONI, Behlue. **Convenções**... op. cit. p. 144-152.

<sup>85</sup> RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade**... RB-1.18.

<sup>86</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros. 2009. P. 131.

a improcedência do pedido, e não a incidência do art. 130 [art. 370, CPC/2015]<sup>87</sup>. Para ele, a prova testemunhal, documental e o depoimento pessoal não podem ser determinadas de ofício sob pena de impregnar no juiz uma postura investigativa e incompatível com a sua função primordial. Por outro lado, Lopes não rejeita a concepção moderna que incumbe ao juiz a tarefa de dirigir ativamente o processo. Perícia, interrogatório livre (art. 342, CPC/73) e inspeção judicial são exemplos de provas citadas por ele como passíveis de produção de ofício.<sup>88</sup>

Quando o juiz se depara com uma série de documentos contábeis de elevada complexidade, por exemplo, deve valer-se de um perito para produzir um laudo técnico que viabilize compreensão daquele material. Nesse caso, a produção probatória não compreende qualquer risco à imparcialidade.

Na visão do autor, o juiz não deve se ocupar em descobrir fatos novos ou complementar a narrativa já exposta pelas partes. Seria precisamente nesse contexto que haveria risco de violação ao princípio da imparcialidade. Logo, o âmbito de aplicação do art. 370 se restringiria ao processamento de informações já trazidas aos autos, viabilizando maior assertividade na formação da convicção.

Um posicionamento mais extremo é externado por Glauco Gumerato Ramos, para quem o atual sistema brasileiro concede ao juiz um papel de "super juiz", autorizado a agir discricionariamente, muitas vezes à margem da colaboração das partes. Ramos chega a propor a adoção de um sistema em que três juízes atuem separadamente em cada fase do processo, para preservar a imparcialidade: um para decidir sobre as tutelas de urgência, outro para a fase instrutória, e um terceiro para a sentença. Esse modelo, argumenta o autor, limitaria o arbítrio judicial e evitaria que o juiz instrutor fosse influenciado pelas provas que ele mesmo determinou.<sup>89</sup>

Identifica-se, portanto, a existência de um espectro de contempla diversos posicionamentos. Em uma ponta estão aqueles que, embora cautelosos, consideram razoável a produção probatória de ofício desde que suplementar ao agir das partes. Na outra, há quem entenda que a participação do juiz na instrução contamina inevitavelmente a sua imparcialidade. Entre esses extremos, localizam-se os autores

---

<sup>87</sup> LOPES, João Batista. Iniciativas probatórias do juiz e os arts. 130 e 333 do CPC. In: ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JR., Fredie (coords.). **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. 4. vol. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 1123-1133.

<sup>88</sup> LOPES, João Batista. **Iniciativas**... op. cit., pp. 1123-1133.

<sup>89</sup> RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. In: **Novo CPC doutrina selecionada, v. 3: provas**. Coord. Fredie Didier Jr., Salvador: JusPodivm, 2016. pp. 307-324.

que não se contentam apenas em defender uma atuação subsidiária do juiz, mas que julgam adequado definir critérios que restrinjam a produção de ofício e reduzam os riscos de violação ao princípio da imparcialidade.

Nessas concepções, porém, há uma constante preocupação de que a aplicação dos poderes instrutórios provoque interferências indesejadas no processo, desequilibrando injustamente os interesses controvertidos.

Para superá-las e compreender o lugar que deve ser ocupado pelos poderes instrutórios no sistema processual, é necessário alterar o prisma de observação. Deve-se colocar a tutela do direito como elemento central do processo.

No que se refere à preservação da imparcialidade, Barbosa Moreira enfatiza, em primeiro lugar, que o juiz não deve ser neutro na condução do processo, como se não se importasse com a vitória do autor ou do réu. Pelo contrário: compete ao juiz zelar pela condução do processo para que se sagre vitoriosa a parte que está com a razão.<sup>90</sup>

Logo, quando o juiz identifica alguma obscuridade que dificulta a prestação jurisdicional, é plenamente adequado que adote diligências necessárias para suprir a lacuna probatória a fim de que o resultado do processo se aproxime tanto quanto possível da efetiva realidade dos fatos. Inclusive, é comum encontrar autores que defendam a existência de parcialidade justamente quando o magistrado deixa de determinar a produção de uma prova essencial para a resolução da controvérsia.<sup>91-92</sup>

Se o juiz desconfia, busca a prova, e descobre um fato que o permite julgar com um maior nível de certeza, revela-se alinhado com o propósito de justiça. Nas palavras de Bedaque, o aumento dos poderes instrutórios não implica favorecer o autor ou o réu, “apenas proporciona uma apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de direito material sejam atuadas corretamente”.<sup>93</sup>

<sup>90</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. **Temas de Direito Processual (sétima série)**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 30.; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. In: **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, v. 4, out. 2011. pp. 1101-1109.

<sup>91</sup> Destaque para a compreensão apresentada por Trícia Navarro Cabral quando defende que a omissão do juiz na produção de provas poderia até mesmo ensejar questionamento recursal da decisão posterior, sob a alegação de parcialidade. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Vitória, 2008. p. 84.

<sup>92</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: vol. 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024. [e-book] RB-14.20; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. **Temas de Direito Processual (nona série)**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 96; GODINHO, Robson Renault. Reflexões... op. cit., p. 354.

<sup>93</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes**... op. cit., p. 80.

Agora, o que dizer do juiz que desconfia, mas não busca a prova, e decide conforme o ônus probatório? Esse sim parece estar violando a imparcialidade, pois permite que um grau maior de dúvida permeie o processo, assumindo com indiferença (ou neutralidade) o risco de que se sagre vitoriosa a parte que não tinha razão.<sup>94</sup> Pior ainda seria a hipótese em que o juiz propositalmente se omite para favorecer um dos lados.<sup>95</sup>

Quer dizer, parece mais assertiva e menos tendenciosa a postura do juiz que busca constituir um acervo probatório fiel aos fatos do caso do que, por outro lado, a postura do juiz que, mesmo ciente da possibilidade de aproximar-se da verdade, deixa de fazê-lo e “dá um tiro no escuro” julgando por meio da regra do ônus da prova.<sup>96</sup> A primeira alternativa privilegia a tutela efetiva do direito, a segunda ignora a justiça do resultado que se produzirá.<sup>97</sup>

Barbosa Moreira, que teve atuação expressiva como magistrado, cita exemplo interessantíssimo para ilustrar a questão. Ele explica que, certa feita, foi incumbido de julgar uma ação de nunciação de obra nova na qual o autor alegava que a varanda construída por sua vizinha ameaçava violar seu direito à privacidade. A despeito de ampla documentação juntada, ele não estava seguro para decidir exclusivamente por meio da análise das plantas anexadas aos autos. Designou, então, de ofício, inspeção judicial para examinar pessoalmente a situação. Realizada a diligência, constatou que, não importava o ângulo que se posicionasse, não parecia haver qualquer chance de que a pessoa na varanda pudesse invadir a privacidade do terreno vizinho. Nesse contexto, pôde decidir com segurança, sabendo que conferiu a tutela do direito à parte merecedora.<sup>98</sup>

---

<sup>94</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes**... op. cit., p. 80.

<sup>95</sup> “Outro ponto a ser registrado consiste na omissão no exercício dos poderes instrutórios do juiz e, com isso, a influência no resultado do julgamento, o aprofundamento de desigualdades materiais e o descontrole do arbítrio judicial. Tanto pode haver abuso na ação quanto na omissão, com a peculiar nota de que, em matéria de poderes instrutórios, dificilmente poderá haver controle das partes.” GODINHO, Robson. **Negócios**... op. cit. [e-book]. II. PROCESSO, CULTURA E IDEOLOGIA; 6. Poderes instrutórios do juiz.

<sup>96</sup> “A iniciativa probatória compromete a sua imparcialidade tanto quanto a sua omissão, mas a busca da verdade constitui um ganho apreciável.” GRECO, Leonardo. **Publicismo**... op. cit. p. 35.

<sup>97</sup> “(...) a falta de poderes instrutórios ajuda o processo a servir de instrumento para dar razão a quem não a tem, algo que parece distante da ideia de processo justo. E isso independe da visão que se tiver de justiça. pois, como diz Taruffo, seja qual for ela, não há como aplicá-la corretamente a fatos errados” SEGUNDO, Hugo Brito Machado. **Os poderes**... op. cit., p. 336.

<sup>98</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Privatização do processo? **Temas de Direito Processual (sétima série)**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 22-23.

Desse exemplo, extrai-se um dos principais argumentos que testemunham em favor dos poderes instrutórios: antes da produção da prova, não é dado ao juiz conhecer o seu resultado.<sup>99</sup> Seja na produção de uma perícia, na colheita de um testemunho ou mesmo na determinação de exibição de um documento, fato é que até o momento da efetiva produção, o conteúdo da prova é desconhecido (aliás, é exatamente esse o motivo que enseja a determinação).

Inclusive, o magistrado tem à sua disposição inúmeras alternativas para agir com parcialidade. Se o seu interesse for de beneficiar indevidamente uma das partes, não será tolhendo a sua prerrogativa de produzir provas de ofício que se impedirá a produção de um resultado indesejado.<sup>100</sup>

A despeito das divergências, há um significativo consenso na doutrina ao destacar a existência de um aspecto que torna mais adequada a produção probatória de ofício: o respeito ao contraditório.<sup>101</sup> De acordo com Bedaque, “para que o juiz

---

<sup>99</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O neoprivatismo...** op. cit., p. 96; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Poderes do juiz na direção e na instrução do processo. **Temas de Direito Processual (quarta série)**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 48; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes...** op. cit., p. 80; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil**. São Paulo: Método, 2004. p. 263-265; GODINHO, Robson. **Negócios...** op. cit. [e-book] II. PROCESSO, CULTURA E IDEOLOGIA; 6. Poderes instrutórios do juiz.

<sup>100</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O juiz...** op. cit. 1101-1109.

<sup>101</sup> “Pois bem, eu diria que os verdadeiros modos de exorcizar o fantasma da parcialidade consistem, sobretudo, em submeter a atividade do juiz à observância do princípio do contraditório, em impor ao juiz o dever de realizar a atividade de instrução sob a égide do contraditório, e proibi-lo de levar em conta na sua decisão qualquer elemento probatório colhido sem que as partes tivessem a oportunidade de participar, tanto quanto possível, da colheita, ou pelo menos, de manifestar-se sobre os resultados obtidos.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O juiz...** op. cit. 1101-1109.

“O perfeito funcionamento do princípio do contraditório é a maior arma contra o arbítrio do julgador. Assim, a concessão de poderes instrutórios ao juiz encontra seu limite natural no contraditório, que impede a transformação da arbitragem em arbitrariedade.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes...** op. cit. p. 83.

“O art. 370, caput não pode ser interpretado sem uma correlação com o art. 6.º: ‘Art. 6.º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.’ A cooperação é um dever especialmente em relação ao “sujeito imparcial” (o juiz) que indiscutivelmente passa pela instrução do processo, pode-se dizer até que é um dos pontos mais relevantes para a cooperação judicial é a atividade instrutória.” ALVIM, Teresa Arruda (org.). et al. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil** [e-book]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Cap. XII Das Provas, comentário ao art. 370, item 7.

“Ora, se é uma exceção existente justamente para que o novo juiz tenha poderes instrutórios voltados a firmar sua convicção até então não estabelecida diante das provas já produzidas, a simples repetição das mesmas provas talvez não seja suficientemente eficaz para o fim que se destina, necessitando, dependendo do caso em concreto, da produção de outras provas ainda não requeridas ou determinadas nos autos. Aí reside o verdadeiro poder instrutório do juiz. É óbvio que isso implicaria atender-se ao princípio do contraditório e ampla defesa para que as partes possam participar da colheita da prova, com a reabertura do prazo para alegações finais, escritas ou orais.” CABRAL, Trícia Navarro Xavier. O ativismo do juiz em tema de provas. In: ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JR., Fredie (coords.). **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. 4. vol. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1233-1263.

mantenha a imparcialidade, diante de uma prova por ele determinada, é suficiente que permita às partes sobre ela se manifestar”<sup>102</sup>.

Isto é, caso o juiz entenda necessária a produção de uma prova que não foi requerida pelas partes, deverá, antes de tomar uma posição, informar as partes acerca da sua intenção e intimá-las para que possam se manifestar a esse respeito.

Oferecidos os argumentos que permitem superar as objeções apontadas, seria possível dizer que a determinação de ofício é estimulada em todos os casos e absolutamente inofensiva à imparcialidade do julgador? Acreditamos que não. A reflexão acerca da imparcialidade merece algumas últimas ponderações que são de fundamental importância.

Imagine-se que o juiz se depara com um caso de anulação de negócio jurídico com base no vício de lesão, previsto no art. 157 do Código Civil, sobre mercadoria de um setor específico, desconhecida ao senso comum. Embora o contexto e os elementos já carreados aos autos permitam suspeitar que houve “prestação manifestamente desproporcional”, o autor deixou de apresentar anúncios de produtos semelhantes capazes de demonstrar a desproporcionalidade.

Se o juiz desconfia que o autor tem razão, mas constata que faltam elementos suficientes para compor o “fato constitutivo do seu direito”, estará ele contaminado pela parcialidade se determinar que o autor apresente uma pesquisa de mercado sobre produtos semelhantes? É evidente que, nessa situação, o juiz está propenso a julgar em favor de um dos lados, mas não tem fundamentos fáticos para se apoiar. É essa a “parcialidade” que parte da doutrina busca combater quando se nega a admitir a aplicação dos poderes instrutórios?

A parte adversa, por óbvio, vai impugnar: “o juiz deveria ter julgado pelo ônus da prova; se o autor não apresentou a prova, deve suportar as consequências de não ter se desincumbido do seu ônus”. No entanto, para um observador externo, neutro, o juiz está apenas se certificando de que não produzirá uma decisão injusta. Inclusive,

---

“Lembre-se, ainda, que a prova de ofício, além de ter de ser adequadamente justificada pelo juiz, deve abrir às partes a devida oportunidade: i) de considerar sobre a sua oportunidade; ii) de participar da sua produção; e iii) de falar sobre o seu resultado. Portanto, a possibilidade da participação do juiz na produção da prova não retira das partes a possibilidade de participar da formação (produção) e da interpretação da prova (consideração dos seus resultados).” MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**... op. cit. p. 100.

<sup>102</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes**... op. cit. p. 83.

nessa situação, a produção da prova também poderia levar à constatação de que a prestação não era manifestamente desproporcional e favorecer o réu.

Nesse caso, portanto, não há violação à imparcialidade.

É diferente, porém, a situação em que o juiz tem a intenção de investigar os fatos de um caso para encontrar provas que possam ser favoráveis a um dos lados. Tome-se como exemplo uma ação de usucapião na qual, realizada a audiência de instrução, todas as testemunhas ouvidas afirmaram conhecer o autor, atestando que ele ocupa o imóvel há anos. A despeito disso, o juiz opta por determinar a oitiva de alguns confrontantes que não foram ouvidos inicialmente.

Nesse caso, considerando que o acervo probatório está todo direcionado para um dos litigantes, pode ser considerada no mínimo suspeita a atitude do juiz que julga necessário ouvir mais testemunhas. Isso porque, embora já existam elementos de prova que permitam ao juiz formar a sua convicção, ele escolhe ampliar esse material, expondo a posição do autor a uma condição de vulnerabilidade. Para quem já está com “o jogo ganho”, qualquer incremento positivo será irrelevante, mas uma influência negativa pode ser comprometedora. Há um nítido desequilíbrio de custo de oportunidade da produção probatória.

Portanto, há de se discernir qual é o real significado de parcialidade. É necessário compreender quando está presente o risco de que o juiz esteja adotando uma atitude parcial. Todavia, analisando-se os argumentos que superam as objeções contrárias aos poderes instrutórios, é importante concluir que, em regra, os poderes instrutórios não representam violação ao princípio da imparcialidade. Apenas em situações excepcionais, mediante manifesta e desnecessária interferência do juiz, pode-se falar em violação.

### **3.1.2 Violação ao princípio dispositivo**

Pode-se cogitar, também, que a aplicação dos poderes instrutórios ameace a efetivação do princípio dispositivo. O CPC estabelece que o processo começa por iniciativa das partes (art. 2º) e que o juiz decidirá o mérito nos limites propostos por elas (art. 141). Essas previsões legais são fruto de uma evolução histórica que vem desde o tempo dos glosadores e que merece ser preservada em respeito à autonomia

privada.<sup>103</sup> Isso não significa, porém, que a participação do juiz no processo deva ser vedada em razão da liberdade das partes.

Trata-se de um assunto delicado, especialmente no contexto aqui desenvolvido. Um trabalho que pretende tratar de forma concomitante sobre a importância dos poderes instrutórios e do respeito às convenções processuais probatórias deve se mostrar extremamente cauteloso ao tratar sobre o princípio dispositivo, sob pena de incorrer em contradições.

Logo, examinar-se-á o princípio em dois momentos distintos: no primeiro, serão desenvolvidas as objeções apontadas pela doutrina e os respectivos argumentos que permitem superá-las; no segundo, serão brevemente esclarecidos os motivos pelos quais a concepção adotada não compromete a sujeição do juiz às convenções probatórias definidas pelas partes.<sup>104</sup>

Quando se trata de direitos disponíveis, as partes possuem a prerrogativa de, por meio do princípio dispositivo, circunscrever os limites da relação material tratada no processo. O direito indisponível, por sua vez, a partir do momento em que é levado ao judiciário, não admite qualquer interferência direta das partes no sentido de delimitar qual será a parcela da lide sobre a qual se manifestará o juiz.

Inclusive, quando se examina o art. 344, II, do CPC, nota-se que o efeito principal da revelia – presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor – não se aplica quando “o litígio versar sobre direitos indisponíveis”. A interpretação do dispositivo pode conduzir à compreensão de que, não havendo presunção de veracidade, aumenta-se a margem de intervenção do juiz em matéria de provas quando se está falando de direitos indisponíveis.

Além disso, o próprio conceito de indisponibilidade leva a crer que a participação ativa do magistrado deve ser estimulada. Afinal, se a parte não pode renunciar à pretensão, também não lhe cabe omitir meios de prova úteis à resolução da controvérsia; ou, no mesmo sentido, não é desejável que haja alguma incompletude quanto aos elementos instrutórios devido à falta de técnica ou lapso dos litigantes.

---

<sup>103</sup> Quanto à evolução histórica do princípio dispositivo, em abordagem que contempla o seu desenvolvimento na cultura jurídica de diversos países, v. RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade**... op. cit., RB-1.1-RB-1.19.

<sup>104</sup> A exposição breve se deve ao fato de que o assunto será abordado apropriadamente nos capítulos subsequentes que tratem especificamente sobre as convenções processuais probatórias.

Esse entendimento levou parte da doutrina a interpretar o art. 370 em sentido restritivo, admitindo a sua aplicação sobretudo nos casos de direitos indisponíveis.

Leonardo Greco, por exemplo, defende a necessidade de impor limites expressivos para atuação do juiz em matéria de provas quando o processo tratar de direitos disponíveis. Por outro lado, é complacente com a participação nos processos que versam sobre direitos indisponíveis, defendendo a determinação direta e ativa de produção probatória.<sup>105</sup>

Flávio Luiz Yarshell afirma que “em igualdade de condições entre os litigantes, e fora do contexto de direitos indisponíveis, é razoável esperar que o resultado a ser obtido pela parte em juízo seja reflexo do grau de empenho e engajamento que dedicou ao processo”<sup>106</sup>. Em uma leitura *a contrario sensu*, identifica-se que o autor admite maior flexibilidade para a interferência judicial nos processos em que se trate sobre direitos indisponíveis. É louvável, no entanto, a ressalva que faz acerca da “igualdade de condições” como um fator a ser considerado para que as partes sejam menos dependentes da atuação do juiz.

Behlue Mafassoni, que dedicou sua pesquisa de mestrado às convenções processuais probatórias no contexto dos poderes instrutórios do juiz, encampa a visão quanto à restritividade da intervenção do magistrado em matéria de provas quando se tratar de direito disponível. No entanto, diferentemente dos demais autores, Mafassoni é mais extrema em seu posicionamento, afirmando que: “o juiz deve determinar a produção de provas de ofício apenas em processos que versem sobre direitos indisponíveis, isso porque, não havendo indisponibilidade do direito não cabe ao juiz equacionar a relação processual”<sup>107</sup>.

A chave para afastar qualquer dúvida relativa ao princípio dispositivo está em entender sobre o que as partes podem efetivamente dispor no processo. Isso porque, ainda que as partes possuam a prerrogativa de circunscrever os limites da relação

---

<sup>105</sup> “Então, pode dizer-se que nas causas que versam sobre direitos disponíveis vigora o princípio dispositivo, e nas que versam sobre direitos indisponíveis vigora o princípio inquisitório. Nas primeiras, a iniciativa probatória é prioritariamente das partes, cabendo ao juiz exercê-la em caráter subsidiário, para suprir as deficiências no seu exercício pelas partes e evitar que, em razão delas, a apuração dos fatos se distancie manifestamente da verdade como ela é. Nas segundas, sem prejuízo da iniciativa das partes, deve o juiz adotar todas as iniciativas probatórias que se fizerem necessárias para apurar a verdade e para evitar que pela má apuração dos fatos as partes venham a dispor dos direitos indisponíveis.” GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil: processo de conhecimento**. v. 2. 3. ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 120.

<sup>106</sup> YARSELL, Flávio Luiz. **Antecipação**... op. cit. p. 130.

<sup>107</sup> MAFASSONI, Behlue. **Convenções**... op. cit. p. 149.

material tratada na lide (ao qual o juiz estará vinculado), o mesmo não se aplica à relação processual que é estabelecida em juízo.<sup>108</sup>

Trata-se da necessária distinção entre o princípio da demanda e o princípio dispositivo.

Embora os conceitos sejam muitas vezes confundidos, a melhor doutrina os distingue apropriadamente. O primeiro tem relação justamente com a definição do objeto do processo, indicando “o momento em que a atuação jurisdicional é exigida e sobre o que ela deverá incidir”<sup>109</sup>. Aqui se insere a prerrogativa que a parte possui de determinar a extensão do julgamento do juiz (princípio da congruência). Antagoniza, portanto, com a prerrogativa dada ao magistrado de atuar de ofício, e é assunto afeito ao direito material.<sup>110</sup>

O princípio dispositivo, por sua vez, está mais associado à tratativa processual da demanda, no sentido de “determinar de que modo deve ser conduzido o processo, se com predominante atuação do juiz ou se prioritariamente segundo as determinações e impulsos das partes.”<sup>111</sup>. Logo, a prevalência da vontade das partes significa predominância do princípio dispositivo; se prevalece a iniciativa do juiz, verifica-se um processo de caráter inquisitório.<sup>112</sup>

Inclusive, José Roberto Bedaque parte exatamente dessa distinção para justificar a ausência de incompatibilidade entre o princípio dispositivo e os poderes instrutórios. O autor explica que a disponibilidade do direito permite que as partes possam dele dispor mediante renúncia, desistência ou reconhecimento do pedido. Na sua visão, porém, seja qual for o objeto litigioso, remanesce o interesse do Estado na prestação da tutela jurisdicional; por isso, “se o pedido da tutela e os limites da prestação são privados, o modo como ela é prestada não o é”<sup>113</sup>.

Assim, se o princípio da demanda estabelece que as partes são livres para definir o momento e a extensão da atuação jurisdicional, a produção probatória de ofício não esbarra nesse conceito, uma vez que não interfere nos limites da relação material posta em discussão. Por outro lado, se o princípio dispositivo está associado ao modo como o processo é conduzido e o próprio CPC permite a atuação oficiosa do

---

<sup>108</sup>BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O juiz e a prova...** op. cit., p. 1101-1109.

<sup>109</sup>ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões...** op. cit., 594.

<sup>110</sup>ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões...** op. cit., 595.

<sup>111</sup>ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões...** op. cit., 594.

<sup>112</sup>ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões...** op. cit., 594.

<sup>113</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes...** op. cit., p. 71.

juiz em matéria probatória, é necessário reconhecer que se trata de uma opção legislativa – e não de uma opção oferecida às partes.

Barbosa Moreira é cirúrgico ao fazer a distinção apropriada, afirmando que: “da circunstância de alguém poder dispor da relação jurídica de direito material controvertida, não se infere necessariamente que possa dispor da relação jurídica processual”<sup>114</sup>. Mauro Cappelletti, no mesmo sentido, expõe que “o juiz deve ser imparcial em relação ao conteúdo da controvérsia, mas não quanto à relação processual propriamente dita”<sup>115</sup>.

É de Hugo Brito Machado Segundo a frase que sintetiza o entendimento da corrente doutrinária que defende a conciliação entre o princípio dispositivo e os poderes instrutórios. O autor, fazendo menção aos Comentários ao Código de Processo Civil de Celso Agrícola Barbi, consigna assertivamente: “O princípio dispositivo deve ser entendido no sentido de que o juiz está adstrito ao que foi pedido e alegado pelas partes, não ao que foi provado”<sup>116</sup>.

A importância de levar em consideração que os poderes instrutórios podem ser exercidos verse a demanda sobre direitos disponíveis ou indisponíveis decorre de um fato relevante: o pensamento no sentido contrário poderia conduzir a compreensão de que “a disponibilidade enseja a indiferença no resultado do processo”<sup>117</sup>. E, conforme questão já ultrapassada no presente trabalho, não é adequada a postura neutra do juiz, mas sim a postura comprometida com a tutela do direito.

No entanto, merecem atenção as considerações de Flávio Luiz Yarshell quando afirma que, em matéria de direitos disponíveis, as condições pessoais dos litigantes representam fator a ser observado pelo juiz quanto a sua intervenção no feito. O assunto será abordado com maior propriedade no tópico seguinte (item 3.2), mas é fundamental destacar desde logo que, embora se trate de critério subjetivo e

---

<sup>114</sup>“O raciocínio, além de assentar-se no que já mostrei ser uma premissa em grande parte falsa, porque no Processo Civil, repito, não se cuida somente de relações jurídicas disponíveis, é também sofisticado: da circunstância de alguém poder dispor da relação jurídica de direito material controvertida, não se infere necessariamente que possa dispor da relação jurídica processual, que é distinta e que vive sob o signo publicístico, e não sob o signo privatístico”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O juiz...** op. cit. 1101-1109.

<sup>115</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do Processo Civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **O Processo Civil Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994. p. 13.

<sup>116</sup> SEGUNDO, Hugo Brito Machado. **Os poderes...** op. cit., p. 335.

<sup>117</sup> GODINHO, Robson Renault. **Reflexões...** op. cit., p. 358.

examinado caso a caso, a atuação ativa do juiz deve ser vista como instrumento para a mitigação da desigualdade.

Ultrapassadas as objeções e os argumentos aptos a desconstituí-las, volta-se ao segundo objetivo do presente tópico, que consiste em explicar brevemente por qual motivo a conciliação dos poderes instrutórios com o princípio dispositivo não impede a imposição de limites ao juiz em matéria de produção probatória por meio dos negócios jurídicos processuais.

A partir da argumentação desenvolvida, um leitor atento poderia pensar que há nela uma incompatibilidade intrínseca. Ora, se o juiz tem ampla prerrogativa de produzir provas em matéria de direito disponível, poder-se ia cogitar que as partes não são autorizadas a restringir os meios de prova em convenções processuais, justamente em razão da consequente interferência na relação jurídica de direito processual.

Contudo, é preciso que se compreenda que as convenções probatórias que restringem meios de prova têm fundamento na relação jurídica de direito material, não na relação jurídica de direito processual. Em outras palavras, é a partir do direito de disposição concedido pelo princípio da demanda que as partes podem restringir os meios de prova disponíveis no processo.

Da mesma forma que a parte é livre para circunscrever os limites da relação material tratada na lide, podendo inclusive renunciar a pretensões já levadas a juízo, ela também pode restringir meios de prova que seriam úteis à comprovação de determinado fato. Trata-se tão somente de uma alternativa que não incide diretamente na delimitação do objetivo do processo, mas o faz de forma reflexa.

Ou seja, conforme será desenvolvido detalhadamente mais adiante (item 4), deve-se mudar a perspectiva com a qual se encara a restrição dos meios de prova. Isso porque o objetivo dessas convenções não é limitar a atividade instrutória do juiz. O objetivo dessas convenções é autorizar as partes a promoverem adequações ao processo, dispondo dos meios pelos quais os fatos podem ser trazidos ao conhecimento do magistrado.

### **3.1.3 Dificuldade de gestão processual**

As objeções abordadas até aqui – imparcialidade e princípio dispositivo – têm prevalência teórica. O exame acerca da potencial violação aos princípios do direito processual é fundamental, mas se concentra em um aspecto abstrato da aplicação dos poderes instrutórios. É diferente avaliar se determinado instituto *não viola* as regras já estabelecidas e, por outro lado, avaliar se a sua aplicação prática *é, de fato, viável*.

A objeção que será tratada adiante, por sua vez, tem caráter eminentemente prático. Trata-se de questionar se seria possível generalizar a intervenção judicial em matéria de provas tendo em vista a expressiva quantidade de processos que os juízes acumulam em seus acervos atualmente.

O excesso de trabalho no judiciário é um fato inegável. De acordo com o relatório Justiça em Números (CNJ), somente em 2023 foram distribuídos 35 milhões de novos processos, totalizando 83,8 milhões de processos em tramitação.<sup>118</sup> Nesse contexto, questiona-se se os magistrados dispõem de tempo suficiente para se debruçarem sobre cada processo e determinar a produção de novas provas.<sup>119</sup>

A questão merece três principais considerações: (i) o sopesamento entre os benefícios do resultado e o incremento de tempo nos julgamentos, (ii) a utilização de critérios que permitam filtrar os processos que merecem maior atenção e (iii) as alternativas existentes para que o juiz dirija a instrução de forma eficiente.<sup>120</sup>

Em relação ao primeiro aspecto apresentado, deve-se reconhecer que a generalização do exercício dos poderes instrutórios poderia acarretar um acréscimo de tempo significativo na prestação jurisdicional. Isso ocorreria em dois principais momentos: na necessidade maior reflexão acerca da completude do acervo probatório e no natural aumento de trabalho que a fase instrutórias do processo demanda, como a participação em audiências e a avaliação de laudos periciais, por exemplo.

<sup>118</sup> <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=542620&ori=1#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20relat%C3%B3rio,em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20ao%20ano%20anterior.> Último acesso em 01/10/2024.

<sup>119</sup> “Não há dúvida de que, em abstrato, o cuidado específico de cada caso é preferível a um protocolo rígido. Contudo, diante do cenário de inúmeras demandas que ficam sob a responsabilidade de um só juiz, questiona-se se pe viável que o magistrado compreenda as especificidades de cada caso e aponte soluções personalizadas para cada um deles.” MAFESSONI, Behlua. **Convenções**... op. cit. p. 47.

<sup>120</sup> É oportuna a crítica feita por Robson Godinho quanto a pressão por produtividade nos tribunais e a eventual negligência da qualidade das decisões: “A partir do momento em que se exige um certo número de prolação de sentenças por mês de um juiz, em que a produtividade é o fim principal da atividade jurisdicional, apenas com os olhos voltados para um programa de “quantidade total”, sem preocupações qualitativas, efeitos danosos podem ser produzidos, como o descaso com a instrução do processo pela pressa de produzir sentenças”. GODINHO, Robson. **Negócios**... op. cit., I. INTRODUÇÃO.

Nessa perspectiva, o incremento da atividade do magistrado na produção probatória tem reflexo não apenas no processo específico que está sendo julgado, mas também nos demais processos alocados em seu gabinete. Afinal, o prolongamento da participação do juiz nas atividades de determinado caso, inevitavelmente desvia sua atenção do restante do acervo.

Sabe-se que o fator tempo é determinante para o resultado do processo. A decisão justa, mas tardia, pode ser inócua. E, da mesma forma, não se ignora que no Brasil os processos já costumam tramitar por anos até serem julgados definitivamente. No já citado relatório do CNJ, constatou-se que a média de duração dos processos pendentes até dezembro de 2023 era de 4 anos e 3 meses (processos estes ainda em tramitação).<sup>121</sup>

Seria fantasioso, portanto, que o presente trabalho, simplesmente por reconhecer que os poderes instrutórios merecem guarida na atual sistemática do processo civil, ignorasse por completo essa realidade. Evidentemente não se pode fechar os olhos para a complexidade do judiciário em um nível macro e para o esforço constantemente endereçado à redução do tempo de tramitação dos processos.

No entanto, é sempre importante lembrar que “a duração razoável não significa que o processo não tenha pausas ou que tenha uma duração instantânea”<sup>122</sup>. Nas palavras de Marcelo Mazzola, ao parafrasear Carnelutti e Barbosa Moreira, “[a]inda que o tempo seja um inimigo do processo e caiba ao juiz travar contra ele uma luta sem tréguas, não se pode, sob o pretexto de tornar melhor a prestação jurisdicional, acelerá-la a qualquer preços”<sup>123</sup>.

Conforme lembra o sempre Ministro Ayres Brito, “a duração razoável do processo não significa pisar no acelerador, mas sim tirar o pé do freio”<sup>124</sup>.

Portanto, embora não se pretenda defender que os juízes devem perscrutar cada um dos processos que julgarão, debruçando-se extensivamente sobre todos, como quem passa um “pente fino”, também não se pode admitir que haja uma indiferença e uma neutralidade quanto ao resultado do processo, acelerando-o a

---

<sup>121</sup> CNJ, Justiça em Números 2024, Sumário Executivo. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/06/sumarioexecutivo-justica-em-numeros-2024.pdf>. Último acesso em 01/10/2024.

<sup>122</sup> MAZZOLA, Marcelo. **Silêncio do juiz no processo civil (inércia, omissão *stricto sensu* e inobservância) e seus mecanismos de impugnação**. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024. p. 65.

<sup>123</sup> MAZZOLA, Marcelo. **Silêncio**... op. cit., 65.

<sup>124</sup> MAZZOLA, Marcelo. **Silêncio**... op. cit., 65.

qualquer custo. Se a decisão justa e tardia é inócua, a decisão injusta e tempestiva é uma tragédia.

Por isso, compete ao julgador identificar os processos cujo risco de lapso ou de atecnia dos litigantes é maior. É nesses casos, e somente nesses casos, que o exercício dos poderes instrutórios se faz necessário. Quer dizer, embora a aplicação em todos os processos seja possível, parte-se do pressuposto que ela é indispensável apenas nas situações em que haja hipossuficiência técnica ou econômica.

A partir dessa premissa, adentramos à segunda consideração que o presente tópico exige: a análise sobre a utilização de critérios que permitam filtrar os processos que merecem maior atenção.

Conforme será exposto no item 3.2, a condição técnica e econômica dos litigantes exerce influência direta na maneira com que o processo é conduzido. São diversos os fatores que podem levar litigantes mais experientes e bem representados a conquistarem melhores resultados sobre aqueles que não acessam o judiciário com frequência.

É exatamente por esse motivo que Flávio Luiz Yarshell, mesmo quando defende que a parte deve receber o resultado do processo de acordo com o empenho dedicado, faz a ressalva de que esse entendimento deve prevalecer nos casos em que há “igualdade de condições entre os litigantes”<sup>125</sup>.

Não obstante, o melhor resultado só será obtido quando a igualdade das partes for equiparada “por cima”. Nesses casos, partes bem representadas apresentarão os seus respectivos argumentos apropriadamente e, de fato, vencerá aquela que tiver a razão ou maior habilidade de convencimento. Por outro lado, o mesmo raciocínio não se aplica para partes que são igualadas “por baixo”. Se ambos os litigantes sofrerem com um déficit na representação processual, aumenta-se a margem para que a falta de habilidade influencie diretamente no resultado do processo e prejudique a parte que tem razão.

Logo, o critério que deve ser adotado para filtrar processos que merecem maior intervenção judicial deve ser, em primeiro lugar, a desigualdade. Quando a qualidade da representação de um dos litigantes for nitidamente superior à do outro, é desejável que o juiz equalize essa diferença. No entanto, em segundo lugar, havendo igualdade entre os litigantes, mas notando-se que ambas as representações

---

<sup>125</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação...** op. cit. p. 130

estão ameaçadas por lacunas na técnica processual, também é dever do juiz evitar que a instrução deficitária do processo prejudique a tutela do direito.

Por fim, nesse contexto de dificuldade na gestão do processo, destaca-se que a determinação da produção probatória não é a única maneira de contribuir com a instrução. O juiz também pode se manifestar acerca da falta de elementos instrutórios, oferecendo às partes a oportunidade para complementá-los. Isso porque, considerando que a decisão de saneamento já expõe os pontos controvertidos, é perfeitamente possível que o juiz identifique a ausência de exploração satisfatória sobre determinados fatos e intime as partes para se manifestarem sobre a possibilidade de complementar a instrução.

Marcio Carvalho Faria, ao tratar sobre a lealdade na prestação jurisdicional, destaca que essa prerrogativa de advertir as partes acerca da ausência de elementos probatórios advém do dever de prevenção.<sup>126</sup> Trata-se de uma das figuras que decorrem do art. 6º do Código de Processo Civil, segundo o qual todos os sujeitos processuais (inclusive o juiz) devem colaborar entre si para a obtenção de uma decisão de mérito justa e efetiva.

Em termos de direito comparado, a necessidade de colaboração do juiz nesse sentido também vem sendo estimulada. Para Miguel Teixeira de Sousa, processualista português que concebeu os deveres anexos à colaboração,<sup>127</sup> posteriormente recepcionados pela doutrina brasileira,<sup>128</sup> o juiz teria a obrigação de identificar lacunas na descrição de um fato e estimular a discussão, sugerindo às partes formas de preencher aquele lapso.<sup>129</sup> No direito alemão, Peter Murray e Rolf Stürner também abordam a obrigação de lealdade do juiz sob essa perspectiva, indicando que o debate fortalece o contraditório e exerce influência direta na própria conformação das partes com o resultado do processo (sobre o dever de prevenção, v. item 3.3.2).<sup>130</sup>

Portanto, acredita-se que o oferecimento de diálogo, por parte do magistrado, em detrimento da determinação imediata de produção de provas, pode ser um elemento que facilite a gestão processual por dois principais motivos. A uma, pois a

<sup>126</sup> FARIA, Marcio Carvalho. **A lealdade**... op. cit. p.238-246.

<sup>127</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. ed. Lisboa: LEX, 1997. p. 62-69.

<sup>128</sup> MITIDIERO, Daniel. **A colaboração**... op. cit., *passim*.

<sup>129</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos**... op. cit., p. 67.

<sup>130</sup> MURRAY, Peter L.; STURNER, Rolf. German civil justice. Durham: **Carolina Academic Press**, 2004. p. 170-171. *Apud* FARIA, Marcio Carvalho. **A lealdade**... op. cit. p. 239.

mera oportunização de debate não depende do mesmo esforço cognitivo utilizado para a determinação da prova, uma vez que não compromete significativamente os custos e o tempo do processo. A duas, porque a simples identificação de uma lacuna a ser preenchida não demanda do magistrado a localização da correspondente solução; basta que ele localize a incompletude, cabendo à parte requerer a prova capaz de supri-la.

### **3.2 MITIGAÇÃO DA DESIGUALDADE**

Ultrapassadas as objeções aos poderes instrutórios, tanto em seu aspecto teórico como prático, passa-se a tratar acerca da relação entre o uso dos poderes instrutórios e a mitigação da desigualdade entre os litigantes.<sup>131</sup>

#### **3.2.1 A existência de vantagens e desvantagens entre os litigantes**

Para analisar apropriadamente a desigualdade entre as partes no processo, é indispensável se utilizar da noção de “litigantes habituais” (LH) e “litigantes eventuais” (LE). Trata-se de conceito formulado por Marc Galanter (1974), que permite observar de que maneira o comportamento estratégico dos litigantes impacta o desfecho das disputas judiciais baseado na frequência com a qual acessam o judiciário.<sup>132</sup>

Um exemplo prático é o litígio entre uma seguradora (LH) e um segurado (LE) em um acidente de trânsito. Para o segurado, a condenação pode representar um risco financeiro significativo, enquanto para a seguradora o processo é apenas parte de uma série de litígios repetitivos. Logo, o LH tende a adotar uma estratégia de risco calculado, ciente de que uma perda em um único caso pode ser compensada por sucessos em outros litígios. O LE, por sua vez, assumirá um comportamento defensivo e mais conservador.

Nesse contexto, é precisa a expressão utilizada por Galanter, que no texto original introduz o termo “one-shooter” para se referir ao litigante eventual. Embora não haja uma tradução literal para o português, a expressão traz a ideia de que a parte

---

<sup>131</sup> O desenvolvimento do tópico compreende a atualização e adaptação do artigo “A participação do juiz na produção probatória uma análise à luz da dicotomia ‘litigantes habituais’ x ‘litigantes eventuais’”, publicado pela Editora Toth, podendo haver transposição de textos.

<sup>132</sup> GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law & Society Review**, Vol. 9, No. 1, Litigation and Dispute Processing: Part One (1974), pp. 95-160.

tem apenas “uma chance” de fazer seus interesses prevalecerem. Ou seja, o LE fica adstrito a uma pressão por assertividade que lhe impede de utilizar nuances do processo para obter vantagens. Essa estratégia é chamada por Galanter de “minimax”, isto é, “minimizar a probabilidade de perda máxima”<sup>133</sup>.

Já a seguradora, por outro lado, enxerga o processo como um número que faz parte de uma estatística. Diferentemente do segurado, que vê a demanda como uma aposta de elevadíssimo risco, a seguradora mostra certa “indiferença com a incerteza do processo”<sup>134</sup>. Nas palavras de Galanter: “Uma vez que a aposta é relativamente menor para os LHs, eles podem adotar estratégias calculadas para maximizar o ganho relacionado a uma longa série de casos, mesmo quando isso envolve o risco de perda máxima em alguns deles”<sup>135</sup>.

No sistema norte-americano, típico de *common law*, sabe-se que os precedentes assumem posição central no julgamento de processos judiciais. Nessa perspectiva, Galanter destaca que os LHs são beneficiados ao poderem “optar por levar a julgamento (ou a recurso) apenas os casos que consideram como os mais prováveis para produzir normas favoráveis”.

A lógica, no entanto, também pode ser aplicada à jurisdição brasileira. Como se sabe, desde a inserção do 543-C do CPC/73, o processo civil brasileiro também ostenta um mecanismo de julgamento por amostragem que produz efeitos impactantes no que diz respeito à condução de julgamentos futuros. Trata-se do sistema de julgamento de recursos repetitivos, instrumento que foi adaptado e inserido no CPC/2015 por meio dos artigos 1.036 e 1.037 e que é conduzido nas Cortes Superiores (STJ e STF). Também merece destaque o IRDR (arts. 976 e seguintes do CPC), que visa igualmente à fixação de teses para demandas repetitivas, mas tem lugar nos Tribunais.

Um dos principais pontos críticos que intensificam a desigualdade entre as partes no julgamento de recursos repetitivos é a ausência de critérios objetivos para

<sup>133</sup> GALANTER, Marc. **Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito**; organizadora e tradutora, Ana Carolina Chasin. – São Paulo: FGV Direito SP, 2018. p. 50. Disponível em: [bit.ly/3DNz3cg](http://bit.ly/3DNz3cg). Acesso em 31/01/2025.

<sup>134</sup> “(...) the insurance company as a whole in defending large numbers of claims is unaffected by the uncertainty with respect to any one claim. (...) from the claim- ant's viewpoint [litigation] involves a gamble that may be totally lost. By taking many such gambles in litigating large numbers of cases the insurance company is able to regard the choice between the certainty and the gamble with indifference.” ROSS, H. Laurence. *Settled Out of Court: The Social Process of Insurance Claims Adjustment*. Chicago: Aldine, 1970. *Apud* GALANTER, Marc. **Why...** op. cit., p. 100.

<sup>135</sup> GALANTER, Marc. **Por que...** op. cit., p. 50.

a seleção dos casos que servirão como paradigmas para a tese a ser discutida. A análise dos artigos 1.036 e 1.037 do CPC revela que, embora haja a menção à escolha de dois “recursos representativos da controvérsia”, não são definidos critérios claros que orientem essa escolha, o que deixa margem para que fatores subjetivos influenciem a seleção.<sup>136</sup>

Sendo assim, se na experiência norte-americana o poder do LH se revela pela possibilidade de exercer, em grande medida, um poder de escolha sobre os casos que serão efetivamente levados a julgamento, na jurisdição brasileira, a vantagem dos LHs também se revela na influência política que podem exercer na escolha dos recursos repetitivos que serão levados a julgamento.

Em que pese a incessante contribuição da doutrina ao tentar delinear critérios justos para a seleção do caso piloto,<sup>137</sup> a falta de fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal (principalmente em decisões de inadmissibilidade por falta de repercussão geral) revela que, ao final, fica a impressão de que prevalece o lobby dos grandes litigantes.

Sobre o assunto, merece menção o artigo produzido por Bianca Mendes Pereira Richter, que apresenta uma análise crítica da participação do litigante habitual nos IRDRs suscitados para a solução da controvérsia sobre a contaminação do Rio Doce, ocorrida em decorrência do rompimento da “Barragem do Fundão”, que era mantida pela Samarco Mineradora.<sup>138</sup>

No estudo, a autora apresenta dois incidentes suscitados nos juizados especiais de estados distintos que tiveram resultados igualmente positivos para o litigante habitual.

---

<sup>136</sup> RAVAGNANI, Giovani; RODRIGUES, Marcely. Seleção do caso piloto nos recursos repetitivos, litigância repetitiva e o grande litigante. São Paulo: **Revista de Processo**, vol. 291, 2019. p. 229-261

<sup>137</sup> Convém citar como exemplo os critérios definidos por Antonio do Passo Cabral: “Queremos propor dois vetores básicos para guiar a escolha da causa-piloto. O primeiro é a amplitude do contraditório. Sempre que houver restrições ao contraditório, seja no procedimento do processo originário, seja quando a escolha da causa puder limitar o contraditório no próprio incidente, deve-se rever ou corrigir a seleção do processo-teste.

O segundo vetor de interpretação para a escolha da causa-piloto é a pluralidade e representatividade dos sujeitos do processo originário. Isso, porque, de acordo com o desenho estrutural dos procedimentos, muitas vezes o papel das partes do processo originário é maior no âmbito do incidente. Assim, o próprio contraditório no incidente pode ser impactado se dele participar litigante mal preparado ou inexperiente, por exemplo” CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: **Revista de Processo**, vol. 231, 2014. p. 201-223.

<sup>138</sup> RICHTER, Bianca Mendes Pereira. Dos incidentes de resolução de demandas repetitivas no caso do rio doce: uma análise a partir da atuação do litigante habitual nesta forma de resolução de questões repetitivas. In: **Revista de Processo**. Vol. 301, 2020. p. 327-355.

No Espírito Santo, embora tenha sido concedida a indenização aos requerentes, fixou-se a quantia de mil reais por autor, independentemente dos prejuízos sofridos. A vantagem reside no fato de que, até o julgamento do incidente, a Samarco já havia sido condenada ao pagamento de indenizações consideravelmente superiores. Já em Minas Gerais, entendeu-se pela incompetência dos Juizados Especiais dada a suposta necessidade de produção de prova pericial. Criou-se, assim, uma “ficção jurisprudencial” no sentido de que todo caso semelhante demandaria prova técnica, ainda que a contaminação do Rio Doce fosse considerada fato notório na região.

Nota-se, portanto, que a aplicação adequada dos poderes instrutórios adquire importância em duas dimensões diversas quando se fala em mitigar a desigualdade. De um lado, deve servir para evitar que sejam produzidas injustiças nos processos em geral, devendo haver um compromisso em tutelar o direito de quem tem razão. De outro lado, também pode ser fundamental nos casos aptos a produzirem resultados que transcendem os litígios individuais, evitando que os grandes players se favoreçam de influência e estratégia em detrimento de litigantes ocasionais.

### **3.2.2 A habilidade do litigante como fator de influência para o resultado do processo**

Constatado que as superioridades técnica, cognitiva, política e econômica se somam para elevar a habilidade do litigante e impactar o resultado do processo, é indispensável analisar quais são os elementos do sistema que criam e potencializam tais desigualdades, bem como quais são as alternativas disponíveis para reduzi-las ou eliminá-las.

Segundo Remo Caponi, são três os principais elementos que influenciam na obtenção de um processo eficiente: fator legislativo, fator de recursos e fator cultural. A lei deve ser moderna e tecnicamente adequada; os recursos, por sua vez, são fundamentais, pois a necessidade de magistrados e técnicos, por exemplo, é imprescindível para o bom funcionamento do sistema de justiça; todavia, é o fator cultural que tem a capacidade de coordenar todos os elementos e, assim, proporcionar efetividade ao processo. O fator cultural envolve, por exemplo: grau de

lealdade, boa-fé, grau de educação cívica, consciência dos direitos por parte dos cidadãos, tendência a solucionar demandas mediante acordo etc.<sup>139</sup>

Trazendo essas considerações para a análise sobre as vantagens e desvantagens das partes em disputas judiciais, existem dois caminhos possíveis. O primeiro consiste em aceitar que a disciplina legislativa brasileira escolhe conscientemente permitir a utilização de elementos alheios ao caso concreto para obtenção de resultados favoráveis; e o segundo está em entender que a legislação não pretende essa consequência, mas que o fator cultural permite aos litigantes mais habilidosos que alcancem esse objetivo.

Sem levar em conta eventuais interesses ocultos ou subversivos do legislador, o presente estudo adota o segundo caminho como alternativa mais adequada para o exame da questão. Isso porque é evidente que a adequação da disciplina legislativa não tem nenhuma utilidade prática quando não é acompanhada da respectiva competência profissional dos advogados, magistrados e técnicos judiciários.<sup>140</sup>

Caponi é enfático ao defender essa ideia, citando lição didática e precisa de Calamandrei para cancelar sua opinião:

in realtà ciò che plasma il processo, ciò che gli dà la sua fisionomia tipica non è la legge processuale, ma è il costume di chi la mette in pratica. Il diritto scritto non è che un contorno esterno, entro il quale il rilievo, coi colori ed i chiaroscuri, è dato dal costume. [...] Ogni 'procedimento' ha questa caratteristica: che, per quanto siano minuziose le norme che disciplinano il suo svolgimento, le attività che lo compongono non possono mai essere previste in maniera così rigorosa da non lasciare un certo margine all'iniziativa e alla discrezione personale di chi è chiamato a compierle.<sup>141</sup>

<sup>139</sup>Orbene, a costo di introdurre una certa semplificazione (ma non più di tanto), i fattori fondamentali per rendere un processo efficiente sono essenzialmente tre e si possono collocare in ordine crescente di importanza: il fattore legislativo, il fattore delle risorse, il fattore culturale. CAPONI, Remo. Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche. In: **Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile**. 2011. p. 390.

<sup>140</sup>CAPONI, Remo. **Il principio...** op. cit. p. 393.

<sup>141</sup> Em tradução livre: "Na realidade, o que molda o processo, o que lhe dá sua fisionomia típica não é a lei processual, mas o costume daqueles que a colocam em prática. A lei escrita é apenas um esboço externo, dentro do qual o relevo, com suas cores e claro-escuro, é dado pelo costume. [...] Todo 'processo' tem esta característica: por mais meticulosas que sejam as regras que regem sua condução, as atividades que o compõem nunca podem ser previstas com tanto rigor que não deixem margem para a iniciativa e a discrição pessoal daqueles que são chamados a realizá-las." CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democrazia**. Padova: Cedam, 1954. p. 35 *Apud* CAPONI, Remo. **Il principio...** op. cit. p. 394.

Sendo assim, observa-se que existem fatores culturais que tornam maleável a aplicação da lei e, portanto, geram disparidade de forças entre partes que deveriam ter as mesmas oportunidades.

É claro que a noção de tática processual jamais poderá deixar de existir.<sup>142</sup> Não se pode negar que o processo continua sendo uma disputa de interesses em que ambas as partes pretendem a vitória. É dizer: para as partes, a disputa judicial será sempre semelhante a uma “colisão de exércitos”<sup>143</sup>, onde “o choque das espadas é substituído, com civilidade, pela polêmica dos argumentos”<sup>144</sup>. Nesses conflitos se incluem desde expedientes propositalmente utilizados para retardar ou acelerar a tramitação do processo (desde que não constituam abuso), até mesmo a influência psicológica que uma parte pode exercer sobre a outra mediante o uso de estratégias lícitas – como, por exemplo, a obtenção de uma tutela provisória que tem por objetivo forçar um acordo.<sup>145</sup>

Há, portanto, uma realidade premente, qual seja, de que os litigantes em geral (sobretudo os litigantes habituais) estão culturalmente condicionados a utilizar estratégias processuais, expertise técnica, lobby e influência, para buscar vantagens que podem, ou não, estar relacionadas ao caso concreto em discussão. Além disso, também se nota que a existência dessa abertura no sistema de justiça tem o condão de causar prejuízos aos litigantes eventuais.

Logo, observado o litígio pela perspectiva das partes, é perspicaz a colocação de Calamandrei quando expõe a noção de “processo como jogo”: “para as duas partes contrapostas (tese e antítese) frequentemente ocorre que aquilo que conta não é tanto a justiça, mas a vitória, de maneira que, por isto, **o processo torna-se não outra coisa que um jogo a ser vencido**”.<sup>146</sup>

No entanto, quando se analisa a questão pela perspectiva jurisdicional, é inevitável concordar com José Roberto dos Santos Bedaque:

---

<sup>142</sup> “Cada movimento de uma parte cria para o adversário uma série de possibilidades, das quais pode dar-se que tenha êxito, habilmente desembaraçando se, em tirar vantagem contrariamente àquilo que seu antagonista supunha. Nisto consiste a tática processual, confiada à sagacidade e ao senso de responsabilidade de qualquer litigante; aqui é onde está a habilidade do jogo.” CALAMANDREI, Piero. **O processo como jogo**. Trad. por Roberto B. Del Claro. In: *GENESIS – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, 2002. p. 194

<sup>143</sup> CALAMANDREI, Piero. **O processo**... op. cit., p. 193.

<sup>144</sup> CALAMANDREI, Piero. **O processo**... op. cit., p. 193.

<sup>145</sup> CALAMANDREI, Piero. **O processo**... op. cit., p. 202-204.

<sup>146</sup> CALAMANDREI, Piero. **O processo**... op. cit., p. 193.

A real igualdade das partes no processo somente se verifica, quando a solução encontrada não for resultado do maior poderio econômico ou da astúcia de uma delas. **O processo não é um jogo**, em que o mais capaz sai vencedor, mas um instrumento de justiça, com o qual se pretende encontrar o verdadeiro titular de um direito.<sup>147</sup>

Ainda que essa perspectiva de “processo como jogo” mereça ser ultrapassada, não se pode ignorar que todo processo envolve a concepção de uma estratégia por parte dos litigantes; estratégia esta que, na maioria dos casos, é lícita. Ou seja, é preciso esclarecer que o presente estudo não visa a desestimular a utilização de estratégias personalizadas nos processos. Pretende-se, tão somente, apontar para o risco existente nos casos em que a estratégia conduz a um resultado injusto.

Observe-se que existem três principais sujeitos que podem modificar esse contexto: autor, juiz e réu. Autor e réu possuem interesses controvertidos no processo, sendo evidente que continuarão adotando a postura que lhes permita ampliar ao máximo as chances de obter um resultado favorável.<sup>148</sup> Portanto, a esperança de um modelo de processo que privilegie a justiça em detrimento da habilidade está principalmente sobre o juiz.

### 3.2.3 Necessidade de fazer prevalecer a tutela efetiva do direito

Ao longo do tempo, a ciência do direito processual civil evoluiu o suficiente para se ocupar com aquilo que é, de fato, o seu objetivo final: a tutela efetiva dos direitos. No contexto em que se discute a necessidade de mitigação das desigualdades, ressalta-se a coordenação entre o juiz e as partes em prol da aplicação eficiente das técnicas processuais para fazer cumprir os escopos do processo.

Luiz Guilherme Marinoni trata da existência de regras processuais abertas como uma decorrência do direito fundamental à tutela jurisdicional. Isso significa

<sup>147</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes...** op. cit., p. 74.

<sup>148</sup>“Seria ingênuo desconhecer que, em regra, cada uma das partes tem maior interesse numa reconstrução favorável do que numa reconstrução exata dos acontecimentos de que nasceu o litígio, e que os seus esforços talvez visem menos a ajudar o órgão judicial na busca da verdade do que a desviá-lo dela, ou quando nada a atrair-lhe a atenção exclusivamente para um lado da verdade. O juiz perspicaz e atento normalmente conseguirá separar do joio os grãos de trigo e dar a estes a utilização adequada, quando não possa ir além e extrair das suas próprias evasivas e tergiversações da parte, ou da resistência que ela acaso oponha ao trabalho de apuração dos fatos, elementos valiosos de convicção.” BARBOSA MOREIRA, A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: **Temas de Direito Processual (terceira série)**, São Paulo: Saraiva, 1984. p. 66

reconhecer que “a lei não pode atrelar as técnicas processuais a cada uma das necessidades do direito material ou desenhar tantos procedimentos especiais quantos forem supostos como necessários à tutela jurisdicional dos direitos”<sup>149</sup>, sendo fundamental garantir ao juiz a autonomia necessária para adequar a lei ao caso concreto quando constatar que lhe faltam mecanismos para a promoção da justiça.

Não se olvida, porém, que esse “poder” atribuído ao juiz vem acompanhado do ônus da fundamentação. Nesse sentido, ainda que se enxergue com bons olhos a flexibilização procedimental em prol da tutela efetiva dos direitos, é sempre necessário salientar que essa adequação deve ser feita a partir da compreensão “do significado das tutelas no plano do direito material postulados do meio idôneo e da menor restrição e mediante a sua indispensável exteriorização: a justificação judicial”<sup>150</sup>.

Compreendida a ideia de que o processo deve oferecer todos os mecanismos necessários para concretização da justiça e que, mesmo quando ausentes tais mecanismos, cabe ao juiz suprir eventual omissão legislativa, é preciso dar um passo adiante. Isso porque *oferecer* as técnicas processuais adequadas nem sempre é suficiente para mitigar a desigualdade existente entre as partes envolvidas em um litígio. Afinal, o ato de *colocar algo à disposição* pressupõe, em contrapartida, uma atitude da parte no sentido de adotar uma conduta ativa para se utilizar dessas técnicas.

Trazendo isso para a realidade dos litigantes eventuais e dos litigantes habituais, constata-se que não basta garantir o “acesso à justiça”, mas principalmente a efetividade da proteção judicial. Nesse aspecto, é precisa a contribuição de Bedaque:

Mas, para conferir ao processo a natureza de instrumento eficaz de acesso à justiça, não basta o assegurar o ingresso em juízo, isto é, a mera possibilidade de utilização desse método de solução de litígios. Exige-se a viabilização de determinado resultado, representado pela efetividade da proteção judicial, com a consequente manutenção do ordenamento constitucional e infraconstitucional. Trata-se do acesso à ordem jurídica justa mediante a tutela jurisdicional (...).<sup>151</sup>

<sup>149</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso...** vol. 1., op. cit., RB-1.70.

<sup>150</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso...** vol. 1., op. cit., RB-1.70.

<sup>151</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito...** op. cit., 61-62.

Portanto, são três as principais premissas cuja compreensão é necessária para que se discuta a participação do juiz na instrução do processo. Em primeiro, a noção de que existem vantagens e desvantagens inerentes aos litigantes habituais e eventuais, os quais se subordinam a aspectos extraprocessuais, que em alguns casos podem constituir fator determinante para definir quem será vitorioso.

Em segundo, a ideia de que a habilidade do litigante (na figura de seu advogado) é também um aspecto capaz de influenciar na resolução da lide, sendo importante notar que as partes possuem interesses controvertidos – o que as leva a utilizar estratégias processuais com a finalidade de defender esses interesses – enquanto o juiz assume uma posição de imparcialidade e pode, portanto, mitigar eventual disparidade de forças.

Em terceiro, a compreensão do processo como um meio a ser utilizado para a concretização da justiça, isto é, para a efetiva tutela dos direitos. Nesse aspecto, é notável a evolução dos conceitos teóricos da ciência processual, assim como as técnicas que lhe são inerentes, mas é também necessário reconhecer que nem sempre é suficiente apenas *colocá-las à disposição*, mas eventualmente implementá-las em prol da igualdade substancial entre as partes.

Passa-se, então, a abordar especificamente qual é o grau de participação que se espera do juiz a depender da configuração do litígio, isto é, da condição das partes envolvidas no processo.

### **3.2.4 A importância dos poderes instrutórios do juiz diante do conceito de litigantes eventuais e habituais**

Não obstante estejam superados os argumentos que ameaçam o exercício dos poderes instrutórios pelo juiz (v. item 2.4), é inegável que a adoção de medidas instrutórias por parte dos magistrados acontece com pouquíssima frequência.<sup>152</sup>

Nesse ponto é interessante voltar aos elementos do sistema de justiça, introduzidos por Remo Caponi. Isso porque, embora seja nítida a adequação da

---

<sup>152</sup> “Aliás - e aqui o próprio Judiciário não se isenta de censura - a verdade é que, por tibieza ou por falta de assimilação da mentalidade nova ora enfatizada, os juizes freqüentemente se abstêm de utilizar por inteiro os poderes que o sistema legislado já lhe põe à mão. Mui raramente se vê o juiz tomar iniciativas atinentes à produção da prova, embora seja o destinatário dela e, particularmente a esse propósito, disponha de poderes amplos”. FABRICIO, Adroaldo Furtado. **As novas...** op. cit., p. 1263-1271.

disciplina legislativa, há um aparente descompasso entre esta e os demais fatores do processo (de cultura e de recursos). Pode-se compreender que tanto no aspecto cultural quando em termos de disposição orçamentária (recursos), há dificuldade de implementar a noção ideal de juiz “diretor do processo” tendo em vista a imensa quantidade de processos que é distribuída diariamente.

De todo modo, também já está superada a controvérsia acerca da suposta dificuldade de gestão processual que seria gerada com o estímulo de medidas instrutórias de ofício (v. item 2.1.3).

Foi justamente com o incremento do acesso à justiça nos últimos anos e o respectivo aumento dos processos levados ao judiciário que a participação dos juízes no processo passou a ser indispensável. Se antes o acesso à justiça era muito mais escasso, o número de advogados mais reduzido, e predominava uma perspectiva “duelística” do processo,<sup>153</sup> hoje são inúmeros os processos que discutem assuntos de baixa relevância econômica (comparativamente), os quais podem ser ajuizados por pessoas de todas as camadas sociais da população (inclusive mediante dispensa de custas judiciais através dos juizados especiais).

No entanto, não é apenas em processos de litigantes habituais (LH) contra litigantes eventuais (LE) que a participação ativa do juiz na instrução pode colaborar para a tutela efetiva do direito. Embora nessa configuração processual seja *esperada* uma atuação do magistrado com o objetivo de mitigar a disparidade de forças, definitivamente essa necessidade se estende para outras configurações de partes. Nesse sentido, serão abordadas a seguir cada uma das possíveis disposições de litígios individuais e suas respectivas carências em termos instrutórios, as quais podem ser eventualmente supridas pelo magistrado.

## LE x LE

Quando Marc Galanter se refere ao processo ajuizado por um litigante eventual contra outro, traz diversos exemplos nos quais as partes têm algum laço íntimo entre si (ação de guarda, alimentos, interdição, inventário judicial, litígios entre sócios etc.).<sup>154</sup> Existem, porém, casos em que as partes também podem litigar mesmo

<sup>153</sup> CALAMANDREI, Piero. **O processo...** op. cit., *passim*; FABRICIO, Adroaldo Furtado. **As novas...** op. cit., p. 1263-1271.

<sup>154</sup> GALANTER, Marc. **Por que...** op. cit, p. 62-66.

quando não possuem nenhum vínculo, como é o caso de ações relativas a acidentes de trânsito, por exemplo.

Há quem diga que, em tais casos, não caberia ao juiz intervir para “investigar” os fatos. É a opinião de João Batista Lopes quando afirma:

“Em princípio, às partes incumbe o ônus da prova, e a ausência de demonstração dos fatos tem como corolário a improcedência do pedido, e não a incidência do art. 130 (...) Assim, por exemplo, se o autor não prova o acidente, em ação de indenização por perdas e danos, não cabe ao magistrado suprir a omissão com requisição de informações ao departamento de trânsito.”<sup>155</sup>

No item 3.1.1, quando abordada a ausência de violação à imparcialidade, explicou-se que a intervenção do juiz é desejável a depender da suficiência das provas já juntadas aos autos; especialmente no que se refere à “investigação” dos fatos.

Quando já existem provas suficientes para que o processo seja julgado em favor de uma das partes – sem que se utilize da técnica de julgamento pelo ônus da prova – entende-se que não compete ao magistrado buscar fatos ainda não explorados que sejam capazes de alterar a compreensão já constituída. Isso porque, tratando de ação judicial entre litigantes eventuais, não é adequado que a parte que teve capacidade de comprovar sua narrativa tenha o seu discurso exposto à vulnerabilidade.

Agora, quando não existem elementos suficientes para que o magistrado forme a sua convicção, é perfeitamente possível que ele se utilize dos poderes instrutórios para delinear com maior precisão a verdade dos fatos. Ou seja, em um processo de acidente de trânsito no qual nenhuma das partes foi capaz de trazer provas contundentes para sustentar sua narrativa, entende-se que o juiz pode, sim, buscar a produção probatória a fim de oferecer provimento assertivo.

Por exemplo, se uma das partes juntou aos autos uma imagem capturada após a batida, na qual é possível identificar as placas de outros veículos que também estavam parados em decorrência do acidente, seria permitido que, diante da ausência de elementos instrutórios suficientes, o juiz requisitasse informações do

---

<sup>155</sup>LOPES, João Batista. **Iniciativas**... op. cit., p. 1123-1133.

“departamento de trânsito” para identificar os possíveis proprietários daqueles veículos e eventualmente chamá-los a testemunhar no caso.

Com isso, o contorno fático-probatório do processo poderia ser delineado com maior precisão e, portanto, aproximaria o juiz da correta compreensão sobre o sujeito que deve ser responsabilizado pelos danos. Logo, entende-se que, a depender do caso, no processo que envolve apenas litigantes eventuais, a participação do juiz na instrução pode ser uma forma de otimizar o julgamento em favor de quem tem razão e, por consequência, fazer prevalecer a justiça.

### **LH x LH**

Quando o processo envolve apenas litigantes habituais, pode-se partir do pressuposto de que as partes estão bem representadas no processo, por advogados que possuem *expertise* em suas áreas de atuação. Nesses casos, o art. 370 do CPC continua vigente, mas já não se espera que o juiz adote uma postura complacente, no sentido de auxiliar as partes, dado que não há, a princípio, qualquer deficiência de representação.

É claro que o juiz se utilizará dos meios necessários e disponíveis para formar o seu convencimento, mas não há qualquer *expectativa* que faça as vezes das partes em caso de eventual insuficiência probatória. De todo modo, é importante destacar que, caso venha a produzir provas de ofício, o juiz estará absolutamente alinhado à legislação. Quer dizer, ainda que não se *espere* uma conduta rigorosamente ativa, nada impede que, querendo, o magistrado a adote.

Inclusive, quando se fala em disputas entre litigantes habituais, nota-se que, na maioria dos casos, a intervenção do juiz em matéria de provas é indesejada. Justamente por isso, as convenções processuais probatórias, que serão abordadas na segunda parte do presente trabalho, ganham relevância. A partir delas, as partes podem entabular acordos processuais que confirmam maior previsibilidade em termos da participação do juiz na produção probatória, evitando surpresas indesejadas que atrasem o julgamento do feito ou ensejem maiores despesas.

Na realidade, em tais casos, é mais importante que o juiz esteja atento a tentativas indevidas de protelar o feito e a eventuais chicanas processuais praticadas pelas partes do que qualquer outra coisa. Falar de “poderes instrutórios do juiz” não é somente tratar do juiz enquanto sujeito colaborativo, em busca da verdade, mas é

também dar destaque ao fato de que a condução da instrução está nas suas mãos e deve seguir o ritmo por ele desejado – não o ritmo imposto pelas partes. Não é à toa que o mesmo artigo de lei que dá ao juiz o poder de produzir provas de ofício também trata, em seu parágrafo único, do dever a ele imposto no sentido de indeferir “diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Merece destaque a produção da prova pericial. Nela, os quesitos representam uma ferramenta positivada na legislação que tem por finalidade permitir que o resultado da prova seja influenciado pelas partes e pelo juiz através do diálogo. É importante observar, porém, que os quesitos não competem exclusivamente às partes. A atuação ativa do juiz é destacada em dois aspectos principais: em primeiro, no controle dos quesitos impertinentes – para evitar que as partes insistam em questionamentos irrelevantes de caráter protelatório – e, em segundo, na apresentação de quesitos necessários ao esclarecimento da causa. Tais prerrogativas estão previstas expressamente no art. 470 do CPC.

No que diz respeito ao controle dos quesitos impertinentes, é preciso sempre ter em mente que as partes costumam ter maior interesse numa reconstrução favorável dos fatos em detrimento de uma reconstrução exata do contexto em que ocorreu o litígio.<sup>156</sup> Nesse sentido, é ilustrativa a expressão utilizada por Barbosa Moreira quando afirma que o juiz “perspicaz e atento” deve conseguir “separar do joio os grãos de trigo e dar a estes utilização adequada”.<sup>157</sup>

A produção da prova pericial já é morosa por sua própria natureza, mas, se não houver uma postura ativa por parte do magistrado, é plenamente possível que a prova se estenda por um período de tempo que exceda os limites do razoável.

Paula Sarno Braga, ao tecer comentários acerca do art. 470 do CPC enfatiza qual é o comportamento esperado do magistrado durante a realização da perícia:

(...) Pouco se falava, na vigência do CPC/1973, do papel do juiz na produção da prova pericial. Talvez, por isso, o órgão jurisdicional viesse assumindo uma posição passiva, limitando-se a nomear o perito e aguardar os resultados do seu trabalho. Mas o CPC/2015 exige mais. Exige do magistrado uma postura mais enérgica e atuante, definindo um calendário para a realização da perícia, bem como acompanhando seu cumprimento. Deve dirigir, com pulso e firmeza, cada passo da perícia. Trata-se de ideal que se pretende atingir, mesmo diante da nossa realidade de juízos assoberbados de serviço. Mas o juiz deve, ao menos, depois de nomear o perito, formular os quesitos do juízo e indeferir os quesitos impertinentes das partes (art. 470, CPC). É o mínimo

<sup>156</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A garantia...** Op. cit., p. 1112.

<sup>157</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A garantia...** Op. cit., p. 1112.

que pode fazer para garantir a qualidade e eficácia da prova pericial.<sup>158</sup>

Na perspectiva da autora, é o juiz quem deve garantir a qualidade e a eficácia da prova pericial. Para que isso seja possível, é necessário que assuma uma postura “enérgica e atuante”, prezando pelo bom prosseguimento da perícia, mas que também tenha “pulso e firmeza”, impedindo que as partes desviem o curso da instrução.

Portanto, tratando-se de litigantes habituais, é mais conveniente às partes pensar em formas de prever a participação do juiz no processo, por meio de convenções processuais probatórias, do que esperar qualquer contribuição oficiosa, que, como se sabe, ainda é absolutamente imprevisível. Nesses litígios, os poderes instrutórios devem estar mais relacionados à responsabilidade do magistrado em assumir as rédeas do processo do que em determinar a produção probatória.<sup>159</sup>

### LE x LH / LH x LE

Na configuração do processo em que participam litigantes eventuais e litigantes habituais, a participação do juiz é fundamental para mitigar a desigualdade de oportunidades. Segundo Bedaque, “A real igualdade das partes no processo somente se verifica, quando a solução encontrada não for o resultado do maior poderio econômico ou da astúcia de uma delas”<sup>160</sup>.

Adroaldo Furtado Fabrício defende que a concepção tradicional de processo, em que predomina a noção adversarial, já não é mais suficiente para abarcar a realidade que hoje permeia o judiciário. De acordo com ele: “a caneta é instrumento adequado para escrever sobre papel, mas de todo imprestável para gravar em bronze”<sup>161</sup>. É exatamente essa analogia que deve ser transposta para o processo, afinal, a ideia de que “prova quem alega” não pode prevalecer em uma estrutura em que um dos litigantes é, por natureza, inferiorizado em relação ao seu adversário.<sup>162</sup> Em poucas palavras, o autor descreve como se dá o desequilíbrio entre as partes:

<sup>158</sup> ALVIM, Teresa Arruda (org.). *et al. Breves...* Op.cit. p. 1254.

<sup>159</sup> “Cuidando a ação de direitos disponíveis e não existindo nos autos notícia de significativa desigualdade sócio-econômico-cultural entre os litigantes, não há falar em violação ao art. 130 do CPC pela ausência de produção de provas ex officio” (REsp 242.219/RS, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 01.07.2002, p. 280).

<sup>160</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes...* op. cit. p. 74

<sup>161</sup> FABRICIO, Adroaldo Furtado. *As novas...* op. cit., p. 1263-1271.

<sup>162</sup> FABRICIO, Adroaldo Furtado. *As novas...* op. cit., p. 1263-1271.

Aquele vai a Juízo, talvez, uma ou duas vezes ao longo de toda a sua vida, nada sabe das coisas da Justiça; seu nível de informação sobre a máquina judiciária, com o imponente complexo de juizados, cartórios, advogados, é praticamente nulo. Este outro, o litigante habitual, bem ao contrário, está permanentemente à barra dos pretórios e tem com eles a maior intimidade. Tem a seu favor a experiência acumulada dos litígios passados e a preparação sempre mais aprimorada para os futuros, o "saber de experiências feito", os quadros próprios e eficientes de assessoria jurídica e procuratório judicial; está melhor aparelhado à produção de provas do seu interesse; mais facilmente captará a simpatia do poder político, do econômico e da mídia – vantagens extraprocessuais estas últimas, sem dúvida, mas cuja importância seria ingênuo negligenciar.<sup>163</sup>

Entender a participação do juiz como necessária para equalizar as oportunidades das partes no processo é uma conclusão natural. O resultado que se espera é a prevalência da tutela efetiva do direito em detrimento da habilidade dos litigantes.

A inversão do ônus da prova, estimulada pelo Código de Defesa do Consumidor, é um exemplo do esforço legislativo para garantir isonomia no processo civil. É interessante, porém, pensar que o CPC já prevê a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova, embasado precisamente na facilidade ou dificuldade de produzir provas no caso concreto. Em outras palavras, é razoável dizer que, a rigor, o art. 6º, VII, do CDC, seria dispensável para essa finalidade.

No entanto, pergunta-se: caso o CDC não contivesse um regramento específico prevendo a inversão do ônus da prova, seria possível afirmar que essa seria uma prática tão costumeira como é atualmente? Talvez não.

Trazendo o raciocínio para os poderes instrutórios do juiz, sabe-se que hoje existe uma regra geral que prevê ao magistrado a prerrogativa de produzir provas de ofício. Todavia, não há nenhuma regra que incentive ou que estabeleça hipóteses mais específicas nas quais caberá ao juiz suprir alguma insuficiência das partes.

Não se pretende, aqui, oferecer qualquer solução de *lege ferenda*, mas apenas estimular a reflexão.

Conforme foi dito anteriormente, a formação de precedentes a partir de casos com instrução insuficiente pode oferecer sérios prejuízos aos litigantes eventuais. Afinal, em termos de estratégia processual, sabe-se que a formação de IRDRs e teses firmadas em julgamento de recursos repetitivos conta com uma estratégia meticulosamente desenvolvida e aplicada pelos litigantes habituais – inclusive

---

<sup>163</sup> FABRICIO, Adroaldo Furtado. **As novas...** op. cit., p. 1263-1271.

mediante a tentativa de direcionar a escolha de um caso paradigma que lhes seja mais favorável.

Nesse sentido, tem-se na formação dos precedentes um ponto de partida interessante para se pensar a importância do fortalecimento dos poderes instrutórios do juiz e a possível necessidade de incentivá-lo quando houver insuficiência nas provas trazida pelas partes. Se antes a preocupação com a instrução se limitava à formação da convicção do magistrado, parece importante notar que há um nível superior, que transcende apenas a solução do caso concreto, de modo que a instrução do processo se torna relevante não apenas para o magistrado ou para as partes, mas também em termos de interesse público, uma vez que poderá resultar em uma aplicação erga omnes do entendimento.

Não se pode ignorar, porém, que existem ocasiões nas quais os litigantes eventuais podem se aproveitar do sistema de justiça para tirar proveito de litigantes habituais por meio de processos que não possuem qualquer embasamento fático. Conforme destaca Gustavo Osna, o que se espera do juiz nesses casos é a aplicação correta das penalidades por litigância de má-fé como um desestímulo para a propositura de demandas infundadas.<sup>164</sup>

De todo modo, fica evidente que, seja para evitar a litigância predatória, seja para estimular o contraditório, é fundamental a postura ativa do magistrado como diretor do processo. Além disso, entende-se pela necessidade de olhar com cautela para o fenômeno da litigância predatória, a fim de evitar a criação de um preconceito nas demandas consumeristas, lembrando-se sempre da necessidade de tutelar concretamente o direito material.

### 3.3 PODERES INSTRUTÓRIOS NA DETERMINAÇÃO DA PROVA

A participação do juiz na determinação da prova é permeada por uma série de questões que merecem atenção. Não basta apenas identificar qual é a condição das partes para reconhecer a possibilidade de aplicação dos poderes instrutórios, é preciso também examinar os aspectos processuais que orbitam em torno da intervenção judicial.

---

<sup>164</sup> OSNA, Gustavo. Três notas sobre a litigância predatória (ou, o abuso do direito de ação). In: **Revista de Processo**. vol. 342, 2023. p. 55-70.

A decisão de saneamento, o instituto da preclusão e as consequências do descumprimento dos deveres instrutórios são assuntos que também demandam aprofundamento, uma vez que se relacionam diretamente com a determinação probatória de ofício. É esse o objeto do presente tópico, que pretende explorar de maneira realista quais são os obstáculos, incentivos e consequências da participação do juiz no processo.

### **3.3.1 A relevância da decisão de saneamento e organização do processo**

A decisão de saneamento e organização do processo é o ato que antecede o início da fase instrutória. É na decisão de saneamento que o juiz, enquanto gestor do processo, deve concentrar esforços para verificar as lacunas fáticas, identificar qual das partes tem o ônus de preenchê-las e avaliar as alternativas necessárias para fazê-lo. Se encarado com a seriedade que merece, o saneamento pode trazer às claras quais são as provas indispensáveis para o julgamento de mérito, o que também contribui para a transparência e imparcialidade na utilização dos poderes instrutórios por parte do magistrado.

A fim de abordar o assunto com a profundidade adequada, faz sentido compreender, em um primeiro momento, o que se entende por saneamento do processo no CPC/2015 para, em seguida, ocupar-se da perspectiva que se relaciona com a produção probatória de ofício.

Quando se fala em efetividade do processo, o saneamento merece ser tratado como elemento central, em torno do qual as partes e o juiz devem empenhar esforços a fim de que o julgamento contemple todas as questões cuja discussão é indispensável. Essa preocupação decorre, é claro, da necessidade de que seja proferida decisão justa, mas, para além disso, também é importante do ponto de vista de conformação com o resultado do processo. A sentença que discute apropriadamente as questões controvertidas contribui para a pacificação social na medida em que torna mais fácil à parte vencida que se conforme com a sua derrota.<sup>165</sup>

---

<sup>165</sup> GOMES, Gustavo Gonçalves. **O novo saneamento do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. [e-book] RB-3.3.

Trícia Navarro explica que o saneamento não se restringe apenas ao período que compreende o momento da formação do contraditório até a fase instrutória.<sup>166</sup> Segundo ela, o saneamento do processo é feito desde a recepção da petição inicial, mediante o juízo de inadmissibilidade, e contempla não apenas a organização do feito para preparação do julgamento, mas também a regularidade formal e material do processo. Isso significa dizer que o juiz que indefere liminarmente a petição inicial também está saneando o feito e que, ao fazê-lo, está privilegiando a economia processual, que implica benefícios a si próprio e às partes.

No que se refere à própria decisão de saneamento e organização do processo, que ocorre após a fase postulatória, é oportuno observar a evolução legislativa. As sucessivas alterações no código, pouco a pouco, passaram a mover o pêndulo do extremo protagonismo do juiz para aproximá-lo da colaboração entre os sujeitos processuais, reconhecendo que as partes também merecem ser ouvidas para a formação de decisão que norteará todo o curso do processo.

Heitor Sica explica que a audiência preliminar, inaugurada pela Lei 8.952/1994, foi celebrada por parte da doutrina como instituto vantajoso, que viabilizaria maior contato entre as partes e o juiz, estimulando a conciliação e permitindo organizar os pontos controvertidos e respectivas provas. Na prática, no entanto, expôs que a audiência não teve o desempenho esperado, uma vez que os juízes, assoberbados de trabalho, dificilmente promoviam o saneamento em audiência, frustrando a expectativa das partes, que esperavam meses para a realização do ato.<sup>167</sup>

O CPC/2015, por sua vez, assimilando essa realidade de pouca eficiência das audiências preliminares, relegou a sua utilização apenas para casos que apresentarem “complexidade em matéria de fato ou de direito” (art. 357, §3º). Todavia, para suprir a necessidade de que as partes possam ter oportunidade de contribuir na formação da decisão de saneamento, o CPC também introduziu a modalidade de saneamento compartilhado mediante peças escritas.<sup>168</sup> Trata-se da construção da decisão definitiva pelo uso do “pedido de ajustes e esclarecimentos” (art. 357, §1º).

---

<sup>166</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A improcedência liminar do pedido e o saneamento do processo. In: **Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil**. vol. 4, 2018. p. 147-163

<sup>167</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. In: **Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil**. vol. 4, 2018. p. 435-460

<sup>168</sup> UZEDA, Carolina. Pedido de ajustes e esclarecimentos: a participação das partes na decisão de saneamento e organização do processo. In: **Revista de Processo**. vol. 289, 2019. p. 167-188.

Carolina Uzeda explica que o saneamento no CPC/2015 é um ato complexo, que embora tenha início na decisão proferida pelo magistrado, a ela não se limita. Isso se deve à figura inovadora do pedido de ajustes e esclarecimentos. O próprio código prevê que a decisão de saneamento só se torna estável após o escoamento do prazo de 5 dias concedido pelo §1 do art. 357. Quer dizer, havendo intervenção das partes, pode-se dizer que a decisão ainda está em processo de formação, não tendo alcançado sua versão final.<sup>169</sup>

Nas palavras da jurista, o ato inicial do juiz na fase de saneamento do processo é “assemelhado a um projeto de decisão, a ser complementado com os esclarecimentos prestados após o requerimento das partes ou com o decurso do prazo de cinco dias”.<sup>170</sup>

Diante desse panorama, e considerando o deslocamento do pêndulo do protagonismo do juiz para, cada vez mais, incluir a participação das partes, é interessante observar que, hoje, o código admite até mesmo que as próprias partes apresentem “delimitação consensual das questões de fato e de direito” para que seja homologada pelo juiz.

Compreendida a relevância da decisão saneadora e seu impacto em todo o curso do processo, é necessário avançar para analisar qual é a influência que a atuação diligente do juiz nessa fase do processo pode trazer em termos de utilização dos poderes instrutórios e, principalmente, de tutela efetiva do direito.

Pela própria redação dos incisos II, III e IV, do art. 357, do CPC, constata-se que a decisão de saneamento deve contemplar: (i) delimitação das questões de fato sobre a qual recairá a atividade probatória, (ii) apreciação dos meios de prova admitidos, (iii) definição do ônus da prova e (iv) delimitação das questões de direito relevantes para a decisão de mérito.

Em teoria, o dispositivo citado parece oferecer um itinerário ideal para que o processo se ocupe com todas as questões de fato e de direito essenciais para o julgamento do mérito e, ainda, parece dirimir ao máximo o risco de que alguma questão relevante deixe de ser abordada. Ocorre que, na prática, nem sempre a decisão de saneamento é encarada com a importância que deveria, sendo, em

---

<sup>169</sup> UZEDA, Carolina. **Pedido...** op. cit., p. 167-188.

<sup>170</sup> UZEDA, Carolina. **Pedido...** op. cit., p. 167-188.

diversos casos, apenas o momento para deferir ou indeferir as provas requeridas pelas partes.

Nesse aspecto, significativa a contribuição de Gustavo Gonçalves Gomes:

O saneamento é o momento processual mais importante do processo, momento em que as partes, com a orientação e a colaboração do magistrado, podem indicar precisamente quais os pontos relevantes (de fato e agora de direito) – não necessariamente controvertidos – que entendem devam ser enfrentados na sentença. O juiz, por seu lado, indicará quais os elementos e as provas que considera essenciais para oferecer uma decisão fundamentada, técnica, qualitativa, firme e justa.<sup>171</sup>

Como afirma o autor “é o momento mais importante do processo”. Ainda que promover o saneamento completo seja, de fato, uma tarefa que exija elevada concentração de esforços por parte do magistrado, ele não pode ser negligenciado. Em diversos casos, pode ser mais trabalhoso proferir uma decisão de saneamento completa do que propriamente julgar o processo. Mas é exatamente em razão do saneamento adequado que a tarefa de julgar poderá se tornar menos árdua.

Pode-se dizer que o esforço argumentativo necessário para proferir uma sentença será inversamente proporcional ao empenho colocado no saneamento do processo. Isto é, quanto melhor delineadas as questões relevantes de fato e de direito, bem como as respectivas provas, menos esforço e dificuldade terá o magistrado no momento de julgar o mérito – pressupondo, é claro, que o magistrado esteja comprometido com o julgamento justo, pois, caso não esteja, poderá proferir uma decisão despreocupada e livre de exames acurados independentemente de quão completo tenha sido o saneamento e a instrução.

E mais: na realidade, o saneamento adequado transcende o julgamento de primeiro grau. Não apenas a prolação da sentença será beneficiada, como o processo visto em sua totalidade, desde a mitigação de nulidades e redução do número de recursos, até mesmo o fato de se evitar eventual ação rescisória.

---

<sup>171</sup> GOMES, Gustavo Gonçalves. **O novo...** op. cit., RB-3.3

Pois bem. Objetivamente, compete ao juiz, na decisão de saneamento, antecipar o raciocínio do julgamento para identificar as questões controversas em matéria de direito, eventuais lacunas de prova (questões de fato) e quem tem o ônus de preenchê-las. Quer dizer, espera-se que o magistrado visualize o panorama geral do conflito logo após a fase postulatória para, desde logo, apontar quais serão as questões de resolução indispensável em prol do julgamento de mérito. É apenas a partir desse raciocínio que se identificará quais as provas que devem ser produzidas.

Adotadas essas providências e admitida a participação das partes na construção da decisão de saneamento, o juiz estará diante do contexto ideal para, considerando necessário, determinar a produção de provas de ofício. É evidente, porém, que deverá observar as peculiaridades do processo bem como a condição das partes para interferir diretamente na fase instrutória (v. item 3.2.4).

Ao longo dos próximos tópicos, serão abordados alguns dos aspectos que merecem ser considerados para que a participação do juiz na determinação da prova seja consentânea com os princípios do direito processual civil. Embora não se pretenda sistematizar objetivamente quais são as situações nas quais a prova deve ou não ser determinada, existem variáveis na composição dos litígios que apontam para diligências que podem contribuir para a tutela efetiva do direito.

### **3.3.2 O dever de prevenção e a importância do contraditório**

Identificada a necessidade de suprir lacuna em matéria de fatos, o magistrado possui três principais alternativas: (i) alertar a parte para que possa requerer a respectiva prova, (ii) determinar, por si próprio, a produção da prova necessária ou (iii) permanecer inerte e deixar que a parte arque com as consequências de não ter se desincumbido do seu ônus probatório.

A primeira alternativa, que consiste em alertar a parte, está alinhada com a construção doutrinária erigida sobre o princípio da colaboração, depreendido do art. 6º do CPC.<sup>172</sup> Conforme sistematização proposta Teixeira de Sousa, o princípio da colaboração implica *deveres essenciais*, dentre os quais se destaca o dever de

---

<sup>172</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019.

prevenção, que se resume no “dever de o tribunal prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das suas alegações ou pedidos”<sup>173</sup>.

O conceito dialoga intimamente com o objetivo do presente trabalho ao dispor que a aplicação do dever de prevenção vale “genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo”<sup>174</sup>. Em resumo, reflete a ideia de que o processo não deve ser um óbice à tutela do direito, mas exatamente o contrário: o processo deve ser o instrumento apto a garantir o direito de quem tem razão, competindo ao magistrado colaborar para essa finalidade.

Em matéria de provas, é didática a contribuição de Márcio Carvalho Faria, que explica a postura esperada do juiz que cumpre com o dever de prevenção:

“Nesse sentido, o juiz deve, por exemplo, chamar a atenção das partes para determinadas questões de fato ou de direito que, eventualmente, não tenham sido por elas devidamente debatidas, fato que, a um só tempo, (i) assegura o direito de a parte ser efetivamente ouvida, consagrando o contraditório participativo, (ii) favorece o diálogo inteligente entre os sujeitos do processo, em uma postura colaborativa; o que, consequentemente, (iii) auxilia na obtenção de um produto judicial de melhor qualidade e, por fim, (iv) diminui o número de recursos, pois eventual percepção equivocada do magistrado acerca de determinado ponto de fato ou de direito poderá ser corrigida antes do seu pronunciamento, e não apenas de modo repressivo e por outro julgador, à custa de muito tempo e dinheiro.”<sup>175</sup>

O grupo de estudos do Observatório das Reformas Processuais, coordenado na UERJ pelo professor Leonardo Greco, ainda no ano de 2014, sugeriu uma reforma no direito probatório que considerava exatamente a necessidade de priorizar o dever de prevenção antes da determinação da determinação da prova de ofício. Segundo constava na sugestão de projeto de lei, o art. 11, §2º, previa que “o juiz somente determinará de ofício a produção da prova se tiver sido inócua a advertência à parte sobre a conveniência de sua produção”<sup>176</sup>.

---

<sup>173</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos**... op. cit., p. 65.

<sup>174</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos**... op. cit., p. 66.

<sup>175</sup> FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade**... op. cit., pp. 139-140.

<sup>176</sup> GRECO, Leonardo. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro- anteprojeto do grupo de pesquisa “observatório das reformas processuais” da faculdade de direito da universidade do estado do rio de janeiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S. l.], v. 13, n. 13, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/11923>. Acesso em: 22 out. 2024.

Mais do que discutir se está correta a necessidade de ouvir as partes antes da produção de ofício ou não, importa destacar que o dispositivo sugerido parte do pressuposto de que o juiz deve ter advertido a parte acerca da conveniência de produção de determinado tipo de prova. Esse entendimento reforça a tese de que é incabível que o magistrado julgue o processo pelo ônus da prova afirmando que a parte “deixou de produzir a prova ‘x’ e, portanto, não se desincumbiu do seu ônus probatório”.

É dever do juiz prevenir um resultado injusto por meio do exercício da colaboração.<sup>177</sup> Oportunizar o contraditório é o meio adequado para alertar as partes sobre a importância de que determinado fato seja explorado apropriadamente, evitando decisões que surpreendam os litigantes. Mesmo porque não se pode descartar a possibilidade de que a parte considere que determinado fato está provado, a partir de uma compreensão enviesada, quando, na realidade, aos olhos do juiz, aquele fato ainda carece de demonstração.

Logo, para evitar que o julgamento reproduza qualquer injustiça, caso o juiz entenda que não é o caso de determinar de ofício a produção de uma prova que aparentemente contribuirá para o esclarecimento de questão de fato controvertida, espera-se que ao menos alerte acerca da importância de complementação do acervo probatório, permitindo que as próprias partes, cientes desse alerta, requeiram o que julgarem adequado.

### 3.3.3 Produção de provas após a preclusão da parte

Avançando no raciocínio, pode-se questionar em que medida se admitirá a aplicação do dever de prevenção uma vez que o saneamento do processo ocorre sempre *após* a especificação das provas pelas partes. Já tendo sido oportunizado o requerimento para produção das provas cabíveis, não se operaria a preclusão

---

<sup>177</sup> “Entre os deveres que se põem para o juiz está o de esclarecimento. Cumpre-lhe elucidar as manifestações das partes; questioná-las quanto a obscuridades em suas petições; pedir que sejam mais objetivas ou especifiquem requerimentos feitos em termos abstratos ou genéricos – e assim por diante. (...) O juiz, quando convida ao esclarecimento ou integração, não visa a auxiliar a parte, mas apenas a tornar o diálogo verdadeiramente racional, inteligível – o que não implicará necessariamente uma vantagem para essa parte. Ao fim e ao cabo, a maior clareza, objetividade ou completeza de suas alegações apenas a beneficiarão, se ela tiver razão.” TALAMINI, Eduardo. Do julgamento conforme o estado do processo. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord). **Comentários ao Código de Processo Civil. vol. 2. (arts. 318 a 538)**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 192-194.

temporal ou consumativa às partes? Ainda, seria possível compreender que o próprio juiz estaria sujeito aos efeitos da preclusão em matéria de prova?

O Código de Processo Civil disciplina em que momento os litigantes devem requerer a produção probatória. Em teoria, compete ao autor apresentar o requerimento na petição inicial (art. 319, VI) e incumbe ao réu, por sua vez, especificar as provas em sede de contestação (art. 336). Apesar do regramento estabelecido pelo código, sabe-se que, na prática, findas as postulações iniciais, o magistrado intima as partes para “especificarem as provas” que julgarem necessárias para esclarecimento dos fatos, sob pena de preclusão.

Ou seja, os pedidos das partes antecedem o saneamento do processo. Diante disso, a própria lógica usualmente empregada pelos tribunais parece ignorar um lapso importante: é exatamente na decisão saneadora que serão fixadas as questões controvertidas de fato e de direito, bem como distribuído o ônus da prova – informações relevantes para que se defina os meios de prova adequados.

Nada impede, portanto, que se identifique a necessidade de esclarecer determinados fatos após ultrapassada a especificação de provas. Nesse contexto o instituto da preclusão adquire relevância, sendo imprescindível investigá-lo a fim de que se identifique as alternativas disponíveis às partes e ao juiz para complementar a instrução em busca da tutela do direito material.

Concebida inicialmente por Chiovenda, a preclusão foi definida como sendo “a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício”<sup>178</sup>, tendo sido sistematizada nas perspectivas temporal, lógica e consumativa. Humberto Teodoro Júnior, ao analisar a natureza da preclusão, afirma que se trata de “mecanismo que provoca a passagem de um estágio processual para outro, preservando a firmeza e inatacabilidade dos atos processuais já consumados”.<sup>179</sup>

É por meio do reconhecimento da preclusão que o processo pode se desenvolver e viabilizar o próprio exercício da jurisdição. Afinal, a estabilidade das decisões é imprescindível para que o processo ultrapasse cada uma das suas fases até chegar à decisão de mérito.

---

<sup>178</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Coisa Julgada e Preclusão (Cosa juzgada y preclusión)**. In: *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, vol. III, tradução espanhol Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires: 1949.

<sup>179</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. A preclusão no processo civil. In: **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. vol. 3, 2011. p. 351-375

No entanto, quando se fala especificamente da determinação da prova, nota-se que o juiz tem a prerrogativa de fazê-lo mesmo após ultrapassada a fase instrutória, por força do art. 370 do CPC.<sup>180</sup> Logo, o óbice da preclusão deve ser considerado a partir dessa perspectiva, examinando-se até que ponto as questões que comportam complementação de ofício pelo magistrado impedem a rediscussão pelos litigantes.

Anissara Toscan, em artigo que aborda o tema, destaca exatamente a importância de reconhecer a diferença entre a preclusão examinada como norma de comportamento ou julgamento e a preclusão examinada sobre questões passíveis de reconhecimento de ofício pelo juiz.<sup>181</sup> Quer dizer, é distinta a situação na qual a parte deixa de apresentar contestação no processo e perde esse direito em razão da preclusão (contexto em que o juiz tem o dever de conduzir o processo em conformidade com o comportamento da parte) e, por outro lado, a situação em que a parte deixa de requerer determinado tipo de prova, mas remanesce ao magistrado a possibilidade de determiná-la de ofício (contexto em que o juiz não está obrigado a se submeter ao comportamento da parte).

Ao apresentar essa comparação, Anissara Toscan faz observação absolutamente perspicaz. Para ela, “se se reconhece ao juiz o poder de oficiosamente apreender e rededir a questão, não há sentido em negar à parte a possibilidade de solicitar novo julgamento a seu respeito”<sup>182</sup>. Isso porque, na sua percepção, pensar de modo diverso implicaria admitir situação em que o juiz indeferisse o pedido da parte em vista da preclusão, mas, logo em seguida, “fazendo de conta que desconhece a provocação, apreciasse de ofício a matéria por ela trazida ao seu conhecimento”<sup>183</sup>.

Heitor Sica, a despeito de não explicar a ausência de preclusão com base na possibilidade da apreciação da matéria de ofício, chega praticamente à mesma conclusão. Para o autor, “é particularmente inaceitável que as partes estejam sujeitas à preclusão se não indicarem as provas que pretendem produzir antes de saberem sobre quais fatos a prova deverá recair”<sup>184</sup>. Na sua compreensão, o art. 357, §1º, do CPC/2015 “traz um alento ao atenuar o regime preclusivo aplicável às partes”<sup>185</sup>

---

<sup>180</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A preclusão no direito processual civil**. Curitiba: Juruá, 1991. pp. 91-92.

<sup>181</sup> TOSCAN, Anissara. O paradoxo da “preclusão judicial” e o poder instrutório do juiz em perspectiva comparada. In: **Revista de Processo Comparado**. vol. 5, 2017. p. 15-42.

<sup>182</sup> TOSCAN, Anissara. **O paradoxo...** op. cit., p. 15-42.

<sup>183</sup> TOSCAN, Anissara. **O paradoxo...** op. cit., p. 15-42.

<sup>184</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Evolução...** op. cit., p. 435-460.

<sup>185</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Evolução...** op. cit., p. 435-460.

quando prevê a possibilidade de “ajustes e esclarecimentos”. Embora Sica discorde da expressão utilizada, entendendo que teria sido mais adequado falar em “complementações”, defende ser imperiosa a interpretação nesse sentido.

Portanto, respondendo aos questionamentos apresentados inicialmente, embora as partes devam concentrar os pedidos de prova em suas postulações iniciais ou quando intimadas à especificação, é autorizado que, posteriormente, diante das condições do processo, apresentem novos requerimentos, os quais serão analisados pelo magistrado. Havendo indeferimento sob a mera indicação de preclusão, é cabível interposição de apelação para que o tribunal examine o cabimento e eventual violação ao direito de defesa – especialmente se o magistrado reputar que determinado fato deixou de ser provado pela parte.<sup>186</sup>

Agora, é evidente que competirá ao juiz uma análise casuística para conferir a relevância da prova e a pertinência do pedido. Preferencialmente, deve-se admitir pedido que se preste a esclarecer questão capaz de influenciar diretamente no resultado do julgamento e cuja influência revelou-se mais significativa apenas após a primeira oportunidade de especificação – como é o caso quando a decisão de saneamento traz à luz determinado fato que, em um primeiro momento, parecia já estar devidamente esclarecido.

Destaca-se, por fim, que a produção da prova em si contém peculiaridades que merecem ser consideradas, as quais serão devidamente abordadas em tópico específico (v. item 3.4).

### **3.3.4 Observância à duração razoável do processo**

Ao mesmo tempo que o juiz está incluído entre os sujeitos processuais que devem colaborar para o descobrimento da verdade (art. 378, CPC), também é sua a responsabilidade de proferir decisão de mérito justa e efetiva, em tempo razoável (art. 6º, CPC). Logo, ainda que seja importante a completude do acervo probatório, ela não

---

<sup>186</sup> “Em se tratando de prova imprescindível, deve o juízo apreciar, mesmo que extemporâneo, o pedido da parte para sua produção; e, até, determiná-la de ofício com fundamento no art. 370 do CPC, o qual lhe dá poderes (dever) instrutórios, do qual não se afasta pela vontade das partes antes da distribuição dos ônus para a sua produção, não havendo, pois, que se falar em preclusão.” **TJPR** 00089473620198160170 Toledo, Relator: Fabio Marcondes Leite, Data de Julgamento: 29/08/2023, 20ª Câmara Cível, Data de Publicação: 31/08/2023.

deve ser buscada a qualquer custo, competindo ao magistrado zelar igualmente pela duração do processo.

O ônus do tempo no processo civil já foi objeto de fundamentais contribuições que aprimoraram o acesso à tutela efetiva do direito. Na história recente, talvez a maior contribuição tenha sido a implementação de tutelas provisórias satisfativas, demonstrando que, a partir da identificação de determinados requisitos, é pertinente inverter o ônus do tempo, sujeitando o réu aos prejuízos inerentes à demora da prestação jurisdicional.<sup>187</sup> Isso se deve a uma intenção evidentemente legítima: quem tem razão (ainda que aparente) deve sofrer menos com a demora do processo do que quem provavelmente não tem.

Em alguns casos, a partir de pedidos de tutela de urgência e da evidência, é possível efetuar essa distribuição. Isso dito, o que importa aqui é reconhecer o seguinte: a demora do processo prejudica, via de regra, aquele que tem razão. Isso porque, em teoria, o sujeito processual que não postula pretensão legítima terá o processo julgado em seu desfavor mais cedo ou mais tarde. Agora, a parte que detém um direito subjetivo e depende da prestação jurisdicional para executá-lo, fica totalmente sujeita ao tempo de duração do processo.

Nesse sentido, a intervenção do juiz em matéria de provas deve ser suficiente para contribuir com a tutela do direito, mas não excessiva a ponto de se tornar um obstáculo a ser ultrapassado pela parte que deverá sagrar-se vencedora.

Existem casos em que a complementação das provas pode contribuir objetivamente com a investigação da extensão dos prejuízos que merecem ser reparados. É o que ocorre quando já existem elementos suficientes para identificar a existência de um ato ilícito, mas nota-se a ausência de documentos suficientes para justificar o valor da indenização requerida. Nesses casos, em prol da reparação integral, é justificável que o juiz conceda à parte a oportunidade de complementar o acervo probatório. No entanto, deve-se atentar ao fato de que o pedido da parte deve

---

<sup>187</sup> “A tutela da evidência, assim, permite a distribuição do ônus do tempo do processo de acordo com a evidência do direito do autor e com a fragilidade da defesa do réu, afastando-se da tutela antecipada baseada em perigo de dano em razão do seu diferente fundamento e diversa finalidade. Enquanto a tutela antecipada propriamente dita tem como fundamento a urgência e como objetivo a imediata tutela do direito para evitar dano, a tutela da evidência tem como fundamento a evidência do direito e a inconsistência da defesa e como fim a inversão do ônus do tempo do processo.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. 2. ed. São Paulo: Editora Thomson Reuters. 2018. [e-book] PARTE I – TÉCNICA PROCESSUAL E TUTELA DOS DIREITOS.

ter contemplado a reparação integral, pois não compete ao magistrado ampliar os limites do pedido para contemplar parcela não requerida.

Por outro lado, é distinta a situação em que se pretende produzir prova destinada a elucidar quem merece ser responsabilizado no caso concreto. Aqui existem alguns contextos possíveis.

Se já existem elementos suficientes para julgar em favor de um dos litigantes, não compete ao magistrado prosseguir na investigação, devendo emitir desde logo o provimento jurisdicional (conforme argumentos já expostos no item 3.2.4).

Porém, se não houver elementos suficientes para o julgamento de mérito, descortinam-se duas possibilidades: de um lado, identificada a necessidade de produção de prova pericial ou testemunhal, deve-se privilegiar a advertência às partes, permitindo que elas próprias decidam requerer ou não a produção; de outro lado, notada a ausência de documento ou de informação, é admissível que seja determinada a juntada ou a apresentação.

Fala-se em “privilegiar” a advertência às partes, porque a opção por advertir ou determinar a produção dependerá das condições dos litigantes. Quanto maior a habilidade das partes envolvidas no litígio e menor a desigualdade entre elas, maior deverá ser a liberdade para que elas próprias requeiram as provas, arcando com os resultados. Todavia, caso o juiz identifique lacuna na representação processual, bem como desigualdade de habilidade entre os litigantes, caberá a ele avaliar a pertinência de determinar a produção sem consulta prévia.

De todo modo, é interessante a consulta (especialmente nas provas pericial e testemunhal) tendo em vista o tempo demandado para produzi-las.

Por fim, tão importante quanto os cuidados na determinação da prova são os cuidados para impedir o uso da instrução como forma de protelar o julgamento. Nesse sentido, as rédeas do processo devem sempre estar na mão do magistrado, sendo sua a responsabilidade de impedir a produção de provas desnecessárias, bem como o elastecimento indefinido daquelas que já foram iniciadas, como é caso da perícia.

### **3.3.5 Consequências do descumprimento do dever instrutório**

O processo civil contemporâneo é marcado pelo princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o juiz é livre para apreciar as provas,

estando obrigado apenas a “demonstrar claramente os motivos de seu convencimento”<sup>188</sup>. Em razão disso, é comum encontrar julgados que atribuem ao julgador a prerrogativa de “determinar as provas que entende necessárias à solução da controvérsia, assim como o indeferimento daquelas que considerar prescindíveis ou meramente protelatórias”<sup>189</sup>, prevista, inclusive, no art. 370, par. único, do CPC.

Na maioria dos casos, o raciocínio é aplicado no intuito de rejeitar alegação de cerceamento de defesa, indicando que o magistrado foi capaz de formar seu convencimento com as provas disponíveis. Ou seja, qualquer diligência adicional poderia ser considerada desnecessária.

Reconhecida essa realidade, deve-se partir do pressuposto de que são raras as ocasiões em que a jurisprudência admite o descumprimento do dever instrutório. Em regra, havendo irresignação da parte no tocante à prova que foi indeferida ou que deixou de ser produzida de ofício, a tendência é que o posicionamento seja justificado com base na afirmação de que “o juiz é o destinatário das provas” e, portanto, tem consciência dos elementos instrutórios necessários para o julgamento.

No entanto, existem exceções. São dois os principais contextos nos quais é possível identificar o descumprimento dos deveres instrutórios por parte do magistrado: (i) quando a parte requer a produção de prova essencial para o julgamento de mérito, mas tem esse pedido indeferido e (ii) quando, embora não haja pedido das partes, o juiz deixa de produzir de ofício prova que seria essencial para o julgamento do mérito.

Quando se constata o descumprimento do dever instrutório em sede recursal, o resultado é a anulação da sentença e a reabertura da fase instrutória em primeiro grau para que a prova seja produzida.

No TJDF, por exemplo, em ação que investigava a possibilidade de reversão da aposentadoria por invalidez, o processo foi julgado improcedente por insuficiência de provas. No caso, a autora deixou de requerer a produção mesmo após a fixação dos pontos controvertidos. Em grau de apelação, todavia, compreendeu-se que a natureza da ação demandava a realização da perícia, razão pela qual o magistrado

---

<sup>188</sup> ALVIM, Teresa Arruda (org.). et al. **Breves**... op. cit., p. 1066.

<sup>189</sup> **STJ**, AgInt no AREsp n. 2.548.012/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/6/2024, DJe de 13/6/2024.

não poderia ter julgado o feito sem proceder à produção. Identificada a violação ao art. 370 do CPC, foi anulada a sentença e reaberta a fase instrutória.<sup>190</sup>

No TJPR, em ação declaratória de inexistência de relação jurídica, também se compreendeu que competia ao magistrado zelar pela correta instrução do feito. No caso, o autor defendia a existência de fraude no negócio jurídico de compra de um veículo em seu nome. Apesar da apresentação de uma série de documentos e indícios que permitiam desconfiar da higidez da transação, sobreveio sentença de improcedência. Em grau de apelação, o TJPR afirmou que o autor só não avançou na instrução probatória porque supôs que já havia apresentado provas suficientes da sua pretensão. Nesse sentido, diante da verossimilhança da argumentação, concluiu que o juiz tinha o dever de determinar a perícia grafotécnica, para averiguar a distinção das assinaturas.<sup>191</sup>

O STJ, por sua vez, tem jurisprudência no sentido de que “configura-se cerceamento de defesa quando a decisão conclui pela improcedência do pedido por falta de provas, sem que sua produção tenha sido oportunizada”<sup>192</sup>. No julgamento do AgInt no AREsp nº 2.465.749/GO, foi reconhecida situação em que o pedido de prova testemunhal foi indeferido pelo juízo de primeiro grau, mas o julgamento lhe foi desfavorável sob a suposta falta de provas. Diante desse cenário, manteve-se o acórdão que anulou a sentença, determinando a reabertura da instrução.

São diversos os casos e muitas as peculiaridades a serem consideradas para que se anule a sentença por descumprimento do dever instrutório.

Para os fins do presente trabalho defende-se o seguinte posicionamento: sempre que for possível verificar de forma objetiva que o julgamento foi prejudicado pela ausência de algum meio de prova já identificado (ou identificável), em relação ao qual o juiz não emitiu alerta às partes, há descumprimento do dever instrutório, que pode ensejar a anulação da sentença.

A afirmação contém três principais condições que devem estar preenchidas: (i) prejuízo passível de verificação objetiva, (ii) meio de prova identificado ou

---

<sup>190</sup> **TJDF**, Apelação 0775249-90.2023.8.07.0016, Relator: Jose Firmo Reis Soub, Data de Julgamento: 22/08/2024, 8ª Turma Cível, Data de Publicação: 27/08/2024.

<sup>191</sup> **TJPR**, 3ª C. Cível, Apelação 0046374-21.2017.8.16.0014, Rel.: Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha, J. 19.04.2021.

<sup>192</sup> **STJ**, AgInt no AREsp n. 2.373.276/SP, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 23/10/2023, DJe de 9/11/2023.

identificável e (iii) ausência de advertência do magistrado. Passa-se a analisar cada uma delas.

Para avaliar se houve prejuízo passível de verificação objetiva, é necessário observar os termos da sentença. Haverá prejuízo objetivo quando a própria sentença indicar que determinada prova não foi produzida e que, em razão disso, o julgamento foi desfavorável à parte que tinha o ônus de produzi-la. Ou, ainda, mesmo que a sentença não faça referência expressa à prova, seja possível constatar que o resultado desfavorável teve relação direta com a sua respectiva falta.

Além disso, é necessário que se trate de um meio de prova já identificado. Ou seja, o descumprimento do dever instrutório não será automaticamente verificado quando a inobservância do ônus da prova for genérica. Por exemplo, quando a parte requer indenização por lucros cessantes, são diversas as formas pelas quais pode comprovar o seu direito; caso o magistrado repute insuficiente a prova, sem identificar objetivamente como poderia ter sido suprida a lacuna, o entendimento não se aplicará de forma imperiosa, cabendo o exame das peculiaridades do caso. Por outro lado, tomando o caso julgado pelo TJDF, a prova necessária era nitidamente identificada: a natureza da situação demandava a produção de prova pericial, sendo esta indispensável.

Ainda, só haverá violação ao dever instrutório nas hipóteses em que o juiz deixou de alertar as partes acerca da relevância da prova que reputa necessária para o julgamento do mérito. Caso o magistrado tenha emitido um alerta, v.g. um despacho com a afirmação “digam as partes sobre a possibilidade de produção de prova pericial”, as partes devem arcar com o ônus de não ter requerido a produção.

Essas considerações permitem delinear situações específicas que demandam a intervenção judicial. Não se pode admitir que o magistrado, sabendo da necessidade de uma prova já identificada, não tendo alertado a parte a esse respeito, julgue o mérito sem determinar a produção de ofício ou pelo menos emitir uma advertência aos litigantes. Destaca-se, porém, que a natureza do conceito não exclui outras possibilidades de aplicação dos poderes instrutórios identificáveis caso a caso. Quer dizer, nessas estritas condições, é imperiosa a anulação da sentença, mas podem existir inúmeras outras situações, com características peculiares e distintas às que foram expostas, nas quais também seja cabível a anulação.

### 3.4 PODERES INSTRUTÓRIOS NA PRODUÇÃO DA PROVA

#### 3.4.1 Prova pericial

Na produção da prova pericial, o juiz pode exercer seus poderes instrutórios em quatro principais momentos: (i) no indeferimento de quesitos protelatórios, (ii) na elaboração de quesitos, (iii) na necessidade de produção de uma nova perícia e (iv) na substituição do perito.

Os chamados “quesitos principais” devem ser oferecidos pelas partes no prazo de quinze dias após a intimação que lhes dá ciência da nomeação do perito (art. 465, §1º, CPC). No período compreendido entre a nomeação e a apresentação do laudo, as partes e o juiz podem oferecer quesitos suplementares (art. 469, CPC) com o objetivo de “esclarecer ou aprofundar o exame objeto da perícia”<sup>193</sup>. Por fim, após a apresentação do laudo, podem ser apresentados quesitos de esclarecimento, para dirimir questão que eventualmente tenha permanecido obscura (art. 477, §3º, CPC).

Os quesitos representam uma ferramenta prevista na legislação que permite que o resultado da prova pericial seja influenciado pelas partes e pelo juiz, promovendo um diálogo entre os sujeitos processuais. Nesse contexto, a atuação ativa do magistrado é fundamental, especialmente em dois aspectos: (i) no controle dos quesitos impertinentes, evitando questionamentos irrelevantes que visem retardar o processo, e (ii) na formulação de quesitos necessários para o esclarecimento da causa (art. 470, CPC).

No que diz respeito ao **controle dos quesitos impertinentes**, é preciso sempre ter em mente que a produção da prova pericial já é morosa por sua própria natureza, mas, se não houver uma postura ativa por parte do magistrado, é plenamente possível que a prova se estenda por um período de tempo que exceda os limites do razoável.

Por exemplo, imagine-se uma ação indenizatória em que o laudo pericial favorece o autor. Antecipando uma possível derrota, o réu pode tentar adiar a sentença com novos quesitos repetitivos. Caso o juiz não intervenha, essa prática

---

<sup>193</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 866.

pode prolongar a produção da prova indefinidamente, comprometendo a celeridade e a efetividade do processo.

Além de indeferir quesitos protelatórios, o juiz tem o dever de **formular seus próprios quesitos** para esclarecer pontos essenciais ao seu convencimento. Afinal, sendo um dos destinatários das provas, espera-se do magistrado uma postura ativa no sentido de sanar as suas próprias dúvidas a fim de que possa formar seu convencimento com base em fundamentos sólidos e suficientes.<sup>194</sup>

No que se refere à **produção de uma nova perícia**, verifica-se o cabimento quando a matéria objeto da primeira perícia não estiver suficientemente esclarecida, podendo o juiz determinar a sua realização de ofício ou a requerimento das partes (art. 480 do CPC). Existem dois principais casos nos quais o juiz deverá se atentar para a produção de uma segunda perícia.

A primeira hipótese está relacionada com negligência do perito diante dos quesitos formulados pelas partes.

O laudo pericial, por vezes, mostra-se insuficiente no momento em que é juntado ao processo. A partir daí, as partes e o juiz assumem o papel de formular quesitos para oferecer ao perito a oportunidade de esclarecer o trabalho realizado, a fim de que a perícia alcance a sua finalidade. Não raro, porém, o expert nomeado apenas reitera os termos do laudo, deixando de responder objetivamente os questionamentos.

Um exemplo prático pode ser extraído de um julgado do TJPR, no qual, em uma ação de indenização por erro médico, o perito não conseguiu determinar com precisão o fato gerador do dano, limitando-se a respostas vagas. Diante da inconclusão, o juiz proferiu sentença desfavorável ao autor, que teve o pedido julgado improcedente. No entanto, o tribunal cassou a sentença, determinando a realização de uma nova perícia, dado que o laudo anterior não atendeu às exigências do art. 473 do CPC.<sup>195</sup>

A segunda hipótese se configura quando, pela natureza do processo, existem cenários possíveis e definidos, mas o perito não oferece nenhum deles.

---

<sup>194</sup> BODART, Bruno Vinícius da Rós. Ensaio sobre a prova pericial o código de processo civil de 2015. In: **Revista de Processo**. vol. 244, 2015. p. 33-57; LUCON, Pedro Henrique dos Santos. **Prova...** Op. cit. p. 2017

<sup>195</sup> **TJPR**, 8ª CC, AC 0000759-36.2003.8.16.0034, Rel.: Des. Clayton de Albuquerque Maranhão - J. 13/10/2021, DJE 18/10/2021

Em certos casos, o autor requer a produção de perícia para averiguar uma questão direta e objetiva, que muitas vezes diz respeito à matéria que é levada com frequência ao judiciário, como é caso da concessão de pensão por invalidez ou mesmo do acionamento do seguro DPVAT por acidente de trânsito. Nestas ocasiões, é interessante pensar que, na prática, existe um standard probatório que é perseguido pela parte e que possui forte influência na formação do convencimento do juiz.

Nas ações previdenciárias acidentárias, a perícia deve oferecer informações conclusivas sobre “o nexos causal entre as funções exercidas e as lesões sofridas e, ainda, se existe incapacidade ou redução da capacidade laboral”<sup>196</sup>. Caso contrário, qualquer decisão será carente de fundamentação, tendo em vista que não cabe ao juiz simplesmente adotar a conclusão do laudo quando nele não consta a explicação sobre as razões que conduzem àquele entendimento, uma vez que há vício formal, nos termos do art. 473 do CPC.

Logo, nas duas hipóteses listadas acima, quais sejam, negligência do perito ante os quesitos formulados pelas partes e oferecimento de laudo inconclusivo, compete ao magistrado acionar o art. 480 do CPC a fim de determinar a produção de uma nova perícia.

Por fim, no que se refere à **substituição do perito**, são três os principais casos nos quais o juiz deverá intervir na produção da prova pericial para corrigir o seu direcionamento e permitir que as partes obtenham um resultado satisfatório: (i) falta de conhecimento técnico ou científico, (ii) descumprimento do prazo determinado e (iii) quebra de confiança entre o perito e o juiz.

Nos casos de perícia médica, por exemplo, pode-se impugnar a designação do perito quando a especialidade do profissional não for adequada ao encargo para o qual foi designado. Para citar um exemplo, em ação que pretendia a reparação de danos decorrentes de procedimento de cateterismo, foi dado provimento ao agravo de instrumento que requereu a substituição de um ortopedista por um cardiologista.<sup>197</sup>

O cumprimento tardio do encargo é definido no CPC como causa para a substituição (art. 468, II, CPC). Isso porque se trata do descumprimento de um dever do perito, previsto no art. 157 do CPC. Verifica-se, contudo, que o dispositivo não é

---

<sup>196</sup> **TJPR**, 6ª CC, AC 0001852-18.2019.8.16.0149 Rel.: Des. Ramon de Medeiros Nogueira - J. 23/11/2020, DJE 25/11/2020.

<sup>197</sup> **TJPR**, 15ª CC, AI 292493-4, Rel.: Des. Miguel Kfoury Neto, J. 12/07/2005, DJE 12/07/2005.

aplicado rigorosamente pelos tribunais, sendo necessária demora que fuja do razoável para que a providência venha a ser adotada.

Na jurisprudência, verificou-se a aplicação do dispositivo quando a perita, tendo realizado a perícia em 03 de agosto de 2015, veio a apresentar o laudo apenas um ano e sete meses depois, no dia 1º de março de 2017. Ainda que a profissional tenha dado uma justificativa inicial para elastecimento do prazo, considerou o juízo que “não há efetivamente motivo legítimo para tamanho atraso na entrega do laudo.”<sup>198</sup>

Por fim, a quebra de confiança entre o juiz e o perito pode justificar a substituição a qualquer momento, inclusive após a apresentação do laudo, conforme entendimento do STJ. Como destacou o Min. Jorge Scartezzini, a confiança é um “elo intrínseco” na relação entre o magistrado e o perito.<sup>199</sup> Casos como os relatados pelos Ministros Ricardo Villas Bôas Cuêva e Nancy Andrichi reforçam que a substituição pode ocorrer para complementação do laudo, mantendo-se a validade dos trabalhos já desenvolvidos.<sup>200</sup>

### 3.4.2 Prova testemunhal

Na produção da prova testemunhal, sabe-se que a participação do juiz é irrestrita no que concerne à acareação das testemunhas. O exame sobre a aplicação dos poderes instrutórios se torna mais delicado ao questionar se o magistrado deve, por si próprio, arrolar testemunhas para esclarecer os fatos narrados pelas partes.

Uma vez designada audiência de instrução para produção de prova testemunhal, as partes serão intimadas para apresentar quais serão as testemunhas ouvidas. Nesse momento, entende-se que não é desejável que o magistrado determine, desde logo, a oitiva de testemunhas para além daquelas que já foram requeridas pelas partes (ainda que o art. 370 do CPC o permita fazê-lo).

Assim sendo, na primeira audiência de instrução, compete ao magistrado interrogar e compreender quais são as narrativas trazidas pelas testemunhas arroladas pelas próprias partes.

---

<sup>198</sup> **TJPR**, 11ª CC, AC 0007260-22.2014.8.16.0001, Rel.: Des. Mario Nini Azzolini, J. 21.03.2019, DJE 28/03/2019.

<sup>199</sup> **STJ**, RMS 12.963/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4ª T, j. 21/10/2004, DJ 06/12/2004.

<sup>200</sup> **STJ**, REsp 805.252/MG, Rel. Ministra Nancy Andrichi, 3ª T, j. 27/03/2007, DJe 16/04/2007.

Finalizada a primeira audiência, dois principais cenários podem se configurar: de um lado, é possível que o processo já esteja suficientemente instruído para que o julgamento de mérito seja embasado nas provas já produzidas; de outro, é possível que, mesmo com a oitiva das testemunhas, ainda não haja clareza em relação à versão dos fatos que deve prevalecer.

No primeiro cenário, o juiz deverá encerrar a instrução e julgar o processo. Isso porque, havendo provas contundentes para que uma das partes se sagra vitoriosa, não é desejável que o magistrado prossiga na investigação de eventuais fragilidades da narrativa, sob pena de violar o princípio da imparcialidade. É o caso, por exemplo, da ação de usucapião na qual foram ouvidas testemunhas que apenas corroboram as alegações do autor; nesse contexto, não caberá ao juiz buscar outras pessoas (confrontantes, familiares, etc.) para averiguar se alguém oferecerá uma versão distinta dos fatos.

Já no segundo cenário, não havendo acervo probatório suficiente para julgar o mérito, o juiz poderá preferir que novas testemunhas sejam ouvidas do que proceder ao julgamento pelo ônus da prova. Por vezes, as próprias alegações ou documentos anexados aos autos permitem reconhecer o envolvimento de terceiros nos fatos narrados. Quando se estiver diante dessa hipótese, o juiz suprirá a vontade das partes, determinando que a secretaria providencie a intimação do terceiro para que seja ouvido como testemunha.

Existem situações em que a própria natureza do negócio jurídico levado a juízo pressupõe a participação de terceiros. Nos casos de ação judicial em face do corretor de imóveis, por exemplo, se a ação foi ajuizada pelo vendedor, o comprador poderá ser chamado a testemunhar, e vice-versa. Na ação que pretende obrigar a seguradora a arcar com a indenização por acidente de carro, os demais envolvidos podem ser acionados para oferecerem suas versões dos fatos, facilitando a identificação da responsabilidade.

João Batista Lopes possui posicionamento distinto. Para ele, os poderes instrutórios não devem servir para “converter o juiz em investigador de provas”, tampouco para suprir as omissões das partes. Nesse sentido, prevalecendo ainda a existência do princípio dispositivo no direito processual civil, defende que é vedado ao juiz o arrolamento de testemunhas que não foram indicadas pelas partes.<sup>201</sup>

---

<sup>201</sup> LOPES, João Batista. **Iniciativas...** op. cit. 1123-1133.

O autor vai além, analisando também a pertinência da determinação de ofício do depoimento pessoal das partes. Para ele, o depoimento pessoal não deve ser determinado pelo próprio julgador tendo em vista a finalidade de buscar a confissão. E, nesse aspecto, há de se concordar com o entendimento. Não cabe ao juiz estimular a confissão de ninguém, razão pela qual não tem cabimento que ordene a oitiva das partes para essa finalidade. É diferente do interrogatório livre, que poderá ser utilizado para esclarecer controvérsia remanescente do processo.<sup>202</sup>

Ada Pellegrini Grinover, por sua vez, admite que, havendo insuficiência de provas, o próprio juiz determine a produção da prova testemunhal, bem como arrole as testemunhas que serão ouvidas.<sup>203</sup> No mesmo sentido, Julio Guilherme Müller enfatiza que o art. 370 do CPC não estabelece limitações objetivas nos meios de prova que podem ser determinados de ofício, razão pela qual compreende que a prova oral pode ser complementada de ofício sem que isso configure excesso.<sup>204</sup>

Destaque-se que o juiz só poderá chamar novas testemunhas para serem ouvidas na intenção de evitar o julgamento baseado na regra do ônus da prova. Logo, admitindo-se essa restrita hipótese, não se está estimulando a atividade de um juiz investigador (ou inquisidor), mas sim de um juiz comprometido com a verdade e com a tutela adequada do direito.

### 3.4.3 Prova documental

O uso dos poderes instrutórios na produção da prova documental esbarra necessariamente no instituto da preclusão. Como se sabe, as partes devem, em regra, concentrar a apresentação dos documentos na petição inicial e na contestação. Convém, portanto, analisar em que contexto deve o magistrado determinar a produção de prova documental após a fase postulatória.

De acordo com o art. 435 do CPC, é lícito às partes juntarem documentos novos desde que se prestem a demonstrar fatos supervenientes, isto é, ocorridos após as postulações iniciais. Mas qual seria a alternativa adequada quando se nota a falta

<sup>202</sup> LOPES, João Batista. **Iniciativas**... op. cit. 1123-1133.

<sup>203</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Verdade real e verdade formal?: um falso problema**. In: PEREIRA, Flavio Cardoso (Coord.) *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 5. *Apud* MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios**... op. cit. p. 280.

<sup>204</sup> MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios**... op. cit. p. 281.

de documento existente desde o início da ação, mas que deixou de ser apresentado pelas partes? Nesse caso, é desejável que o magistrado determine a juntada?

O STJ responde a esses questionamentos com a seguinte afirmação: “a juntada tardia de documentos, mesmo nas hipóteses em que não se verifique a má-fé ou a intenção de surpreender o juízo, só é permitida quando a documentação a ser juntada não seja indispensável à propositura da ação.”<sup>205</sup> Embora o entendimento faça referência ao contexto em que a própria parte pretende juntar documentação, as mesmas considerações podem ser aplicadas para avaliar se é possível que o juiz determine a juntada. Ou seja, a juntada extemporânea só poderá ocorrer na hipótese em que não se trate de documento indispensável à propositura da ação.

Para Cândido Rangel Dinamarco, deve ser observada a distinção entre documentos indispensáveis e úteis. Indispensáveis seriam os documentos sem os quais o mérito da causa não pode ser julgado; como o instrumento do contrato na ação que pretende declarar sua nulidade. Úteis, por outro lado, seriam os documentos que apesar de serem importantes para fortalecer a tese do autor, não são indispensáveis para o julgamento, pois independentemente da juntada o processo poderá ser julgado, ainda que improcedente.<sup>206</sup>

O STJ também já se posicionou em relação ao assunto, consignando que:

“Indispensáveis à propositura da ação ou fundamentais/essenciais à defesa são os documentos que dizem respeito às condições da ação ou a pressupostos processuais, bem como os que se vinculam diretamente ao próprio objeto da demanda, como é o caso do contrato para as ações que visam discutir exatamente a existência ou extensão da relação jurídica estabelecida entre as partes.”<sup>207</sup>

Em outra oportunidade, o STJ também associou os documentos indispensáveis à causa de pedir, expondo que “são aqueles que comprovam a ocorrência da causa de pedir (documentos fundamentais) e, em casos específicos, os que a própria lei exige como da substância do ato que está sendo levado à apreciação (documentos substanciais).”<sup>208</sup>

<sup>205</sup> **STJ**, REsp n. 1.632.501/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 12/9/2023, DJe de 20/9/2023.

<sup>206</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. III. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 390-391

<sup>207</sup> **STJ**, REsp n. 1.777.032, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 22/11/2022

<sup>208</sup> **STJ**, REsp n. 1.040.715/DF, relator Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 4/5/2010, DJe de 20/5/2010

No julgamento do REsp 1.777.032/SP houve exemplo interessante da aplicação do entendimento. A ação de origem foi ajuizada em face da Telecomunicações de São Paulo S.A (TELESP) objetivando a complementação de ações societárias da companhia, tendo em vista suposto direito à subscrição. O autor alegava ser legítimo detentor dos direitos de 1.190 contratos de participação financeira, todavia, não apresentou os contratos na petição inicial, mas apenas uma relação nominal, pretendendo que fossem apresentados na liquidação de sentença. Em sede de réplica, apresentou alguns dos instrumentos para demonstrar seus direitos por amostragem, o que foi admitido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo na época.

No STJ, porém, a TELESP reverteu o resultado. A Corte compreendeu que os contratos eram documentos indispensáveis, os quais deveriam ter sido apresentados em conjunto com a petição inicial. A fundamentação foi disposta nos seguintes termos:

No caso concreto, a leitura da inicial revela que a causa de pedir remota está calcada na alegação de que o autor é "detentor de direitos" – obtidos mediante cessões de direitos – de inúmeros contratos de participação financeira; e a causa de pedir próxima, na alegação de que a companhia ora recorrente subscreveu uma quantidade menor de ações societárias a que tinha direito. (...)

Desse modo, a meu juízo, ressoa evidente que as cessões de direitos – que estabelecem a relação jurídica de direito material – são documentos essenciais ao processo, porquanto constituem fundamento da causa de pedir, não se tratando de "documentos meramente úteis", como faz crer o relator originário em sua declaração de voto vencido.

Conforme se observa do voto, o principal motivo pelo qual não se admitiu a juntada tardia dos documentos decorreu do fato de constituírem fundamento de uma nova causa de pedir. Trata-se de uma questão lógica, afinal, o réu elabora a sua contestação com base na causa de pedir apresentada na petição inicial. Justamente por isso CPC estabelece que, após a citação, a causa de pedir só poderá ser alterada caso haja expresse consentimento do réu (art. 329, II).

Por outro lado, se o documento for útil ao esclarecimento de questão relacionada à causa já apresentada e defendida desde o início do processo, permite-se a juntada extemporânea, desde que a parte adversa seja intimada para se manifestar em ato contínuo. Nesse sentido, segundo o STJ, admite-se a juntada de

documentos, inclusive na via recursal, desde que observado o princípio do contraditório e ausente a má-fé da parte.<sup>209</sup>

Diante dessas colocações, entende-se que a atuação de ofício do magistrado para determinar a complementação da prova documental deve ocorrer em alguns contextos específicos.

Caso o lapso probatório se relacione com a causa de pedir apresentada pelo autor, o magistrado só poderá determinar a apresentação de documento indispensável à propositura da ação antes da citação do réu. Inclusive, essa colaboração por parte do juiz merece ser estimulada em prol da tutela efetiva do direito. Notando-se a ausência de instrumento contratual, por exemplo, é plenamente autorizado que o magistrado, antes da citação, determine a juntada, evitando que o julgamento de mérito seja prejudicado pela falta de documento essencial.

Contudo, uma vez recebida a citação pelo réu, não se pode admitir que o juiz determine a apresentação extemporânea de documento que sirva como fundamento da causa de pedir ou que pretenda alterá-la em alguma medida.

Por outro lado, já estando exposta a essência da causa de pedir e os respectivos documentos fundamentais, o juiz tem a prerrogativa de intimar as partes a apresentarem documentos passíveis de identificação prévia e úteis para esclarecimento de questões objetivas. Ou seja, deve seguir a lógica já delineada no item 3.3.5.

Por exemplo, constatada a necessidade de imputação de responsabilidade civil ao réu, caso o juiz identifique que não foi apresentado algum comprovante relacionado ao *quantum* indenizatório, mas que estava contemplado no pedido da petição inicial. É admissível que intime o autor para apresentá-lo em observância à reparação integral do dano.

Ainda, com relação à produção de provas digitais, caso o juiz identifique alguma ausência de lastro para sustentar a validade da prova, deverá necessariamente intimar a parte para que possa suprir a falta antes de reputar a prova como inválida. No caso de conversas de WhatsApp, caso haja impugnação por uma das partes, alegando falsidade do documento, espera-se que o juiz se utilize dos seus

---

<sup>209</sup> **STJ**, AgInt no REsp n. 2.093.504/MA, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 17/6/2024, DJe de 27/6/2024

poderes instrutórios para intimar a parte a apresentar uma ata notarial da conversa ou a captura por plataformas de verificação.<sup>210</sup>

Em contraponto, assim como ocorre nos outros meios de prova, não se pode admitir que o juiz assuma a posição de investigador, na busca de identificar fragilidades que não foram suscitadas pelas partes.

Assim sendo, na produção de provas documentais de ofício, o juiz poderá (i) intimar o autor para oferecer provas indispensáveis até a citação do réu e (ii) ao longo do processo, intimar as partes para apresentarem provas documentais passíveis de identificação prévia, para dirimir questão objetiva, desde que não sirvam para sustentar a causa de pedir.

#### **4 LIMITAÇÃO DOS PODERES DO JUIZ POR MEIO DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS**

Assim como a aplicação do artigo 370 do CPC pode significar a equalização de oportunidades para partes desiguais, a produção probatória de ofício também pode ser motivo de insatisfação para litigantes aptos a defenderem seus interesses. Inevitavelmente, a atuação oficiosa implica alteração nos custos do processo, no tempo de duração e no seu próprio resultado. Nesse contexto, os negócios jurídicos processuais se apresentam como uma alternativa para definição de balizas à instrução do feito, evitando interferências inesperadas em suas variáveis.

O embate entre o uso dos poderes instrutórios e a sua limitação por meio de convenções processuais tem sido objeto de estudo na doutrina. Para Robson Godinho, “deve ser buscado um processo efetivamente democrático, em que convivam os poderes do juiz e a autonomia das partes, sempre balizados pela conformação constitucional dos direitos fundamentais”<sup>211</sup>. E completa: “defende-se, pois, um processo participativo, distante do solipsismo jurisdicional que ainda se encontra, sobretudo no discurso em matéria probatória”<sup>212</sup>.

Embora os negócios jurídicos processuais já estivessem previstos no art. 158 do CPC/73, foi com o art. 190 do CPC/2015 que o instituto ganhou mais força. Isso

<sup>210</sup> ANDRADE, Tiago. Admissibilidade de conversas de WhatsApp como meio de prova. In: Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jul-17/admissibilidade-de-conversas-de-whatsapp-como-meio-de-prova/>. Publicado em 17/06/2024. Último acesso em 06/11/2024.

<sup>211</sup> GODINHO, Robson. **Negócios...** op. cit. [e-book], I. INTRODUÇÃO.

<sup>212</sup> GODINHO, Robson. **Negócios...** op. cit. [e-book], I. INTRODUÇÃO.

porque a sua aplicação se tornou mais abrangente com o uso da expressão “direito que admita autocomposição”<sup>213</sup>, bem como em razão da explícita dispensa de homologação judicial, mesmo para negócios jurídicos processuais atípicos.<sup>214,215</sup>

Segundo Fredie Didier Jr., extrai-se do art. 190 o subprincípio da atipicidade da negociação processual, que serve à concretização do princípio do autorregramento da vontade, sendo este voltado à “obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas”<sup>216</sup>. Antônio do Passo Cabral, por sua vez, explica que a base principiológica da conformação do procedimento está no princípio do debate, figura importada do direito alemão (*Verhandlungsgrundsatz*), que rege a disponibilidade das partes sobre as situações jurídicas processuais.<sup>217</sup>

Fato é que, em maior ou menor medida, a doutrina considera que o art. 190 instituiu cláusula geral de negociação processual.<sup>218</sup> Nesse aspecto, é interessante o raciocínio de Eduardo Talamini ao explicar a inspiração do dispositivo na arbitragem:

“se as partes podem até mesmo retirar do Judiciário a solução de um conflito, atribuindo-a a um juiz privado em um processo delineado pela vontade delas, não há porque impedi-las de optar por manter a solução do conflito perante o juiz estatal, mas em um procedimento e (ou) processo também por elas redesenhado”<sup>219</sup>.

<sup>213</sup> “A expressão direito que admita autocomposição foi escolhida propositalmente pelo Legislador de 2015 para permitir um alcance maior, uma maior utilização da figura dos negócios processuais atípicos. O art. 190 evitou expressões que poderiam ser interpretadas de forma mais limitada ou restritiva, como direitos patrimoniais disponíveis (referidos na Lei de Arbitragem, art. 1º da Lei 9.307/1996) ou direitos ‘disponíveis’” REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios...** op. cit., p. 206.

<sup>214</sup> “Não obstante, antes de 2015 havia posicionamento intermediário, admitindo, em tese, a figura do negócio jurídico processual atípico (especialmente com fulcro no art. 158 do CPC/1973), mas exigindo a intermediação judicial para a produção de efeitos” REDONDO, Bruno Garcia. **Negócio...** op. cit., p. 114.

<sup>215</sup> “Embora existissem negócios jurídicos processuais típicos no CPC/73, é correto afirmar que inova o CPC/15 ao prever uma cláusula geral de negociação por meio da qual se concedem às partes mais poderes para convencionar sobre matéria processual, modificando substancialmente a disciplina legal sobre o tema, especialmente porque se passa a admitir a celebração de negócios processuais não especificados na legislação, isto é, atípicos” (STJ, 3ª Turma, REsp 1.738.656/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.12.2019, DJe 05.12.2019)

<sup>216</sup> DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: **Negócios processuais**. Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira (Coords.), 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 38-39.

<sup>217</sup> “Enquanto o princípio dispositivo (em sentido material) tem sede constitucional (e portanto adquire uma maior dimensão política), o princípio do debate é técnico, e significa uma opção legislativa para o desenvolvimento do processo”. CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções...** op. cit., p. 156.

<sup>218</sup> DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: **Negócios processuais**. Coord. Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira, 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 119.

<sup>219</sup> TALAMINI, Eduardo. **Um processo...** op. cit., p. 2-3.

Em síntese, o negócio jurídico processual se caracteriza por “conter estipulação negocial orientada a reger uma situação processual”<sup>220</sup>. Se examinado pela teoria do fato jurídico, o negócio jurídico processual é uma espécie de ato jurídico lato sensu, que depende da vontade das partes para sua formação e cujos efeitos são por elas estipulados.

Há quem diferencie *negócios jurídicos processuais em sentido estrito* de *convenções processuais*, defendendo que aqueles versariam sobre o direito substancial enquanto estas sobre matéria processual.<sup>221</sup> Convenções processuais também são definidas como negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais que dispõem sobre situações jurídicas ou alteram o procedimento.<sup>222</sup> Partindo dessas definições, o presente trabalho se ocupará das convenções processuais probatórias. Entretanto, assim como fez Bruno Redondo Garcia em sua tese de doutorado<sup>223</sup>, utilizaremos as expressões como sinônimos, alternando-as apenas para evitar repetições.

Tratando especificamente de negócios jurídicos processuais que pretendem limitar os poderes do juiz, é necessário reconhecer que a intervenção judicial em matéria de provas pode ser útil em alguns casos, mas não é desejada em todos. É legítimo que as partes prezem, conscientemente, pela definição de regras que lhes atribuam o ônus de suportar o resultado do processo com base em seus respectivos desempenhos. Para isso, porém, é necessário restringir as prerrogativas do juiz, vedando a determinação de provas de ofício por meio de negócio jurídico processual.

O art. 190 do CPC disciplina em seu parágrafo único que o juiz só poderá recusar a aplicação nas hipóteses de nulidade ou abusividade. Ou seja, a rigor, não há controle de conveniência. É de se questionar, no entanto, qual deve ser a postura do juiz diante de um acordo privado, estabelecido exclusivamente entre as partes, que interfere diretamente nos seus poderes instrutórios.

<sup>220</sup> AMARAL, Paulo Osternack. **Provas...** op. cit. [e-book] RB-6.6.

<sup>221</sup> “(...) o gênero negócio jurídico processual pode ser classificado nas seguintes espécies: a) negócio jurídico processual (stricto sensu), aquele que tem por objeto o direito substancial; e b) convenção processual, que concerne a acordos entre as partes sobre matéria estritamente processual”. TUCCI, José Rogério Cruz e. Natureza e objeto das convenções processuais. In: **Negócios processuais**. Coord. Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira, 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 119.

<sup>222</sup> GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et. al. (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruada Alvim Wambier**. São Paulo: RT, 2008. p. 291; CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções...** op. cit. p. 74.

<sup>223</sup> REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios...** op. cit., p. 110.

## 4.1 SUPERAÇÃO DAS OBJEÇÕES ÀS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS

A possibilidade de interferência das partes nos poderes instrutórios do juiz é assunto controverso na doutrina.<sup>224</sup> A seguir, serão expostas as principais objeções e os motivos pelos quais merecem ser superadas. Pretende-se demonstrar que a restrição dos meios de prova está relacionada com a disposição do direito das partes e que, embora alcance a prerrogativa judicial de forma reflexa, merece ser admitida.

### 4.1.1 Participação do juiz nos negócios jurídicos processuais

Antes de examinar qual é o grau de participação que o juiz deve (ou pode) ter nas convenções processuais probatórias, é necessário compreender qual é a posição assumida por ele diante de um negócio jurídico processual. O magistrado é parte do negócio jurídico processual? Em quais hipóteses é exigida a homologação? As respostas a essas perguntas são fundamentais para que se possa avançar na compreensão sobre a autorregulação em matéria de provas.

Em regra, o negócio jurídico processual não depende de homologação devido à própria letra da lei, que só autoriza ao juiz recusar a aplicação “nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade” (art. 190, parágrafo único, CPC).<sup>225</sup> É somente quando a eficácia do negócio jurídico depende da colaboração judicial que a homologação será exigida, como é o exemplo do saneamento compartilhado (art. 357, §2º, CPC) e da calendarização processual (art. 191, CPC).

Havendo dependência do órgão judicial para que o negócio jurídico processual produza efeitos, a doutrina diverge acerca do enquadramento jurídico que deve ser atribuído à homologação – questiona-se se o juiz participa do negócio jurídico como declarante ou se apenas se limita a cancelá-lo.

---

<sup>224</sup> A controvérsia pode ser constatada não apenas nas convenções processuais probatórias, mas na própria admissão dos negócios jurídicos processuais. Para conferir uma síntese dos autores favoráveis e contrários, v. CABRAL. Antônio do Passo. **Convenções**... op. cit. p. 141-149.

<sup>225</sup> Enunciado n. 133 do FPPC: “Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial”.

Behlue Mafessoni, explica que existem de dois principais posicionamentos.<sup>226</sup> De um lado, Antônio do Passo Cabral<sup>227</sup> e Flávio Yarshell<sup>228</sup> não admitem que o juiz seja parte da convenção processual pois entendem que sua participação seria incompatível com a função de controle sobre a validade da convenção. De outro lado, a corrente à qual se vincula Fredie Didier Jr. admite essa participação com naturalidade, enfatizando que a fiscalização não é preterida pelo órgão jurisdicional nesses casos, mas realizada de forma imediata.<sup>229,230</sup>

Murilo Teixeira Avelino, por sua vez, busca uma terceira via para que a participação do juiz não esbarre nas objeções oferecidas pelos demais processualistas. Para ele, a fonte da capacidade negocial do juiz estaria no princípio da adequação.<sup>231</sup>

Eduardo José da Fonseca Costa oferece explicação didática quando conceitua o acordo de calendarização processual. Nas palavras do autor, o juiz não atua como declarante do negócio jurídico processual, mas limita-se a homologá-lo. Essa homologação, por sua vez, é caracterizada como “elemento integrativo de eficácia do negócio, não como elemento constituinte do seu suporte fático no plano da existência”.<sup>232</sup>

Fato é que, independentemente do enquadramento que se dê, existem negócios jurídicos processuais que só são eficazes mediante a colaboração do juiz (que pode ser considerada como efetiva participação ou mera homologação). Os

<sup>226</sup> “A doutrina se divide em duas grandes correntes: a primeira – defendida por Fredie Didier Jr., Pedro Henrique Nogueira, Leonardo Carneiro da Cunha, Érico Andrade, Igor Raatz, Murilo Teixeira Avelino e Lara Dourado Pereira – entende que o juiz pode figurar como parte das convenções; enquanto a segunda – defendida por Antônio do Passo Cabral, Flávio Yarshell e Julio Guilherme Muller –, afasta esta possibilidade.” MAFESSONI, Behlue. **Convenções**... op. cit. p. 130-131.

<sup>227</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções**... op. cit., p. 253.

<sup>228</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 383

<sup>229</sup> DIDIER JR., Fredie. **Negócios**... op. cit., p. 122.

<sup>230</sup> O entendimento também é acompanhado por Leonardo Carneiro da Cunha, que ao admitir a possibilidade de negócios jurídicos processuais entre o juiz e as partes, não levanta quaisquer objeções, v. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao Código de Processo Civil: (artigos 188 ao 293). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz (Coord.). **Coleção Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021. [e-book] RB-1.1.

<sup>231</sup> AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais – já uma releitura. In: **Negócios processuais**. Coord. Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira, 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 427.

<sup>232</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. In: **Negócios processuais**. Coord. Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira, 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 427.

negócios jurídicos processuais atípicos, no entanto, prescindem de homologação por ausência de exigência legal.<sup>233</sup>

A convenção processual probatória, enquanto negócio jurídico processual atípico, não depende de uma ação do magistrado e tampouco de um elemento integrativo que lhe confira eficácia. Portanto, a partir desse ponto de vista, entendemos que é dispensável a sua homologação nas convenções processuais probatórias, mesmo naquelas que afetam suas prerrogativas.

Contudo, é necessário notar que há diferença entre a participação do juiz na homologação do negócio jurídico processual e o controle de validade que pode ser por ele exercido. Embora as convenções processuais probatórias não dependam de homologação para que produzam efeitos, é imperioso que respeitem pressupostos subjetivos e objetivos sem os quais não serão admitidas (v. item. 4.3).

#### 4.1.2 Interferência nos poderes do juiz

Conforme abordado no tópico anterior, negócios jurídicos processuais atípicos independem, em regra, da participação do magistrado. No entanto, as convenções processuais probatórias que restringem meios de provas esbarram em um aspecto delicado, que merece maior atenção: os poderes do juiz. É fundamental analisar se o acordo processual entabulado pelas partes tem força para submeter o magistrado às suas disposições, impedindo-lhe de utilizar seus poderes instrutórios, mesmo que tenha sido celebrado sem a sua participação.

É inevitável reconhecer que a restrição dos poderes do juiz constitui peculiaridade que merece um exame apropriado. A resistência da doutrina nesse tocante vem desde Chiovenda, que negava a inversão convencional do ônus da prova justamente por provocar interferências na atividade do julgador.<sup>234</sup> Entre os autores contemporâneos, destacam-se Luiz Guilherme Marinoni, que rejeita negócios

<sup>233</sup> "(...) a excepcional exigência de homologação judicial pode ter como fonte tanto a lei (norma clara e expressa), quanto a própria vontade das partes (voluntária condição suspensiva). (...) Como é rara a exigência legal de homologação judicial, ela é dispensada tanto para a maior parte dos negócios típicos (e.g., art. 63; art. 373, S53º e 4º; e art. 471), quanto para todos os negócios processuais atípicos (caput do art. 200 c.c. art. 190)." REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios...** op. cit. p. 273.

<sup>234</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Jose Casais y Santaló. Madrid: Instituto Editorial Reus, s/d, t. II. p. 293 *Apud* GODINHO, Robson. **Negócios...** op. cit. [e-book] VI. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS SOBRE ÔNUS DA PROVA.

jurídicos processuais que restrinjam a formação da convicção do magistrado,<sup>235</sup> assim como Humberto Teodoro Júnior, que embora mencione uma série de negócios jurídicos processuais que devem ser autorizados, afirma expressamente que não é dado às partes “vetar a iniciativa de prova do juiz”<sup>236</sup>.

Para Antônio do Passo Cabral, as prerrogativas judiciais não podem ser limitadas pelas convenções processuais pois, segundo ele, “não é desejável que os instrumentos estatais sejam manipulados de maneira descontrolada pelos litigantes”<sup>237</sup>.

É interessante o posicionamento de Trícia Navarro, que, admitindo a capacidade negocial do juiz, só reconhece a possibilidade de os litigantes interferirem nas suas prerrogativas quando este integrar a convenção mediante declaração de vontade.<sup>238</sup>

A despeito dos argumentos apresentados, a submissão do juiz à convenção processual probatória não deve ser analisada a partir de uma lógica binária e categórica, como se existissem apenas dois extremos – ou se admite a convenção ou se rejeita. Há de se levar em consideração a disponibilidade do direito. É apenas com a análise da disponibilidade do direito que se pode construir uma compreensão que, de um lado, respeite a liberdade das partes e, de outro lado, não viole o interesse público, conciliando-se, assim, publicismo e privatismo no processo civil.

O ponto de partida está em assimilar que a convenção probatória que restringe meios de prova não tem por objeto principal a interferência nos poderes instrutórios. As partes não vedam algum meio de prova com o objetivo de privar o magistrado de determinar a sua produção. Na realidade, as partes, por meio de ato de disposição livre e consciente, renunciam à produção de determinada prova em prol

---

<sup>235</sup> “Esto significa, por tanto, que se vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial cuando la parte no puede practicar una prueba que le permita demostrar los hechos. De esta manera, no es legítimo limitar la prueba mediante pacto procesal cuando una de las partes demuestra al juez que, para probar los hechos, debe practicarse otra prueba. Mantener intacto el pacto procesal en estas circunstancias supone entender que, al celebrar el acuerdo, la parte renunció a su derecho fundamental a la tutela judicial.” MARINONI, Luiz Guilherme. El acuerdo sobre la prueba y los objetivos del proceso civil. In: **La prueba en el proceso: II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal**. Barcelona: Atelier, 2018. p. 79-104.

<sup>236</sup> THEODORO Jr, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 471.

<sup>237</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções**... op. cit. p. 246.

<sup>238</sup> “(...) se o ato de disposição das partes envolver prerrogativa do juiz, este deve não só controlar a validade da convenção, mas também concordar com o que restou estabelecido e assim integrar a convenção, vinculando seus atos às novas regras procedimentais.” CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Reflexos**... op. cit., p. 427.

de outro bem jurídico que possa lhes ser útil, como a celeridade do processo, por exemplo. Como consequência, logicamente, provoca-se interferência nos poderes do magistrado. O importante, no entanto, é considerar que (i) as partes renunciam ao direito de produção probatória com o objetivo de adquirir alguma vantagem no processo ou fora dele e (ii) as partes calculam, no momento da celebração do negócio jurídico, quais são os riscos aos quais estão submetidas a partir daquela renúncia.

Em síntese, a convenção processual que impede a produção de determinada prova tem como fundamento a disponibilidade das partes sobre o direito substancial controvertido; a vinculação do juiz a essa disposição é apenas um pressuposto necessário para que se respeite a vontade das partes. Quer dizer, da mesma maneira que o litigante pode escolher as pretensões que deseja ver apreciadas pelo judiciário, também lhe é autorizado, sendo um direito disponível, que disponha dos meios de prova que permitiriam comprovar suas alegações.

Uma possível objeção seria dizer que a parte pode selecionar as pretensões que deseja levar ao judiciário, mas que a partir do momento em que submete a questão ao crivo judicial, deve também se submeter ao regramento estatal, incluindo o respeito às prerrogativas do juiz. Todavia, mesmo após o ajuizamento do processo, é lícito aos litigantes negociarem a desistência parcial da demanda. Por exemplo, diante de processo que exige o pagamento de valores relativos a dois contratos distintos, as partes podem, durante o trâmite, entabular acordo para excluir da demanda o pleito relativo a um dos contratos. O juiz, a seu turno, ainda que esteja convicto de que o fato constitutivo do direito do autor já estava demonstrado em relação àquele contrato, não poderá adotar qualquer atitude a não ser homologar o acordo para excluir de sua apreciação aquela parcela da lide.

Agora, por qual motivo a doutrina não se insurge em face dessa disposição negocial, afirmando que as partes estariam interferindo na atividade jurisdicional, impedindo o exercício do múnus público investido ao juiz? Isso ocorre porque, no caso da desistência parcial da demanda, fica evidente que as partes estão excluindo o direito disponível da apreciação judicial. Ou seja, estão interferindo nas suas respectivas esferas jurídicas, ainda que estejam, a um só tempo, impedindo também o juiz de decidir a respeito daquela controvérsia.

No caso da convenção probatória que limita os poderes instrutórios, a influência na esfera jurídica das partes e do juiz se confunde e cria um cenário

nebuloso que acaba por ignorar a disponibilidade do direito e dar enfoque exclusivo à interferência nos poderes do juiz. O que não se pode ignorar, no entanto, é que o interesse na resolução da demanda é das partes; são os direitos subjetivos alegados por elas que estão em discussão. Logo, é a disponibilidade do direito que deve prevalecer.

A esse respeito, Leonardo Greco apresentou significativa contribuição ao analisar os limites entre os atos de disposição processual e os poderes do juiz. Em artigo escrito em 2007 – quase dez anos antes da inauguração do dispositivo que prevê expressamente a possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos –, o autor coloca no centro da discussão a disponibilidade do direito como fundamento para interferir nas faculdades processuais, justamente por reconhecer que o seu impacto final é no direito substancial disponível:

A definição dos limites entre os poderes do juiz e a autonomia das partes está diretamente vinculada a 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.

No processo judicial entre duas partes – e eu afasto, por ora, do meu exame as ações coletivas e os procedimentos concursais –, os interesses de ambas podem ser disponíveis ou indisponíveis, ou apenas o de uma delas ser indisponível e o da outra ser disponível. Os titulares de direitos disponíveis podem dispor no processo do seu próprio direito material, assim como de todas as faculdades processuais cuja não utilização possa resultar, direta ou indiretamente, em julgamento contrário ao seu direito material. Como todo ato de disposição, deve ser livre e consciente: livre, por não ter sido resultado de qualquer coação ou intimidação por parte de outro sujeito que, em razão da sua posição de superioridade em relação ao disponente, impõe-lhe a sua vontade para sujeitá-lo a um mal qualquer, ainda que justo; e consciente de que o ato de disposição pode lhe acarretar o julgamento desfavorável ou a perda do próprio direito material pleiteado em juízo.<sup>239</sup>

Os fatores que, segundo Greco, estão vinculados à definição dos limites entre os poderes do juiz e a autonomia das partes se relacionam intimamente com os critérios que nortearam a redação do art. 190 do CPC/2015. A lógica aplicada para defender a disposição de faculdades processuais que afetam direitos disponíveis é absolutamente razoável; se a parte pode dispor do direito material, é coerente que também possa influenciar nas suas faculdades processuais, cabendo ao juiz respeitar

---

<sup>239</sup> GRECO, Leonardo. **Os atos...** op. cit., p. 10-11.

essa disposição. Conforme destaca o autor, o cerne do ato de disposição está na vontade manifestada de forma livre e consciente. Logo, se a parte tem consciência dos resultados que essa disposição pode lhe acarretar, compete ao órgão jurisdicional apenas se submeter a essa vontade.<sup>240</sup>

Já na vigência do CPC/2015, William Pugliese e Thiago Simões Pessoa publicaram artigo que se presta a examinar exatamente os negócios processuais probatórios e suas limitações.<sup>241</sup> Para eles, em demandas que discutem direitos disponíveis nas quais as partes estão em paridades de armas, os poderes instrutórios do juiz já seriam “próximos de nulos”. Nesses casos, já havendo uma limitação das prerrogativas do magistrado, é lícito às partes convencionarem sobre a exclusão de meios de prova, sujeitando também o juiz, sob pena de que, uma vez produzida a prova por determinação judicial, essa possa ser reputada ilícita.<sup>242</sup>

Nota-se que Pugliese e Simões Pessoa estabelecem diferenças claras entre convenções as processuais probatórias que interferem nos poderes instrutórios do juiz e aquelas que não impõem tais limitações. Assim como tem sido defendido no presente trabalho, os autores reconhecem que é justamente a disponibilidade do direito que fundamenta a limitação das prerrogativas judiciais em matéria de prova. Se, no entanto, a convenção processual probatória não interfere nos poderes instrutórios, basta a possibilidade de autocomposição.<sup>243</sup>

Giovani dos Santos Ravagnani, Renato Caldeira Grava Brazil e Gustavo Fávero Vaughn também se debruçaram sobre o assunto em artigo intitulado “As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do juiz”. Os autores são ainda mais enfáticos ao defenderem a necessidade de submissão do juiz aos negócios jurídicos processuais, sequer chegando a tratar sobre a disponibilidade do direito. Segundo afirmam, o respeito ao autorregramento decorre da impossibilidade de controle de conteúdo dos negócios jurídicos processuais. As

---

<sup>240</sup> Não se ignora, porém, que o posicionamento externado por Leonardo Greco não abrange a disposição sobre as prerrogativas do magistrado na determinação da produção probatória de ofício. Para o autor, seriam inócuas ou até mesmo nulas as convenções probatórias que pretendessem limitar os poderes do juiz na investigação da verdade. Ibid., p. 24.

<sup>241</sup> PUGLIESE, William Soares; PESSOA, Thiago Simões. **Os negócios...** op. cit. p. 117-134.

<sup>242</sup> PUGLIESE, William Soares; PESSOA, Thiago Simões. **Os negócios...** op. cit. p. 117-134.

<sup>243</sup> “Aqui se demonstrou que os negócios processuais probatórios podem ser admitidos em qualquer caso, bastando os requisitos gerais, como a possibilidade de autocomposição. Apenas haverá limitação da celebração de negócios processuais probatórios quando puder acarretar limitação do poder instrutório do juiz, uma vez que este último é medido pela disponibilidade do direito material.” PUGLIESE, William Soares; PESSOA, Thiago Simões. **Os negócios...** op. cit. p. 117-134.

funções do magistrado são apenas de incentivo e controle de validade do negócio jurídico processual, sendo imperiosa a sua aplicação caso não se constate nulidade ou abusividade.<sup>244</sup>

Essa mesma compreensão é externada por Fredie Didier Jr.<sup>245</sup>, Pedro Henrique Nogueira<sup>246</sup>, Robson Renault Godinho<sup>247</sup> e Bruno Garcia Redondo<sup>248</sup>:

<sup>244</sup> Ao deparar-se com uma convenção processual que delimita os meios de prova, não há outra coisa a ser feita pelo juiz que não aplicar o quanto pactuado pelas partes. Não pode o julgador imiscuir-se no conteúdo da convenção, ignorando-o sob o fundamento de que este infringiria seus poderes instrutórios. O Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) é patente ao estabelecer que ao juiz cabe apenas o controle de validade do pacto processual, e não de conteúdo. Vale dizer, se a convenção processual não for nula de pleno direito e se tiver sido firmada por partes plenamente capazes, cujo objeto disponha sobre direito que admita autocomposição, não há óbices para a aplicação integral do que foi convencionado consensualmente pelos litigantes. RAVAGNANI, Giovani dos Santos; VAUGHN, Gustavo Fávero; BRAZIL, Renato Caldeira Grava. **As convenções**... op. cit. p. 377-404.

<sup>245</sup> “A parte pode expressamente dispor do seu direito de produzir determinada prova, seja unilateralmente, seja mediante acordo firmado com a parte adversária (pode ser que as partes resolvam firmar um acordo de, por exemplo, não realização de perícia; elas podem imaginar que não vale a pena aguardar pela produção dessa modalidade de prova para que o litígio alcance um desfecho). Pode ser, ainda, que uma das partes, sozinha, resolva expressamente abrir mão da perícia, ou de qualquer outro meio de prova. Não há inércia, mas vontade manifestada: não se quer a produção de determinado meio de prova. Nesses casos, poderia o juiz, com base no art. 370 do CPC, determinar, ainda assim, a produção da prova? Parece-nos que não. Tem-se aí típico exemplo de negócio jurídico processual - unilateral, quando a manifestação de vontade vem de apenas uma das partes; bilateral, quando de ambos os polos. Se válido, o juiz não pode ignorar esse ato de vontade. Se o fizesse, isso seria o mesmo que negar às partes o protagonismo da cena processual, assumindo-o somente para si. Em tal hipótese, persistindo dúvida quanto à ocorrência de determinado fato, caberia ao juiz resolver o assunto pelas regras de ônus da prova.” DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso**... v. 2. op. cit., p. 94-95.

<sup>246</sup> “O juiz se vincula aos acordos sobre o procedimento celebrados pelas partes, devendo promover a implementação dos meios necessários ao cumprimento do que foi avençado. Não há, outrossim, necessidade de homologação judicial para que a convenção produza seus efeitos, já que, segundo o art. 200 do CPC/2015, as declarações bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais, dispensando-se qualquer ato homologatório do juiz para a sua eficácia seja produzida.” NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 111.

<sup>247</sup> “A formação de negócios processuais probatórios necessariamente afetará os poderes instrutórios do juiz e esse ponto seguramente será fonte de intensas controvérsias, simetricamente ao que ocorre precisamente sobre a própria extensão de tais poderes. Para quem entende que os poderes instrutórios do juiz apenas devem assumir um papel subsidiário e complementar às atividades das partes, necessariamente seu balizamento em virtude de negócios probatórios será natural e automático. Entender de modo diverso significará concluir que o consenso pode ser superado, o que reduzirá significativamente seu âmbito de incidência, deixando-o a critério de um ato de vontade estatal.” GODINHO, Robson Renault. **Reflexões**... op. cit. p. 367.

<sup>248</sup> “Uma dúvida muito comum é a seguinte: se as partes convencionarem pela não produção de um meio de prova (ex.: perícia), mas o juiz entender que ele seria adequado para desvendar um fato controvertido, o que deve fazer o magistrado? Respeitar a vontade das partes (art. 200) e não produzir a prova, ou determinar sua produção ex officio (art. 370), porém contra a vontade expressa das partes? A resposta é muito simples, à luz do ônus da prova. Se eventual fato alegado por uma parte (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo) não estiver satisfatoriamente demonstrado, ainda que o juiz entenda que seria interessante a produção de prova casual para averiguá-lo (cuja produção a partes expressamente rejeitaram, cabe ao magistrado respeitar a vontade das partes — não produzir a prova — e proferir sentença, adotando as normas do ônus da prova como regra de julgamento.” REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios**... op. cit., p. 350.

ultrapassado o controle de validade, compete ao juiz aplicar a convenção que restringe meio de prova, devendo julgar de acordo com o ônus das partes caso a falta de elemento instrutório impossibilite a formação da convicção.

Diante das considerações apresentadas, constata-se a existência de pelo menos quatro entendimentos diversos: (i) o juiz não é obrigado a se submeter à convenção processual probatória quando esta interferir em seus poderes, (ii) o juiz pode integrar a convenção, anuindo com a limitação das provas e somente nesse contexto estará vinculado, (iii) os poderes instrutórios do juiz só poderão ser limitados pelas partes nos casos em que se discuta direitos disponíveis e (iv) não compete ao juiz exercer controle de conteúdo sobre as convenções processuais, devendo respeitá-las caso não se identifique nulidade ou abusividade.

No que se refere às convenções processuais que restringem a cognição do processo, eliminando ou reduzindo o escopo da produção probatória, nota-se que, embora o objeto da convenção se concentre na modificação do procedimento, o seu resultado impacta diretamente no resultado jurídico substancial do processo. A parte que abre mão de determinado meio de prova, pode estar renunciando ao próprio direito pleiteado. Assim sendo, não basta que o processo admita autocomposição; para que haja limitação dos poderes instrutórios é necessário que o processo envolva direitos disponíveis.<sup>249</sup>

#### **4.1.3 Interesse público no processo e a busca pela verdade**

É certo que existem direitos que se revestem de interesse público, seja pela sua relevância em termos existenciais, como é o caso dos direitos subjetivos que envolvem menores de idade, seja por envolver efetivamente bens públicos. Quanto a isso, o art. 190 do CPC endereça solução estipulando que serão admitidos negócios jurídicos processuais em relação a direitos que admitam autocomposição, independentemente de serem disponíveis ou não.

---

<sup>249</sup> Eduardo Talamini produz raciocínio semelhante ao tratar do negócio jurídico de delimitação consensual do objeto litigioso do processo. Ao desenvolver o argumento, afirma o autor: “Em suma, trata-se também de um negócio jurídico de direito material, ainda que celebrado no bojo de um processo e igualmente gerador de consequências processuais (isso também não é uma novidade: os contratos de garantia real, como o penhor e a hipoteca, também têm essa natureza bifronte). Há alteração do próprio resultado jurídico substancial – e não do mero modo de solução do conflito. Por isso, o próprio direito material precisa ser disponível.” TALAMINI, Eduardo. **Um processo...** op. cit., p 11.

No entanto, fala-se também sobre um interesse público genérico, que estaria presente nas resoluções de disputas judiciais em razão do exercício da jurisdição estatal.<sup>250</sup> Essa noção estaria alinhada à concepção de que o processo se volta à concretização da vontade da lei, enquanto os sujeitos processuais estariam em um segundo plano, sendo a tutela do direito uma consequência.<sup>251</sup>

A busca pela verdade, nesse contexto, também adquire importância. Afinal, se existe um interesse público na resolução dos conflitos individuais, a qual depende da reconstrução dos fatos, haveria também uma preocupação estatal em perquirir elementos instrutórios suficientes para o julgamento.<sup>252</sup> E, de fato, a busca pela verdade no processo está vinculada à obtenção de uma solução justa do caso concreto, podendo ser considerada um dos pilares de um processo democrático.<sup>253</sup> Mesmo que não haja a pretensão de alcançar a “verdade real”, é recomendável buscar uma “verdade provável” que oriente o julgamento.<sup>254</sup>

Há de se questionar, porém, se, diante da necessidade de reconstrução dos fatos, continua sendo válida a possibilidade de limitação da cognição do juiz pela via dos negócios jurídicos processuais.

Para esclarecer a questão, é necessário, primeiramente, definir qual é o escopo dos processos que discutem interesses individuais (excluídos os direitos de interesse público propriamente ditos). Mais do que servir para aplicação concreta da lei, os processos tutelam direitos subjetivos, nos quais se encerra a sua principal finalidade.

Remo Caponi pontua que deve haver um sopesamento entre a satisfação do interesse pessoal das partes envolvidas no litígio e a eficiência da justiça como um

---

<sup>250</sup> “O processo é um instrumento mediante o qual se exerce uma função pública, havendo predominante interesse do Estado em seu desenvolvimento”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes**... op. cit. p. 92-95.

<sup>251</sup> “Observe-se que, além de essas formulações hierarquizarem os escopos do processo, fazendo com que os interesses públicos suplantem os interesses privados, mesmo ao chegar no “escopo jurídico”, o publicismo não se orienta aos jurisdicionados. Não se fala da tutela dos “direitos subjetivos”, mas da concretização da lei, i.e., a aplicação do ordenamento objetivo. O sujeito, portanto, surge apenas indiretamente, como titular beneficiado pela aplicação da norma.” CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções**... op. cit. p. 120-121.

<sup>252</sup> “a probabilidade de atingir-se uma decisão justa cresce na razão direta do rendimento dos mecanismos probatórios” MOREIRA, José Carlos Barbosa. Alguns problemas atuais da prova civil. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 53, 1989. p. 122 - 133

<sup>253</sup> GODINHO, Robson. **Negócios**... op. cit. [e-book] IV. PANORAMA SOBRE A PROVA E O RESPECTIVO ÔNUS NO PROCESSO CIVIL.

<sup>254</sup> GODINHO, Robson. **Negócios**... op. cit. [e-book] IV. PANORAMA SOBRE A PROVA E O RESPECTIVO ÔNUS NO PROCESSO CIVIL.

todo, introduzindo a noção de que a jurisdição é um serviço público que se volta à composição da controvérsia segundo a aplicação da justiça.<sup>255</sup> Antônio do Passo Cabral compartilha de entendimento semelhante ao destacar que “o processo deve ser orientado para a tutela dos direitos, deve ser adequado para desempenhar este escopo no interesse dos litigantes, que exercitam seus direitos perante o Judiciário”<sup>256</sup>.

Considerando, pois, a concepção atual do escopo do processo, é necessário ressignificar a busca pela verdade no contexto de amplitude da autonomia da vontade que é conferida pelo CPC/2015.<sup>257</sup>

O próprio magistrado impõe limites à cognição quando se convence acerca de determinado ponto controvertido. As partes, por sua vez, a depender dos fatos contestados na ação, podem estabelecer “verdade negociada”, a partir de atos de disposição do objeto do processo<sup>258</sup>. Nesse contexto, a restrição estabelecida pelas partes seria apenas mais uma das formas de reduzir o escopo da atividade instrutória – agora não limitada por uma vontade autoritária, mas por um ato de liberdade dos litigantes.<sup>259</sup>

Embora o objetivo de se chegar à verdade seja legítimo, a possibilidade de julgamento conforme o ônus da prova revela que o processo civil admite a prevalência de outros interesses em detrimento da solução orientada à realidade dos fatos.<sup>260</sup> A celeridade e a segurança jurídica são exemplos de bens jurídicos que podem prevalecer diante da busca pela verdade. Isso porque a produção probatória não pode se elastecer *ad aeternum* e, da mesma forma, existem limitações necessárias para garantir a estabilidade das decisões judiciais, como a restrição da produção de provas em grau recursal.

Também merece menção a relação entre interesse público e liberdade negocial apresentada por Bruno Garcia Redondo. Para além das situações que envolvem explicitamente interesse público, ele também aborda “a situação de uma causa que se refira a um direito privado e disponível, mas a demanda, a partir de determinado momento, passe a apresentar um aspecto público”<sup>261</sup>, como é o caso,

<sup>255</sup> CAPONI, Remo. **Il principio...** op. cit. p. 389-403.

<sup>256</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções...** op. cit. p. 121.

<sup>257</sup> MAFESSONI, Behlua. **Convenções...** op. cit. p. 166.

<sup>258</sup> GODINHO, Robson. **A possibilidade...** op. cit. p. 594.

<sup>259</sup> GODINHO, Robson. **A possibilidade...** op. cit. p. 594.

<sup>260</sup> MAFESSONI, Behlua. **Convenções...** op. cit. p. 168.

<sup>261</sup> REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios jurídicos...** op. cit. p. 209.

por exemplo, de processos que possuem aptidão para se caracterizarem como precedentes judiciais (integrante ou não do rol do art. 927, CPC). Segundo o autor, nessas hipóteses, não haverá uma proibição absoluta da celebração de negócios jurídicos processuais, mas se exigirá “cautela redobrada no exame e na ponderação dos mais variados aspectos em jogo”<sup>262</sup>.

Nesse sentido, em regra, a necessidade reconstrução dos fatos, enquanto pressuposto para a justiça da decisão, não deve prevalecer diante da autonomia privada, ainda que se possa argumentar sobre a existência de um interesse público na solução da crise de direito material. Isto é, havendo disposição das partes que limite a cognição, espera-se que seja respeitada. No entanto, uma vez identificado interesse público fundamentado em elemento que vai além da solução da controvérsia, pode-se dizer que “quanto maior o grau de ‘interesse público’ tutelado (...) menor será a margem de liberdade da vontade (autorregrada) para negociação processual”<sup>263</sup>.

#### 4.1.4 A limitação como parte da natureza da convenção processual

Em conclusão às objeções que orbitam em torno das convenções processuais probatórias, é preciso lembrar: os negócios jurídicos processuais repercutem invariavelmente nas atividades do juiz.<sup>264</sup> A partir do momento em que as partes estabelecem regras de procedimento consensuais e válidas, é afastada do juiz a possibilidade de preterir essa disposição de vontade e aplicar o regramento legal.

É o que ocorre na eleição de foro, na inversão consensual do ônus da prova, na escolha consensual do perito, dentre tantos outros exemplos. Em regra, é a partir da lei que se identifica a competência, os ônus probatórios das partes, bem como a regra de indicação do perito, que, a rigor, deve ser feita pelo magistrado. Ainda que o juiz pretenda seguir o rito previsto na lei, essa vontade será necessariamente limitada pela regra convencional estabelecida pelas partes.

Nas palavras de Robson Renault Godinho:

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

<sup>262</sup> REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios jurídicos**...op. cit. p. 210.

<sup>263</sup> REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios jurídicos**...op. cit. p. 210.

<sup>264</sup> MAFESSONI, Behlue. **Convenções**... op. cit. p. 161.

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.

Esse enfoque restritivo aos negócios probatórios pela doutrina se explica pela análise ideológica-cultural da destinação e da finalidade da prova, vista por muitos como exclusiva da atividade jurisdicional<sup>265</sup>

Logo, insiste-se na ideia de que a restrição dos poderes instrutórios é uma consequência da observância do negócio jurídico processual, assim como em qualquer outro. Da mesma maneira que a eleição de foro não é questionada quando impede que o juiz legalmente competente julgue o processo, também se espera que a convenção processual que limita os meios de prova seja respeitada.

Trata-se de compreender que, inserido na perspectiva do devido processo legal, hoje também se constata a existência de um devido processo negociado.<sup>266</sup> As partes possuem a expectativa de que suas disposições de vontade externadas em negócios jurídicos processuais sirvam como fonte normativa e fator de previsibilidade no processo.<sup>267</sup> Conforme assevera Bruno Garcia Redondo, “a norma processual criada pela vontade das partes afasta as demais normas existentes, em razão do *pacta sunt servanda*, do *in dubio pro libertate* e do respeito ao autorregramento da vontade das partes no processo”<sup>268</sup>.

Para além da previsibilidade e do respeito às normas estabelecidas pelas partes, há também a necessidade de reconhecer que as negociações que envolvem vantagens e renúncias no processo podem ter fundamento em questões alheias ao processo. Ou seja, deixar de observar as limitações naturalmente impostas através dos negócios jurídicos processuais pode prejudicar as partes não apenas dentro do processo, como também alterar o equilíbrio do negócio jurídico substancial que é objeto da demanda.

<sup>265</sup> GODINHO, Robson Renault. **A possibilidade**... op. cit. p. 592.

<sup>266</sup> “Processo legal e processo negociado são expressões que não se confundem. Enquanto a primeira expressa uma concepção de processo orientado por normas – em especial pela Constituição e regras constitucionalmente positivadas –, o segundo sugere que possa o processo se desenvolver pelo resultado da vontade negociada das partes”. MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios**... op. cit. p. 101.

<sup>267</sup> A manifestação de vontade é fonte formal do Direito, seja ela dirigida ao plano substancial ou ao processual. Por isso, o negócio jurídico processual desfruta de natureza normativa, sendo evidente fonte formal (obrigatória, vinculante) de Direito Processual. A convenção processual é tão fonte normativa quanto qualquer outra fonte formal de Direito Processual, seja ela advinda do Poder Legislativo (v.g. lei federal), do Executivo ou do Judiciário. REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios**... op. cit. p. 119.

<sup>268</sup> REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios**... op. cit. p. 120.

Antônio do Passo Cabral explica que “o incremento na posição processual de uma parte pode ser um ganho numa vantagem para a contraparte em algum outro ponto da negociação”<sup>269</sup>. Em seguida, exemplifica que um consumidor pode negociar condições mais favoráveis de pagamento em um contrato de financiamento ao permitir uma maior penhorabilidade do bem de família. Diante desse contexto, o agir do juiz estará limitado no que se refere ao indeferimento da penhora futuramente. E caso deixe de aplicar o pactuado, tornará inútil o desconto concedido pela financiadora, afetando diretamente o equilíbrio do contrato.

Portanto, as limitações ao agir do juiz são parte inexorável e natural dos negócios jurídicos processuais, os quais são pactuados pelas partes com a expectativa de que sejam respeitados como fonte formal do direito, garantido previsibilidade. O respeito a essas limitações é imperioso para que se respeite não apenas a vontade das partes na condução do procedimento, mas também para evitar o desequilíbrio dos interesses negociados no momento de celebração daquela convenção processual.

## **4.2 PRESERVAÇÃO DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DURANTE A PRODUÇÃO DA PROVA**

Ao tratar sobre a necessidade de observância das convenções processuais probatórias, explicou-se que as partes têm o direito de dispor sobre as provas que serão produzidas no processo desde que envolva direito disponível. Isso porque o acordo que limita a cognição, embora tenha repercussões diretas no processo, versa sobre o direito substancial posto em discussão. Ou seja, os litigantes pretendem negociar acerca dos seus próprios interesses disponíveis, o que invariavelmente limita as prerrogativas do juiz.

As partes assumem as consequências de renunciar a produção daquela prova, sabendo que o seu ônus probatório poderá ser prejudicado. Sacrifica-se, portanto, a alternativa de produção probatória em nome de outro bem jurídico que parece mais caro para aquele contexto específico.

A questão que se coloca agora é a seguinte: em relação às provas que serão produzidas no processo, podem as partes impor limites ao juiz durante a produção?

---

<sup>269</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções...** op. cit. p. 212.

Como, por exemplo, limitar o número de perguntas às testemunhas ou impedir a apresentação de quesitos ao perito?

Quando se fala em convenções processuais que se prestam a limitar a cognição, o juiz será necessariamente afetado. É preciso saber distinguir, porém, as convenções que genuinamente se voltam a tornar mais eficiente a busca pela tutela do direito e as convenções que têm por objetivo afetar a soberania do juiz.

Para que o raciocínio fique mais claro, tomemos como exemplo uma convenção processual hipotética que impede o juiz de formular quesitos ao perito. Imagine-se que as partes se reservam no direito de apresentar quesitos suplementares (art. 469, CPC), assim como quesitos de esclarecimento (art. 477, §3º, CPC), mas pretendem que o juiz se mantenha silente durante a produção da prova.

Ainda que, em uma remota hipótese, a imposição proibitiva ao juiz possa ensejar algum benefício em termos de celeridade processual, nota-se claramente que se trataria de uma consequência reflexa e eventual; é uma *possível* consequência. A finalidade da convenção em si mesma é excluir o juiz da produção probatória, de modo que o objeto do negócio jurídico já não seria mais o direito substancial, mas a própria prerrogativa do magistrado.

Nesse contexto, é precisa a afirmação de Antônio do Passo Cabral: “Se não se quer que o juiz seja o soberano do processo, igualmente não é desejável que os instrumentos estatais sejam manipulados de maneira descontrolada pelos litigantes. A virtude, como sói acontecer, está no meio; a regra de ouro é o equilíbrio.”<sup>270</sup> Aplicado o raciocínio à perspectiva aqui defendida, destaca-se a importância de evitar a manipulação “descontrolada” das prerrogativas do juiz.

A regra de ouro é o equilíbrio. Esse equilíbrio está em identificar se a convenção tem fundamento no direito disponível das partes ou na intenção de interferir na autonomia do juiz. Para isso, depende-se, inevitavelmente, de uma análise permeada por alguma subjetividade. Não existem critérios objetivos que sirvam para discernir, sempre, se a convenção deve ser autorizada.

A substituição do perito, por exemplo (que será tratada apropriadamente no item 5.2.3), é uma medida adotada no decorrer de uma perícia em andamento. Em princípio, o magistrado tem a prerrogativa de determiná-la. No entanto, dado o impacto que a medida pode acarretar ao processo, tanto em termos de tempo quanto de custos

---

<sup>270</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções...** op. cit. p. 256.

e até mesmo de próprio resultado do julgamento, entende-se que, a depender do caso concreto, uma convenção que impeça a substituição do perito pode ser admitida.

Portanto, em regra, os poderes instrutórios deverão ser preservados ao longo da produção das provas já admitidas, para que não se autorize que as partes interfiram diretamente nas prerrogativas judiciais com o intuito principal de limitá-las. Isso não significa, porém, que qualquer negócio jurídico processual que disponha sobre aspecto relativo à produção probatória seja proibido. Deve-se promover uma análise casuística; uma vez que a convenção esteja fundamentada na livre disposição sobre direito disponível, é possível avaliar a sua admissão e produção de efeitos.

#### **4.3 O CONTROLE DO JUIZ SOBRE AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS**

Os argumentos que justificam a superação das objeções contrárias às convenções processuais probatórias revelam que o controle dos negócios jurídicos processuais não se encerra apenas no controle de validade. Isso porque a interferência nas prerrogativas do magistrado faz surgir outros pontos de atenção, os quais podem influenciar na admissão da convenção processual.

Na grande maioria dos casos, a apreciação do juiz deve se limitar a conferir (i) se há alguma nulidade, (ii) se há negócio jurídico processual abusivo inserido em contrato de adesão e (iii) se há manifesta vulnerabilidade de um dos litigantes.<sup>271</sup> Ultrapassadas essas condições e tratando de direito que admita autocomposição, o negócio jurídico processual deverá, em regra, ser aplicado.

Todavia, existem convenções processuais que contemplam requisitos adicionais. É o caso, por exemplo, da calendarização processual. Para que sua aplicação seja viabilizada, não basta que as partes definam as suas disposições; é inevitável que haja também a anuência do magistrado. Em sentido semelhante, a convenção que visa a suprimir o segundo grau de jurisdição, só pode ser firmada nos processos que não demandem reexame necessário.

Eduardo Talamini explica que, na realidade, os negócios jurídicos processuais se submetem ao respeito de pressupostos subjetivos, pressupostos objetivos e

---

<sup>271</sup> OSTERNACK, Paulo. **Provas...** op. cit. [e-book] RB-6.18.

condições de eficácia – e também, é claro, às causas de nulidade e anulabilidade prescritas no Código Civil.<sup>272</sup>

Os *pressupostos subjetivos* estão relacionados à capacidade para ser parte e para estar em juízo. As *condições de eficácia* serão verificadas mediante a análise de abusividade em contrato de adesão ou vulnerabilidade do litigante. Mas para os fins do presente trabalho, assumem especial relevância os *pressupostos objetivos*.

Conforme explica o autor, há o pressuposto objetivo geral, que consiste na “aptidão de o direito submeter-se a autocomposição”<sup>273</sup>. E também existem os pressupostos objetivos específicos, os quais variam a depender do objeto do negócio jurídico processual. O reconhecimento da existência de uma categoria de critérios específicos é fundamental para que se compreenda qual é o controle que pode ser exercido sobre convenções processuais probatórias.

Quando se fala apenas em controle de validade e abusividade, tem-se a impressão de que há alguma imprecisão conceitual, pois, como já mencionado, algumas convenções dependem de outros fatores para que possa ser aplicadas. Existem peculiaridades afeitas a espécies de negócios jurídicos processuais que eventualmente devem ser observadas, mas que não estão explicitamente previstas na legislação. A estas condições, em conformidade com a conceituação de Talamini, damos o nome de pressupostos objetivos específicos.

Tratando de convenções processuais probatórias, especialmente aquelas que visam limitar a cognição, a doutrina se divide em duas principais correntes. De um lado estão aqueles que negam a possibilidade de disposição sobre os poderes instrutórios em qualquer hipótese.<sup>274</sup> De outro, estão aqueles que sustentam que, uma vez constatada a validade, as convenções devem ser aplicadas, sem aventar a possibilidade de critérios adicionais.<sup>275</sup>

Com base no que foi apresentado até aqui, defende-se a necessidade de adotar uma terceira via, que, embora não rechace em absoluto as disposições sobre

<sup>272</sup> TALAMINI, Eduardo. **Um processo...** op. cit. p. 3-5.

<sup>273</sup> TALAMINI, Eduardo. **Um processo...** op. cit. p. 4.

<sup>274</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso...** v. 2. op. cit., RB-14.20; MÜELLER, Julio Guilherme. **Negócios...** op. cit. p. 129-130; THEODORO Jr, Humberto. **Curso...** p. 471.

<sup>275</sup> “O controle judicial da regularidade do negócio jurídico processual se limita à verificação de vícios relativos aos elementos dos planos da existência e da validade das convenções”. REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios...** op. cit. p. 300; RAVAGNANI, Giovani dos Santos; BRAZIL, Renato Caldeira Grava; VAUGHN, Gustavo Fávero. **As convenções...** op. cit. [e-book] p. 377-404; OSTERNACK, Paulo. **Provas...** op. cit. [e-book] RB-6.18; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Sobre...** op. cit., p. 111.

meios de prova, reconhece que não basta exercer apenas um controle de validade e inserção abusiva. É necessário observar um importante pressuposto objetivo específico, que consiste na disponibilidade do direito.<sup>276</sup>

Portanto, sempre que se deparar com um negócio jurídico processual que pretende restringir algum meio de prova, competirá ao juiz, além de exercer controle sobre os pressupostos subjetivos, pressuposto objetivo geral e condições de eficácia, se certificar quanto à presença de pressuposto objetivo específico, que só estará preenchido quando se tratar de direito disponível.

#### 4.4 PROCESSOS QUE ENVOLVEM DIREITOS INDISPONÍVEIS

O art. 190 do CPC prevê a possibilidade de negócio jurídicos processuais em processos cujo direito substancial admita autocomposição. Logo, ainda que verse sobre direito indisponível, poderá haver convenções processuais desde que as partes possuam a prerrogativa de transigir sobre o direito discutido. Isso inclui, por exemplo, ações de pensão alimentícia para menores, como também processos coletivos que se prestam a implementar políticas públicas.<sup>277</sup>

Exige-se, porém, que o negócio jurídico não interfira negativamente na tutela do direito indisponível.<sup>278</sup> Há quem sustente que as convenções podem versar até mesmo sobre direitos que não admitam autocomposição, desde que garantam ao titular do direito indisponível alguma vantagem ou que ao menos não causem nenhum desequilíbrio (sejam “neutros”).<sup>279</sup>

<sup>276</sup> TALAMINI, Eduardo. **Um processo...** op. cit. p. 5; No mesmo sentido, adotando a disponibilidade como critério para admissão das convenções processuais probatórias, v. PUGLIESE, William Soares; PESSOA, Thiago Simões. **Os negócios...** op. cit. [e-book].

<sup>277</sup> DIDIER JR., Fredie. **Negócios...** op. cit. p. 127.

<sup>278</sup> “(...) isso não significa que os titulares de direitos indisponíveis não possam praticar atos de disposição, tanto no sentido de atos prejudiciais quanto de atos decisórios, mas apenas que não podem praticar os que, direta ou indiretamente, possam prejudicar ou dificultar a tutela desses direitos” GRECO, Leonardo. **Os atos...** op. cit., p. 11. Também citado em GODINHO, Robson Renault. **Negócios...** op. cit. [e-book] III. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E CONVENÇÕES DAS PARTES; “(...) ainda que o litígio verse sobre direito indisponível, a convenção processual probatória pode beneficiar o titular do direito, ampliando sua proteção, e até mesmo favorecendo a solução da crise de direito material, razão pela qual invalidá-la seria, no mínimo, desarrazoado” MAFESSONI, Behluea. **Convenções...** op. cit. p. 115.

<sup>279</sup> “O fundamental para a validade dos negócios processuais nesses casos delicados — direitos que não admitem autocomposição — é que o conteúdo da convenção não seja desfavorável (prejudicial) à tutela desse direito. Por isso, são válidos os negócios processuais que não prejudiquem (sejam “neutros”) ou que beneficiem a tutela do direito que não admite autocomposição, ou que coloquem o titular do direito em posição jurídica de vantagem, mais favorável da que desfrutava anteriormente à pactuação.” REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios...** op. cit. p. 212.

Ocorre que a produção probatória é imprevisível. Assim como o magistrado que determina uma prova de ofício não pode antecipar qual será o seu resultado (v. item 3.1.1), tampouco as partes têm condições de prever se a eliminação de um meio de prova por meio de convenção processual implicará maior vantagem ou desvantagem na busca pela tutela do direito indisponível.

Portanto, para convenções processuais probatórias que restringem meios de prova, não é suficiente que o direito comporte autocomposição, mas impõe-se que seja disponível.<sup>280</sup> Além disso, não se admite flexibilidade no entendimento para situações de convenções que favoreçam a posição do titular do direito indisponível uma vez que não é possível antever o resultado da prova.

## 5 A BUSCA POR EFETIVIDADE NAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS

O autorregramento no processo civil se destina a atender partes que buscam um grau de sofisticação maior na resolução de disputas, possibilitando a concepção de um modelo *tailor made*, desenhado para contextos específicos.<sup>281</sup>

Embora os custos de transação se revelem mais elevados, o ganho em efetividade em um futuro e eventual conflito pode superar consideravelmente o investimento. Utilizar as convenções processuais para reduzir a duração do processo, por exemplo, pode significar a antecipação da própria tutela do direito, que em alguns casos tem valor inestimável.

---

<sup>280</sup> Em sentido oposto, merece menção o raciocínio desenvolvido por Behlúa Mafessoni: “Contudo esse não é o posicionamento adotado na presente pesquisa. Entende-se que é possível a restrição probatória consensual mesmo nas demandas que versem sobre direito indisponível, desde que, no caso concreto, a convenção reforce a proteção a tal direito e facilite o debate, não o dificulte ou o impeça. Veja-se que o ponto central não está na restrição probatória em si, mas nas consequências de tal restrição no contexto da demanda que verse sobre direitos indisponíveis.

O que se deve ter em mente é que nem toda restrição probatória - seja ela consensual ou legal - dificulta o debate no processo. Muitas vezes ela o favorece. Tanto é que essa é uma técnica utilizada para a construção de procedimentos mais céleres (e tidos por mais efetivos), como é o caso do mandado de segurança - procedimento pelo qual indubitavelmente se podem discutir direitos disponíveis e indisponíveis e o único meio de prova admitido é o documental.

Não há relação direta entre restrição probatória e restrição do direito discutido, razão pela qual cabe ao juiz verificar, no caso concreto, se é possível restringir a prova em um contexto de direitos indisponíveis. Caso verifique que a restrição probatória dificulta o debate, ou ainda, que afeta indireta ou reflexamente, a solução de questões referentes aos interesses materiais, o juiz poderá restringir o exercício da autonomia privada no que se refere a esse ponto, determinando a produção de provas de ofício.” MAFESSONI, Behlúa. **Negócios...** op. cit., p. 116.

<sup>281</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções...** op. cit., p. 226.

Até mesmo em disputas que tratam exclusivamente de direitos patrimoniais, o fator tempo é determinante. Uma empresa prejudicada por uma negociação malsucedida pode ser levada à falência caso a situação não seja solucionada com agilidade. Ou seja, a otimização do processo nesse contexto pode significar a manutenção das suas atividades.

Especialmente quando se fala em convenções processuais atípicas, a jurisdição brasileira se aproxima da garantia à tutela adequada na medida em que permite a flexibilização procedimental. Se antes os jurisdicionados se viam obrigados a se submeter ao judiciário ou aderir à arbitragem, com seus custos elevados, hoje é possível conceber um processo estatal que esteja adaptado aos interesses individuais.

O Judiciário, nesse contexto, é confrontado com um espectro de litígios absolutamente variado. E não se trata apenas da dimensão econômica dos processos. É evidente que sempre existiram demandas das mais variadas importâncias. A diferença é que, agora, com a expansão da autonomia privada e a concretização do princípio do autorregramento da vontade, os magistrados devem entender as necessidades das partes em cada caso concreto, pois a sua participação será totalmente influenciada pela configuração do litígio.

Ao longo do item 3, tratou-se sobre a importância da participação do magistrado para a tutela do direito, com destaque para a mitigação das desigualdades mediante a produção probatória de ofício. No item 4, foram expostos os motivos que devem autorizar a limitação dos poderes instrutórios pelas partes. Agora, no item 5, serão apresentados quais os principais instrumentos que podem ser utilizados pelas partes para convencionar sobre a produção probatória, restringindo a atuação do magistrado, em prol da efetividade do processo.

## **5.1 TÉCNICAS DE COGNIÇÃO PARCIAL E COGNIÇÃO SUMÁRIA**

Antes de abordar as modificações que as próprias partes podem efetivar na fase instrutória processo, é oportuno mencionar a existência de técnicas de cognição parcial e de cognição sumária já previstas no CPC. Se a própria legislação admite contextos nos quais a tutela efetiva do direito demanda a modulação da profundidade e da amplitude da instrução, é possível conceber um processo em que os litigantes também identifiquem a necessidade de promover concessões em termos de completude probatória a fim de otimizar a tutela do direito.

A cognição do processo divide-se nas perspectivas horizontal e vertical. No sentido horizontal – que diz respeito à extensão – a cognição pode ser plena ou parcial. Em regra, a cognição é sempre plena, sendo parcial principalmente quando ocorre dentro de um procedimento especial, previsto na lei, que limite o conhecimento dos fatos. No sentido vertical – que examina a profundidade – a cognição pode ser sumária, exauriente ou superficial e depende das alegações das partes e das provas produzidas ao longo do processo.<sup>282</sup>

Nas técnicas de cognição parcial, limita-se a cognição no seu sentido horizontal, podendo operar de dois modos distintos: “fixando o objeto litigioso ou estabelecendo os lindes da defesa”<sup>283</sup>. No caso das ações possessórias, as alegações das partes ficam restritas à posse; questões mais amplas, como a discussão sobre propriedade, são ignoradas e não podem ser analisadas no mesmo procedimento. No entender de Luiz Guilherme Marinoni, trata-se de uma opção ideológica do legislador, que escolheu privilegiar os valores de “certeza e celeridade” ainda que isso signifique “deixar de lado o valor ‘justiça material’”<sup>284</sup>.

Nas técnicas de cognição sumária, por sua vez, limita-se a cognição no seu sentido vertical, o que “conduz ao chamado juízo de probabilidade ou às decisões derivadas de uma convicção de probabilidade”<sup>285</sup>. Nesses casos, competirá ao juiz avaliar a correspondência entre as alegações do autor e as provas apresentadas até então para exercer um juízo de verossimilhança na decisão de tutelas de urgência e da evidência.

Existem, ainda, as técnicas de cognição exauriente *secundum eventum probationis*, as quais são aplicadas nos procedimentos em que o julgamento fica condicionado ao resultado das provas apresentadas. Kazuo Watanabe lista pelo menos três exemplos: (i) a questão prejudicial de disputa sobre a qualidade de herdeiro, que só poderá ser resolvida no processo de inventário caso haja prova documental suficiente, sob pena de remessa às vias ordinárias (art. 627, §3º, CPC), (ii) o mandado de segurança, que exige comprovação de “direito líquido e certo” por

<sup>282</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**... op. cit., p. 77-80.

<sup>283</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela**... op. cit., [e-book]. PARTE I - TÉCNICA PROCESSUAL E TUTELA DOS DIREITOS. 4.1. A técnica da cognição parcial.

<sup>284</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela**... op. cit., [e-book]. PARTE I - TÉCNICA PROCESSUAL E TUTELA DOS DIREITOS. 4.1. A técnica da cognição parcial.

<sup>285</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela**... op. cit., [e-book]. PARTE I - TÉCNICA PROCESSUAL E TUTELA DOS DIREITOS. 4.1. A técnica da cognição parcial.

prova documental pré-constituída (art. 1º, Lei 12.016/2009) e (iii) a ação de desapropriação, no tocante à prova da propriedade – havendo dúvida fundada sobre o domínio, cabe ao interessado ajuizar ação própria para disputá-lo (art. 34, parágrafo único, Decreto-Lei 3.365/1941).<sup>286</sup>

Especificamente no que se refere ao mandado de segurança, Ovídio Batista analisa a restrição da cognição frente ao direito à ampla defesa, consagrado no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1998. Nas suas palavras: “A Constituição de 1988, ao estabelecer o princípio da ‘plenitude’ de defesa reconhecida aos litigantes em geral, teria, porventura, revogado a lei do mandado de segurança, naqueles pontos em que o diploma especial torna limitada a defesa do demandado?”<sup>287</sup>

Com o arguto raciocínio que lhe é comum, Ovídio explica que se faz necessária a “parcialização” da “lide integral”, a fim de que a função jurisdicional possa ser exercida, de modo a conceder ao autor o “bem da vida” que o legislador considere digno de receber uma proteção específica e imediata. Também pondera o sacrifício dos interesses das partes: de um lado, uma vez imposta ao réu uma decisão liminar que se mostre inadequada futuramente, lhe será autorizado receber uma indenização correspondente; o autor, por outro lado, ainda que não tenha sua tutela antecipada no início do processo, nada terá a reclamar pela demora do processo, que pode ter causado prejuízos igualmente severos. Então, conclui que o desenvolvimento histórico do processo tem se direcionado a “amenizar os sacrifícios determinados pelo tempo gasto com a atividade jurisdicional, procurando distribuir equitativamente os custos correspondentes”<sup>288</sup>. Daí a possibilidade de limitar a cognição, ainda que haja previsão constitucional expressa de direito à ampla defesa.

Essa mesma efetividade buscada pelo legislador pode ser implementada pelas próprias partes mediante a utilização de convenções processuais probatórias. É principalmente pela influência na profundidade da cognição vertical que os litigantes podem alterar o procedimento a fim de priorizar valores alinhados com as necessidades do caso concreto.

---

<sup>286</sup> WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 125-126.

<sup>287</sup> BATISTA, Ovídio. **A plenitude...** op. cit. p. 111.

<sup>288</sup> BATISTA, Ovídio. **A plenitude...** op. cit. p. 121.

## 5.2 CONVENÇÕES ATÍPICAS QUE RESTRINGEM OS PODERES DO JUIZ

A autorização expressa para utilização de negócios jurídicos processuais atípicos viabiliza uma ampla gama de variáveis para personalização do processo, especialmente no que concerne à produção probatória. A lei, no entanto, não define balizas para a concepção das convenções atípicas, inaugurando verdadeira cláusula geral de negociação. Compete à doutrina, portanto, identificar as principais aplicações, mapeando riscos e oportunidades que podem ser criados em cada contexto e em quais configurações de litígio é vantajoso implementar mudanças no procedimento.

Merecem destaque os enunciados 19 e 21 do FPPC, que exemplificam algumas modalidades de negócios jurídicos processuais que podem ser admitidos:

19. (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso<sup>14</sup>, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, subrogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal. 15-16-17 (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-RIO, no V FPPC-Vitória e no VI FPPC-Curitiba)

21. (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio)

Se, por um lado, as partes, embasadas nos parâmetros definidos pela doutrina, podem delinear convenções que atendam suas necessidades, por outro, sabe-se que é indispensável a colaboração do judiciário para fornecer segurança e previsibilidade na concretização dessas disposições dentro do processo. Trata-se de um ciclo de constante aperfeiçoamento: as partes concebem modificações vantajosas, o judiciário avalia o cabimento e, por fim, forma-se jurisprudência que consolida o entendimento.

Nesse sentido, pretende-se avançar na definição de negócios jurídicos processuais que, ao alterar aspectos da produção das provas documentais, periciais e testemunhais, impactam nos poderes instrutórios do juiz, mas viabilizam ganho em efetividade.<sup>289</sup>

### 5.2.1 Admissão exclusiva de prova documental

A convenção processual probatória que permite exclusivamente a produção de prova documental tem sua efetividade diretamente relacionada com a duração do processo. Eduardo Talamini<sup>290</sup>, Fredie Didier Jr.<sup>291</sup>, Paulo Osternack Amaral<sup>292</sup>, Bruno Garcia Redondo<sup>293</sup> e Giovani dos Santos Ravagnani<sup>294</sup> são alguns dos autores que fazem referência a essa possibilidade.

O procedimento comum organiza-se em cinco fases: postulatória, de saneamento, instrutória, decisória e recursal. Com frequência, é no saneamento e na instrução que se concentram os expedientes mais longos do processo, os quais na maioria dos casos são imprevisíveis.

A própria especificação de provas, seguida pela decisão de saneamento e pela eventual produção de perícia ou designação de audiência para oitiva de testemunhas, já representa significativo dispêndio de tempo. O problema é que existem fatores imprevisíveis que podem impactar ainda mais na duração do processo. É o que ocorre nos casos em que o perito não aceita o encargo ou descumprir os prazos para apresentação do laudo e dos esclarecimentos, bem como quando a testemunha não comparece à audiência, demandando redesignação, entre outros. Quer dizer, a instrução depende de um sem-número de atos que pode estender o processo por anos.

---

<sup>289</sup> “A efetividade qualificada, numa perspectiva dinâmica, implica, em primeiro lugar, o direito da parte à possibilidade séria e real de obter do juiz uma decisão de mérito, adaptada à natureza das situações subjetivas tuteláveis, de modo a que seja plenamente satisfeita a “necessidade de tutela” manifestada na demanda. Para tanto, é altamente desejável sejam elásticas e diferenciadas as formas de tutela, levando em conta as peculiaridades das crises sofridas pelo direito material e as exigências do caso concreto.” OLIVEIRA, Carlo Alberto Alvaro. **Os direitos...** op. cit. p. 67.

<sup>290</sup> TALAMINI, Eduardo. **Um processo...** op. cit. p. 13.

<sup>291</sup> DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais em contratos em contrato empresariais. In: **Revista de Processo**. vol. 279, 2018. p. 41-66.

<sup>292</sup> OSTERNACK, Paulo. **Provas...** op. cit. [e-book] RB-6.15;

<sup>293</sup> REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios...** op. cit., p. 349-350.

<sup>294</sup> RAVAGNANI, Giovani dos Santos; VAUGHN, Gustavo Fávero; BRAZIL, Renato Caldeira Grava. **As convenções...** op. cit. [e-book].

O negócio jurídico atípico que prevê admissão exclusiva de prova documental se presta exatamente a simplificar a fase de saneamento e eliminar a fase instrutória, permitindo que logo após as postulações das partes, o processo seja imediatamente encaminhado à prolação da sentença. Se, no mesmo ato, as partes também convencionarem a dispensa da audiência de conciliação, cria-se um procedimento absolutamente acelerado. As únicas variáveis que preservarão relativa imprevisibilidade serão os atos da secretaria para movimentar o processo, bem como o tempo em que permanecerá concluso para decisões interlocutórias e sentença.

Destaque-se que, ao se admitir apenas a juntada de documentos ao processo, restringe-se consideravelmente as opções de atos protelatórios que normalmente estão disponíveis para os litigantes. Logo, elevam-se os custos do inadimplemento, tendo em vista a agilidade em se obter uma sentença condenatória. Se antes a demora na resolução da disputa poderia representar um incentivo ao inadimplemento, agora a vantagem é reduzida na medida em que a tutela do direito poderá ser obtida com maior celeridade.<sup>295</sup>

### 5.2.2 Exclusão da prova pericial

A convenção processual que exclui a possibilidade de produção de prova pericial também pode ser pactuada pelas partes que discutem direitos disponíveis a fim de evitar acréscimo de custos e de tempo ao processo.<sup>296</sup> Trata-se de uma renúncia presumidamente consciente, por meio da qual os litigantes aceitam se submeter às consequências da ausência da prova técnica no processo, sendo vedado ao juiz que desrespeite a convenção e determine a produção.

---

<sup>295</sup> "Fala-se, outrossim, em dano eficiente e dano ineficiente. Ocorre dano eficiente, quando for mais compensador para o agente pagar eventuais indenizações do que prevenir o dano. Se uma montadora verificar que uma série de automóveis foi produzida com defeito que pode causar danos aos consumidores, e se esta mesma empresa, após alguns cálculos, concluir ser preferível pagar eventuais indenizações pelos danos ocorridos, do que proceder a um recall para consertar o defeito de todos os carros vendidos que lhe forem apresentados, estaremos diante de dano eficiente." FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 2. ed. em e-book baseada na 18. ed. impressa rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Capítulo XIII. FONTES DAS OBRIGAÇÕES: ATOS ILÍCITOS.

<sup>296</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso**... op. cit., p. 91; GODINHO, Robson Renault. **A possibilidade**... op. cit., p. 595; PUGLIESE, William Soares; PESSOA, Thiago Simões. **Os negócios**... op. cit. [e-book]; OSTERNACK, Paulo. **Provas**... op. cit. [e-book] RB-6.15; REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios**... op. cit., p. 349-350; RAVAGNANI, Giovanni dos Santos; VAUGHN, Gustavo Fávero; BRAZIL, Renato Caldeira Grava. **As convenções**... op. cit. [e-book].

O TJSP, em julgamento de agravo de instrumento, já reconheceu que as partes têm o direito de dispor sobre a produção da prova pericial em negócio jurídico, cabendo ao juiz respeitar o pactuado.<sup>297</sup> A situação posta em discussão expõe exatamente o confronto entre a vontade das partes e os poderes instrutórios do juiz. No caso, ao sanear o processo, o magistrado determinou, de ofício, a produção de prova pericial. Posteriormente, as partes firmaram negócio jurídico no qual fixaram pontos controvertidos e estabeleceram que “a controvérsia é meramente de direito, não havendo controvérsia fática ou técnica a ser dirimida por meio da produção de provas”. Embora o juízo singular tenha negado a aplicação da convenção, a decisão foi reformada pela 22ª Câmara de Direito Privado sob a relatoria do Des. Roberto Mac Cracken, que consignou:

Portanto, sempre respeitado entendimento em sentido diverso, considerando que o litígio de origem discute direitos disponíveis; que ambas as partes são capazes; que a transação processual se limitou a estabelecer os ônus probatórios, fatos controversos e incontroversos do caso em testilha; que não há manifesta vulnerabilidade de qualquer das partes com relação à outra, o presente recurso merece provimento, para que seja dispensada a realização da prova pericial, incumbindo ao MM. Juízo a quo, sempre respeitada sua máxima discricionariedade, apreciar o pleito de homologação do negócio jurídico processual de fls. 880/882, apenas sob a ótica da validade de suas disposições, o que resta observado.

É interessante notar que o recurso julgado pelo TJSP não envolvia um negócio jurídico firmado previamente entre as partes, com o objetivo de evitar futura determinação de prova pericial pelo magistrado. Pelo contrário, o negócio jurídico processual foi firmado após a determinação de ofício, visando impedir que a prova fosse produzida, uma vez que as partes não estavam convencidas da sua necessidade.

A constatação de que um Tribunal deu preferência ao autorregramento estabelecido pelas partes em detrimento de uma ordem judicial explícita revela a evolução da cultura jurídica no sentido de assimilar os instrumentos de tutela do direito. O juiz, antes absolutamente soberano e intocável, agora deve se submeter à convenção processual probatória, fazendo cumprir a vontade das partes ainda que tenha entendimento seja diverso.

---

<sup>297</sup> **TJSP**, AI 2259689-54.2023.8.26.0000, Relator: Roberto Mac Cracken, Data de Julgamento: 23/11/2023, 22ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 24/11/2023.

### 5.2.3 Escolha consensual do perito e os limites da substituição

Aprofundando a análise sobre o poder de disposição das partes acerca da prova pericial, é oportuno avaliar quais são os limites impostos ao juiz quando as partes promovem a escolha consensual do perito nos termos do art. 471 do CPC.

De acordo com o art. 468 do CPC, o perito poderá ser substituído quando “faltar-lhe conhecimento técnico ou científico” (inciso I) ou quando “sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado” (inciso II).

No entanto, a substituição ganha contornos distintos quando se trata de prova produzida por perito escolhido consensualmente. Isso porque, uma vez que o perito é escolhido pelas partes, a atuação ativa do magistrado no sentido de obter um segundo laudo ou substituir o expert implica consequências que esbarram na autonomia das partes, as quais optaram conscientemente por convencionar a escolha.

Quando o perito é nomeado em juízo e oferece um laudo insatisfatório, espera-se que o juiz participe ativamente da perícia a fim de sanar seus eventuais vícios. Por outro lado, quando o perito é escolhido pelas partes, ainda que o juiz possa (e deva) formular quesitos para contribuir no esclarecimento do laudo, fato é que medidas mais extremas nem sempre são vistas com bons olhos, uma vez que podem invalidar a racionalidade do dispositivo que concede às partes esse direito de escolha.

Uma questão que divide opiniões no que diz respeito ao perito escolhido consensualmente é a possibilidade de substituição do perito pelo juiz caso considere o laudo produzido insatisfatório. O ponto é controverso pois esbarra no conflito entre a autonomia das partes, que convencionaram a escolha do expert, e as prerrogativas do juiz, quando considerado como destinatário das provas.

Em primeiro lugar, é importante observar que, caso as partes tenham previsto expressamente que o perito não será substituído após a produção do laudo judicial, competirá ao magistrado respeitar essa convenção, eximindo-se de designar outro expert para concluir os trabalhos já iniciados. Logo, remanesce controvérsia apenas para os casos em que as partes definem perito consensual e permanecem silentes acerca da possibilidade de substituição.

De acordo com Bruno Bodart, mesmo que o perito tenha sido escolhido consensualmente via negócio jurídico processual, é reservado ao juiz o direito de substituí-lo caso julgue necessário. Para ele, “o fato de o perito ter sido indicado pelas

partes não retira do juiz o dever de valorar a qualificação do profissional indicado e não retira do juiz seus poderes instrutórios atribuídos pela lei”<sup>298</sup>.

O entendimento, no entanto, diverge da concepção que vem sendo desenvolvida ao longo do presente trabalho. Os poderes instrutórios do juiz não são absolutos, mas podem ser limitados quando há convenção processual probatória fundamentada na livre disposição do direito.

Ao nomear o perito consensual, cria-se nas partes a expectativa de que aquele laudo será utilizado como meio de prova, expectativa esta que seria esvaziada na hipótese da interferência por um perito de confiança do juízo.<sup>299</sup> Eduardo Talamini explica que “admitir-se uma segunda perícia por perito definido pelo juiz implicaria tornar irrelevante a possibilidade de escolha do perito pelas partes – fazendo-se do art. 471 letra morta”<sup>300</sup>.

Logo, na hipótese de o magistrado concluir pela necessidade de substituição do perito, deverá oferecer às partes a oportunidade de convencionar novamente a escolha do expert. Apenas diante da inviabilidade de escolha consensual – e da ausência de convenção processual que rejeite a substituição – o juiz poderá designar perito judicial para realizar o trabalho, desde que o faça em decisão devidamente fundamentada para que não frustre a escolha das partes.

#### 5.2.4 Limitação da realização de nova perícia

A substituição do perito pode acarretar, em grande parte dos casos, a produção de uma nova perícia, cuja possibilidade é prevista expressamente no art. 480 do CPC quando “a matéria não estiver suficientemente esclarecida”.

Há quem defenda que o juiz pode se utilizar do dispositivo para a produção de uma nova prova técnica sempre que considerar necessário, ainda que haja negócio jurídico processual em sentido contrário.<sup>301,302</sup>

<sup>298</sup> BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Ensaio**... op. cit., p. 33-57.

<sup>299</sup> GONÇALVES, Felipe de Oliveira; GUERRA, Daniel. A definição do perito judicial pelas partes. In: **Consultor Jurídico (Conjur)**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-jul-30/goncalves-guerra-definicao-perito-judicial-pelas-partes>. Acessado em: 24/04/2022.

<sup>300</sup> TALAMINI, Eduardo. Perito consensual. In: **Migalhas**. Disponível em: [bit.ly/42CFnRr](https://bit.ly/42CFnRr). Acessado em: 01/02/2024.

<sup>301</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**... op. cit. p. 868

<sup>302</sup> LUCON, Pedro Henrique dos Santos. **Prova**... op. cit., 211-223.

No entanto, tendo em vista os argumentos que justificam a possibilidade de interferência nas prerrogativas do juiz (v. item 4.1.2), caso as partes julguem desnecessária ou contraproducente a produção de uma nova perícia, podem convencionar para que não seja realizada, pelos mesmos motivos que podem excluir em absoluto o meio de prova.<sup>303</sup>

### 5.2.5 Limitação dos quesitos de esclarecimento

Uma vez determinada a produção da prova pericial, compete às partes oferecerem os chamados “quesitos principais” no prazo de quinze dias após a intimação que lhes dá ciência da nomeação do perito (art. 465, §1º, CPC). No período compreendido entre a nomeação e a apresentação do laudo, as partes e o juiz podem oferecer quesitos suplementares (art. 469, CPC) com o objetivo de “esclarecer ou aprofundar o exame objeto da perícia”<sup>304</sup>. Por fim, após a apresentação do laudo, podem ser apresentados quesitos de esclarecimento, para dirimir questão que eventualmente tenha permanecido obscura (art. 477, §3º, CPC).

Embora os quesitos exerçam função fundamental ao longo da produção da perícia, existem situações em que as partes se aproveitam da sua utilização para protelar indevidamente o feito. É o caso da parte que, diante do resultado da prova, antevê a possibilidade de ser derrotada e busca insistir em quesitos impertinentes para atrasar a prolação da sentença.

Para evitar esse tipo de situação, as partes podem entabular convenção processual probatória com o objetivo de limitar os quesitos de esclarecimento a uma única manifestação posterior à apresentação do laudo pelo perito. Esclarecidos os pontos levantados, encerra-se a possibilidade de indagação por parte dos litigantes.<sup>305</sup>

Todavia, os quesitos não competem exclusivamente às partes. O juiz pode intervir em dois momentos principais: em primeiro, no controle dos quesitos impertinentes – para evitar que as partes insistam em questionamentos irrelevantes de caráter protelatório – e, em segundo, na apresentação de quesitos necessários ao esclarecimento da causa. Tais prerrogativas estão previstas expressamente no art. 470 do CPC.

---

<sup>303</sup> REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios...** op. cit., p. 360.

<sup>304</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova...** op. cit., p. 866.

<sup>305</sup> AMARAL, Paulo Osternack. **Prova...** op. cit. [e-book] RB-6.15.

Em face dessas prerrogativas, entende-se que as partes não possuem direito de disposição, ficando impossibilitadas de restringirem os poderes do juiz quanto à formulação de quesitos adicionais ou de indeferimento dos quesitos impertinentes. Isso porque, conforme explicado anteriormente, a interferência dos litigantes sobre a atuação do juiz deve sempre ocorrer de forma reflexa, como consequência de um ato de disposição sobre o direito substancial. Nesse caso, para que fosse possível limitar os quesitos formulados pelo juiz, o objeto da convenção processual seria a própria prerrogativa, o que não deve ser admitido.

### 5.2.6 Exclusão da prova testemunhal e do depoimento pessoal

É lícito às partes convencionarem que não será produzida prova testemunhal ou depoimentos pessoais no processo. Embora seja raro que o juiz determine oitiva de testemunhas de ofício, caso haja disposição que exclui por completo a prova testemunhal, caberá ao juiz observá-la.

Todo o procedimento necessário para (i) deferir a prova, (ii) apresentar o rol de testemunhas e (iii) realizar a audiência impacta no tempo de duração do processo para obtenção da sentença. Sendo assim, com o objetivo de evitar a realização de atos que protelem a resolução do feito, podem os litigantes convencionar pela vedação da prova testemunhal e dos depoimentos pessoais nos processos em que se discuta direito disponível.

### 5.2.7 Dispensa de testemunha cuja oitiva foi determinada pelo juiz

Caso o magistrado determine, por si próprio, a oitiva de determinada testemunha, mas as partes concordem em renunciar àquele depoimento, é possível que estabeleçam convenção processual probatória para que a testemunha não seja ouvida.<sup>306</sup>

Isso pode ocorrer por diversos motivos. Ambas as partes podem ter ciência de que aquela testemunha nada terá de importante para acrescentar à discussão. Por

---

<sup>306</sup> “Se entendermos que as partes podem limitar um meio de prova no processo, por consequência (e por coerência), também se deve entender ser possível a vedação conjunta ao depoimento pessoal de uma das partes e/ou da oitiva de uma testemunha em específico, sejam eles físicos, orais, documentais etc.” RAVAGNANI, Giovani. **Provas negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. [e-book] RB-14.11.

outro lado, também é possível que a testemunha conheça informações que possam prejudicar tanto a narrativa do autor quanto do réu, de modo que, havendo incerteza, as partes prefiram dispensá-la. Ainda, existe o caso em que há dificuldade em localizar a testemunha, o que acaba por protelar o feito.

Embora possam existir outras razões que justifiquem o interesse das partes em deixar de ouvir a testemunha, nota-se que, em todas os exemplos citados, os motivos para dispensa estão nitidamente ligados a pretensões relacionadas ao direito substancial – e não à própria prerrogativa do juiz. Nesse sentido, pode ser admitido o negócio jurídico processual firmado para dispensar a testemunha cuja oitiva foi determinada pelo magistrado.

### 5.2.8 Admissão de depoimentos testemunhais por escrito

Em prol da busca pela efetividade do processo, seria possível pensar na simplificação da produção da prova testemunhal mediante a juntada de declarações escritas das testemunhas ao processo. Trata-se do caso em que as partes, além de convencionarem pela exclusão da prova testemunhal, buscam suprir a falta pela apresentação das referidas declarações.

Não há qualquer óbice em realizar esse procedimento. Partindo do pressuposto de que a oitiva das testemunhas em audiência pode ser dispensada por meio de convenção, basta que as partes apresentem as declarações por escrito, utilizando-se do art. 369 do CPC, que autoriza o uso de provas atípicas.

O detalhe está na impossibilidade de impor a valoração do meio probatório.<sup>307</sup> A colheita da prova testemunhal em audiência oferece, inevitavelmente, material instrutório mais contundente do que as declarações escritas.<sup>308</sup> A audiência permite a

<sup>307</sup> Em sentido semelhante, Giovani Ravagnani explica que as partes podem convencionar a utilização de depoimentos por escrito, mas não podem impor a valoração: "Ao mesmo tempo que as partes podem desjudicializar a prova oral, não podem estabelecer critérios para a tarifação de sua valoração. O poder instrutório do juiz tem essa limitação, enfim. No entanto, todas as provas produzidas no processo, típicas ou não, merecem igual atenção pelas partes e pelo magistrado, sendo livre, no entanto, o livre convencimento motivado do juiz" RAVAGNANI, Giovani. **Provas...** op. cit. [e-book] RB-14.12.

<sup>308</sup> "Na prova testemunhal normalmente produzida - i.e., de forma oral -, como se sabe, o contraditório é muito mais eficaz, porque realizado para a produção da prova, no exato momento de sua produção; na forma documentada, ao revés, o contraditório incide sobre a prova, e o máximo que as partes que não produziram o documento podem fazer é interpretá-lo, nunca elaborá-lo ou construir conjuntamente seu conteúdo." FERREIRA, Clarissa Diniz Guedes. **Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal**. 2013. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/T.2.2016.tde-14102016-103730. p. 206. Acesso em: 01/02/2025.

acareação das testemunhas, evitando versões conflitantes, bem como a avaliação das suas reações diante dos questionamentos que lhe são dirigidos.

Barbosa Moreira dá o exemplo de uma testemunha que, ao responder algum questionamento, acaba por enrubescer.<sup>309</sup> Na interpretação do contexto geral da resposta, essa informação pode ter relevância, especialmente se forem apresentadas versões distintas de um mesmo fato.

Se o juiz dispuser apenas de depoimentos por escrito, é possível que lhe faltem elementos para identificar quais informações deverão prevalecer. Logo, pela dificuldade em fundamentar a decisão mediante o uso das declarações, corre-se o risco de que sejam desconsideradas no momento da sentença.

Diferentemente das meras declarações escritas, é possível pensar na produção de uma prova testemunhal realizada por escrito mediante a observância do contraditório e da ampla participação dos litigantes. Julio Guilherme Müller defende a admissibilidade de prova oral desjudicializada por meio da “apresentação de depoimentos escritos a partir de questionário prévio apresentado pelas partes”<sup>310</sup>. O autor explica que “as partes poderão fixar consensualmente uma data para a apresentação de questionários às testemunhas e partes bem como um prazo para que estas possam responder às perguntas”<sup>311</sup>.

Para ele, porém, é autorizado ao juiz que, considerando insuficiente a prova trazida ao processo, determine a renovação do ato, ainda que não haja concordância das partes. Embora essa compreensão possa provocar “uma perda de eficiência quanto ao tempo de duração do processo”<sup>312</sup>, Müller destaca que a renovação da prova, ainda que parcial, pode trazer maior “eficiência qualitativa” ao processo.<sup>313</sup>

Acreditamos, por outro lado, que, havendo disposição expressa das partes no sentido de que a prova oral não será produzida em juízo, compete ao magistrado respeitar a manifestação de vontade independentemente das outras fontes de prova apresentadas, eximindo-se da renovação do ato.

Portanto, é lícito aos litigantes firmar negócio jurídico processual que tem por objetivo excluir a produção de prova oral para instruir o processo com declarações escritas ou com as respostas escritas aos questionamentos das partes, realizados em

---

<sup>309</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O juiz...** op. cit., p. 178- 184

<sup>310</sup> MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios...** op. cit., p. 264.

<sup>311</sup> MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios...** op. cit., p. 264.

<sup>312</sup> MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios...** op. cit., p. 286.

<sup>313</sup> Idem

observância ao contraditório. Mas a valoração do acervo probatório competirá ao magistrado, não havendo que se falar na substituição da prova oral, mas sim na produção de prova documental ou prova atípica.

### 5.2.9 Admissão de prova ilícita

Para Bruno Garcia Redondo, as partes podem convencionar a admissão de provas ilícitas, impedindo o juiz de rejeitá-las. Para isso, seriam necessários dois pressupostos: (i) que o conteúdo da prova seja idôneo, não havendo ilicitude ou defeito sobre ele e (ii) que a convenção processual não afaste eventual sanção penal, civil e/ou administrativa.<sup>314</sup>

Em sentido diverso, Paulo Osternack Amaral afirma:

Vale dizer, o negócio processual deverá respeitar regras probatórias indisponíveis, isto é, aquelas determinações que se destinam a tutelar interesse que transcende a esfera jurídica das partes, dizendo respeito a toda a sociedade. Assim, será recusado pelo juiz o negócio que disponha acerca da admissão de provas ilícitas no processo, aceite a interceptação de conversa telefônica no processo civil, dispense o juiz de fundamentar o seu convencimento quanto às provas produzidas, ou dispense as partes de agir com lealdade e boa-fé em relação à produção de provas.<sup>315</sup>

De acordo com o enunciado 37/2015 do ENFAM, “São nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) autorizem o uso de prova ilícita (...)”.

Nesse caso, entende-se que não há prerrogativa das partes em impor que o juiz admita a utilização de prova ilícita.<sup>316</sup> Trata-se de regra probatória indisponível, que transcende a esfera jurídica das partes e, portanto, não pode ser objeto de negócio jurídico processual.

<sup>314</sup> REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios**... op. cit., p. 357.

<sup>315</sup> AMARAL, Paulo Osternack. **Provas**... op. cit. [e-book] RB-6.16

<sup>316</sup> “(...) abordar a sugestão de convenção processual ampla para admissão de prova ilícita é algo simples: trata-se de negócio jurídico nulo de pleno direito, inadmissível, que deve ser rejeitado por aplicação análoga da teoria da árvore envenenada. Da mesma forma deve ser inadmitida a convenção que estabelece meio de prova que não possa ser verificado racionalmente.” RAVAGNANI, Giovani. **Provas**... op. cit. [e-book] RB-14.34.

### 5.3 CONVENÇÕES PARA DESJUDICIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO DE PROVAS

Assim como as partes podem adequar a produção probatória dentro do processo, também é autorizado que estipulem convenções voltadas à sua desjudicialização. A alternativa se apresenta como uma forma de evitar a submissão aos prazos e normas processuais, que naturalmente assumem uma feição mais rigorosa, para, em seu lugar, adotar um procedimento livremente estipulado pelas partes, que pode ter a mesma amplitude e extensão da cognição processual.

É pertinente tratar da desjudicialização pois sua adoção também está diretamente ligada à limitação dos poderes instrutórios do juiz. Os litigantes que produzirem um laudo pericial em conjunto, por exemplo, evidentemente dispensarão a perícia judicial, disposição que vinculará o magistrado. Logo, mais uma vez, a utilização consciente dos instrumentos colocados à disposição das partes, permite um ganho em eficiência que depende do respeito do juiz às convenções processuais.

#### 5.3.1 Pacto de disponibilização prévia (disclosure)

O pacto de disponibilização prévia, também chamado de *disclosure*, é a convenção processual por meio da qual as partes concordam que, diante de eventual controvérsia passível de judicialização, toda a documentação potencialmente utilizada em um futuro processo será disponibilizada antes do início da ação. Munidas dos documentos, as partes podem avaliar mutuamente suas expectativas naquela contenda e as vantagens de firmar um acordo.

A prática é inspirada no direito estrangeiro. Países adeptos ao sistema de *common law*, como Inglaterra e Estados Unidos, preveem a utilização da *disclosure* (ou *discovery*) como uma regra aplicada aos casos em geral.<sup>317</sup> Quer dizer, nesses países, a disponibilização prévia é obrigação devidamente regulada, com procedimentos e exigências específicos a serem observados. No direito inglês, por exemplo, o documento que não for apresentado durante a fase pré-processual não será admitido para instruir o processo judicial futuramente ajuizado.<sup>318</sup>

---

<sup>317</sup> LIPIANI, Julia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre mediação e conciliação. In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. (Coord.) Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. Porto Alegre: Magister. v. 68. set./out. 2015, p. 107-108.

<sup>318</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen. Civil procedure. 2. ed. London: Cavendish Publishing Limited, 2004. p. 427 *Apud* LIPIANI, Julia; SIQUEIRA, Marília. Negócios... op. cit., p. 108.

A uma primeira vista, a convenção afeta unicamente a etapa que antecede a instauração do litígio, o que poderia levar o leitor a questionar se se trataria efetivamente de negócio jurídico processual. Um olhar mais atento, porém, revela que o pacto afeta invariavelmente o processo. A convenção, nesse caso, deve ser vista como um pressuposto processual, que quando não observado ensejará a extinção do feito sem resolução do mérito.<sup>319</sup>

Além disso, o pacto de disponibilização prévia também impacta diretamente na atividade jurisdicional. Se nos casos em geral é autorizado que o magistrado determine a apresentação de determinado documento, o mesmo não se aplica aos casos em que as partes firmaram pacto de *disclosure*. Nessas hipóteses, as partes só poderão utilizar os documentos previamente disponibilizados, o que implica limitação da cognição judicial, que não poderá ir além daquilo que foi apresentado na fase pré-processual.

A doutrina aceita amplamente a utilização do pacto de *disclosure* como negócio jurídico processual, tendo sido expressamente admitido no Enunciado 19 do FPPC.<sup>320</sup> Caso as partes optem por convencionar a obrigação de disponibilização prévia de documentos, podem estipular que a documentação será amplamente disponibilizada ou, como sugerem alguns autores, podem prever procedimento que envolva a solicitação de documentos “certos, precisos e específicos”<sup>321</sup>, para evitar eventual devassa desnecessária nas informações da parte adversa (*fishing expedition*).

### 5.3.2 Desjudicialização da prova pericial

A desjudicialização da prova pericial consiste na produção de um laudo extrajudicial, que pode ser feito antes ou durante o processo, por meio de

---

<sup>319</sup> BUCHMANN, Adriana; LUIZ, Fernando de Lima. Disclosure via negócio processual: a criação voluntária de um pressuposto processual como forma de fomentar a resolução negocial de conflitos. In: **Revista dos Tribunais**. vol. 1033, 2021. p. 273- 288.

<sup>320</sup> AMARAL, Paulo Osternack. **Provas**... op. cit. [e-book] RB-6.5; DIDIER JR., Fredie.; LIPIANI, Julia; ARAGÃO, Leandro Santos. **Negócios**... op. cit., p. 41-66; REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios**... op. cit., p. 357;

<sup>321</sup> RAVAGNANI, Giovani. **Provas**... op. cit. [e-book] RB-14.21

procedimento cujas regras são definidas pelas partes via negócio jurídico processual.<sup>322\_323</sup>

Na convenção, as partes podem prever como se dará a nomeação do expert designado para realizar a perícia, os prazos para apresentação de quesitos suplementares e de esclarecimento, os prazos que deverão ser cumpridos pelo perito, bem como sanções e requisitos objetivos para eventual substituição do perito ou produção de nova perícia.

A vantagem, mais uma vez, está sobretudo na agilidade da produção da prova. Quando a perícia é produzida em juízo, existem diversos fatores que podem provocar o seu prolongamento. Se o perito é nomeado pelo juiz, pode não aceitar o encargo, o que demanda uma nova nomeação. Localizado o profissional, sua proposta de honorários é apresentada. Então, abre-se oportunidade para discussão desses honorários, o que comportará impugnações dos litigantes e decisão do juiz. A depender dos honorários fixados, o perito poderá avançar para realizar o serviço ou recusá-lo. Havendo recusa, volta-se à estaca zero. Por outro lado, aceito o encargo, as partes ficam sujeitas a atrasos por parte do perito, tanto na apresentação do laudo quanto dos esclarecimentos posteriores. Em síntese: a perícia judicial envolve complexidades capazes de afetar de maneira bastante expressiva a duração do processo.

Praticamente todas as causas de atraso na produção da perícia podem ser evitadas por meio de um negócio jurídico processual que defina detalhadamente como será o procedimento.

A começar pela indicação do expert, as partes podem estipular desde a assinatura do contrato quem será o perito no caso da necessidade de produção de laudo técnico. A convocação dos envolvidos para dar início aos trabalhos periciais pode ocorrer via e-mail, com presunção de recebimento. O custeio da perícia pode ocorrer por meio da constituição de um fundo, reservado desde a pactuação do

---

<sup>322</sup> Antônio do Passo Cabral cita exemplo da experiência alemã nos seguintes termos: “Um exemplo é o da cláusula do perito neutro (neutral fact-finding, Schiedsgutachtenklausel), pela qual os convenientes estabelecem que a verificação ou constatação de certos fatos será feita extraprocessualmente por um perito escolhido pelas partes, cujo parecer vinculará a cognição do juiz sobre aquela questão fática em um processo futuro” CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções**... op. cit., p. 336.

<sup>323</sup> “A vontade das partes pode estabelecer por meio de convenção probatória que a verificação e a constatação de certos fatos serão realizadas por um perito escolhido livremente pelas partes, ocorrendo tal prova dentro ou fora do processo, estabelecendo, por fim, que essa escolha vinculará a cognição do juiz” RAVAGNANI, Giovani. **Provas**... op. cit. [e-book] RB-14.4.

negócio jurídico. Os prazos podem ser estabelecidos rigorosamente, com a imposição de multas previamente fixadas principalmente em caso de descumprimento pelo perito (as quais podem ser descontadas do próprio pagamento pendente). Enfim, são inúmeras as formas de garantir maior efetividade, segurança e celeridade na prova pericial.

Evidentemente, ao pactuar pela realização de laudo extrajudicial, as partes renunciarão à produção de perícia durante o processo. É importantíssimo que o juiz também respeite essa disposição de vontade sob pena de invalidar completamente o esforço dos litigantes. Afinal, se após todo o investimento destinado para a realização da prova técnica as partes fossem obrigadas a produzir um novo laudo, isso significaria descartar por completo o tempo e o dinheiro despendidos. Ainda que o laudo extrajudicial seja levado em consideração, fato é que a celeridade seria desperdiçada.

Inclusive, compreendemos que, uma vez estabelecido no negócio jurídico processual que a perícia judicial não será realizada, torna-se irrelevante a análise dos elementos do laudo extrajudicial. Ou seja, mesmo que o magistrado identifique eventuais lacunas que poderiam ser esclarecidas por meio de uma segunda prova técnica ou científica<sup>324</sup>, esta não será realizada caso as partes tenham convencionado por não a realizar.<sup>325</sup>

Destaque-se, porém, que existem elementos passíveis de controle na admissão da perícia extrajudicial. O juiz deverá avaliar dois principais requisitos: em primeiro, a observância das garantias processuais constitucionais<sup>326</sup> e, em segundo, o cumprimento do procedimento consensualmente estabelecido. Se o próprio rito estipulado pelas partes violar o direito ao contraditório, por exemplo, o laudo produzido não poderá substituir a prova pericial. Por outro lado, se alguma exigência

---

<sup>324</sup> Embora não se ignore as distinções entre prova técnica e prova científica, aqui as utilizamos como sinônimos, como também o faz o art. 156 do CPC. Para maior aprofundamento, v. AVELINO, Murilo Teixeira. **O controle judicial da prova técnica e científica**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 121.

<sup>325</sup> Em sentido diverso, o “Observatório das Reformas Processuais” da UERJ, grupo coordenado pelo Prof. Leonardo Greco, em estudo sobre a reforma do direito probatório no processo civil brasileiro, sugeriu a inserção de dispositivo que considera facultativa a dispensa da prova pericial por parte do juiz. Veja-se: “Art. 128. O juiz poderá dispensar a produção da prova pericial nos termos do disposto nesta Seção, quando as partes trouxerem do procedimento probatório extrajudicial (...)”. No entanto, o estudo foi elaborado em 2014, antes da vigência do art. 190 do CPC, que admite os negócios jurídicos processuais atípicos. v. GRECO, Leonardo. **A reforma**... op. cit., p. 536.

<sup>326</sup> RAVAGNANI, Giovanni. **Provas**... op. cit. [e-book] RB-14.4.

convencional deixou de ser observada e causou prejuízo a uma das partes, também é possível que a prova não seja admitida com a mesma validade da prova pericial.

### 5.3.3 Desjudicialização da prova testemunhal

No tópico que trata sobre a admissão de depoimentos testemunhais por escrito (item 5.2.8), foram mencionadas as possibilidades de colher depoimentos de terceiros e das próprias partes fora do processo. Destacou-se, porém, que a valoração da prova compete ao juiz, sendo inviável outorgar ao documento escrito o mesmo valor da prova oral produzida em audiência.

Não se trata de afirmar que as provas teriam valor predefinido, pois sabe-se que no CPC/2015 não há um sistema de tarifação das provas, mas sim o princípio do livre convencimento motivado do juiz (art. 371). A questão aqui está em reconhecer que algumas fontes e meios de prova, pela forma como foram produzidos, exercem maior influência do que outras.

Nesse sentido, acredita-se que a maneira mais adequada de promover a desjudicialização da prova oral, a fim de que sua valoração se aproxime tanto quanto possível da prova colhida em audiência, é a colheita de depoimentos em sessão extrajudicial promovida em conjunto pelas partes, preferencialmente assistidas por advogado. A prova será consolidada em um arquivo de gravação, com som e imagem, a ser anexado a futuro processo judicial.

Julio Guilherme Müller sintetiza os aspectos que influenciam na valoração nos seguintes termos:

A valoração daquilo que for dito pela testemunha ou pela parte por meio de prova atípica produzida extrajudicialmente, deverá ser realizada considerando as circunstâncias em que prestados os depoimentos, a participação das partes por intermédio de seus advogados, o *modus operandi* com que foram realizadas as inquirições, o comportamento de todos os envolvidos registrados ou constantes do ato, e tudo aquilo que o magistrado reputar relevante para seu convencimento sobre os fatos controvertidos. Alguns exemplos: depoimentos gravados permitem uma avaliação melhor e mais completa se comparada com depoimentos escritos. Um testemunho produzido a partir de perguntas claras e objetivas é valorado de forma diferente daquele cujas declarações decorrem de perguntas que induzem resposta ou capciosas; o testemunho precedido de compromisso formal de dizer a verdade é melhor avaliado em relação ao produzido pelo informante; depoimentos prestados por testemunha de credibilidade questionada ou duvidosa são apreciados diferentemente dos relatos de terceiros confiáveis e seguros quanto ao que afirmam; inquirição realizada pelo advogado de

apenas uma das partes pode substancialmente revelar menos do que aquela em que adversos participam ativamente.<sup>327</sup>

Embora ainda não haja um procedimento institucionalizado para desjudicialização da prova oral no Brasil, a prática já encontra guarida no direito estrangeiro. A *discovery* norte-americana, por exemplo, inclui um interrogatório preliminar, as chamadas *depositions* (reguladas pelas regras 28, 29, 30, 31 e 32(d) da *Federal Rules of Civil Procedure*), nas quais as testemunhas podem ser ouvidas, sob juramento, e são inquiridas pelos advogados das partes, em dinâmica semelhante àquela que seria realizada no próprio tribunal.<sup>328</sup>

A *pre-trial discovery* norte-americana se destaca pela sua amplitude, admitindo a reunião de diversas fontes de prova,<sup>329</sup> as quais não apenas tornam mais eficiente a duração do processo, como também viabilizam a obtenção de soluções consensuais pela atividade preditiva que pode ser feita pelo advogado.

No processo civil brasileiro, por sua vez, em que não há uma regulamentação definida acerca da desjudicialização da prova oral, compete às próprias partes estipularem o procedimento mediante negócio jurídico processual.

O controle judicial, nesses casos, será semelhante ao controle do laudo pericial produzido extrajudicialmente. O magistrado deverá se assegurar que a produção da prova respeitou as garantias constitucionais e também observará se houve cumprimento das regras convencionais estabelecidas pelos litigantes. Na prova oral, no entanto, há um aspecto adicional: a possibilidade de contraditar testemunhas e impugnar questionamentos em juízo. Normalmente, as intervenções ocorrem na própria audiência em que a prova oral é colhida, mas tendo sido realizada fora do processo, é possível que o juiz exerça esse controle de forma diferida, após a juntada da prova.<sup>330</sup>

<sup>327</sup> MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios...** op. cit., p. 297.

<sup>328</sup> MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios...** op. cit., p. 242.

<sup>329</sup> “Na Inglaterra, o discovery limita-se essencialmente a documentos e a provas tangíveis e, por sua vez, não se admite em relação às provas testemunhais e privilegiadas. Nos Estados Unidos, a pre-trial discovery é muito mais abrangente e inclui a possibilidade de ‘descobrir’ todos os meios de prova relevantes acerca da matéria controversa. (...) Cada uma das partes pode inspecionar cada prova real ou documental, obter informações acerca dos peritos, interrogar as outras partes, as possíveis testemunhas e peritos, além de obter declarações escritas. A única limitação diz respeito às provas afetadas por privilégios, essas insuscetíveis de serem ‘descobertas’” TARUFFO, Michele. **A prova**. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 117.

<sup>330</sup> “A propósito de uma possível suspeição ou impedimento da testemunha, cujo incidente não pode ser decidido pelo juiz na produção desjudicializada da prova oral, é recomendável o exame das razões

## 6 PODERES INSTRUTÓRIOS NA NECESSIDADE, CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS NA AUTONOMIA

Expostas as funções dos poderes instrutórios e das convenções processuais probatórias, considerando que ambos revelam a sua utilidade a depender da configuração do litígio, resta comparar os institutos na conquista da finalidade última do processo, que é a tutela efetiva do direito.<sup>331-332</sup> A atuação oficiosa do juiz em matéria de provas pode coexistir com a liberdade das partes na modificação do procedimento; tudo depende da condição dos litigantes no caso concreto.

### 6.1 O ESPECTRO DE LITIGANTES QUE DEMANDA ACESSO À JUSTIÇA

O Judiciário é chamado a solucionar as mais variadas demandas; desde o reequilíbrio econômico-financeiro de um contrato público de centenas de milhões de reais, até a ação de indenização por atraso de voo, que raramente ultrapassa cinco mil reais. De um lado, um processo sofisticado, com litigantes instruídos, cientes de seus direitos e economicamente habilitados a buscá-los; de outro, um processo que é regido pelo CDC e envolve litigantes com condições variadas em diversos aspectos. Há, portanto, um amplo espectro de pessoas que buscam o acesso à justiça, com pontos extremos e inúmeras situações intermediárias.<sup>333</sup> O que define a proximidade

---

alegadas, de modo a valorar o depoimento do terceiro como prova testemunhal ou mera informação descompromissada da verdade.

Desse modo, por ocasião da decisão, poderá o magistrado, ainda que de forma diferida no tempo, valorar a qualidade em que prestado cada depoimento e a condição do depoente como testemunha ou informante.” MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios...** op. cit., p. 297.

<sup>331</sup> “Diante de uma ameaça de crise ou de uma efetiva crise de colaboração para a realização do direito material, o direito processual entra em cena para viabilizar a tutela do direito material, garantindo o seu atendimento. Daí que, nada obstante o direito processual também atribua primariamente bens jurídicos a determinados entes, o faz *secundariamente* – isto é, a fim de desempenhar uma *função* de tutela do direito material: o processo é um *instrumento* para a tutela do direito”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso...** v. 1. op. cit., [e-book] RB-1.10.

<sup>332</sup> “Nossa Constituição exige a colocação da tutela dos direitos como fim do processo civil. Sendo o Estado constitucional ancorado na pessoa humana e o Estado de Direito nele implicado fundamentado na segurança jurídica, a finalidade óbvia colimada ao processo civil só pode estar na efetividade dos direitos proclamados pela ordem jurídica. O Estado constitucional existe para promover os fins da pessoa humana– e isto quer dizer que o processo civil no Estado constitucional existe para dar tutela aos direitos.” MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. In: **Revista de Processo**. vol. 229, 2014. p. 51-74.

<sup>333</sup> GALANTER, Marc. **Por que...** op. cit., *passim*; FABRICIO, Adroaldo Furtado. **As novas...** op. cit. p. 1263- 1271; CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 9-10.

do litigante com uma ou outra ponta do espectro é, sobretudo, o grau de informação e de poder econômico.<sup>334</sup>

Para além da distinção que contempla aspectos pessoais e financeiros, vimos que o judiciário também reúne demandas de litigantes eventuais e habituais; estes já familiarizados com as disputas em juízo, aqueles inexperientes, ignorantes quanto à dinâmica dos processos.<sup>335</sup> Dentre aspectos de influência e capacidade técnica, uma das principais características que confere vantagem ao litigante habitual é a condição de arriscar. Um *player* que participa de diversas demandas tem o privilégio de se permitir testar diferentes alternativas até identificar aquela que se revela mais adequada para determinado tipo de litígio – ainda que isso signifique perder alguns dos casos. O litigante eventual, além da pouca experiência e desconhecimento, tem uma única chance para fazer prevalecer seu direito – qualquer deslize é determinante, razão pela qual estratégias que envolvem risco normalmente não são consideradas.<sup>336</sup>

Depreende-se, pois, que existem infinitas posições que podem ser assumidas pelas partes dentro do espectro de litigantes que demandam ao judiciário. Tão numerosas quanto as próprias posições são as configurações de litígios que se originam da combinação delas. O processo civil, por sua vez, pretendia atender a todas as necessidades a partir de procedimentos uniformes, rígidos e aplicáveis indistintamente às partes. É evidente que, em algum momento, o modelo se revelaria insuficiente para solucionar todo e qualquer caso. Ainda que sirva para dar uma resposta jurisdicional, a isso não pode se limitar, sendo necessário adotar de um modelo apto a promover a tutela efetiva do direito, que deve ser útil, tempestiva e adequada ao caso concreto.<sup>337</sup>

---

<sup>334</sup> Existem outras condições que podem influenciar na participação da parte em um processo judicial, como é o caso do aspecto psicológico, especialmente relevante em ações de família. No presente trabalho, no entanto, nos ocuparemos principalmente das condições externas mencionadas. A esse respeito, v. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso**... op. cit., p. 23.

<sup>335</sup> GALANTER, Marc. **Por que**... op. cit, *passim*.

<sup>336</sup> GALANTER, Marc. **Por que**... op. cit, p. 50.

<sup>337</sup> “Tendo em vista que o Estado é obrigado a prestar a devida tutela jurisdicional, entendida como a tutela apta a tornar efetivo o direito material, todos têm direito à tutela jurisdicional efetiva. O jurisdicionado não tem apenas direito à resposta jurisdicional, mas direito à tutela jurisdicional efetiva e tempestiva. O Estado, para cumprir a sua obrigação de prestar a devida tutela jurisdicional, deve outorgar ao cidadão o poder de utilizar a técnica processual adequada ao caso concreto. As diferentes situações de direito substancial exigem instrumentos processuais – os diversos meios executivos e a técnica antecipatória – diferenciados ou que se diferenciem no caso concreto.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela**... op. cit. PARTE II - TUTELA DE URGÊNCIA: CAUTELAR ANTECIPADA. 7. Tutela urgente contra a Fazenda Pública.

Ao considerar a importância de adaptar o procedimento às necessidades das partes, a equalização das desigualdades se destaca como uma prioridade. Fala-se em equilibrar a balança mediante o expurgo do seu contrapeso ou da tara originalmente viciada,<sup>338</sup> ou seja, implementar modificações que permitam às partes partirem de condições idênticas para que tenham as mesmas chances de se sagrarem vitoriosas no processo. Exemplo disso é regra de inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, que muitas vezes é determinante para que o consumidor tenha seu direito subjetivo assegurado.

Mauro Cappelletti, ao refletir sobre os elementos que eventualmente obstam o acesso à justiça, faz referência a três movimentos que impactaram positivamente na solução dos problemas identificados: a implementação de políticas de incentivo a pessoas menos favorecidas economicamente (primeira onda), o aprimoramento dos meios de tutela de direitos difusos (segunda onda) e a otimização nas “instituições, mecanismos, pessoas e procedimentos” para adaptá-los às peculiaridades do caso concreto (terceira onda).<sup>339-340</sup> Essa última, segundo o autor, decorre exatamente da multiplicação de diferentes tipos de litígio.<sup>341</sup>

Certamente é indispensável que existam maneiras de mitigar desigualdades; muitos dos jurisdicionados dependem das técnicas processuais que visam a equilibrar as posições dos litigantes, sem as quais poderiam estar fadados à derrota. No entanto, diante da implementação dos negócios jurídicos processuais, constata-se a existência de um movimento que vai além da terceira onda concebida por Cappelletti. Agora não se pensa apenas em um procedimento que ampare os desfavorecidos, mas que também contemple maneiras de incrementar eficiência ao processo para aqueles que consideram conveniente alterar as regras do jogo.

<sup>338</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **As novas...** op. cit. [e-book].

<sup>339</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso...** op. cit., *passim*.

<sup>340</sup> O raciocínio também é mencionado em: OLIVEIRA, Paulo Mendes. **Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 1. ed, 2018. [e-book] 2.6. A instrumentalidade processual – evolução da supremacia judicial

<sup>341</sup> “(...) esse enfoque reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio. Existem muitas características que podem distinguir um litígio do outro. Conforme o caso, diferentes barreiras ao acesso podem ser mais evidentes, e diferentes soluções, eficientes. Os litígios por exemplo diferem em sua complexidade. É geralmente mais fácil e menos custoso resolver uma questão simples de não-pagamento, por exemplo, do que comprovar uma fraude. Os litígios também diferem muito em relação ao montante da controvérsia, o que frequentemente determina quanto os indivíduos (ou a sociedade) despendirão para solucioná-los”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso...** op. cit., p. 71.

Os avanços, porém, por mais vantajosos que possam parecer, não devem substituir por completo as técnicas que vinham sendo aprimoradas até então. Assim como é importante dar espaço para que o judiciário se torne mais adequado para demandas entre litigantes instruídos, é fundamental que a ciência processual continue progredindo na redução das desigualdades. A ênfase à autonomia da vontade, concretizada pelo uso das convenções processuais probatórias, não representa a superação das providências oficiosas aptas a aproximar as partes de uma decisão justa em determinadas configurações de conflitos.

A convivência harmoniosa entre poderes instrutórios e convenções processuais probatórias é necessária na medida em que as partes demandam ambas as técnicas em diferentes ocasiões. Compete ao judiciário assimilar a importância da coexistência para, além de viabilizar a aplicação adequada, impedir que os institutos prejudiquem mutuamente suas respectivas utilidades.

## 6.2 A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DO JUIZ NA INSTRUÇÃO

A importância da instrução no processo está no impacto que exerce para a justiça da decisão. Quanto menos elementos disponíveis para delinear os fatos sobre os quais recairá o provimento jurisdicional, maiores os riscos de que se produza um resultado injusto. Em certos casos, a demonstração de um único fato pode ser determinante para que se concretize o direito material.

Diante de tamanha gravidade que paira sobre um processo indevidamente instruído, Bedaque afirma que seria inaceitável imaginar que o juiz pudesse decidir sobre um caso cujos fatos não foram suficientemente demonstrados.<sup>342</sup> Tendo à sua disposição amplos poderes instrutórios, competiria ao magistrado buscar se aproximar tanto quanto possível da verdade para, só então, julgar o feito.<sup>343</sup>

A compreensão, embora defenda uma perspectiva mais radical de intervenção oficiosa, sintetiza com propriedade a relação entre completude instrutória e tutela do direito. O raciocínio coloca no centro da atividade jurisdicional a relevância dos fatos no processo e destaca o juiz como sujeito apto a buscá-los. Seria inaceitável, portanto, que os fatos do processo deixassem de ser averiguados em decorrência da falta de

---

<sup>342</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes...** op. cit., p. 11-12.

<sup>343</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes...** op. cit., p. 14-15.

habilidade de um dos litigantes, o que prejudicaria, em última análise, a própria obtenção de um resultado justo.<sup>344</sup>

Ao longo do presente trabalho foram expostas diversas situações em que a colaboração do juiz na instrução do processo, seja emitindo alertas, seja determinando ou participando da produção da prova, pode ser decisiva para que se dê resposta jurisdicional adequada ao pleito das partes. As hipóteses apresentadas demonstram casos em que o incremento em efetividade é muito superior a qualquer alegação que se possa fazer quanto à imparcialidade ou arbitrariedade. Na maioria das situações, os supostos prejuízos que poderiam ser causados pela atuação do magistrado são apenas *cogitados*, enquanto os benefícios que decorrem da medida são *concretos*.

O arrolamento de uma testemunha não indicada pelas partes, por exemplo, ainda que possa ser entendido por uma delas como medida parcial, poderá oferecer o subsídio faltante para que o juiz decida com segurança. Aqui vale a máxima de que não é dado ao juiz adivinhar o resultado que será obtido com a prova antes mesmo da sua produção, o que afasta a alegação de parcialidade. Nesses casos, a acusação infundada de que a atitude estaria eivada de parcialidade torna-se vazia diante do potencial de contribuição em efetividade que a providência poderá agregar ao processo.

É evidente que existem as exceções. Não se pode dizer que a instrução de ofício *nunca* estará contaminada pela parcialidade. Já foram abordados os casos em que a prova determinada de ofício expõe à vulnerabilidade a parte que já tinha o processo instruído em seu favor, nos quais se evidenciam maiores riscos de violação às garantias processuais.

Em relação à contenção de arbitrariedades no uso dos poderes instrutórios, é fundamental adotar a concepção de poder-dever. Ou seja, havendo a possibilidade de avançar na instrução para evitar o julgamento pelo ônus da prova, é dever do magistrado fazê-lo. Ainda que o conceito permaneça imbuído de certa subjetividade, a compreensão permite que as partes eventualmente se insurjam diante de casos nos quais os juízes deixarem de agir. Conforme já defendido, quando o juiz deixar de

---

<sup>344</sup> "(...) não é mais justificável que os fatos não sejam devidamente verificados em razão da menor sorte econômica ou da menor astúcia de um dos litigantes (...)". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso...** vol. 1. op. cit., RB-1.163

produzir meio de prova identificado na sentença ou passível de identificação, estará descumprindo o seu dever instrutório.

Partindo da noção do espectro de litigantes, nota-se que os poderes instrutórios se tornam mais relevantes na medida em que ao menos uma das partes se situa mais próxima do extremo que concentra ausência de informação, habilidade e condição econômica. No entanto, quanto mais as partes se aproximam da ponta do espectro que corresponde à plena capacidade para tutelar seus próprios interesses em juízo, os poderes instrutórios não apenas se tornam menos relevantes como também indesejados em muitos casos.

Daí a importância das convenções processuais probatórias na limitação da cognição. A possibilidade de dispor acerca dos meios de prova que serão produzidos no processo é o que permite a manutenção dos poderes instrutórios sem que isso signifique a interferência do juiz nos processos de partes que não desejam se submeter a ela. A partir do momento em que os litigantes podem convencionar no sentido de evitar determinado meio de prova, submetendo o juiz a essa disposição, os riscos de uma intervenção indesejada são reduzidos ou até eliminados.

Cria-se, assim, um cenário que atende a ambos os interesses. Os litigantes eventuais, com pouca instrução, desconhecem as prerrogativas que possuem com a utilização dos negócios jurídicos processuais e naturalmente se submetem aos poderes instrutórios. Já os litigantes habituais, conscientes dos instrumentos colocados à sua disposição, podem optar por restringir a cognição a fim de praticamente extirpar medidas judiciais que poderiam ser consideradas por eles como parciais ou arbitrárias.

Na convivência harmoniosa entre os institutos, apenas as partes que desconhecem as consequências da atuação oficiosa do juiz estarão sujeitas ao art. 370 do CPC, sendo elas justamente as que mais dependem de uma atuação ativa do magistrado. Aqueles que desejem obter um resultado diretamente relacionado aos seus respectivos desempenhos, poderão assim pactuar por meio de negócios jurídicos processuais.

### **6.3 A CONVENIÊNCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS**

Na consolidação do sistema cooperativo de processo, passa-se a compreender que “o Estado é uma organização política que serve o homem e que, portanto, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios”<sup>345</sup>. Superando as concepções anteriores, que justificavam a função jurisdicional na concretização de interesses públicos,<sup>346,347</sup> a dignidade humana agora é colocada no centro da jurisdição, como princípio fundamental de onde deve partir a teorização do direito.<sup>348</sup>

A justiça civil passa a ser avaliada por critérios de eficiência. Já não é mais suficiente a mera conquista do direito subjetivo enquanto finalidade abstrata, é importante que haja outorga de tutela adequada, que efetivamente contemple as necessidades das partes. Nessa equação, sobressai a diferença entre eficácia e eficiência: enquanto a eficácia se relaciona objetivamente com o alcance da finalidade, a eficiência consiste no aperfeiçoamento dos meios que conduzem a ela.<sup>349</sup>

Um viajante pode chegar a seu destino de carro ou avião. Se o seu objetivo é apreciar a paisagem, provavelmente deverá optar pelo carro; se o objetivo é chegar mais rápido, o avião é mais recomendado. Em ambas as hipóteses, chega-se ao destino (eficácia), mas o meio para alcançá-lo pode ser mais ou menos satisfatório a depender da intenção do sujeito (eficiência).

No processo civil, a eficiência é medida de acordo com critérios de produtividade e critérios de qualidade. A produtividade será tanto maior quanto menores os custos e o tempo dispendidos pelos litigantes; a qualidade, por sua vez, será acrescida na medida em que houver a correta apuração dos fatos e a correta aplicação do direito.<sup>350</sup> A conjugação desses elementos tem impacto direto no resultado da prestação jurisdicional.

A flexibilização procedimental, viabilizada pelos negócios jurídicos processuais, permite justamente que os recursos de produtividade e qualidade sejam

---

<sup>345</sup> MITIDIERO, Daniel. **A tutela...** p. 51-74.

<sup>346</sup> “(...) il processo civile è il complesso degli atti coordinati allo scopo dell’attuazione della legge (rispetto a un bene che si pretende da questa garantito nel caso concreto), per parte degli organi della giurisdizione ordinaria” CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**, (3. ed., 1923), ristampa inalterata. Napoli: Jovene, 1965, p. 68.

<sup>347</sup> “(...) il scopo del processo (anche del processo civile) è l’attuazione del diritto oggettivo” CALAMANDREI, Piero. Istituzioni di diritto processuale civile (1941), in: Mauro Cappelletti (org.), **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, vol. IV, 1970, p. 73.

<sup>348</sup> MITIDIERO, Daniel. **A tutela...** p. 51-74.

<sup>349</sup> CARPES, Artur. **O que provar?** São Paulo: Thomson Reuters, 2023. [e-book] RB-1.1.

<sup>350</sup> CARPES, Artur, **O que...** op. cit. [e-book] RB-1.2 a RB-1.5.

manipulados pelas partes a fim de que a eficiência possa ser adaptada às peculiaridades de cada caso concreto.<sup>351</sup> Ao colocar a dignidade humana como aspecto central da jurisdição, torna-se natural conceder ao sujeito de direito a prerrogativa de adaptar o procedimento a fim de que não seja prejudicado pela rigidez eventualmente alheia às necessidades do litígio específico.

Por meio da aplicação das convenções processuais, as partes podem dispor dos critérios de produtividade e qualidade antes mesmo do processo, evitando conflitos ou promovendo arranjos capazes de oferecer soluções rápidas e definitivas. A concepção de um contrato que cria normas convencionais a respeito das despesas e esforços necessários para obtenção das provas, por exemplo, pode ensejar reduções significativas dos riscos e incertezas inerentes ao processo judicial, tornando mais assertiva a tomada de decisão no sentido de iniciar ou não uma disputa em juízo.<sup>352</sup>

As convenções processuais que restringem meios de prova podem reduzir a quantidade de recursos de tempo e dinheiro que serão investidos no processo. Trata-se de uma opção das partes na equalização de seus interesses. Ainda que o resultado possa eventualmente ser prejudicado pela restrição na profundidade da cognição, fato é que a redução da fase instrutória serve para evitar expedientes desnecessários e protelatórios, viabilizando a obtenção da tutela de forma tempestiva. As partes assumem o risco da insuficiência probatória ao priorizarem a redução de custos.

A desjudicialização da produção de provas, por sua vez, permite às partes que modifiquem a alocação de recursos para estimular soluções consensuais ou mesmo para que avaliem apropriadamente as chances de êxito de suas pretensões. Embora, em um primeiro momento, a produção de uma prova extrajudicial possa significar o empenho de um maior esforço imediato (que implica investimento de tempo e recursos financeiros), é possível que essas providências municiem as partes de informações necessárias para chegarem a um acordo que evite o processo judicial e contemple suficientemente os interesses de ambos os litigantes.

---

<sup>351</sup> “A *flexibilização-conveniência*, diversamente, será sempre facultativa e de exclusiva utilização pelas partes, a fim de estabelecer regras processuais que tornarão o processo mais aderente às suas necessidades e expectativas. Não se trata propriamente de conformar o processo às necessidades de tutela (esta obrigatória), mas sim de possibilitar que as partes definam aspectos do processo que vão atender a anseios específicos dos litigantes para uma melhor tutela dos seus direitos.” OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança**... op. cit. [e-book].

<sup>352</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções**... op. cit. p. 237-241.

São diversas as configurações de litígios que podem se originar a partir da flexibilização realizada pelas partes. A distribuição das variáveis que compõem os litígios pode ser aplicada para evitar processos judiciais, instruí-los com maior precisão, dar-lhes solução mais célere, dentre outras finalidades. De todo modo, independentemente da maneira como são equacionados os interesses, fato é que tais condições só foram estipuladas porque houve o encontro das vontades manifestadas pelos litigantes.

Ainda que o procedimento comum e os procedimentos especiais já previstos no CPC possam servir para efetivar a prestação jurisdicional na maioria dos casos, é necessário permitir que partes instruídas, cientes de suas posições contratuais, possam influenciar no procedimento de modo a torná-lo mais eficiente. Se o sujeito de direito está no centro da jurisdição contemporânea, é adequado que seja autorizado a ele alterar os critérios de eficiência a fim de que possa, conscientemente, eleger os valores que lhe são mais caros a depender das peculiaridades do caso concreto.

#### **6.4 INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO, FORMALISMO-VALORATIVO E MUDANÇA CULTURAL**

Além de compreender a evolução ideológica do processo, que desaguou na concepção do sistema cooperativo (item 2.1), importa considerar também a sua evolução científica para examinar em que contexto se situam os institutos objeto do presente trabalho e, principalmente, se a utilidade que proporcionam aos jurisdicionados se justifica diante do cenário contemporâneo da ciência processual.

Cândido Dinamarco, em sua obra de cátedra, explica que a fase sincrética do processo, marcada pela “confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal”<sup>353</sup>, teve o princípio de sua ruína na segunda metade do século XIX, quando começou a transparecer a fase autonomista, que assimila as distinções entre direito substancial e processo a partir de seus sujeitos, pressupostos e objeto. O autor enuncia, então, um terceiro momento metodológico: a instrumentalidade, por meio da qual a ciência processual deixa de ocupar-se majoritariamente com categorias abstratas e passa a compreender o processo como instrumento voltado a

---

<sup>353</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade**... op. cit., p. 16.

concretização de seus escopos sociais, políticos e jurídicos, inclusive a tutela do direito subjetivo.<sup>354</sup>

Todavia, a instrumentalidade enquanto fase metodológica também foi marcada por um exacerbamento dos interesses públicos vinculados ao processo. O fortalecimento dos poderes do juiz, nesse contexto, não tinha como finalidade tão somente outorgar prestação jurisdicional satisfatória, mas também funcionar como “instrumento do Estado para a realização de certos objetivos por ele traçados”<sup>355</sup>. A jurisdição é colocada no centro da teoria do processo civil enquanto manifestação do poder estatal.<sup>356</sup>

A necessidade de adequar a teoria processual a um paradigma que não estivesse limitado por uma pauta de legalidade, mas de juridicidade, “que aponta à ideia de justiça”<sup>357</sup>, fez surgir uma quarta fase metodológica. Sua denominação é controversa; alguns adotam o termo neoprocessualismo<sup>358</sup>, outros falam em formalismo-valorativo<sup>359</sup> e há também quem prefira uma expressão mais autoexplicativa como “o processo civil no Estado Constitucional”<sup>360</sup>. Independentemente do termo que se prefira utilizar, o importante é compreender qual foi a alteração epistemológica oriunda dessa nova fase.

<sup>354</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade**... op. cit., p. 15-21.

<sup>355</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade**... op. cit., p. 49.

<sup>356</sup> “A preponderância metodológica da jurisdição, ao contrário do que se passa com a preferência pela ação ou pelo processo, corresponde à preconizada visão publicista do sistema, como instrumento do Estado, que este usa para o cumprimento de objetivos seus (...). Ver e tratar o processo, discipliná-lo e aplicar concretamente seus preceitos a partir dessas premissas, permite endereçá-lo aos objetivos em razão dos quais têm vida o próprio ordenamento processual e seus institutos. A ordem processual como sistema aberto, ou dependente, integra-se em outro sistema de maior espectro e significado, representado pela ordem jurídica do país através do fio da instrumentalidade: o que justifica a própria ordem processual como um todo é a sua função de proporcionar ao Estado meios para o cumprimento de seus próprios fins, sendo que é mediante o exercício do poder que estes são perseguidos (a ação, a defesa e o processo constituem o contorno da disciplina da jurisdição.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade**... op. cit., p. 75.

<sup>357</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração**... op. cit., [e-book] RB-2.1.

<sup>358</sup> “O termo Neoprocessualismo tem urna interessante função didática, pois remete rapidamente ao Neoconstitucionalismo, que, não obstante a sua polissemia, traz a reboque todas as premissas metodológicas apon tadas, além de toda produção doutrinária a respeito do terna, já bastante difundida. Demais disso, o termo Neoprocessualismo também pode ser útil por bem caracterizar um dos principais aspectos deste estágio metodológico dos estudos sobre o direito processual: a revisão das categorias processuais (cuja definição é a marca do processualismo do final do século XIX e mea dos do século XX), a partir de novas premissas teóricas, o que justificaria o prefixo ‘neo’”. DIDIER JR., Fredie. **Curso...** v.1. op. cit., p. 53.

<sup>359</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: **Revista de Processo**. vol. 137, 2006. p. 7-31.

<sup>360</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração**... op. cit., [e-book] RB-2.1.

Se a instrumentalidade no processo civil brasileiro é imediatamente associada a Cândido Dinamarco, a quarta fase metodológica tem como principal expoente Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que inclusive cunhou o termo “formalismo-valorativo”. Na sua concepção, o processo não pode ser compreendido como mera técnica, mas como “instrumento para realização de valores e especialmente de valores constitucionais”<sup>361</sup>. Embora na fase instrumentalista já houvesse alguma preocupação com a “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo”<sup>362</sup>, agora não se trata mais “de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido”<sup>363</sup>.

Hermes Zaneti Jr. e Claudio Madureira descrevem com propriedade quais foram as principais alterações quando da passagem do instrumentalismo para o formalismo-valorativo. Dentre as distinções objetivas colocadas pelos autores, destaca-se a transição de um processo em que a efetividade pressupunha a outorga de espaço ao “processo civil do autor” para um processo que busca um juízo equilibrado entre efetividade e segurança jurídica.<sup>364</sup>

Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, efetividade e segurança jurídica podem ser considerados sobreprincípios, valores essenciais que se apresentam como instrumentos para concretização da finalidade do processo enquanto realização da Justiça do caso.<sup>365</sup> São valores que funcionam em uma relação de proporção inversa; para que um seja elevado, o outro deve ser reduzido.<sup>366</sup>

Feita essa distinção vale um derradeiro esclarecimento: embora a fase denominada instrumentalismo tenha sido ultrapassada, isso não significa o fim da compreensão do processo como instrumento voltado à outorga da tutela efetiva do direito.<sup>367</sup> Essa perspectiva em específico pode ser plenamente conciliada com a atual

<sup>361</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, [S. l.], v. 2, n. 4, 2014, p. 120. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/49187>. Acesso em: 25 jan. 2025.

<sup>362</sup> DINAMARCO, Cândido. **A instrumentalidade**... op. cit., p. 22.

<sup>363</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O processo**... op. cit., p. 121.

<sup>364</sup> ZANETI JR., Hermes; MADUREIRA, Claudio. Formalismo-valorativo e o novo processo civil. In: **Revista de Processo**. vol. 272, 2017. p. 85-125.

<sup>365</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O formalismo-valorativo**... op. cit. p. 7-31.

<sup>366</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O formalismo-valorativo**... op. cit. p. 7-31.

<sup>367</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso**... v.1. op. cit., p. 47.

fase metodológica do processo civil. A noção genérica de instrumentalidade continua sendo usada conforme se verifica da própria relação instrumental mencionada no parágrafo acima.

Pois bem. Essa breve exposição teórica foi apresentada para que, a partir dela, seja possível examinar se o atual estado da arte do processo civil admite a coexistência harmônica de poderes instrutórios e convenções processuais probatórias.

Em primeiro lugar, para que se compreenda a *coexistência* examinada, é preciso esclarecer (caso já não tenha ficado claro) que, a rigor, trata-se de uma coexistência dentro da ciência processual, mas não necessariamente dentro do mesmo processo. Quer dizer, conforme adiantado, existirão configurações de litígios que demandarão reconhecimento de maior autonomia das partes para que se faça valer as convenções processuais probatórias e, noutra ponta, configurações de litígios nos quais se verificará a necessidade de atuação mais ativa do magistrado pela utilização de seus poderes instrutórios. Isso não exclui, obviamente, a possibilidade de coexistência em um mesmo processo, isto é, casos em que o juiz fica adstrito a uma convenção sobre algum aspecto probatório, mas julga necessário utilizar de suas prerrogativas para influenciar a instrução por outro meio. O mais importante, porém, é examinar se o pensamento jurídico contemporâneo recepciona ambas as técnicas.

O processo, hoje, é encarado como um ambiente de criação do Direito.<sup>368</sup> Parte-se do texto normativo, mas efetua-se uma reconstrução fundada em valores legais e constitucionais. Numa perspectiva circular, para que o processo possa servir ao direito material, também deve ser servido por ele.<sup>369</sup> Pode-se compreender, portanto, que há certa maleabilidade no processo, moldada pelos fatos e pelas influências normativas, sobretudo de direitos fundamentais.

Se os valores constitucionais contribuem para a criação de um ambiente processual favorável à tutela efetiva do direito e se esses aportes dependem dos próprios fatos verificados no caso concreto, há um clamor que anseia soluções distintas para casos distintos. A concretização de direitos fundamentais pode ter conotação absolutamente diversa a depender dos litigantes envolvidos no processo.

---

<sup>368</sup> ZANETI JR., Hermes; MADUREIRA, Claudio. **Formalismo-valorativo**... op. cit., [e-book].

<sup>369</sup> ZANETI JR., Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: MACHADO, Fabio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.). **Polêmica sobre a ação - a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 192.

Uma única fórmula não é capaz de equilibrar efetividade e segurança jurídica em todos os casos. Daí a existência de técnicas diferenciadas voltadas a tutelar o direito subjetivo diante das condições peculiares de cada caso concreto; “assim, o rigor do formalismo resulta temperado pelas necessidades da vida”<sup>370</sup>.

Na observância à segurança jurídica, insere-se a necessidade de garantir igualdade, compreendida aí a paridade de armas, que pode assumir feição específica em cada processo. A efetividade, a seu turno, dependerá necessariamente da correta apuração dos fatos, associada à condição da parte em reunir elementos aptos a permitir o julgamento. A atuação oficiosa do juiz em matéria de provas e o autorregramento estabelecido pelas partes são instrumentos que atuam exatamente na equalização desses valores. Logo, “nos casos não resolvidos pela norma, caberá ao órgão judicial, com emprego das técnicas hermenêuticas adequadas, ponderar qual dos valores deverá prevalecer”<sup>371</sup>.

Tendo em vista as inúmeras possibilidades de conformar as variáveis ao caso concreto, é preciso assimilar que o incentivo à atuação ativa do magistrado em determinadas situações não é incompatível com a defesa de que esse mesmo magistrado reconheça que existem casos nos quais sua intervenção está limitada pela vontade das partes.

Em determinadas situações, prevalecerá a necessidade de garantir a concretização do direito fundamental de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF). Nelas, vale a máxima de que “não é suficiente tão-somente abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa”<sup>372</sup>. Muitas vezes esse resultado eficiente, efetivo e justo poderá ser frustrado caso o magistrado abandone as partes à própria sorte no processo. Daí a importância de que o juiz tenha à sua disposição o art. 370 do CPC para que usufrua de alguma margem no sentido de orientar o processo à concretização do direito fundamental que deve ser privilegiado no caso concreto.

Em outras, será relevante assegurar que a liberdade individual das partes não será indevidamente violada. Nesses casos, ainda que o magistrado tenha à sua disposição os poderes instrutórios assegurados pelo código, estes poderão encontrar limites quando estiverem em confronto com aspectos do litígio modificados

---

<sup>370</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O processo...** op. cit. p. 124.

<sup>371</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O formalismo-valorativo...** op. cit. [e-book]

<sup>372</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O formalismo-valorativo...** op. cit. [e-book]

voluntariamente por meio de negócios jurídicos processuais. Na medida em que as partes criam mecanismos para equalizar recursos de produtividade e qualidade do processo, fundadas em dispositivo legal que as permite fazê-lo (art. 190, CPC), respeitar essas disposições significa privilegiar o que, para a partes, se mostra relevante naquele contexto: o princípio da autonomia privada e o direito à liberdade.

Permitir que os poderes instrutórios e as convenções processuais probatórias sejam aplicados nos litígios aos quais se afeiçoam aproxima o processo da finalidade de produzir justiça e promover a pacificação social.<sup>373</sup> Para que isso seja possível, é necessário compreender, conforme buscou-se demonstrar ao longo do presente trabalho, que os institutos podem exercer suas respectivas funções sem que se prejudiquem mutuamente. Enquanto litigantes hipossuficientes podem ter seu direito substancial assegurado graças a uma atitude ativa do magistrado, litigantes que se consideram autossuficientes podem evitar aquilo que chamariam de arbítrio judicial mediante o uso adequado dos negócios jurídicos processuais.

## 7 CONCLUSÃO

O presente trabalho se concentrou, inicialmente, em expor as fragilidades da instrução no processo civil, que, diante das diversas configurações de litígios, pode demandar maior ou menor participação do juiz na produção probatória. Demonstrou-se que, a um só tempo, o processo deve oferecer soluções que contemplem as necessidades daqueles que precisam da atuação judicial e os interesses daqueles que anseiam por um procedimento adaptável.

Ultrapassadas as objeções opostas aos poderes instrutórios, foi apresentado o conceito de litigante eventual e habitual, destacando-se a importância da contribuição do juiz para a mitigação da desigualdade. No que se refere à determinação da prova, salientou-se que o magistrado tem o dever de determinar

---

<sup>373</sup> “Ao meditar-se nos fatores externos do formalismo, o pensamento desde logo tende, em formulação esquemática inicial bastante ampla, a fixar-se nos fins do processo, e a noção de fim entrelaça-se, necessariamente, com o valor ou valores a serem idealmente atingidos por meio do processo. Impõe-se, portanto, a análise dos valores mais importantes para o processo: por um lado, a realização de justiça material e a paz social, por outro, a efetividade, a segurança e a organização interna justa do próprio processo (fair trial). Os dois primeiros estão mais vinculados aos fins do processo, os três últimos ostentam uma face instrumental em relação àqueles. A par desses valores específicos, mostram-se ainda significativos para o processo os valores constitucionais e os valores culturais relacionados ao meio onde se insere determinado sistema processual.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O formalismo-valorativo**... op. cit. [e-book]

aquelas que sejam identificadas por ele como essenciais, não podendo julgar pelo ônus da prova sob o fundamento de que a parte deixou de requerer a produção. Além disso, também se observou que mesmo as provas não mencionadas expressamente, mas passíveis de identificação, merecem ser determinadas sob pena de violação ao princípio da colaboração e ao art. 370 do CPC. Concluiu-se, então, que é mais apropriado falar em dever instrutório, o qual, cumprido de acordo com determinados critérios, reduz a possibilidade de arbítrios.

Ao tratar sobre as convenções processuais, partiu-se do pressuposto de que a adaptação do procedimento é fundamental para a tutela dos direitos. Isso se comprova pela própria dinâmica dos procedimentos especiais, que eventualmente limita a cognição em prol de uma prestação jurisdicional célere. Demonstrou-se que as partes que litigam sobre direitos disponíveis devem ter a prerrogativa de modificar a profundidade da cognição do processo, podendo submeter o juiz a essas disposições, não porque possuem o direito de alterar a prerrogativa judicial, mas sim porque podem dispor do direito material mediante negócios jurídicos que interferem reflexamente na atividade do juiz. Estabelecidas essas premissas, foram apresentados exemplos de convenções processuais probatórias que restringem os poderes do juiz e qual deve ser a sua postura diante de convenções que viabilizam a desjudicialização da produção de provas.

Desenvolvidos os raciocínios que justificam individualmente os poderes instrutórios e as convenções processuais probatórias, retornou-se à noção da coexistência. À luz do amplo espectro de litigantes que acessam o Poder Judiciário, abordou-se a importância da prerrogativa instrutória do juiz sob a perspectiva de conciliação com os interesses das partes que não desejam se submeter a arbítrios na produção probatória. Demonstrou-se que, considerando a possibilidade de restringir os poderes do juiz mediante negócio jurídico processual, os litigantes suficientemente instruídos para fazê-lo poderão evitar intervenções indesejadas no processo. Os litigantes hipossuficientes, por sua vez, serão aqueles que, por desconhecimento, permanecerão sujeitos aos poderes instrutórios, sendo eles justamente os que mais precisam da sua aplicação.

Ao final, examinou-se a atual fase metodológica do processo e o anseio da ciência processual por soluções que atendam as peculiaridades de cada caso. Concluiu-se, então, que a pretensão de concretizar princípios constitucionais por meio

do processo civil é compatível e recebe as técnicas atinentes aos poderes instrutórios do juiz e às convenções processuais probatórias.

É evidente, porém, que há uma distinção entre afirmar que a coexistência é necessária em abstrato e verificar, por outro lado, como a coexistência ocorre no cotidiano dos tribunais. Especialmente tratando de negócios jurídicos processuais, a questão é ainda mais nebulosa uma vez que as convenções respeitadas não são objeto de recurso e, portanto, não criam jurisprudência, o que dificulta em certa medida o estudo mais aprofundado.<sup>374</sup>

De todo modo, a identificação de um ponto de equilíbrio, que permita a convivência harmoniosa dos institutos, dependerá necessariamente de uma depuração que só acontecerá com a reiterada apreciação da matéria nos tribunais locais e superiores. A consolidação de balizas interpretativas é uma via de mão dupla que pressupõe a assimilação dos usos pelas partes e o reconhecimento dos limites pelos magistrados, o que, evidentemente, se fortalece com a formação de jurisprudência.

O presente trabalho pretendeu contribuir com a formação de um alicerce – que já vem sendo construído de longa data pela doutrina – sobre o qual é possível erigir uma aplicação mais segura e previsível dos poderes instrutórios e das convenções processuais probatórias. Buscou-se, portanto, avançar no sentido de compreender o acesso à justiça não apenas como a possibilidade de obter resposta jurisdicional, mas sim de dispor de um processo capaz de garantir a tutela efetiva do direito independentemente da condição do litigante.

---

<sup>374</sup> Essa observação foi apresentada por Fredie Didier Jr. em conferência virtual promovida pelo IBDRP (Instituto Brasileiro de Direito e Raciocínio Probatório) em 16 de janeiro de 2025, cuja íntegra está disponível no link: <https://www.youtube.com/watch?v=nQYrhclUbtE>. Acessado em 06/02/2025.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual civil**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ALVIM, Teresa Arruda (org.). et al. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil** [e-book]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ANDRADE, Tiago. Admissibilidade de conversas de WhatsApp como meio de prova. In: **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jul-17/admissibilidade-de-conversas-de-whatsapp-como-meio-de-prova/>. Publicado em 17/06/2024. Último acesso em 06/11/2024.

ANDRADE, Tiago. A participação do juiz na produção probatória: uma análise à luz da dicotomia “litigantes habituais” x “litigantes eventuais”. In: ARENHART, Sérgio Cruz et. al. (Coord). **Institutos fundamentais do processo: clássicas e novas perspectivas**. Londrina: Toth, 2025.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Direito à prova. In: ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JR., Fredie (coords.). **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coords.). **Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 594.

AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais – já uma releitura. In: **Negócios processuais**. Coord. Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira, 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

AVELINO, Murilo Teixeira. **O controle judicial da prova técnica e científica**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 121.

AVELINO, Murilo Teixeira. O juiz prova pericial no novo Código de Processo Civil: produção e controle. In: **Revista de Processo**, v. 242, 2015. p. 69-89.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da indeterminação no direito: entre a indeterminação aparente e a determinação latente**. 2. ed. Salvador: JusPodivm. 2023.

BARBOSA MOREIRA, A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: **Temas de Direito Processual (terceira série)**, São Paulo: Saraiva, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: **Revista de Processo**, vol. 37, 1985. pp. 140-150.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. In: **Temas de direito processual (nona série)**. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. In: **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, v. 4, out. 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. **Temas de Direito Processual (nona série)**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Poderes do juiz na direção e na instrução do processo. **Temas de Direito Processual (quarta série)**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Privatização do processo? **Temas de Direito Processual (sétima série)**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 22-23.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. **Temas de Direito Processual (sétima série)**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BATISTA, Ovídio. **A plenitude da defesa no processo civil**. In: Da sentença liminar à nulidade da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 7. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. Ensaio sobre a prova pericial o código de processo civil de 2015. In: **Revista de Processo**. vol. 244, 2015. p. 33-57.

BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: EJEJA, 1964.

BUZAID, Alfredo. **Do ônus da prova**. Estudos de Direito, 1. São Paulo: Saraiva, 1972.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: **Revista de Processo**, vol. 231, 2014. p. 201-223.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A improcedência liminar do pedido e o saneamento do processo. In: **Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil**. vol. 4, 2018. p. 147-163.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. O ativismo do juiz em tema de provas. In: ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JR., Fredie (coords.). **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. 4. vol. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1233-1263.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Vitória, 2008.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: **Negócios processuais**. (Coord.) Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

CALAMANDREI, Piero. Istituzioni di diritto processuale civile (1941), in: Mauro Cappelletti (org.), **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, vol. IV, 1970.

CALAMANDREI, Piero. **O processo como jogo**. Trad. por Roberto B. Del Claro. In: GENESIS – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, 2002. p. 191-204.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democrazia**. Padova: Cedam, 1954.

CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAPONI, Remo. Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche. In: **Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile**. 2011. pp. 389-403.

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do Processo Civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **O Processo Civil Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di Diritto Processuale Civile**. Padova: CEDAM, vol. I, 1936.

CARPES, Artur. **O que provar?** São Paulo: Thomson Reuters, 2023. [e-book] RB-1.1.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Cosa Julgada e Preclusão (Cosa juzgada y preclusión)**. In: *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, vol. III, tradução espanhol Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires: 1949.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto processuale civile**, Napoli: Jovene, 1933

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. 3. ed., 1923, ristampa inalterata. Napoli: Jovene, 1965.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. trad. Jose Casais y Santaló. Madrid: Instituto Editorial Reus, s/d, t. II.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. In: **Negócios processuais**. Coord. Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira, 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 427.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao Código de Processo Civil: (artigos 188 ao 293). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz (Coord.). **Coleção Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

Daniel Amorim Assumpção. **Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil**. São Paulo: Método, 2004.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. v. 1**. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: **Negócios processuais**. Coord. Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira, 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019

DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais em contratos em contrato empresariais. In: **Revista de Processo**. vol. 279, 2018. p. 41-66.

DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: **Negócios processuais**. Coord. Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira, 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. v. 2**. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. III. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

FABRICIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. In: ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JR., Fredie (coords.). **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. 4. vol. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. p. 1263-1271.

FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz ideal**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A preclusão no direito processual civil**. Curitiba: Juruá, 1991.

FERREIRA, Clarissa Diniz Guedes. **Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal**. 2013. Tese (Doutorado em

Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/T.2.2016.tde-14102016-103730. Acesso em: 2025-02-01.

FILHO, Marçal Justen. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 16, nov. 2018.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 2. ed. em e-book baseada na 18. ed. impressa rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GALANTER, Marc. **Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito**; organizadora e tradutora, Ana Carolina Chasin. – São Paulo: FGV Direito SP, 2018. p. 50. Disponível em: [bit.ly/3DNz3cg](http://bit.ly/3DNz3cg). Acesso em 31/01/2025.

GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law & Society Review**, Vol. 9, No. 1, Litigation and Dispute Processing: Part One (1974), pp. 95-160.

GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria de prova. In: **Negócios processuais**. (Coord.) Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira, 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019

GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. In: **Novo CPC doutrina selecionada, v. 3: provas**. (Coord.) Fredie Didier Jr., Salvador: JusPodivm, 2016.

GODINHO, Robson. **Negócios Processuais sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GOMES, Gustavo Gonçalves. **O novo saneamento do processo**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. [e-book] Disponível em: <https://next-preview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/249870840/v1/page/RB-3.3>.

GONÇALVES, Felipe de Oliveira; GUERRA, Daniel. A definição do perito judicial pelas partes. In: **Consultor Jurídico (Conjur)**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-jul-30/goncalves-guerra-definicao-perito-judicial-pelas-partes>. Acessado em: 24/04/2022.

GRECO, Leonardo. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro- anteprojeto do grupo de pesquisa “observatório das reformas processuais” da faculdade de direito da universidade do estado do rio de janeiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S. l.], v. 13, n. 13, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/11923>. Acesso em: 22 out. 2024.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil: processo de conhecimento**. v. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 120.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil: processo de conhecimento**. v. 2. 3. ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In: **Revista de Processo**, vol. 164, 2008 p. 30

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Verdade real e verdade formal?: um falso problema**. In: PEREIRA, Flavio Cardoso (Coord.) **Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LIPIANI, Julia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre mediação e conciliação. In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. (Coord.) Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. Porto Alegre: Magister. v. 68. set./out. 2015.

LOPES, João Batista. Iniciativas probatórias do juiz e os arts. 130 e 333 do CPC. In: ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JR., Fredie (coords.). **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. 4. vol. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1123-1133.

LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen. **Civil procedure**. 2. ed. London: Cavendish Publishind Limited, 2004.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Prova pericial no CPC/2015. In: **Revista de Processo**, v. 267, 2017. p. 211-223.

MAFESSONI, Behlua. **Convenções processuais probatórias e poderes instrutórios do juiz**. Salvador: Juspodivm, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. 2. ed. São Paulo: Editora Thomson Reuters. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: vol. 1**. Edição 2024. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: vol. 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024.

MAZZOLA, Marcelo. Silêncio do juiz no processo civil (inércia, omissão *stricto sensu* e inobservância) e seus mecanismos de impugnação. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. In: **Revista de Processo Comparado** vol. 2, 2015. pp. 83-97.

MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. In: **Revista de Processo**. vol. 229, 2014. p. 51-74.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 [e-book];

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Alguns problemas atuais da prova civil. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 53, 1989. p. 122-133.

MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MURRAY, Peter L.; STURNER, Rolf. German civil justice. Durham: **Carolina Academic Press**, 2004.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*. São Paulo: **Revista de Processo**. vol. 137, 2006. p. 7-31.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, [S. l.], v. 2, n. 4, 2014.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. In: **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, v. 1, n. 1, Recife: Justiça Federal de Pernambuco, 2008. p. 60.

OLIVEIRA, Paulo Mendes. **Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 1. ed, 2018.

OSNA, Gustavo. Três notas sobre a litigância predatória (ou, o abuso do direito de ação). In: **Revista de Processo**. vol. 342, 2023. p. 55-70.

OSTERNACK, Paulo. **Provas**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. [e-book].

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. Università degli Studi del Sannio. Disponível em: <https://www.studocu.com/it/document/universita-degli-studi-del-sannio/diritto-civile/lezioni-di-diritto-processuale-civile-andrea-proto-pisani/4141621?origin=home-recent-1>. Acesso em: 02/08/2024.

PUGLIESE, William Soares; PESSOA, Thiago Simões. Os negócios processuais probatórios e suas limitações. In: **Revista de Processo**. vol. 314, 2021, p. 117-134.

QUEIROZ, Pedro Gomes de. O poder do juiz de produzir prova de ofício. In: **Revista Jurídica Luso - Brasileira**, nº 6, 2019.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. [e-book].

RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. In: **Novo CPC doutrina selecionada, v. 3: provas**. Coord. Fredie Didier Jr., Salvador: JusPodivm, 2016. pp. 307-324.

RAVAGNANI, Giovani dos Santos; VAUGHN, Gustavo Fávero; BRAZIL, Renato Caldeira Grava. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do juiz. In: **Revista dos Tribunais**. vol. 989, 2018 pp. 377-404.

RAVAGNANI, Giovani. **Provas negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

RAVAGNANI, Giovani; RODRIGUES, Marcely. Seleção do caso piloto nos recursos repetitivos, litigância repetitiva e o grande litigante. São Paulo: **Revista de Processo**, vol. 291, 2019. p. 229-261

REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios jurídicos processuais atípicos**. 3. ed. Londrina: Toth, 2024.

RICHTER, Bianca Mendes Pereira. Dos incidentes de resolução de demandas repetitivas no caso do rio doce: uma análise a partir da atuação do litigante habitual nesta forma de resolução de questões repetitivas. In: **Revista de Processo**. Vol. 301, 2020. p. 327-355.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. v. 1. 28. ed. atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Kohen. São Paulo: Saraiva, 2011.

SEGUNDO, Hugo Brito Machado. Os poderes instrutórios do juiz no Novo CPC. In: **Novo CPC doutrina selecionada, v. 3: provas**. Coord. Fredie Didier Jr., Salvador: JusPodivm, 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. In: **Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil**. vol. 4, 2018. p. 435-460

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. ed. Lisboa: LEX, 1997.

**STJ**, AgInt no AREsp n. 2.373.276/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª T., j. 23/10/2023, DJe de 09/11/2023.

**STJ**, AgInt no AREsp n. 2.548.012/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª T., j. 10/06/2024, DJe de 13/06/2024.

**STJ**, AgInt no REsp n. 2.093.504/MA, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. 17/06/2024, DJe de 27/06/2024.

**STJ**, REsp n. 1.040.715/DF, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª T., j. 04/05/2010, DJe de 20/05/2010.

**STJ**, REsp n. 1.632.501/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 12/09/2023, DJe de 20/09/2023.

**STJ**, REsp n. 1.738.656/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 03/12/2019, DJe de 05/12/2019.

**STJ**, REsp n. 1.738.656/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 03/12/2019, DJe de 05/12/2019.

**STJ**, REsp n. 1.777.032, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 25/10/2022, DJe de 22/11/2022.

**STJ**, REsp n. 805.252/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 27/03/2007, DJe de 16/04/2007.

**STJ**, RMS 12.963/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4ª T., j. 21/10/2004, DJ 06/12/2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. Ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2014.

TALAMINI, Eduardo. Do julgamento conforme o estado do processo. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord). **Comentários ao Código de Processo Civil. vol. 2. (arts. 318 a 538)**. São Paulo: Saraiva, 2017.

TALAMINI, Eduardo. Perito consensual. In: **Migalhas**. Disponível em: [bit.ly/42CFnRr](http://bit.ly/42CFnRr). Acessado em: 01/02/2024.

TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, nº 104, outubro de 2015, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 25/08/2024

TARUFFO, Michele. **A prova**. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. Talca: **lus et Praxis**, v. 12, n. 2, 2006. [e-book] Disponível em:

[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122006000200005&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200005&lng=es&nrm=iso). Acessado em 29/01/2025.

TARUFFO, Michele. Verdade e processo. In: TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

THEODORO Jr, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. vol. 1**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A preclusão no processo civil. In: **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. vol. 3, 2011. p. 351-375.

**TJDF**, Apelação nº 0775249-90.2023.8.07.0016, Rel. Des. Jose Firmo Reis Soub, 8ª Turma Cível, j. 22/08/2024, p. 27/08/2024.

**TJPR**, AI nº 292493-4, Rel. Des. Miguel Kfoury Neto, 15ª CC, j. 12/07/2005, DJE de 12/07/2005.

**TJPR**, Apelação nº 0000759-36.2003.8.16.0034, Rel. Des. Clayton de Albuquerque Maranhão, 8ª CC, j. 13/10/2021, DJE de 18/10/2021

**TJPR**, Apelação nº 0001852-18.2019.8.16.0149 Rel. Des. Ramon de Medeiros Nogueira, 6ª CC, j. 23/11/2020, DJE de 25/11/2020.

**TJPR**, Apelação nº 0007260-22.2014.8.16.0001, Rel. Des. Mario Nini Azzolini, 11ª CC, j. 21.03.2019, DJE de 28/03/2019.

**TJPR**, Apelação nº 0046374-21.2017.8.16.0014, Rel. Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha, 3ª Câmara Cível, j. 19.04.2021.

**TJSP**, AI nº 2259689-54.2023.8.26.0000, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, 22ª Câmara de Direito Privado, j. 23/11/2023, p. 24/11/2023.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Natureza e objeto das convenções processuais. In: **Negócios processuais**. Coord. Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira, 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

UZEDA, Carolina. Pedido de ajustes e esclarecimentos: a participação das partes na decisão de saneamento e organização do processo. In: **Revista de Processo**. vol. 289, 2019. p. 167-188.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

ZANETI JR., Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: MACHADO, Fabio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.). **Polêmica sobre a ação - a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.