

## APRESENTAÇÃO DA COLEÇÃO

É com imenso prazer que (re)apresentamos à comunidade jurídica brasileira a *Coleção Liebman*, que, acreditamos, até os mais jovens conhecem, ainda que apenas “de ouvir falar”.

Trata-se de um conjunto de monografias que, além de baseadas em sólida bibliografia, têm evidente viés pragmático. São livros, portanto, que interessam, a um só tempo, a estudiosos e àqueles que lidam com o direito, na prática: advogados, juízes, promotores, procuradores, defensores públicos.

Esta coleção teve seu primeiro livro publicado em 1977 e nela escreveram então jovens estudiosos que hoje são grandes processualistas, como José Rogério Cruz e Tucci, Teori Zavascki, Nelson Nery Junior, entre muitos.

Orientada por Arruda Alvim, que continua nesta função, cujo pensamento e cuja escola sempre tiveram como nota marcante justamente a necessidade de se extrair rendimento prático do estudo e da reflexão sobre teoria, esta coleção homenageia Enrico Tullio Liebman. Esse processualista italiano veio ao Brasil fugindo da Segunda Guerra Mundial, que então destruía a Europa. Tivemos a sorte de tê-lo entre nós por muitos anos, formando e ensinando processualistas brasileiros. O Código de Processo Civil de 1973 tem a sua marca e tem-na também o Código de 2015. No CPC de 2015, deram-se passos à frente em vários campos, para resolver problemas que não existiam à época em que foi elaborado o projeto do diploma anterior, como por exemplo, os conflitos de massa ou a excessiva demora dos processos. Abriu-se mão, em certa dimensão, da segurança, em favor da efetividade, na linha da tendência que se vinha revelando evidente ao longo dos mais de 20 anos de reformas pelas quais passou o CPC de 1973. Mas as linhas fundamentais do pensamento de Liebman no que diz respeito à resolução de conflitos individuais estão visivelmente mantidas, tendo-se, até mesmo, incorporado a sua mudança de opinião quanto às condições da ação, com a exclusão da possibilidade jurídica do pedido como hipótese autônoma.

Publicar na *Coleção Liebman* sempre foi o desejo maior dos que defendiam suas dissertações ou teses, escritas sob esta orientação: teoria e prática, sempre uma ao lado da outra. Se a teoria não serve à prática, é inútil; se a prática nada tem a ver com a teoria, é porque se terá abastardado em demasia. Por isso, a

relevância de se lidar com uma sem tirar os olhos da outra. Os livros da *Coleção Liebman* sempre ostentaram e continuarão a ostentar esta característica.

O outro traço marcante da coleção foi sempre sua variedade temática. Tanto o seu patrono quanto o fundador notabilizaram-se pelo olhar universal, o espírito aberto para o enfrentamento dos mais variados temas do direito processual e a grande aptidão para o debate. Esse atributo fez-se refletir na coleção: todos os grandes institutos processuais foram nela contemplados. E assim ela continuará: direito probatório, arbitragem, preclusão (“estabilidade processual”), responsabilidade patrimonial, negócios processuais, fundamentação das decisões, tutela sumária, sentença e precedentes estão entre os temas objeto das obras que integram essa retomada da coleção. Ou seja: nenhuma obsessão monotemática, nenhum credo, nenhuma cartilha. Vigora a liberdade de pensamento – o que obviamente não significa desapego à qualidade nem ao rigor de método.

A Editora RT, a seu turno, sempre se singularizou por apoiar jovens juristas que vieram a se tornar nomes consagrados como Arruda Alvim e Dinamarco.

Nada mais oportuno e elogiável do que a iniciativa da Editora RT de revitalizar esta coleção, em momento tão importante para o Brasil, às vésperas da entrada em vigor de um novo Código de Processo Civil.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

EDUARDO TALAMINI

## PREFÁCIO

Um dos maiores elogios que se pode fazer a uma tese é considerá-la uma obra de seu tempo. Se, além disso, a tese consegue revelar uma obviedade que estava à nossa frente, mas que, talvez por isso mesmo, não era percebida; e essa obviedade é o mais emblemático exemplo que poderia ser cogitado para demonstrar a que ponto chegou a exacerbação da concepção publicística do processo no Brasil, pode-se dizer que a tese alcança o raro *status* de obra fundamental.

É este o caso da tese de doutoramento de Robson Godinho.

Ao examinar o esquecido tema da convenção sobre ônus da prova, curiosamente previsto no CPC brasileiro desde 1973, Robson revela a estranheza e a incoerência de um pensamento doutrinário que preconiza a distribuição dinâmica do ônus da prova determinada pelo juiz, isoladamente, mas que relega ao obívio essa mesma distribuição quando feita por partes capazes.

Ao fazer isso, Robson demonstra a grande utilidade da convenção sobre ônus da prova: ela serve exatamente para os mesmos casos em que se defende a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

O trabalho aborda, então, dois dos mais importantes temas da Filosofia do Processo contemporânea.

a) A tensão publicismo *versus* privatismo processual, com abordagens sobre processo cooperativo e garantismo processual. A tese, neste momento, atinge pontos altos, não só pelo descortino de notar os abusos de parte a parte, nesse embate ideológico-doutrinário, mas também pela sagacidade, ironia e inteligência na elaboração de trocadilhos, que beiram a genialidade, como aquele sobre o pensamento que defende que o processo não é “coisa das partes”, e que, levado às últimas consequências, transformou o processo em uma “coisa sem partes”.

b) A necessidade de valorizar a autonomia da vontade no processo, exercitada na elaboração de negócios processuais, como a convenção sobre o ônus da prova. Esse é um tema atual e relevantíssimo – não por acaso, diversos processualistas brasileiros estão ora debruçados sobre o assunto. Todos teremos a obra de Robson Godinho como referência.

A tese teve, ainda, influência decisiva no CPC-2015: o §4.º do art. 373 foi declaradamente inspirado nas ideias defendidas neste livro.

Pode-se dizer que um curso de doutorado vale a pena quando o título de doutor não é a única coisa que se incorpora à sua vida dali em diante. Meu período de estudos na PUC-SP, em 2003-2005, deu-me a amizade de Robson Godinho – amigo que passou a fazer parte da minha família. Não precisava de mais nada.

Parabéns ao autor e à Editora.

Salvador, abril de 2015.

FREDIE DIDIER JR.

Professor da UFBA

Livre-Docente – USP

## NOTA DO AUTOR

A história da codificação processual civil brasileira em todo o século passado, incluindo os códigos estaduais, é também a história da exclusão da autonomia das partes e do fortalecimento dos poderes do juiz.

Por não poder ser desvinculado do ambiente cultural, a influência do publicismo europeu é evidente sobre nossa produção legislativa e doutrinária, chegando ao ponto de se tornar normal pensar o processo como “coisa do juiz” e assustador cogitar a ampliação do campo da liberdade das partes, surgindo imediatamente o fantasma retórico de que o processo não pode ser “coisa das partes”.

Este livro decorre de uma pesquisa que pretendeu demonstrar os fundamentos pelos quais a autonomia das partes no processo civil, por meio da possibilidade de firmar negócios processuais, encontra igualmente possibilidade cultural para, enfim, falar-se efetivamente em um processo democrático.

O texto ora publicado é a versão atualizada e ampliada da tese de doutoramento que defendi na PUC-SP e, quando de sua redação, entre o final de 2012 e o início de 2013, ainda não estava clara qual a opção legislativa que seria adotada pelo novo CPC, caso fosse realmente aprovado. Pois agora, quando preparamos a presente versão, não só há maturidade cultural suficiente para voltar os olhos para a autonomia das partes e erigir em princípio o autorregramento da vontade, mas sobretudo existe um suporte legislativo que não só prevê, mas também estimula a liberdade de atuação das partes, sem, evidentemente, romper com as fundamentais conquistas advindas do publicismo processual.

O novo Código de Processo Civil, a partir da inclusão normativa, quando da tramitação do projeto na Câmara dos Deputados, da ampla possibilidade de negócio processual, possui compromisso com a autonomia das partes e confere inequívoco e amplo respaldo legislativo para a celebração de negócios processuais, levando a sério o discurso de que o processo jurisdicional deve ser democrático.

O art. 190 do novo Código é uma cláusula geral negocial que possui imensas possibilidades práticas e aponta para o necessário convívio da autonomia das partes com os poderes do juiz.

Resta, portanto, aplicarmos o CPC a partir dessa nova conformação legislativa e também do contexto cultural que a condiciona, mas é também por ela

condicionado, havendo maturidade suficiente para que não se confunda participação com privatização.

Exatamente para ilustrar toda essa discussão, foi escolhido como paradigma o estudo de um negócio processual típico previsto na legislação há décadas, mas que nunca recebeu qualquer atenção mais profunda dos estudiosos: a convenção sobre o ônus da prova, cuja disciplina também foi aperfeiçoada no novo CPC. O silêncio em torno de tão antigo dispositivo sintetiza o avesso ao estudo da liberdade das partes que predominou por décadas na doutrina processual.

Para a aplicação da nova previsão legislativa é necessário, porém, conhecer seus fundamentos, sob pena de o art. 190 do CPC nascer destinado a se tornar apenas uma bela peça em constante exposição, como se fosse uma espécie de dispositivo *Fabergé*.

E buscar esses fundamentos, contribuindo para tornar efetivo o novo CPC, é o objetivo deste livro.

## SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS.....	11
APRESENTAÇÃO DA COLEÇÃO.....	15
PREFÁCIO.....	17
NOTA DO AUTOR.....	19
I – INTRODUÇÃO.....	25
II – PROCESSO, CULTURA E IDEOLOGIA.....	47
1. Noções gerais.....	47
2. O processo e a cultura.....	56
3. Três períodos sociopolíticos da função judicial.....	64
4. A ideia de jurisdição.....	70
5. Os modelos de processo.....	79
6. Poderes instrutórios do juiz.....	87
III – NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E CONVENÇÕES DAS PARTES.....	107
1. Noções gerais.....	107
2. Autonomia privada e processo civil.....	111
3. Fatos jurídicos processuais em sentido amplo.....	122
4. Situações jurídicas processuais.....	124
5. Negócios jurídicos processuais.....	127
IV – PANORAMA SOBRE A PROVA E O RESPECTIVO ÔNUS NO PROCESSO CIVIL.....	141

<b>22</b>	<b>NEGÓCIOS PROCESSUAIS SOBRE O ÔNUS DA PROVA NO NOVO CPC</b>	
1.	Noções gerais .....	141
2.	Prova e verdade .....	142
3.	Conceito de prova: necessidade de um léxico.....	158
4.	Ônus da prova: generalidades.....	165
5.	Natureza das normas sobre ônus da prova.....	181
<b>V</b>	<b>A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO QUESTÃO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>185</b>
1.	Enfoque constitucional do tema.....	185
2.	A distribuição do ônus da prova como uma questão constitucional: prova e tutela jurisdicional .....	196
3.	A inversão judicial genérica do ônus da prova .....	199
4.	A teoria do ônus dinâmico da prova .....	208
5.	O novo Código de Processo Civil e a atribuição dinâmica do ônus da prova.....	213
6.	Considerações críticas.....	214
<b>VI</b>	<b>NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS SOBRE ÔNUS DA PROVA...</b>	<b>223</b>
1.	Noções gerais .....	223
2.	A admissibilidade dos negócios jurídicos processuais sobre ônus da prova.....	224
3.	A interpretação dos negócios processuais.....	240
4.	Forma dos negócios sobre ônus da prova .....	242
5.	A questão dos direitos indisponíveis .....	247
6.	Tornar excessivamente difícil o exercício do direito .....	257
7.	Outras restrições .....	260
8.	Controle jurisdicional .....	261
9.	Convenções sobre ônus da prova nos Juizados Especiais .....	262



10. Convenções sobre ônus da prova na substituição processual .....	266
11. Convenções sobre ônus da prova no processo coletivo.....	274
12. Convenções sobre ônus da prova na arbitragem: breve referência...	287
<b>VII – CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>289</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>293</b>



# I INTRODUÇÃO

*“Diz-me que processos impões através das tuas leis e eu dir-te-ei se tens cidadãos ou súbditos”.*<sup>1</sup>

Esta epígrafe condensa o *sentido ideológico* do processo, pois, por meio dele, torna-se visível a “posição do Estado perante o indivíduo e do indivíduo perante o Estado”.<sup>2</sup> Não soa exagerado afirmar que a divisão de trabalho<sup>3</sup> entre o juiz e as partes é um tema que revela a um só tempo a evolução teórica do direito processual e sua dimensão ideológica e cultural.<sup>4</sup>

Trata-se, indubitavelmente, de uma discussão clássica que exige e suporta cores absolutamente novas, afastando-se definitivamente o receio de que a publicação do processo não possa conviver com a autonomia privada.

O amadurecimento da teoria processual deveria implicar aversão a sectarismos e maniqueísmos doutrinários; além disso, deveria assimilar, com desconcertante<sup>5</sup>

- 
1. CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito de acesso à justiça constitucional (Palestra, p. 8). *Estados da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa*, Luanda, junho de 2011. Disponível em: [www2.stf.jus.br/cjclp/presidencia/Gomes-Canotilho\_Junho2011.pdf]. Acesso em: 13.10.2012.
  2. Idem, ibidem.
  3. Cf. BARBOSA MOREIRA. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Temas de direito processual (quarta série)*. São Paulo: Saraiva, 1989. passim. Só o uso da palavra “divisão” já revela um compromisso ideológico com as posições estanques e também assimétricas entre as partes e o juiz. Como soar claro durante a leitura do texto, não é essa nossa concepção, mas a manutenção de uma expressão clássica neste início serve para ilustrar a necessidade de ruptura com essa concepção de processo.
  4. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Disponível em: [www.abdpc.org.br]. Acesso em: 20.12.2012.
  5. Afinal, se estiver certa a canção, é desconcertante rever o que nos é especialmente caro e, passando do lirismo para o processo, trabalhamos com uma ciência feita para ser inclusiva e democrática e não um modelo doutrinário encastelado, que apenas infla o poder estatal, que, saturado, não presta um serviço público compatível com as exigên-

naturalidade, a efetiva participação das partes nos momentos relevantes do processo, mas não é o que se verifica no atual debate doutrinário.<sup>6</sup>

O estudo do processo como fenômeno cultural e ideológico não é recente, mas pode-se considerar que há novidades nos argumentos e na intensidade dos debates doutrinários, com ampla produção de estudos envolvendo o que vem sendo denominado de “publicismo” e “privatismo” processual.<sup>7</sup>

Nesse contexto, a participação das partes no processo vem sendo objeto de novas abordagens, sobretudo com publicações acerca da cooperação ou colaboração no processo e uma nova visão acerca do princípio do contraditório. Decorre dessas discussões a necessidade de se estudar o âmbito normativo da autonomia privada no processo e, correlatamente, os limites e possibilidades da atuação do juiz.<sup>8</sup>

Os poderes instrutórios do juiz, portanto, assumem peculiar importância no debate cultural do processo atual, com nítidas posturas ideológicas

---

cias sociais. Nesse sentido, o processo pode se tornar apenas um campo de exercício e de demonstração de poder, valendo-se da democracia apenas como artifício retórico para coonestar solilóquios autoritários.

6. Para um panorama sobre o atual debate, vale conferir duas coletâneas: *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. *Negócios processuais*. Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira (coord.). Salvador: JusPodivm, 2015. Veja-se, ainda, uma introdução à visão “garantista” do processo em *Crônica da Primeira Jornada Internacional sobre Processo Civil e Garantia*, subscrita por Adolfo Alvarado Velloso, Eugenia Ariano Deho, Franco Cipriani, Federico G. Dominguez, Luís Correia de Mendonça, Girolamo Monteleone e Juan Montero Aroca, publicada na *RePro*, n. 145. São Paulo: Ed. RT, mar. 2007.
7. A discussão será abordada em item próprio, mas, desde já, registrem-se importantes referências bibliográficas sobre o debate recente: GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. *RePro*, n. 164. São Paulo: Ed. RT, out. 2008. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: entre publicismo e privatismo*. Tese de Livre-Docência. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015.
8. “Ora, a ideia de cooperação além de implicar, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe -se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes. Aceitas essas premissas axiológicas, cumpre afastar a incapacidade para o diálogo estimulada pela atual conformação do processo judicial brasileiro, assentado em outros valores” (OLIVEIRA, Poderes do juiz... cit., p. 8).

que não raro obnubilam o entendimento, com discursos maniqueístas que não contribuem para a compreensão do tema. Trata-se, na verdade, como já anunciado, de discussão que dominou boa parte do século passado, mas, inegavelmente, é renovada com força nova a partir da própria modificação sociocultural que, forçosamente, afeta o modelo de processo compatível com o Estado Constitucional.

Há que se trabalhar com a autonomia das partes não mais no sentido privatístico clássico,<sup>9</sup> mas, sim, dentro de uma perspectiva constitucional e de uma teoria dos direitos fundamentais que autorizam e ao mesmo tempo impõem limites às manifestações de vontade.

Como desdobramento desse panorama, a autonomia das partes e a existência de um processo cooperativo devem ser confrontadas, para que se examine se os modelos se aproximam ou se repelem.

O estudo sobre os fatos processuais, mais precisamente sobre os negócios jurídicos processuais, mostra-se igualmente fundamental, na medida em que se devem mensurar precisamente os limites e as possibilidades da atuação das partes, não mais, repita-se, com uma visão privatística, e muito menos com um viés estatizante, que rechaça a participação dos destinatários do resultado do processo, como se fossem figuras incapazes e, até, inconvenientes.

Na realidade, superada a *summa divisio* entre o privatismo e publicismo<sup>10</sup> – que é o que se defende neste estudo considerando-se a cultura processual

- 
9. Na própria teoria clássica do negócio jurídico privado já se via essa limitação da autonomia privada, como se lê, por exemplo, em Emílio Betti: “O instituto do negócio jurídico não consagra a faculdade de ‘querer’ no vácuo, como apraz afirmar a certo individualismo, que ainda não foi extirpado da hodierna dogmática”, acrescentando que a “errônea mitologia da vontade” celebra a “omnipotência da vontade individual (a qual, de facto, no foro interno da consciência não encontra limites extrínsecos); e dessa maneira induz a desconhecer os múltiplos limites sociais e jurídicos da autonomia privada” (*Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Fernando Miranda. Coimbra: Ed. Coimbra, 1969. t. I. p. 107 e 118-119). Confira-se, ainda, com profunda construção crítica, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. capítulo XII. Ainda: PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982. capítulo 1. Confira-se, ainda, a evolução do conceito de autonomia privada em DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e Constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 150 e ss.
10. Sobre a separação entre o público e privado, confira-se, com extremo proveito: ESTORINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado na Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 2009. BAHIA, Alexandre

adquirida decorrente também dessa discussão que animou longo período do século passado –, 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.

Há que se rechaçar, portanto, uma cultura processual paternalista, que aniquila a autonomia<sup>11</sup> das partes para lhes oferecer a salvação por meio de um poder revelado e revelador.<sup>12</sup> Deve-se evitar uma espécie de “patrimonialismo” processual, em que há, na linha conceitual de Raymundo Faoro, violação da “igualdade jurídica e das garantias institucionais contra o arbítrio” e “torna o indivíduo dependente do poder que lhe dita, pela definição de valores, a conduta”. Esse patrimonialismo “aponta, em consequência, para um sistema autocrático, que, em lugar de se desenvolver segundo uma ordem em que a sociedade é autônoma, afirma a dependência ao poder da autoridade”.<sup>13</sup>

Nesse sentido, o paternalismo e o messianismo se aproximam, sempre por meio de uma postura solipsista, e o processo democrático se afasta. Se a publicização do processo<sup>14</sup> ensejou indiscutíveis conquistas, o rechaço à ideia de

---

Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009. capítulo 5. PISANI, Andrea Proto. *Pubblico e privato nel processo civile*. *RePro*, n. 207. São Paulo: Ed. RT, maio 2012.

11. Sobre a autonomia pessoal, o paternalismo estatal e a democracia: DAHL, Robert. A. *A democracia e seus críticos*. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012. especialmente capítulo 7, em que se expõe “a presunção de autonomia pessoal”, que consiste na seguinte sentença: “na falta de uma prova definitiva em contrário, todos são, em princípio, os melhores juízes de seu próprio bem e de seus próprios interesses” (p. 155). Sobre o processo e democracia: ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008. ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Conceito, 2011.
12. Lembre-se da figura alegórica de Júpiter como modelo de juiz tal qual exposto por François Ost: Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Trad. Isabel Lifante Vidal. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 14, Alicante, 1993. Para uma apreciação crítica desse modelo, vinculando o juiz Júpiter como modelo liberal-socialista: ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional...* cit., item 3.1.4.
13. FAORO, Raymundo. A aventura liberal numa ordem patrimonialista. *Revista USP*, n. 17. São Paulo, 1993, p. 16.
14. JARDIM, Afrânio Silva. *Da publicização do processo civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1982.

efetiva participação das partes e da formulação de negócios jurídicos processuais, como se integrassem uma espécie de trauma epistemológico, não encontra mais lugar nesta quadra histórica.

Ainda se mostra atual a indagação formulada por Vittorio Denti: “cabe preguntarse hasta donde el predominio de este ‘paternalismo judicial’ es solamente consecuencia de una certa política Procesal, o si es más bien, todavía antes, un hecho de costumbre, conexo con la decadencia en la sociedad de una autónoma y responsable iniciativa individual”.<sup>15</sup>

O movimento de aproximação de sistemas ou tradições jurídicas<sup>16</sup> contribuiu para demonstrar que a outorga ao juiz de poderes de condução e instrução do processo constitui uma realidade incontestável, mas deveria ajudar, igualmente, na compreensão de que as partes são relevantes no processo e devem ser levadas a sério.

Também aqui se faz necessário o equilíbrio<sup>17</sup> na divisão de trabalho entre o juiz, as partes e o Ministério Público, que também na condição de órgão interviniente possui importante papel, que não se coaduna com uma postura passiva e sonolenta com que não raro atua nesses processos, limitando-se a uma atividade burocrática que o aproxima de um adorno processual. José Carlos Barbosa Moreira chegou a afirmar que o silêncio da instituição no processo civil teria sido interrompido exatamente em razão do processo coletivo, que ensejou a “revitali-

- 
15. La evolución del derecho de las pruebas en los procesos civiles contemporáneos. *Estudios de derecho probatorio*. Santiago Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1974. p. 152.
  16. A bibliografia atual é abundante sobre o tema, bastando, para fins de ilustração, mencionar algumas referências de Barbosa Moreira, onde se encontram outras valiosas indicações: O processo civil brasileiro entre dois mundos. *Temas de direito processual (oitava série)*. São Paulo: Saraiva, 2004. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Temas de direito processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Temas de direito processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. A revolução processual inglesa. *Temas de direito processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007.
  17. Note-se que, mesmo em estudo sobre a “condução equilibrada do processo”, o juiz permanece sendo o centro de poder, cabendo-lhe estabelecer um diálogo “franco” com as partes, para adquirir confiança e possibilitar a conciliação, a fim de minimizar a conhecida expressão de Kazuo Watanabe sobre a “cultura da sentença”: SILVEIRA, João José Custódio. *O juiz e a condução equilibrada do processo*. São Paulo: Saraiva, 2012. Da mesma forma: AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2006.

zação do Ministério Público, arrancado à relativa quietude em que usualmente o mantinham, no tocante ao processo civil, as atribuições tradicionais”.<sup>18</sup>

Acontece que essa quietude não é compatível com o perfil constitucional do Ministério Público, inclusive em sua atuação como fiscal da ordem jurídica, devendo assumir uma postura ativa e desvinculada, em termos, da atividade jurisdicional, buscando o estabelecimento de acordo entre as partes, em paralelo às – quando existentes – iniciativas do juiz, promovendo a instrução do processo e incentivando e integrando negócios processuais. É interessante observar que o Ministério Público, mesmo após a Constituição de 1988, ainda não é percebido como um personagem multifacetado no processo civil, com toda uma nova dimensão jurídica advinda de diversos textos normativos e da própria prática institucional, e não desperta maiores interesses na doutrina, o que vem ensejando uma lenta, embora progressiva, evolução jurisprudencial.<sup>19</sup>

Outro aspecto a se mencionar consiste na face quase cruel de se atribuir tamanho protagonismo judicial, exigindo-se do magistrado uma formação multidisciplinar que lhe é impossível de ser exercida sozinho, além de haver notórias deficiências estruturais e pessoais, sobretudo nos juízos de primeira instância, isso em um momento no qual se aposta e se espera uma modificação da função jurisdicional, com as conhecidas tensões entre evolução do direito, segurança jurídica e previsibilidade.<sup>20</sup>

- 
18. Os novos rumos do processo civil brasileiro. *Temas de direito processual (sexta série)*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 73. Entretanto, não basta concentrar tintas na legitimidade do Ministério Público para os processos coletivos, se outras dimensões continuam negligenciadas pela doutrina e jurisprudência. A proposta de Afrânio Silva Jardim, em seu mencionado estudo sobre a publicização do processo civil, consistia precisamente na assunção do Ministério Público uma postura ativa nos processos que exigiam sua intervenção. Interessante anotar a ênfase conferida por Cândido Rangel Dinamarco à presença do Ministério Público no processo civil como demonstração da publicização (*A instrumentalidade do processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 59-67).
19. O tema é amplíssimo e foi abordado de modo mais aprofundado em meu trabalho de mestrado. Para um quadro variado sobre esses e diversos outros problemas envolvendo o Ministério Público: ARANTES, Rogério Bastos: *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: IDESP/EDUC/Sumaré, 2002. KERCHE, Fábio. *Virtude e limites: autonomia e atribuições do Ministério Público no Brasil*. São Paulo: Edusp, 2010. Temas atuais do Ministério Público. Org. Alves e Rosenvald Farias. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.
20. Cf., por todos, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: \_\_\_\_\_ (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2012.



Os juízes não possuem uma formação acadêmica uniforme e plena que os dispense do subsídio técnico dos demais interessados e participantes do processo, além de disporem, no aspecto estrutural, de uma logística única e insuficiente de administração das rotinas estruturais: “a confiança nas virtudes diferenciadas dos juízes, em seu protagonismo, já deixou de ser algo defensável, para se transformar em um pesadelo para esse órgão de execução do Estado, pressionados a fornecer decisões democraticamente formadas, sem auxílio de ninguém (nem mesmo técnico do processo), em escala industrial (alta produtividade), sem infraestrutura adequada e sofrendo críticas de todos os segmentos da sociedade”.<sup>21-22</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,<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup>

- 
21. NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização – paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. In: \_\_\_\_\_ (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 261, ressaltando que “a concepção ultrapassada de Jurisdição como atividade que promove tão somente a resolução de conflitos se viu provocada a assumir um papel garantista de direitos fundamentais e implementador de espaços contramajoritários para minorias que não obtinham voz nas arenas políticas institucionalizadas” (p. 248-249).
  22. Não por outra razão é que Antoine Garapon menciona “a justiça entre a idealização e a diabolização” (*O juiz e a Democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 160). Cf., ainda, CALMON DE PASSOS. O Magistrado, protagonista do processo jurisdicional? In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
  23. Bem notou esse aspecto Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “muitas vezes, para facilitar o seu trabalho, o órgão judicial adota uma rigidez excessiva, não condizente com o estágio atual do nosso desenvolvimento, ou então a parte insiste em levar às últimas consequências as exigências formais do processo” (O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Disponível em: [www.ufrgs.br/ppgd/doutrina]).
  24. “Num Estado em geral opaco ou pouco transparente, um deficiente desempenho instrumental dos tribunais pode não afetar a sua eficácia simbólica, sobretudo se

Sobre a preocupação com a produtividade estatística do Judiciário, uma advertência se faz necessária nesse particular: os dados estatísticos são fundamentais para o estudo de qualquer ciência e toda iniciativa desse jaez deve ser celebrada e incentivada, especialmente porque o campo jurídico não é muito amigo de dados objetivos.<sup>25</sup> Entretanto, há uma faceta do estabelecimento de controle estatístico que é seriamente preocupante e toca de perto o objeto deste trabalho: há uma espécie de pressão perversa que pode ser impingida aos magistrados, aproximando-se a bem intencionada iniciativa de uma espécie de ditadura numérica. 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 e, inclusive, evitando-se a “difícil” tarefa de se julgar o mérito, buscando artifícios formais para tornar inadmissível a tutela jurisdicional.

A iniciativa do Conselho Nacional de Justiça de efetivar a denominada “Meta 2”<sup>26</sup> mostra-se ao mesmo tempo louvável e preocupante, na medida em que parece haver consagrado que os fins justificam os meios, desde que se reduzam os volumes de processos. Para verificar a produtividade dos tribunais, criou-se no endereço eletrônico daquele Colegiado um medidor denominado “processômetro”, em que se computam os dados referentes ao cumprimento da meta, o que motivou, por exemplo, o TJRJ tornar presumida a falta de interesse processual superveniente, no caso de arquivamento provisório dos autos paralisados há mais de três anos, autorizando o juiz, de ofício, a extinguir o processo sem resolução do mérito, coonestando a extinção virtual e em bloco

---

alguns casos exemplares de bom desempenho instrumental forem alimentando a comunicação social e, se o fizerem de molde a que a visibilidade dos tribunais fique reduzida a essas zonas de atenção pública” (SOUSA SANTOS, Boaventura de; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. FERREIRA, Pedro Lopes: *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. 2. ed. Porto: Afrontamento, 1996. p. 56).

25. A propósito dessa carência de dados objetivos em estudos jurídicos, merece ser destacado o recente trabalho de Moniz de Aragão – que, com Barbosa Moreira, sempre alerta para a necessidade de um estudo com base em dados objetivos: Estatística judiciária. *RePro*, n. 110, São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2003.
26. “Identificar os processos judiciais mais antigos e adotar medidas concretas para o julgamento de todos os distribuídos até 31.12.2005 (em 1.º, 2.º grau ou tribunais superiores)”.

dos processos nessa situação, sem intimação das partes,<sup>27</sup> o que ilustra a preocupação antes anunciada.<sup>28</sup>

Esse contexto brevemente apresentado anima a escolha do tema deste livro, que se desenvolverá mirando a realidade da jurisdição brasileira e propondo alternativas e soluções compatíveis com o cenário constitucional em que deve haver a tutela de direitos, sobretudo a partir da edição do novo Código de Processo Civil, que, ao menos abstratamente, preocupa-se com o efetivo exame do mérito e com uma real e ativa participação conjunta dos sujeitos processuais, com notável referência à liberdade negocial das partes.

Como já assinalado, este livro tem como paradigma para o estudo dos negócios processuais um tema que ou é ignorado ou recebe pouco mais que uma espécie de silêncio obsequioso da doutrina brasileira: as convenções sobre ônus

- 
27. “Ato Normativo 18/2009: Regula o procedimento de desarquivamento no sistema e julgamento de casos idênticos em bloco dos processos arquivados provisoriamente de modo a possibilitar o cumprimento da Meta 2 do CNJ. (...) Art. 1.º Os processos distribuídos até 31.12.2005 que se encontram no arquivamento provisório sem julgamento, poderão ser desarquivados virtualmente (no sistema de movimentação processual – DCP) e o magistrado proferir sentença de julgamento de casos idênticos, em bloco, extinguindo o processo por falta de interesse, na forma do art. 267, inciso VI, do CPC, independentemente de prévia intimação da parte. (...) Art. 2.º Para fins de cumprimento do presente Ato, deverão ser observados os seguintes procedimentos: (...) III – O Magistrado, de posse do relatório, poderá determinar: a) o desarquivamento do processo no sistema de movimentação processual, dispensado o desarquivamento físico dos autos; b) determinar a abertura de conclusão, sempre que possível em lote, também no sistema, para a prolação de sentença de extinção nos termos do art. 267, VI, do CPC, devendo o magistrado na sentença mencionar a relação na qual está inserido o processo objeto de julgamento. (...)”.
28. Esses problemas que foram apenas enunciados são complexos e não podem ser simplificados. Como não há espaço para maiores aprofundamentos nesta tese, por não constituir seu tema, vale conferir Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão Marques, João Pedrosa e Pedro Lopes Ferreira: *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. 2. ed. Porto: Afrontamento, 1996. Ainda: SADEK, Maria Tereza. O Judiciário e seus desafios. In: FABIANI, Emerson Ribeiro (org.). *Impasses e aporias do direito contemporâneo: estudos em homenagem a José Eduardo Faria*. São Paulo: Saraiva, 2011. Poder Judiciário: uma nova instituição. *Cadernos Adenauer*, vol. XI. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, mar. 2010, p. 27-45. Judiciário: mudanças nem sempre à vista. *Cadernos Adenauer*, vol. VII. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2006, p. 139-156. O Judiciário e seus desafios. In: FABIANI, Emerson Ribeiro (org.). *Impasses e aporias do direito contemporâneo: estudos em homenagem a José Eduardo Faria*. São Paulo: Saraiva, 2011.

da prova. Embora a norma que autorize esse negócio processual típico esteja há décadas na legislação brasileira, que, por sua vez, inspirou-se em previsões pretéritas das legislações italiana e portuguesa,<sup>29</sup> trata-se de regra praticamente esquecida, quase desprezada nos estudos processuais.<sup>30</sup>

Poder-se-ia indagar se o silêncio em torno do tema se dá por sua irrelevância prática ou se, ao contrário, seu repouso fático deriva da indiferença doutrinária.

Parece-me, porém, que o silêncio não se situa simplesmente na aplicação ou não do dispositivo; descortina-se, na realidade, como uma revelação do compromisso ideológico da forma como se vê o processo jurisdicional.

Realmente, é revelador que se identificasse a insuficiência das regras abstratas de distribuição do ônus da prova, fossem escritos dezenas de trabalhos sobre a necessidade de uma “teoria dinâmica” da carga probatória, propusessem-se modificações legislativas nesse sentido, decisões sufragassem tal teoria e permanecesse um silêncio – que de certo modo é eloquente – sobre a autonomia das partes para regulação da matéria.

Afigura-se, pois, sintomático que se pleiteasse a dinamização genérica do ônus da prova e se ignorasse a possibilidade de as partes disciplinarem os respectivos encargos.

Apostava-se uma vez mais no desempenho solo do juiz, atribuindo-lhe maiores poderes casuísticos, sem que se cogitasse<sup>31</sup> a efetivação da redistribuição dos encargos probatórios por manifestação das partes; muito menos

---

29. Os acordos sobre ônus probatório são admitidos ao menos também na Alemanha, Espanha, França e Inglaterra (cf. TARUFFO. *La prueba*. Trad. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 151). Na Espanha inexistente regra expressa autorizando a convenção, mas há manifestações doutrinárias nesse sentido (cf. AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 4. ed. Navarra: Civitas, 2005. p. 128-131. CODÓN, Aner Uriarte. La inversión de la carga de la prueba. In: LLUCH, Xavier Abel (dir.). *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: Bosch, 2007. p. 121-122. LLUCH, Xavier Abel. *Derecho Probatorio*. Barcelona: Bosch, 2012, p. 400-401).

30. Quebrando esse silêncio doutrinário, a *Revista de Processo* publicou em sequência dois ótimos trabalhos, que ainda serão examinados no momento próprio do livro: MOUZALAS, Rinaldo. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Distribuição do ônus da prova por convenção processual. *RePro* n. 240. São Paulo: Ed. RT, fevereiro de 2015. MACEDO, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. *RePro*, n. 241. São Paulo: Ed. RT, fev. 2015.

31. A única manifestação doutrinária que vimos lembrando que a dinamização do ônus da prova já consta há décadas no CPC brasileiro exatamente na forma convencional

cogitava-se o incentivo para que essas mesmas partes disciplinassem as regras<sup>32</sup> que decidirão o conflito.

Em suma, também em tema de ônus da prova, celebra-se o poder jurisdicional e se silencia acerca dos poderes das partes.

O novo Código contribui na parte legislativa para que se amenize essa distância entre a participação das partes e os poderes do juiz, mas o exame de todo esse material doutrinário e jurisprudencial é revelador para se descortinarem os fundamentos dos negócios jurídicos processuais.

O que motivou a escolha deste tema, em última análise, foi basicamente a tentativa de se quebrar o que foi denominado de conspiração do silêncio<sup>33</sup> na matéria.

Afirmou Vittorio Denti que, no campo processual, nenhuma outra matéria reflete o movimento político, social e cultural do mundo contemporâneo com maior intensidade do que o direito probatório.<sup>34</sup>

Essa ideia permanece precisa e sintetiza de modo eloquente o motivo da escolha do tema.

A divisão de trabalho antes mencionada passa invariavelmente pela gestão da prova e, nesse sentido, o tema do livro revela-se como síntese e como símbolo de todas essas questões.

---

foi de NERY JR.; NERY. *Código de Processo Civil comentado*. 13. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. comentários ao art. 333 do CPC.

32. Sobre a disciplina das regras procedimentais, inclusive por meio de negócios jurídicos entre as partes: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008. especialmente p. 215-222. Evidentemente, o art. 190 do novo CPC revoluciona o pensamento sobre o tema. Trata-se da consagração do princípio do autorregramento da vontade, conforme DIDIER JR., Fredie. *Negócios processuais*. Coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015.
33. Expressão retirada diretamente de conhecido e icônico livro: “Aí está justamente porque escrevo este livro: para quebrar a conspiração do silêncio” (BEAUVOIR, Simone. *A velhice*. Trad. Maria Helena Franco Monteiro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990, p. 9).
34. La evolución del derecho de las pruebas en los procesos civiles contemporáneos. *Estudios de derecho probatorio*. Santiago Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1974. p. 155. Não apenas no mundo contemporâneo, aliás, como resta demonstrado na erudita tese de José Rubens de Moraes: *Sociedade e verdade – Evolução histórica da prova*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2008.

Vislumbra-se, assim, que tais discussões fundamentais sobre o processo recairiam sobre a matéria probatória, conforme a assertiva com que abrimos este tópico.

Pareceu-me que a previsão normativa do Código de Processo Civil de 1973 – que foi mantida e aperfeiçoada no novo Código, como será visto em item próprio –, autorizando expressamente a inversão convencional do ônus da prova, concentra todos os elementos antes citados, com a nota diferenciadora de que, reitere-se, trata-se de tema que não merece atenção da doutrina pátria.

Com efeito, no parágrafo único do art. 333 daquele Código de Processo Civil, encontramos a máxima expressão de todas as discussões antes citadas, não deixando de ser eloquente que as discussões sobre a distribuição dinâmica do ônus da prova se concentre nos poderes do juiz, olvidando-se a participação das partes.

Mesmo diante da previsão expressa no inc. II daquele enunciado, o debate ainda se mantém centrado numa atividade judicial solipsista, como se houvesse um vácuo democrático no processo.

A distribuição convencional do ônus da prova é um tema simbólico e sintomático sobre todas as questões antes assinaladas.

A relevância do tema já foi demonstrada nas linhas anteriores, mas se mostra necessário justificar mais amiúde a escolha das convenções sobre ônus da prova, já que se encontra, na doutrina, a afirmação de que se trata de um instituto de pouca relevância prática.<sup>35</sup>

Primeiramente, se o critério de relevância de um tema for sua utilização prática, os trabalhos acadêmicos se repetiriam e, em uma completa inversão de valores, a relação entre prática e teoria seria unilateral.

Em segundo lugar, trata-se de previsão normativa expressa no Código de Processo Civil – aperfeiçoada no novo CPC – e, de certa forma, no Código de Defesa do Consumidor.

Não bastasse esse fato, os inúmeros trabalhos que são publicados sobre ônus da prova revelam que o tema demanda inúmeras preocupações doutrinárias e possui intensa aplicação prática, bastando verificar os repertórios jurispruden-

---

35. Cf. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 228-229. TARUFFO, Michele. *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Laterza, 2009. p. 306, nota 181. *La prova nel processo civile – Trattato di diritto civile e commerciale*. Dir. Cicu, Messineo, Mengoni e Schlesinger. Milano: Giuffrè, 2012. p. 251, nota 159.9.

ciais para constatar os diversos casos em que se resolvem os litígios por meio da aplicação das regras que fixam e distribuem o ônus probatório, cuja incidência não é afastada pelo aumento dos poderes instrutórios do juiz, não só em virtude de seu não exercício pleno, mas sobretudo porque a atividade instrutória judicial não é incompatível com um quadro final de escassez probatória.

Além disso, as convenções probatórias despertam diversos debates doutrinários ao longo da história processual, com clássicas manifestações contrárias à possibilidade precisamente porque se interferiria na atividade judicial.<sup>36</sup>

Ao contrário do que se afirma, as convenções ora tratadas possuem largo uso no tempo, especialmente em contratos mercantis,<sup>37</sup> incidindo, nos dias de hoje, notadamente sobre os contratos de adesão, razão pela qual o ordenamento brasileiro previu a abusividade de cláusulas desse jaez em situações específicas.<sup>38</sup>

Outro dado a ser colacionado é exatamente o silêncio doutrinário, que mantém o referido dispositivo em uma espécie de hibernação.

Remarque-se, outrossim, o que foi afirmado no item anterior, no sentido de que há uma carga ideológica na não utilização dos acordos entre as partes referentes à instrução do processo.

Por fim, as convenções sobre ônus da prova são absolutamente compatíveis com o processo democrático previsto na ordem constitucional, podendo, inclusive, por meio delas, tutelarem-se direitos coletivos e garantir a proteção dos desiguais e dos vulneráveis.

Embora antigo, trata-se de um tema, portanto, também do nosso tempo.

Na análise das convenções sobre ônus da prova, necessariamente se refletem questões culturais e ideológicas que compreendem a função jurisdicional,

---

36. Cf., amplamente: PEZZANNI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Milano: Giuffrè, 2009.

37. Pezzanni aponta o uso histórico ao menos a partir do século XIII (op. cit., p. 2).

38. Cf., inclusive com inúmeros exemplos *práticos* do direito alemão: NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 575-577. Na Itália e Alemanha, Pezzanni oferece diversos exemplos, na obra antes citada. Também PATTI, no direito italiano (*Le prove: parte generale*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 255-284). Em Portugal, confira-se, entre outros, RANGEL. *O ônus da prova no processo civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 181-194. PRATA, Ana. *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 511-517. Interessante exemplo em MOUZALAS, Rinaldo. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Distribuição do ônus da prova por convenção processual. *RePro*, n. 240. São Paulo: Ed. RT, fev. 2015.

a publicização do processo, o princípio dispositivo, a autonomia privada, a cooperação, o contraditório, a divisão de trabalhos entre as partes e o juiz, os negócios jurídicos processuais, a relação entre prova e verdade, a disponibilidade de direitos e a concretização de uma formulação dinâmica das respectivas regras.

Em suma, pretende-se usar uma previsão legislativa que está em nosso ordenamento como negócio típico há décadas e que permanece ignorada na doutrina e na jurisprudência, mas que, apesar desse degredo temático, revela e concentra alguns dos mais expressivos debates processuais contemporâneos.

Como se verá na bibliografia, serão utilizadas diversas fontes de pesquisa de outras áreas de conhecimento, mas o método adotado neste trabalho é eminentemente analítico-dogmático jurídico, com incursões no direito comparado apenas quando se mostrar relevante para melhor compreensão da previsão normativa brasileira.

Para o desenvolvimento do tema, será adotada como premissa a distinção entre os conceitos jurídico-positivos e os conceitos jurídicos fundamentais, com a finalidade de não se tratar uma discussão que envolve política legislativa como se se tratasse da essência de determinado instituto.

Os conceitos jurídico-positivos se referem a uma realidade determinada no tempo e no espaço, vinculando-se às contingências do direito positivo.<sup>39</sup> Já os conceitos jurídicos fundamentais possuem pretensão de transcendência, não se vinculando a um ordenamento jurídico específico,<sup>40</sup> o que não significa,

---

39. “O conceito jurídico-positivo é construído a partir da observação de uma determinada realidade normativa e, por isso mesmo, apenas a ela é aplicável. Acrescentando que são conceitos contingentes, históricos: descrevem realidades criadas pelo homem em certo lugar, em certo momento. (...) Como se vê, trata-se de conceito que fica submetido às contingências das transformações do Direito positivo. A definição desses objetos variará conforme o tempo e o espaço. Não há, portanto, uma disciplina jurídica única e imutável para esses institutos. Não se pode pretender encontrar, nesses conceitos, elementos invariáveis, que compusessem uma espécie de essência imprescindível do objeto definido” (DIDIER JR. Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 39-40).

40. “O conceito jurídico fundamental (*lógico-jurídico*, jurídico próprio ou categorial) é aquele construído pela filosofia do direito (é uma das tarefas da *epistemologia jurídica*), com a pretensão de auxiliar a compreensão do fenômeno jurídico onde e quando ele ocorra. Tem pretensão de validade universal. Serve aos operadores do direito para a compreensão de qualquer ordenamento jurídico determinado. É, verdadeiramente, um pressuposto indispensável de qualquer contato científico com o direito. É conceito *a priori*, alheio a qualquer experiência jurídica determinada, embora seja produto da experiência jurídica, o que não é paradoxal: não se consegue conceber



contudo, que não recebam influxos culturais e tornem-se, inclusive, obsoletos, porque possuem pretensão de universalidade e não de eternidade.<sup>41</sup>

Embora não se confundam, os conceitos se relacionam, na medida em que não se compreendem os jurídico-positivos sem o conhecimento dos lógico-jurídicos ou fundamentais.<sup>42</sup>

Para os fins deste livro, são exemplos de conceitos jurídicos fundamentais: negócio jurídico, prova e ônus; são exemplos de conceitos jurídico-positivos: distribuição do ônus da prova e o conteúdo normativo de determinado poder do juiz.

Alguns temas essenciais para a estrutura da tese são clássicos, como jurisdição, publicismo e privatismo, fatos processuais, poderes instrutórios, princípio dispositivo, conceito de ônus da prova e natureza jurídica das normas sobre ônus da prova, mas não se encontrará nesta tese uma reconstrução histórica de todos esses temas, cada um deles merecedor, inclusive, de teses próprias. Não se dedicarão, portanto, maiores desenvolvimentos, por exemplo, à evolução histórica do conceito de jurisdição ou às teorias históricas sobre ônus da prova, porque muitos outros autores já o fizeram de forma apropriada – e as referências bibliográficas serão devidamente indicadas – e a simples repetição de tais ideias, sem consulta de novas fontes, conferiria no máximo uma erudição

---

produção do intelecto humano que não tenha por base alguma experiência. A partir da observação do fenômeno jurídico, criam-se esses conceitos, que funcionam como instrumentos indispensáveis à investigação empírica. Não expressam realidades contingenciais criadas pelo homem em dado momento histórico. São conceitos formais, lógicos, que ‘nada adiantam sobre o conteúdo concreto das normas jurídicas’. Porque formais, são invariáveis; variável será o conteúdo normativo a ser extraído dos enunciados normativos do direito positivo” (idem, p. 42-44).

41. “Exatamente porque produzido pelo conhecimento humano, o conceito lógico-jurídico é também um produto cultural. O conceito é formulado a partir da observação do fenômeno jurídico, que também é manifestação cultural. Nada obstante tenha a pretensão de servir à compreensão de qualquer ordenamento jurídico (pretensão universalizante), nasce da observação do direito como fato. Como todo conceito, procede da experiência. (...) A elaboração desse tipo de conceito determina-se pelas contingências do seu tempo: repertório teórico existente, ideologias predominantes, concepções filosóficas prevaletentes, peculiaridades dos objetos investigados, limitações materiais para pesquisa e desenvolvimento do método etc. Tais conceitos são convencionalmente construídos e, exatamente por isso, também por convenção podem ser revistos” (idem, p. 45-46).
42. “Os conceitos lógico-jurídicos têm uma dupla função: servem de base à elaboração dos conceitos jurídico-positivos e auxiliam o operador do direito na tarefa de compreender, interpretar e aplicar o ordenamento jurídico” (idem, p. 49).

ao trabalho de jornalismo doutrinário. Evidentemente, as referências clássicas serão mencionadas, a fim de situar o tema, mas sem reproduzir e descrever exaustivamente os pensamentos que já são e foram competentemente divulgados em trabalhos específicos.

Esta é uma tese sobre um negócio jurídico processual típico e serão utilizadas as referências a discussões clássicas, portanto – que naturalmente permeiam toda e qualquer discussão em teoria processual<sup>43</sup> –, tão somente naquilo em que forem essenciais para compreensão e fundamentação do objeto central do trabalho.

Como estamos em um Estado Constitucional Democrático, o marco teórico do trabalho é exatamente a análise do tema a partir da teoria dos direitos fundamentais, que autoriza e restringe a autonomia privada e também a autonomia pública.

Outro ponto fundamental para o desenvolvimento da tese é a concepção do processo como fenômeno cultural, o que assume especial relevância em matéria probatória.<sup>44</sup>

---

43. Ao estudarmos o presente e mirarmos o futuro, entretanto, nunca poderemos olvidar o passado, sobretudo porque “não há marco zero para o pensamento humano. Característica de uma cultura é o ser transmissível e efetivamente transmitida de geração a geração” (BORGES, José Souto Maior. *O Contraditório no processo judicial*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 9). Prossegue o autor: “por isso a ruptura pressupõe o conhecimento anterior contra o qual ela se insurge, pela introdução de um novo paradigma do conhecimento científico. (...) Pensar, no fundo abissal de onde brota o pensamento, é rememorar: um ato de reconhecimento pelo que de grandioso antes de nós foi pensado. Mas esse reconhecimento não é um mero conhecimento que se restaura e renova; sequer apenas uma comemoração pensante. (...) A hostilidade ao passado é um ato de destruição do presente. Do passado, enquanto nos seus desdobramentos até o tempo presente e suas projeções para o futuro, não é lícito dizer-se que passou ou que ainda não passou. Ele simplesmente não passa: ‘é o que fica do que passou’. Enquanto depositário da grandeza dos primeiros passos, ele secretamente nos governa: nada de novo sob o sol. Mas o presente prepara e antecede todo o futuro. A história das ideias – e pois a história do pensamento jurídico – pode ser representada por uma sucessão de camadas de tradição superpostas umas às outras. A longo prazo será também tradição o que nós – os modernos – pensamos, mas se e somente se digno, esse pensar, de questionamento profundo. Como poderemos esperar reconhecimento das gerações futuras se não somos, nós mesmos, digno do legado de nossos antepassados?” (p. 9-11).

44. CHASE, Oscar G. *Derecho, cultura y ritual: sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Trad. Fernando Martín Diz. Madrid: Marcial Pons, 2011. DAMASKA, Mirjan R. *Il diritto delle prove alla deriva*. Bologna: Mulino, 2003.

Pretende-se, em síntese, responder às seguintes perguntas básicas: 1) a partir da compreensão contemporânea do conceito de jurisdição, como se deve estabelecer a “divisão de trabalhos” entre o juiz e as partes? 2) O protagonismo judicial é inerente ao publicismo processual e é compatível com um modelo processual do Estado Constitucional? 3) Há espaço para atos de disposição processual? 4) Existem negócios processuais? 5) Como se compatibilizam os poderes instrutórios do juiz e a fixação convencional do ônus da prova? 6) Quais os limites e possibilidades das convenções sobre ônus da prova?

Todo o estudo será construído para possibilitar respostas a essas perguntas, que, uma vez respondidas, respaldarão a construção da tese.

Procurar-se-á demonstrar que é compatível com o processo civil brasileiro um campo mais abrangente para a autonomia das partes, não se podendo confundir o publicismo processual com uma curatela exercida pelo juiz, como se as partes não pudessem administrar atos que também lhes dizem respeito.

A realização de negócios processuais constitui, na realidade, uma manifestação de um processo jurisdicional democrático, sem que se vislumbre, com isso, a sacralização do privatismo ou do publicismo; almeja-se, na realidade, a efetiva realização de direitos.

Defende-se, pois, um processo participativo, distante do solipsismo jurisdicional que ainda se encontra, sobretudo no discurso em matéria probatória.

Os limites e possibilidades das convenções sobre ônus probatório concentram a essência do modelo cultural do processo contemporâneo.

Não se pode considerar constitucionalmente adequada uma realidade em que o processo deixa de ser *coisa das partes*<sup>45</sup> e praticamente passa a ser uma *coisa sem partes*, quando, na realidade, deveria ser uma *coisa com partes*.

---

45. Para uma visão do pensamento do processo como coisa das partes, em 1865, TARUFFO. *La giustizia civile in Italia dal' 700 a oggi*. Bologna: Mulino, 1980, p. 128-129 e 142-149). Colhe-se, na p. 188 da referida obra, este excerto que bem revela o pensamento que levou à “reação” publicista: “Il mutamento di indirizzo della dottrina che in questi anni si verifica non discende invero dall'assunzione esplicita di un'ideologia politica diversa da quella liberale, e tanto meno dei principi socialisti, bensì da un'evoluzione che si colloca essenzialmente sul piano della cultura giuridica, e solo indirettamente contiene implicazioni ideologiche. Il centro del problema è rappresentato dalla definizione della natura publicista del processo civile, e dalla definizione del concetto del 'diritto di azione'. (...) In ogni caso, la c. d. 'pubblicizzazione' del processo civile inverte e presuppone di fondo che erano alla base del codice del 1865 e della dottrina ottocentesca: il processo non è più esclusivamente un 'affare delle parti' ma un luogo in cui si esprime l'autorità dello Stato; esso non mira solo alla tutela di interessi

O afirmado nas passagens anteriores não prejudica a ideia de que o processo pode e deve ser um espaço democrático e, na companhia de Ovídio Baptista da Silva, veicula-se “o propósito de assumir uma posição decidida na defesa da jurisdição estatal, como instituição indispensável à prática de um autêntico regime democrático”.<sup>46</sup>

Em relação aos métodos de resolução de conflitos, fala-se que no Brasil prevalece a “cultura da sentença”,<sup>47</sup> mas talvez seja mais adequado falar em uma cultura burocrática ou cultura da estatalidade, no sentido de Estado provedor de todos os serviços públicos essenciais.

Não se pode utilizar como parâmetro, quando se pretende analisar a situação da litigiosidade brasileira, a realidade existente em ilhas de excelência e de exceção, como os centros de mediação existentes em poucas cidades e faculdades e uma assistência jurídica gratuita eficiente. A arbitragem, em um contexto sociocultural como o brasileiro, é uma reserva luxuosa, muitíssimo distante da esmagadora maioria das comarcas brasileiras.

Em regra, tendo em conta que a sociedade brasileira é carente de meios e de informações, temos um país continental desprovido de assistência jurídica em um imenso número de municípios,<sup>48</sup> com comarcas cujas sedes são mui-

---

privati, ma realizza l'interesse pubblico all'amministrazione della giustizia; il perno del processo non è più l'iniziativa delle parti, ma la funzione del giudice. In sintesi, il processo non è più visto come una forma in cui si esplica l'autonomia privata nell'esercizio dei diritti, ma come uno strumento che lo Stato mette a disposizione dei privati in vista dell'attuazione della legge”. E, na p. 191 da mesma obra, uma fundamental observação, mas pouco referida: “Lobbiettivo della polemica di Chiovenda non è l'autonomia privata, né tanto meno la natura privatistica del diritto sostanziale, ma la degenerazione che essa produce in un sistema che a tale autonomia rimette integralmente l'andamento del processo, congegnando quest'ultimo in modo da farne non uno strumento di giustizia, ma un'arma vessatoria a disposizione di chi si giova del formalismo, dei tempi lunghissimi e dei costi elevati del processo”.

46. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. IX.

47. Expressão utilizada por Kazuo Watanabe e muitíssimo reproduzida: *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: YARSELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide de (coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

48. Segundo o III Diagnóstico das Defensorias Públicas do Brasil, divulgado pelo Ministério da Justiça em 2009, metade das Defensorias Públicas estaduais possui apenas quinze anos de instalação formal, sendo que há em torno de cinco mil defensores na ativa em todo o território nacional, com uma média de um defensor para trinta e cinco mil pessoas.

tíssimo distantes das demais cidades que a compõem, não raro sem juízes, defensores e promotores de justiça titulares, com precárias instalações físicas e frequentemente com horários de funcionamento bastante limitados, com um atendimento ao público ineficiente e precário.

Numa situação desse tipo, pensar em meios alternativos de resolução de conflitos é uma imagem remota, ainda que o novo CPC corretamente, no plano normativo, aposte na mediação e na conciliação. Não é necessário contemplar realidades distantes dos grandes centros para se atestar essa penúria assistencial, bastando conferir algumas comarcas no estado do Rio de Janeiro, que, mesmo tendo poucos municípios e contando com um bem estruturado serviço de Defensoria Pública, não possuem um sistema de conciliação e mediação próximo de ser satisfatório.

Em pesquisa divulgada em março de 2013, a Associação Nacional dos Defensores Públicos e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada constataram que faltam defensores públicos em setenta e dois por cento das comarcas brasileiras, ou seja, apenas um quarto das comarcas conta com a prestação desse serviço.<sup>49</sup>

Não se pode prescindir desses dados e dessa realidade quando se trata de questões processuais, porque, entre outras razões, “las formas de solución de conflictos son en gran parte un reflejo de la cultura en la cual se integran; no son un sistema autónomo fundamentalmente producto de expertos y especialistas aislados”.<sup>50</sup>

Nesse contexto, não parece adequado demonstrar um entusiasmo abstrato com a ideologia de alternativas em relação ao Judiciário, quando a própria prestação estatal apresenta tais carências que, necessariamente, refletem-se na ausência de profissionais capacitados para o exercício da mediação e da conciliação extrajudiciais.

Vivemos em uma realidade na qual a busca pelo Judiciário não é só natural como é quase obrigatória para significativa parcela da população.<sup>51</sup>

---

49. A pesquisa está integralmente disponível em: [www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria].

50. CHASE, op. cit. p. 21. Sobre a relação entre a cultura e as alternativas para resolução dos conflitos: TARUFFO. *Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos. Páginas sobre justicia civil*. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009.

51. Interessante observação de Taruffo no sentido de que o incentivo à utilização dos meios alternativos revela uma face “dramaticamente negativa”, por apostar na disfuncionalidade da justiça estatal e apontar para uma “fuga da jurisdição” (Una alternati-

Isso não significa, contudo, que deva haver uma postura resignada da academia e, em uma espécie de conformismo sociológico, ignorar as formas alternativas de resolução de conflitos, não só porque se trata de uma exigência contemporânea,<sup>52</sup> como também porque é uma realidade prática, ainda que em escala menor, além do fato de que a relação entre a doutrina e a cultura é de recíproca influência.<sup>53</sup>

Esta tese cinge-se, portanto, ao consenso das partes que visa a produzir efeitos em um processo jurisdicional, isto é, aposta no acordo tendo em vista o processo jurisdicional estatal, que, em certo sentido, torna-se uma alternativa às alternativas.<sup>54</sup>

Como afirma Michele Taruffo, “dado que la jurisdicción sigue siendo la primera y principal alternativa, las técnicas de mediación y de arbitraje pueden emplearse *en el contexto* de la jurisdicción. En este sentido, hay un espacio amplio para soluciones nuevas, que pongan a los ciudadanos realmente en posición de resolver sus controversias de manera equitativa, legítima y eficiente”.<sup>55</sup>

Evidentemente a penúria estrutural antes retratada afeta toda e qualquer forma de consenso,<sup>56</sup> mas, por ser o processo frequentemente o último refú-

---

va... cit., p. 115-116 e 120). Essa fuga da jurisdição estatal é bem descrita por Paula Costa e Silva: *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra, 2009. p. 19-21.

52. Cf., SILVA, Paula Costa e. *A nova face...* cit.

53. CHASE, op. cit., p. 25 e 185-188. E nem há exclusivamente influência cultural na formação dos modelos de prova, mas também incidem outras tantas influências, como o modo com que se administra a atividade judicial, cabendo registrar que, na evolução histórico-cultural, o que se mostra ultrapassado em dado momento foi uma verdadeira evolução no passado. Nesse sentido, por exemplo, o sistema de provas legais foi uma relevante iniciativa para superar os modelos de provas irracionais (DENTI, Vittorio. *La evolucion...* cit., p. 81-81).

54. TARUFFO. *Una alternativa...* cit., p. 120-125. Trata-se apenas de um jogo retórico, já que não se desconhece que a mediação e a conciliação podem ser obtidas no decorrer do processo – e o novo CPC as disciplina –, ainda que, repita-se, a qualificação exigida para que seja realizada com técnica adequada é bastante precária. Sobre o uso retórico da situação, mas com enfoque diverso sobre o mesmo texto de Taruffo: SILVA, Paula da Costa e. *A nova face...* cit., p. 36.

55. *Idem*, p. 126. Ressalvo discordância com o autor por ele conferir demasiado protagonismo ao juiz na proposição de adaptações procedimentais (p. 124, especialmente).

56. Especificamente sobre a mediação, é esclarecedor o estudo de Fernanda Tartuce: *Mediação nos conflitos civil*. São Paulo: Método, 2008. Confira-se, ainda, a Res. 125 do Conselho Nacional de Justiça, bem como o estudo que a contextualiza: LUCHIARI, Va-

gio da cidadania, com mais razão trata-se de um espaço para que os direitos fundamentais se realizem em sua plenitude, notadamente o exercício de um contraditório efetivo que observe a autonomia das partes.

Este livro, pois, centra-se na análise de um negócio processual típico – mas cujos fundamentos inspiram também os negócios atípicos –, que pode ser realizado antes ou no decorrer de um processo jurisdicional estatal, visando ao estabelecimento de fixação do ônus probatório, revelando a possibilidade de autonomia das partes conviver com os poderes-deveres do juiz, como forma de promover um processo mais eficiente e democrático.

---

leria Ferioli Lagastra. *Mediação judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. O novo CPC dedica os arts. 165/175 também à mediação. Registre-se, porém, que, como qualquer método de resolução de conflitos, a mediação e a conciliação não são alternativas neutras ou essencialmente benevolentes e podem tornar-se espaço para amplificar a desigualdade entre as partes, com a sobreposição do “mais forte” sobre o “mais débil” (TARUFFO. *Uma alternativa...* cit., p. 117). Acerca de um absoluto ceticismo em relação a qualquer modalidade de acordo, incluindo a mediação: FISS, Owen. *Contra o acordo. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Trad. Daniel Silva e Melina Mós. São Paulo: Ed. RT, 2004, passim, sendo que especificamente sobre o “desequilíbrio de poder” nas p. 124-128.