



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO**

**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUIÇÃO, SOCIEDADE E PENSAMENTO**  
**JURÍDICO**

**LARA DOURADO MAPURUNGA PEREIRA**

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS SOBRE PRESUNÇÕES: uma Convenção**  
**Probatória**

**FORTALEZA**  
**2019**

**LARA DOURADO MAPURUNGA PEREIRA**

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS SOBRE PRESUNÇÕES: uma Convenção  
Probatória**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como exigência parcial para a conclusão do curso de Mestrado em Direito.  
Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Orientadora: Profa. Dra. Juliana Cristine Diniz Campos.  
Coorientador: Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral.

FORTALEZA  
2019

**LARA DOURADO MAPURUNGA PEREIRA**

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS SOBRE PRESUNÇÕES: uma Convenção  
Probatória**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como exigência parcial para a conclusão do curso de Mestrado em Direito.  
Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Aprovada em \_\_/\_\_/\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Profª. Dra. Juliana Cristine Diniz Campos (Orientadora)  
Universidade Federal do Ceará – UFC

---

Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral (Coorientador)  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ

---

Profª. Dra. Janaina Soares Noletto Castelo Branco  
Universidade Federal do Ceará – UFC

---

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho  
Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Universitária  
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

---

P492n Pereira, Lara Dourado Mapurunga.  
NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS SOBRE PRESUNÇÕES: : uma Convenção Probatória / Lara  
Dourado Mapurunga Pereira. – 2019.  
154 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-  
Graduação em Direito, Fortaleza, 2019.

Orientação: Profa. Dra. Juliana Cristine Diniz Campos.  
Coorientação: Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral.

1. Convenção Processual. 2. Presunção. 3. Pactos Probatórios. I. Título.

CDD 340

---

*Este trabalho é dedicado às mulheres que lutaram para que hoje eu pudesse ocupar este espaço.*

*Dedico-o também aos meus pais, minha Fortaleza.*

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente e sempre, agradeço a Deus por cuidar de cada detalhe de minha vida, dos acertos e dos erros, das conquistas e dos livramentos. Que as bênçãos pelas quais eu agradeço neste trecho sejam sempre abundantes.

À minha família, graça divina em minha vida, que apoia qualquer empreitada que eu decido enfrentar, sempre com palavras de apoio e encorajamento. Sem o seu amor, companhia, afeto e cuidado, não haveria qualquer conquista a ser comemorada. Amo vocês! Obrigada Mamãe, Papai e Lucas.

Ao Davi, meu companheiro e a pessoa que mais me auxiliou na confecção deste trabalho. Primeiro, porque se você não tivesse levantado a hipótese de cursar mestrado, eu provavelmente não teria tido a mesma ideia neste período da minha vida. Confesso que te imitei. Segundo, porque se você não tivesse lido cada palavra que foi escrita e não tivesse fornecido sugestões imprescindíveis, especialmente na seara do Direito Civil, provavelmente o trabalho contaria com erros imperdoáveis. Terceiro, sem as suas palavras de incentivo e valorização da minha capacidade, talvez me tivessem faltado forças para concluir este desafio. Por isso, e por todas as outras coisas, sou-lhe grata. Te amo!

Aos meus orientadores Professora Juliana Diniz e Professor Antonio do Passo Cabral. Minha relação com a professora Juliana vem desde a graduação, momento no qual pude ser sua monitora e atestar sua vocação para a sala de aula. Seu modo de ensinar, leve e atencioso, assim como a sua respeitosa e prestativa orientação, são características com as quais todo professor deve contar.

A primeira vez que ouvi falar em Antonio do Passo Cabral foi em um encontro do Grupo de Estudos em Direito Processual Civil, cujo facilitador era o amigo Daniel Miranda, que listou uma série de processualistas para cujas obras deveríamos atentar. Desde então, pude ter acesso aos escritos do professor, e me encantei com suas ideias. Mal sabia eu que a mente por trás daqueles pensamentos seria um dos meus orientadores de mestrado no futuro. E que orientação!

O prof. Antonio, além da sua inteligência fora do comum, possui uma característica essencial para todos aqueles que pretendem guiar pesquisadores: empatia. Ele faz cada orientando se sentir importante (inclusive agregando-os, para que se ajudem mutuamente), analisa os escritos minuciosamente e faz as críticas devidas, nunca para repreender o pesquisador, mas sim para ajudá-lo a tornar a pesquisa a melhor possível. Mesmo sendo de uma universidade e de um estado diverso, o professor me acolheu como se aluna da UERJ eu fosse e por isso eu lhe sou penhoradamente grata.

Aos demais membros da banca examinadora, Professor Juraci Mourão e Professora Janaína Noletto. O professor Juraci acolheu-me maravilhosamente no Mestrado da Unichristus, dando-me a oportunidade de cursar a disciplina (Teoria dos Precedentes) em que mais aprendi durante esses dois anos, e participou, com ótimas sugestões, do exame de qualificação da presente dissertação. Sua presença nesta banca é para mim uma grande honra e também consequência da profícua relação que construímos durante o período. Janaina, por sua vez, passou de professora a amiga, além de colega de PPGD (escrevemos vários artigos em coautoria durante o mestrado). Ter sua amizade e sua presença neste momento são privilégios inenarráveis.

Ao excelentes professores do PPGD-UFC, pelos conselhos, momentos e ensinamentos: Hugo de Brito Machado Segundo, Maria Vital, Raquel Ramos Machado, João Luís Nogueira Matias e Gustavo César Machado Cabral.

Aos amigos feitos no Programa de Pós-Graduação em Direito: Aécio, Arthur, Carol Mesquita, Carol Farias, Débora, Delmiro, Eulália, Fernanda, Holanda, Heitor, Isabelly, Marcelo, João Victor, Liliane, Mayara, Mayna, Rebeca, Sarah e Thanderson. Só eles sabem tudo pelo que passamos nesses dois anos. Devo agradecimentos em especial a Lara Teles e Laura Matos, grandes amigas com as quais a vida e o Mestrado me presentearam. Nosso encontro foi essencial.

Aos amigos que apoiaram e incentivaram a empreitada de cursar o Mestrado: Caio Farias, Luana Andrade, Caio Camurça, João Luís Filho, Fernanda Vogt, Julia Lipiani, Pedro Telles, Carol Matos, Bruno Massoud, Gabriel Diogo, Jáder Figueiredo, Brena Bonfim, Sabrina Cochrane e Natália Aglantzakis. Ao amigo Gabriel Pires, agradeço especialmente pelo auxílio na logística da entrega do trabalho impresso ao professor Antonio. À Marcia, cuja presença no dia-a-dia trazia necessária companhia durante o longo período de estudos e escrita.

Aos amigos do Municipal – Amanda, Carol, Ésio, Felipe, Gustavo, Ingrid, Jairo, Marina, Rosane, Sarah e Thaís – que vêm tornando a vida mais leve há 5 anos. Não foi diferente durante esta etapa.

À Biblioteca da Universidade de São Paulo (USP) pelo fornecimento de subsídios imprescindíveis para que fosse completado o trabalho. Pela ajuda na pesquisa bibliográfica e revisão dos originais, agradeço a Daniel Teles Barbosa, Ravi Peixoto e Isabelly Cysne. À amiga Andrea Macêdo, pela revisão do *abstract*.

Aos 28 alunos que tive a oportunidade de avaliar quando convidada para compor suas bancas de trabalho de conclusão de curso, no Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7) e na Universidade Federal do Ceará (UFC) e aos alunos da disciplina de sucessões da Professora Maria Vital na UFC, na qual realizei estágio à docência. Com a ajuda de vocês, pude sentir a

materialização da vertente da docência no mestrado. Ao Professor Felipe Barroso, pelo convite para participar das referidas bancas na UNI7.

Finalmente, gostaria de agradecer ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará e à CAPES, pelo apoio financeiro durante o meu segundo ano de Mestrado.

*Reze e trabalhe, fazendo de conta que esta vida é um dia de capina com sol quente, que às vezes custa muito a passar, mas que sempre passa. E você ainda pode ter um muito pedaço bom de alegria (...) Cada um tem a sua hora e a sua vez: você há de ter a sua.*

João Guimarães Rosa

## RESUMO

PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios processuais sobre presunções: uma convenção probatória*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019.

O presente trabalho trata da temática dos negócios jurídicos processuais de cunho probatório, em específico, o negócio processual acerca das presunções, aferindo-se a possibilidade de criá-las (presunção de origem convencional) e também de derrogar presunções já existentes, sendo estudadas também as hipóteses de utilização das convenções sobre presunções. Para tanto, a pesquisa foi dividida em três capítulos, abordando inicialmente as presunções de forma geral, de forma a estabelecer um conjunto de premissas necessário para analisar as convenções processuais cujo objeto é a presunção. Assim, determinou-se sua natureza jurídica, e foi realizada uma análise sob o prisma epistemológico e classificação de acordo com a fonte de produção e a força probante. A seguir, na segunda parte do estudo, analisaram-se aspectos relativos aos negócios processuais, como seu conceito, as normas fundamentais que lhe são aplicadas, os limites que os balizam e a vinculação do juiz ao que é negociado pelas partes. Ainda, tratou-se pormenorizadamente das convenções probatórias, estabelecendo-se que constituem negócios processuais e que são admissíveis no ordenamento brasileiro. Por fim, o último capítulo visou discutir a natureza processual das presunções, os aspectos que configuram as convenções sobre presunções e propuseram-se critérios para a criação de presunções de origem negocial. Além disso, aferiu-se a possibilidade de se derrogar presunções já existentes. A metodologia utilizada foi de natureza eminentemente qualitativa, tendo-se realizado o trabalho mediante investigação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica, com via exploratória, descritiva, explicativa e propositiva. Concluiu-se que a convenção cujo o objeto é a presunção possui natureza obrigacional e se configura como um tipo de convenção probatória.

Palavras-chave: Convenção Processual; Presunção; Pactos Probatórios.

## ABSTRACT

PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Procedural covenant about presumptions: a pact that alter the rules of evidence*. 2019. Dissertation (Master's in Law) – Law School, Federal University of Ceará, Fortaleza, 2019.

This paper aims to address the pacts that alter the rules of evidence specifically the one concerning presumptions, measuring the possibility of their creation (presumption of conventional origin) as well as of derogation of already existing presumptions, while also studying the cases of use of the procedural covenants about presumptions. To that end, the research was divided into three chapters, initially discussing presumptions under a more generic approach, in order to establish a set of premises necessary for the analysis of the procedural covenants about presumptions. Thus, the legal nature of the presumptions was determined, an analysis of presumptions was made under an epistemological prism, and presumptions were classified according to its generating source and probative value. Later, in the second part of the paper, aspects relating to procedural contracts were analyzed: their concept; the fundamental norms applied to the institute; the limits that must be observed in order to negotiate the procedure; and the binding of the judge to what is negotiated by the parties. Moreover, the covenants that alter the rules of evidence have been thoroughly studied, which lead to the conclusion that they are to be included in the category of procedural contracts and that they are admissible in the Brazilian legal framework. At last, the final chapter aimed to discuss the procedural nature of presumptions, the aspects that constitute the procedural covenants about presumptions and to suggest criteria for the creation of conventional presumptions of negotiating origin. The possibility of derogation of already existing presumptions was also appraised. The methodology applied was one of an eminently qualitative nature, and the research was carried out through indirect investigation, through a bibliographic research, with an exploratory, descriptive, explanatory and propositive approach/bias. It has been concluded that the procedural covenant about presumptions has an obligational character and is included in the list of covenants that alter the rules of evidence.

Keywords: Presumption; Contract procedure; Pacts that alter the rules of evidence.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>14</b>
<b>CAPÍTULO 1: PRESUNÇÕES</b> .....	<b>20</b>
<b>1.1 Premissas necessárias ao estudo das presunções</b> .....	<b>20</b>
<b>1.1.1 Prova: Definição, Objeto e Sentido</b> .....	<b>20</b>
<b>1.1.2 Natureza jurídica das presunções</b> .....	<b>28</b>
1.1.2.1 Presunção é prova?.....	28
1.1.2.2 Presunção é indício?.....	30
1.1.2.3 Presunção é máxima de experiência?.....	31
<b>1.2 Conceito proposto de presunção</b> .....	<b>34</b>
<b>1.3 Análise das presunções sob o prisma epistemológico</b> .....	<b>37</b>
<b>1.4 O raciocínio para a construção da presunção</b> .....	<b>38</b>
<b>1.5 Classificações: fonte de produção e força probante</b> .....	<b>41</b>
<b>1.5.1 Presunções simples e legais</b> .....	<b>41</b>
1.5.1.1 Presunção Legal .....	43
1.5.1.2 Presunção Hominis.....	45
1.5.1.2.1 Presunção Judicial .....	46
<b>1.5.2 Força probante</b> .....	<b>47</b>
1.5.2.1 Presunção Relativa .....	48
1.5.2.2 Presunção Absoluta .....	53
1.5.2.2.1 Presunção absoluta é ficção jurídica?.....	60
<b>CAPÍTULO 2: CONVENÇÃO PROCESSUAL E CONVENÇÃO PROBATÓRIA</b> .....	<b>65</b>
<b>2.1 Conceito de Negócio Processual</b> .....	<b>65</b>
<b>2.2 Principais Normas Fundamentais aplicáveis aos negócios processuais</b> .....	<b>71</b>
<b>2.3 Requisitos de validade dos negócios jurídicos processuais</b> .....	<b>82</b>
<b>2.4 Vinculação do Juiz às negociações processuais</b> .....	<b>88</b>
<b>2.5 Negócios processuais no âmbito probatório</b> .....	<b>93</b>
<b>2.5.1 A Natureza das Normas sobre Prova</b> .....	<b>93</b>
<b>2.5.2 Admissibilidade dos pactos sobre prova</b> .....	<b>96</b>
<b>2.5.3 Complexidade do gênero: os tipos de convenção probatória</b> .....	<b>99</b>
2.5.3.1 Negócios processuais probatórios acerca dos meios e das fontes de prova ...	100
2.5.3.2 Negócios processuais probatórios acerca do procedimento de produção de prova.....	104
2.5.3.3 Negócios processuais probatórios acerca do ônus da prova .....	106
2.5.3.4 Negócios processuais probatórios acerca dos poderes instrutórios judiciais .	108
<b>CAPÍTULO 3: PRESUNÇÃO CONVENCIONAL</b> .....	<b>112</b>
<b>3.1 Presunção: situação jurídica ou aspecto do procedimento?</b> .....	<b>112</b>
<b>3.2 O que configura a convenção sobre presunções?</b> .....	<b>117</b>
<b>3.2.1 Convenção obrigacional ou dispositiva?</b> .....	<b>118</b>
<b>3.2.2 Convenção probatória?</b> .....	<b>119</b>
<b>3.3 Presunção de origem negocial</b> .....	<b>120</b>
<b>3.4 Derrogação de presunções preexistentes pela via negocial</b> .....	<b>123</b>

<b>3.5 Hipóteses de Utilização das Presunções Negociais .....</b>	<b>126</b>
<b><i>3.5.1 Por que e para que utilizar presunções? .....</i></b>	<b>126</b>
<b><i>3.5.2 Fatores que limitam o uso das presunções .....</i></b>	<b>129</b>
<b><i>3.5.3 Casuística: exemplos de presunções convencionais .....</i></b>	<b>131</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>133</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>137</b>

## INTRODUÇÃO

A dicotomia privatismo *versus* publicismo é questão que permeia qualquer estudo que trata da negociação processual. Isso ocorre pois, prevalecendo uma ou outra visão, possibilita-se ou não a atividade consensual, com o objetivo de regrar o procedimento ou certas situações jurídicas processuais que são caras às partes.

Ambos os modelos processuais – que possuem origem na tradição ocidental, sob influência do iluminismo<sup>1</sup> – diferenciam-se especialmente pela forma de divisão do trabalho entre o juiz e as partes.

Inicialmente, sob a influência do Estado Liberal, prevaleceu o modelo privatista, chamado de adversarial ou isonômico, possuindo como premissas a igualdade meramente formal entre as partes, a predominância dos litigantes na regência da marcha processual e a postura passiva do juiz – de forma a preservar a sua imparcialidade –, o qual se limitava a decidir o litígio após a apresentação dos argumentos e provas pelas partes, constatando-se verdadeiro *laissez-faire* processual<sup>2</sup>.

Ao contrário do que se possa imaginar, naquele contexto não se verificava um terreno fértil para a flexibilização procedimental, pois, à época, entendia-se a rigidez do procedimento como ferramenta de proteção dos próprios litigantes contra o arbítrio e eventuais ingerências estatais. A obediência ao procedimento legal possibilitaria a manutenção do protagonismo dos cidadãos (ao invés do Estado, representado pelo magistrado) em âmbito processual, assim, não lhes seria facultado (e também não lhes interessaria) promover mudanças à situação posta<sup>3</sup>.

Posteriormente, especialmente com o advento do Estado Social de Direito, incrementou-se a participação estatal na vida dos cidadãos. No âmbito processual, esse incremento se deu com a intensificação da participação do juiz na condução do processo, que não mais poderia se portar como simples observador e mero fiscal da atividade dos litigantes<sup>4</sup>. Assim, o modelo inquisitivo caracteriza-se pela presença do Estado-juiz de forma mais contundente, com a expansão de seus poderes, especialmente os instrutórios, e pelo uso mais intenso de cláusulas

---

<sup>1</sup> DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação processual. In: DIDIER JR, Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 8, p. 345. Para um recorte histórico acerca de ambos os modelos, cf. FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios processuais no modelo constitucional de processo*. Salvador: Juspodivm, 2016, caps. IV-V.

<sup>2</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 70-85.

<sup>3</sup> FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios processuais no modelo constitucional de processo*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 121.

<sup>4</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: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 51.

gerais, as quais também configuram forma de elevar o poder estatal no processo, já que sua aplicação depende especialmente da criatividade judicial<sup>5</sup>.

As principais críticas a ambas as formas de condução do processo surgem quando estas se expressam de forma hiperbólica. Em uma sistemática excessivamente publicista (hiperpublicismo), em que a lei constitui a única fonte normativa e o Estado-juiz domina por completo o procedimento, praticamente mina-se qualquer manifestação de autorregramento. Em seu turno, um contexto demasiado privatista, em que o juiz resta inerte (um “convidado de pedra”, conforme Taruffo<sup>6</sup>), sob pena de comprometimento de sua imparcialidade, sendo a iniciativa e condução do processo de total responsabilidade das partes não demonstra, ao menos *a priori*, recepcionar o devido processo constitucional, que pressupõe uma igualdade material entre as partes.

Como contraponto aos dois modelos já apresentados, o modelo cooperativo surgiu na Alemanha objetivando compatibilizar os princípios dispositivo e inquisitivo, havendo uma mudança da concepção do fenômeno processual, que passa a levar em consideração a efetividade do diálogo, o qual deve ser aberto e flexível, para que as partes realizem suas escolhas de modo adequado<sup>7</sup>.

Hoje, no Brasil, entende-se<sup>8</sup> – e o argumento ganhou ainda mais força em razão da positivação dos ditames do art. 6º do CPC<sup>9</sup> – que há a prevalência do modelo cooperativo de processo, que se organiza de modo a evitar que haja protagonismos na atividade processual e

---

<sup>5</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 133-139.

<sup>6</sup> TARUFFO, Michele. *Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana*. Padova: Cedam, 1979, p. 130-131.

<sup>7</sup> KOICHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationsmaxime). In: DIDIER JR, Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 8, p. 342.

<sup>8</sup> Autores como Fredie Didier Jr., Daniel Mitidero, Lorena Barreiros, , Humberto Theodoro Jr., Alexandre Bahia, Dierle Nunes e Flávio Pedron, Erik Navarro Wolkart e Guilherme Hartmann. defendem que o processo brasileiro é regido de acordo com o modelo cooperativo. DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação processual. In: DIDIER JR, Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 8, p. 350. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 100. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 223. THEODORO JR., Humberto *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 81-82. WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro*. 2018. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018, p. 217. HARTMANN, Guilherme Kronenberg. *Processo colaborativo: atuação laboriosa dos sujeitos processuais*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 16. Rafael Auilo, em seu turno, entende que no ordenamento brasileiro conjugam-se regras tanto do modelo inquisitivo quanto do cooperativo, sinalizando que a modificação legal não é suficiente para se considerar que o processo brasileiro adota o modelo cooperativo, já que a mudança de comportamento na sede forense é que seria mais relevante para constatar ou não esta transformação. AUILO, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de processo no novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 46-47.

<sup>9</sup> CPC, Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

busca a formação de uma comunidade de trabalho policêntrica e coparticipativa<sup>10</sup>. Nesse contexto, somente pode restar assimétrica a fase decisória, que é de responsabilidade exclusiva do juiz<sup>11</sup>. O que diferencia esse modelo dos demais é o fato de que a direção do processo possui viés simétrico, compartilhada entre partes e juiz, enquanto que nas outras sistemáticas, essa função é relegada a um ou às outras, de forma exclusiva. É este o modelo ideal para um Estado Democrático de Direito<sup>12</sup>.

Não se pode olvidar, entretanto, o caráter predominantemente público que permeia o processo no contexto brasileiro, sendo o exercício da jurisdição, em regra<sup>13</sup>, função estatal<sup>14</sup>. O publicismo não se confunde com o autoritarismo, pois o caráter público do processo disciplina e confere legitimidade ao exercício da jurisdição<sup>15</sup>. Assim, as convenções processuais não desnaturam essa condição, e, em verdade, apenas balanceiam os arroubos de hiperpublicismo, pois não eliminam os poderes do juiz, mas sim os reduzem em razão da atuação convencional legítima das partes<sup>16</sup>.

Apesar disso, podem ser levantados alguns obstáculos enfrentados pela negociação processual, como a aparente qualidade inferior da solução negociada quando comparada à decisão judicial estatal; a ideia de que a possibilidade de cooperação seria uma romantização, já que se tratariam de interesses contrapostos em litígio; a possibilidade de mercantilização do processo; e a desordem sistêmica causada pela impossibilidade de o cartório judiciário lidar, de forma concomitante, com os diferentes procedimentos negociados em processos diversos.

---

<sup>10</sup> NUNES, Dierle. What's left of Klein? Procedural reforms: statism or privatism? For a co-participative model on the new Brazilian CPC. *Civil Procedure Review*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 3, p. 35-52, sept./dec. 2015, p. 49-52.

<sup>11</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 99.

<sup>12</sup> “(...) o magistrado, numa democracia, nem é o deus que alguns ingenuamente pensam que são, nem monarcas soberbos ou semideuses que olham de cima para baixo, com desprezo ou piedade, o restante dos mortais. Nem os senhores absolutos, que muitos desejam ser, mas um servidor indispensável e qualificado a quem se defere a delicada, difícil e desafiadora função de garantir um máximo de segurança para os integrantes do grupo social no avaliarem as consequências dos conflitos em que se envolverem, buscando sempre e incansavelmente lograr o máximo de coerência entre as expectativas que o direito positivo colocou para os que interagem na sociedade e as soluções que lhes darão, quando fracassarem as instituições sociais nessa tarefa.” CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Ensaios e artigos*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2, p. 38.

<sup>13</sup> A decisão arbitral, por contar com a imutabilidade da coisa julgada, torna a arbitragem, além de equivalente jurisdicional, “propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de autorregramento (autonomia privada). DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 172.

<sup>14</sup> “O Estado Moderno assumiu para si o papel de legislar e, como consequência, assumiu para si também o papel de aplicar o Direito por ele criado, extinguindo as legislações paraestatais e a fragmentação jurisdicional. Daí falar-se no Brasil que a jurisdição é uma porque é um poder, uma atividade e uma função do Estado, que é, também ele, centro de poder *uno*”. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *A Disponibilidade Processual: os interesses privados das partes diante da natureza pública do processo*. 2018. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018, p. 136-137.

<sup>15</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. *A Disponibilidade Processual: os interesses privados das partes diante da natureza pública do processo*. 2018. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018, p. 141.

<sup>16</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 137.

Porém, esses argumentos parecem mais se tratar de meras inconveniências, as quais ressaltam, sobretudo, desvantagens dos negócios processuais, em detrimento de efetivas causas de inadmissibilidade<sup>17</sup>.

Vale ressaltar que, hodiernamente, a autonomia da vontade e a consensualidade vêm se demonstrando em outros ramos do Direito, inclusive o Penal – direito público por excelência, em razão da titularidade exclusiva do *ius puniendi* pelo Estado. Exemplos mencionáveis são a transação penal (art. 76, Lei nº 9.099/95)<sup>18</sup>, a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº 9.099/95)<sup>19</sup>, o acordo de não-persecução penal (art. 18 da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público)<sup>20</sup>, além da colaboração premiada, que pode configurar negócio jurídico processual<sup>21</sup>. Essa consensualidade em âmbito penal legitima-se em razão dos princípios da dignidade da pessoa humana e razoável duração do processo, buscando-se equilibrar a tutela dos interesses individuais do acusado com a efetividade da defesa social<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> Todos os argumentos listados foram também rebatidos por Antonio Cabral. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 182-216.

<sup>18</sup> Lei nº 9.099/95, Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. §1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. §2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. §3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz. §4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. §5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei. § 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

<sup>19</sup> Lei nº 9.099/95, Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). §1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de freqüentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. §2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. §3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano. §4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta. §5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade. §6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo. §7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

<sup>20</sup> Cf. BARROS, Francisco Dirceu. ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do acordo de não-persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches *et al* (coord.). *Acordo de Não Persecução Penal: resolução 181/2017 do CNMP*, com alterações feitas pela Res. 183/2018. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

<sup>21</sup> DIDIER JR., Fredie. BONFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 161.

<sup>22</sup> ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça Penal Consensual*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 63.

Não se justifica, então, o argumento de que haveria impedimento para que a convencionalidade seja fato gerador de modificações sobre aspectos do procedimento ou situações processuais em um processo de natureza cível simplesmente em razão do caráter público do processo.

Além disso, com o advento do CPC de 2015, foi prevista uma cláusula geral de convencionalidade processual (art. 190<sup>23</sup>), que possibilita aos litigantes convencionar sobre aspectos do procedimento ou sobre suas situações processuais, o que alarga sua capacidade de autorregramento no contexto processual, já que autoriza expressamente a existência de convenções atípicas.

Introduzido o contexto da negociação processual no Brasil hodiernamente, delimita-se o objeto precípua do trabalho, qual seja, as convenções probatórias e, mais especificamente, a convenção processual que tem as presunções como objeto.

O tema se mostra relevante especialmente em razão dos questionamentos que evoca: é possível utilizar presunções de origem convencional? Podem-se derogar presunções já existentes por força de convenção processual? Em que hipóteses caberia a utilização desse instituto?

Assim, dividiu-se a pesquisa em três capítulos, os dois primeiros com o objetivo de estabelecer as premissas necessárias para tratar do tema central da pesquisa e o último visando a explicar, descrever e explorar as convenções processuais probatórias que tem como objeto as presunções.

Na primeira parte, visa-se a estabelecer a natureza jurídica das presunções – promovendo-se o confronto desta categoria com outros institutos jurídicos, como a prova, o indício e a máxima de experiência –, realizar sua análise sob um prisma epistemológico e introduzir as classificações da categoria, tanto de acordo com a fonte de produção quanto relativamente à força probante.

A seguir, o segundo trecho da pesquisa objetiva analisar aspectos relativos aos negócios processuais, como seu conceito, as normas fundamentais que lhe são aplicadas, os limites que os balizam e a vinculação do juiz ao que é negociado pelas partes. Além disso, intenciona, ainda, tratar pormenorizadamente das convenções probatórias, buscando verificar se constituem negócios processuais e se são admissíveis no ordenamento brasileiro.

---

<sup>23</sup> Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Enfim, o terceiro capítulo destina-se a discutir a natureza processual das presunções, os aspectos que configuram a convenção sobre presunções, a propor critérios para a criação de presunções de origem negocial e a aferir a possibilidade de se derogarem presunções já existentes.

Para tanto, a metodologia utilizada foi de natureza eminentemente qualitativa, tendo-se realizado o trabalho mediante investigação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica, com via exploratória, descritiva, explicativa e propositiva.

## CAPÍTULO 1: PRESUNÇÕES

O capítulo tratará das presunções, com o estudo de sua natureza jurídica, do raciocínio que permite sua construção, de suas classificações e das suas distinções com relação a categorias assemelhadas, como as ficções, indícios e máximas de experiência. Este primeiro passo é importante, pois fixará as premissas necessárias para uma melhor compreensão do objeto da convenção processual apreciada no presente trabalho.

Os vestígios iniciais<sup>24</sup> de uma teoria das presunções encontram-se nos direitos hebraico, indiano e persa<sup>25</sup>, tendo havido também utilização destacada pelos romanos<sup>26</sup>. Além disso, estudos sobre a matéria foram realizados pelos visigodos (Código Visigótico); mais posteriormente, durante a Idade Média (Livro *Flores de las Leyes*); e, ainda, no direito canônico<sup>27</sup>.

### 1.1 Premissas necessárias ao estudo das presunções

Para uma compreensão pormenorizada do tema das presunções, faz-se necessário o desenvolvimento de algumas premissas, como o seu conceito, o seu sentido e seu objeto. Neste tópico, também exploram-se institutos correlatos às presunções, mas que com elas não se confundem, para se chegar, por exclusão, ao conceito de presunção.

#### 1.1.1 Prova: Definição, Objeto e Sentido

O estabelecimento de um conceito de prova se faz relevante pois, com ele, será possível perquirir se as presunções fazem parte dessa categoria ou se compõem uma espécie diversa,

---

<sup>24</sup> Também discorreram sobre o histórico da teoria das presunções: FLECK, Gabriela Grings. As Presunções e Ficções no Direito Tributário. *Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito PPGDir*, Porto Alegre, v.4, n. 7, p. 491–518, 2003. MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. A presunção no direito, especialmente no Direito Civil. In: MENDES, Gilmar Ferreira. STOCO, Rui (org.). *Doutrinas Essenciais: Direito Civil, Parte Geral: prescrição, decadência e prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5, p. 1328-1329. RAMPONI, Lamberto. *La teoria generale de presunzioni nel diritto civile italiano*. Torino: Fratelli Bocca, 1890, p. 69-71. DECOTTIGNIES, Roger. *Les présomption em droit privé*. Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950, p. 28-40.

<sup>25</sup> COVELLO, Sergio Carlos. *A presunção em matéria civil*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 5-7.

<sup>26</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 79, 1984, p. 194.

<sup>27</sup> SURGIK, Aloísio. Da presunção absoluta e relativa na teoria da prova. in: MENDES, Gilmar Ferreira. STOCO, Rui (org.). *Doutrinas Essenciais: Direito Civil, Parte Geral: prescrição, decadência e prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5, p. 730-731, 735.

aspecto essencial para que se possa analisar se os negócios processuais acerca das presunções estão compreendidos ou não na categoria dos negócios processuais probatórios.

O vocábulo prova possui a característica de ser plurívoco, podendo significar atividade (“formação de um convencimento a respeito da veracidade de uma afirmação sobre fatos”), meio (os elementos – por exemplo: testemunho e laudo pericial – utilizados na formação do convencimento) e resultado<sup>28</sup>, que corresponde à fundamentação que sustenta a crença na veracidade de uma afirmação sobre um fato<sup>29</sup>.

A prova destina-se tanto ao juiz, que formará seu convencimento analisando o conjunto probatório trazido aos autos, quanto às partes, para as quais as provas correspondem a 1) mecanismo utilizado para aferir tanto “quão bom é o direito” para ingressar com uma ação judicial, quanto a probabilidade de êxito nesse eventual processo; 2) instrumentos que possibilitam o exercício da ampla defesa processual. Com efeito, o direito de se defender provando está inserido dentro do devido processo legal. Greco leciona que é direito das partes ter produzidas (e discutidas em contraditório) todas as provas necessárias ou úteis para demonstrar suas alegações<sup>30</sup>.

Quanto ao objeto da prova, em verdade, não são os fatos em si, mas as alegações acerca dos fatos potencialmente ocorridos<sup>31</sup>, sendo estas submetidas à instrução probatória. Isso se dá pela impossibilidade de reprodução completa dos fatos em âmbito processual, sendo viável ao juiz apenas a apreciação do que é trazido ao processo pelas partes, já que o julgador, muito provavelmente, não estava presente durante a ocorrência que culminou no litígio. Para serem tema de prova (*thema probandum*), ou seja, para que exista a necessidade de serem efetivamente provadas, tais afirmações sobre fatos devem ter pertinência com as alegações que estão controvertidas<sup>32</sup>, sendo desnecessária a instrução probatória acerca de alegações de fatos

---

<sup>28</sup> Didier Jr., Braga e Oliveira afirmam que a prova como atividade teria sentido objetivo, enquanto que a prova como resultado, ou seja “a convicção que as provas produzidas no processo geram no íntimo do julgador”, possuiria sentido subjetivo. DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 2, p. 39.

<sup>29</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Os poderes instrutórios do juiz no Novo CPC. In: MÂCEDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. *Novo CPC Doutrina Seleccionada: processo de conhecimento – provas*. Salvador: Juspodivm, 2015, v.3, p. 257-258.

<sup>30</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: processo de conhecimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 2, p. 107.

<sup>31</sup> “En este sentido, justo es reconocer que objeto de la prueba no son los hechos sino las afirmaciones, las cuales no se conocen pero se comprueban, mientras que aquéllos no se comprueban, sino que se conocen”. CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Apêndice de Giacomo P. Augenti. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982, p. 40.

<sup>32</sup> ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – institutos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. 2, t. 2, p. 86. O CPC aponta, em seu art. 374, os fatos que não estão sujeitos a prova: CPC, Art. 374. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

incontroversos<sup>33</sup>, impertinentes ou irrelevantes para a resolução da lide em juízo ou que venha ser trazida a apreciação do Judiciário (no caso de ação para produção antecipada de prova).

O conceito de verdade, por ser este vocábulo considerado uma “palavra viajante”<sup>34</sup>, muda de acordo com o contexto analisado, tendo tido diversos significados ao longo da história. Tal conceito, ainda, não se restringe ao âmbito jurídico, perpassando o conhecimento científico e também a epistemologia, dentre outras áreas do conhecimento.

Michele Taruffo traz um apanhado acerca das teorias relativas à verdade, sinalizando que há aqueles os quais possuem uma concepção negativista do conceito, havendo uma verdadeira “verifobia”, ou seja, atitudes que, de forma mais ou menos aberta e consciente, são contrárias a qualquer discurso que reconheça significado e valor a verdade, negando sucessivamente a existência, a possibilidade, a oportunidade de buscá-la, a eventualidade de descobri-la em qualquer contexto<sup>35</sup>.

Entre essas formas de negar valor a verdade, pode-se mencionar a impossibilidade teórica, segundo a qual não seria possível encontrar a verdade em qualquer área do conhecimento. Demonstra-se um ceticismo filosófico radical que exclui a possibilidade de haver cognoscibilidade da realidade. É encontrada no pensamento dos irracionalistas e também na versão mais radical do realismo jurídico norte-americano<sup>36</sup>.

Na impossibilidade ideológica, indica-se que o escopo do processo não seria perseguir a verdade a qualquer custo, mas servir como instrumento de resolução de conflitos<sup>37</sup>. O processo configuraria espaço no qual seria preservada a autonomia das partes, em um modelo dispositivo, que seria preponderante com relação aos fins cognoscitivos ou científicos. Taruffo refuta o entendimento de que haveria incompatibilidade entre o modelo dispositivo e a busca da verdade, defendendo um modelo que incluiria essas duas características, para que se possa solucionar a lide da forma mais justa possível<sup>38</sup>.

Enfim, a impossibilidade prática de buscar a verdade durante um processo judicial se daria pela falta de tempo e também de instrumentos suficientes para atingir este fim, sendo o conhecimento dos fatos limitado pela necessidade de duração razoável do processo e de

---

<sup>33</sup> Ressalta-se que deduzir pretensão ou defesa contra fato incontroverso configura litigância de má-fé. CPC, Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expreso de lei ou fato incontroverso;

<sup>34</sup> GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 144.

<sup>35</sup> TARUFFO, Michele. La verdade en el Proceso. *Derecho y Sociedad*, n. 40, p. 239-248, 2013, p. 240.

<sup>36</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción: Jordi Ferrer Beltrán. 3. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 28-36.

<sup>37</sup> Candido Dinamarco trata a “pacificação com justiça”, junto da educação, como escopos sociais do processo. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.188-197.

<sup>38</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción: Jordi Ferrer Beltrán. 3. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 37-44.

obediência aos limites impostos pela coisa julgada<sup>39</sup>. Nesse contexto, o trabalho do juiz se assemelharia bastante ao do historiador, porque ambos realizam uma reconstrução histórica dos fatos<sup>40</sup>. Porém o juiz, diferentemente do historiador, não pode constantemente revisitar as alegações de fatos anteriormente analisadas, em razão da necessidade de se dar um fim à lide e de obediência ao sistema de estabilidades imposto pelo ordenamento processual brasileiro.

Há também teorias que afirmam a viabilidade de se atingir a verdade. Taruffo promove um contraponto às impossibilidades anteriormente listadas, afirmando haver possibilidade teórica, ideológica e prática de se alcançar a verdade<sup>41</sup>.

Ressalta-se, contudo, a impossibilidade de se chegar a uma verdade absoluta. Para que isso ocorra, é necessário que haja certeza de que certo acontecimento se passou de determinada forma, com exclusão de qualquer outra possibilidade, o que está fora dos limites humanos<sup>42</sup>. Por isso, se faz irrelevante a antiga demarcação entre verdade formal (concernente ao processo civil) e material (relativa ao processo penal)<sup>43</sup>. A verdade obtida em âmbito processual consiste, na realidade, na maior aproximação possível<sup>44</sup>, por meio das provas acostadas aos autos, dos fatos que ensejaram a propositura da ação. Segundo as teorias da verdade que serão aqui analisadas sob o prisma da relatividade, essa aproximação pode se dar por coerência, consenso ou correspondência<sup>45</sup>.

A teoria da coerência indica que “a verdade de um enunciado de fato é somente função da coerência de um enunciado específico em um contexto de vários enunciados”<sup>46</sup>. Portanto, a verdade relaciona-se à coerência da alegação. Por exemplo, considerando o sistema de crenças arraigado no meio científico, há plausibilidade na afirmação de que um dia possui aproximadamente 24 horas, mas o mesmo não ocorre quando se afirma que a terra seria plana.

<sup>39</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción: Jordi Ferrer Beltrán. 3. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 45-48.

<sup>40</sup> Cf. CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padova, v. XVI, parte I, p. 105-128, 1939.

<sup>41</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción: Jordi Ferrer Beltrán. 3. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 57-80.

<sup>42</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 41.

<sup>43</sup> “Realmente, falar-se em verdade formal (especialmente em oposição à verdade substancial) implica reconhecer que a decisão judicial não é calcada na verdade, mas em uma não verdade. Supõe-se eu exista uma verdade mais perfeita (a verdade substancial), mas que, para a decisão no processo civil, deve o juiz contentar-se com aquela imperfeita, e, portanto, não condizente com a verdade.” MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 37.

<sup>44</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

<sup>45</sup> Por questões de pertinência, resolveu-se não abordar a Teoria Semântica de Tarski. Cf. TARSKI, Alfred. The Semantic Conception of Truth and the foundation of semantics. In: LINSKY, Leonard (ed.). *Semantics and the philosophy of language*. Chicago: University of Illinois Press, 1970, p. 341-375.

<sup>46</sup> TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 26. Para mais sobre a Teoria da Coerência, cf. YOUNG, James O. The Coherence Theory of Truth. In: ZALTA, Edward N. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2018 Edition).

Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/truth-coherence/>>. Acesso em: 12. dez. 2018.

Demonstra-se a relatividade da verdade como coerência pois há possibilidade de que o sistema de crenças se modifique em razão do local onde se situa a sociedade, com o decorrer do tempo e também com o meio analisado. Afirmações que são coerentes para pessoas que vivem no litoral podem ser incoerentes com relação àquelas que vivem no campo, por exemplo.

A verdade como consenso, por sua vez, não é descoberta, mas, de fato, é construída, por meio da argumentação e do procedimento<sup>47</sup>. A verdade seria dotada de provisoriedade, durando, no contexto da teoria do consenso, enquanto resistir a concordância em relação àquela situação concreta e específica. Busca-se a verdade pelo procedimento.

Por fim, a visão de verdade como correspondência indica que a “decisão é verdadeira quando corresponde aos eventos que realmente ocorreram na situação empírica que está na base da controvérsia judicial”<sup>48</sup>. Desse modo, atingir a verdade no processo seria demonstrar, neste plano, a correspondência entre as alegações de fato e os fatos efetivamente ocorridos.

No contexto da verdade como correspondência, entende-se pela possibilidade de atingir a verdade (vista sob um contexto de relatividade) em âmbito processual. Contudo, como o juiz pode saber se realmente a verdade foi atingida? A sua convicção é suficiente para que se considere alcançada a verdade? Deltan Dallagnol aponta certos fatores que indicam a impossibilidade de chegar a essa conclusão, como a eventualidade de percepções acerca do mundo externo serem fruto de enganos; a falibilidade da memória<sup>49</sup>; e a provisoriedade e derrotabilidade da indução como guia do raciocínio probatório<sup>50</sup>.

Ainda, vale ressaltar que a verdade difere da certeza, porque esta é impossível de ser atingida no mundo fenomênico, já que corresponde a um estado puramente subjetivo de quem analisa as alegações sobre fatos, tratando-se um grau elevado de convencimento. A verdade, por sua vez, possui cunho objetivo, e, segundo a teoria da correspondência, seria representada pela concordância entre as alegações sobre os fatos e a efetiva realidade dos fatos mencionados<sup>51</sup>.

Após essa análise da questão da verdade no processo, entende-se que esta deve ser representada pela “verdade factível”<sup>52</sup>. A verdade a ser buscada no âmbito processual tem

---

<sup>47</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 48-51.

<sup>48</sup> TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 28.

<sup>49</sup> Sobre os problemas epistemológicos com relação a memória: Cf. SENOR, Thomas D. Epistemological Problems of Memory. In: ZALTA, Edward N. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2014 Edition). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/memory-episprob/>>. Acesso em: 12. dez. 2018.

<sup>50</sup> DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 42-45.

<sup>51</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 108.

<sup>52</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 54.

cunho formal, ou seja, é construída por meio do procedimento dialógico, que envolve a participação ativa das partes tanto durante a instrução probatória quanto no exercício do contraditório, de forma a se atingir um convencimento acerca dos fatos alegados.

Essa pequena introdução mostra-se relevante para a abordagem do sentido da prova (persuasivo ou demonstrativo), premissa importante para que se possa fundamentar, mais a frente, o uso das presunções no contexto de ausência de provas. O sentido da prova corresponde ao seu objetivo dentro do processo: demonstrar a verdade de uma alegação de fato ou convencer ao juiz sobre a ocorrência ou não de um fato alegado.

A prova em sentido demonstrativo, sustentada por autores como Carnelutti<sup>53</sup>, Carratta<sup>54</sup> e Dinamarco<sup>55</sup>, caracteriza-se como instrumento direcionado ao conhecimento “científico” da verdade dos fatos relevantes para a decisão judicial, sendo elemento de um processo dito assimétrico, já que o julgador, nesse contexto, possuiria autonomia e amplos poderes instrutórios para averiguação das alegações de fato relevantes<sup>56</sup>. Tal autonomia, porém, seria acessória à iniciativa probatória das partes. Estas é quem realmente teriam a faculdade de determinar como se daria a coleta do material probatório e possuiriam, também, direito de contraditório com relação às provas requeridas pelo juiz do feito<sup>57</sup>.

De acordo com essa corrente, haveria um verdadeiro “fetiche da prova técnica”, ou seja, de que as decisões judiciais sobre fatos só poderiam decorrer de uma certeza absoluta do juiz com relação a eles, o que os levaria a preferir provas científicas em detrimento de outros meios de prova<sup>58</sup>.

Já a prova em sentido persuasivo significa “permitir, através do debate, a argumentação em torno dos elementos probatórios trazidos aos autos, e o incentivo a um debate franco para a

---

<sup>53</sup> O autor, inclusive, sinaliza que, fixado qualquer limite à liberdade de busca pela verdade, qualquer que seja a sua dimensão, degenera o processo de busca pela realidade em um simples processo forma de fixação de fato. Assim, a prova jurídica jamais alcançaria uma verdade material, mas corresponderia apenas à demonstração da verdade formal. CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Apêndice de Giacomo P. Augenti. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982, p. 25 e 43-44.

<sup>54</sup> CARRATTA, Antonio. *Funzione dimostrativa della prova: verità del fatto nel processo e sistema probatório*. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, anno LVI, n. 1, p.73-103, 2001.

<sup>55</sup> “Prova é demonstração e provar é demonstrar. (...) O resultado a ser obtido mediante a instrução probatória é o conhecimento dos fatos e consequente firmeza para proferir a decisão. Na dinâmica do processo e dos procedimentos, prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante os quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3, p. 43.

<sup>56</sup> TARUFFO, Michele. *Modelli di prova e di procedimento probatório*. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, v. 45, n. 2, p. 420-448, April-Giugno, 1990, p. 420.

<sup>57</sup> TARUFFO, Michele. *Modelli di prova e di procedimento probatório*. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, v. 45, n. 2, p. 420-448, April-Giugno, 1990, p. 435. “*Per altro verso, il diritto alla prova implica anche il diritto delle parti al contraddittorio sulle prove, prima che queste vengano usate in sede di decisione. Per quanto attiene alle prove disposte d’ufficio dal giudice, ciò significa: a) poterne contestare la rilevanza e la ammissibilità; b) partecipare alla loro assunzione; c) poter dedurre prove contrarie; d) poter discuterle l’efficacia delle prove d’ufficio, prima della decisione.*”

<sup>58</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Questões processuais no julgamento do Mensalão*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 102, n. 933, p. 131-150, jul. 2013, p. 139.

formação do convencimento do sujeitos do processo”<sup>59</sup>. Desgarra-se do ideal de uma verdade substancial, absoluta, com um total convicção (de cunho eminentemente subjetivista)<sup>60</sup> acerca do que se passou, para aceitar que as decisões, no direito ou em qualquer campo da ciência, se dão em razão de probabilidades. São partidários dessa corrente Leonardo Greco<sup>61</sup>, Paula Costa e Silva<sup>62</sup>, Lucas Buril e Ravi Peixoto<sup>63</sup>, e também o Supremo Tribunal Federal<sup>64</sup>.

É impossível atingir uma verdade absoluta em qualquer ramo da ciência. Essa impossibilidade não é exclusiva do campo processual. Fatores como tempo de duração, rigidez procedimental, uso de presunções e limitações probatórias (incluindo as negociais) dificultam e até mesmo impedem a descoberta da verdade factual. Portanto, a verdade substancial (com a certeza que foi atingida) não pode ser o ideal a ser alcançado pelo juiz, pois, o resultado máximo que pode ser alcançado é uma mera aproximação dela<sup>65</sup>.

---

<sup>59</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Questões processuais no julgamento do Mensalão. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 102, n. 933, p. 131-150, jul. 2013, p. 141.

<sup>60</sup> “A convicção do julgador como função ou finalidade da prova corresponde a uma concepção subjetivista de uma realidade objetiva, os fatos. Essa concepção faz do juiz um soberano absoluto e incontrolável, por mais que a lei lhe imponha exclusões probatórias, critérios pré-determinados de avaliação ou a exigência de motivação. Há sempre uma enorme margem ineliminável de arbítrio, especialmente na avaliação das provas casuais ou inartificiais, como a prova testemunhal, que pode redundar e redundar em freqüentes injustiças. Por outro lado, as exclusões e regras de avaliação, muitas vezes, ao invés de coibir o arbítrio, acabam por favorecê-lo, dificultando a investigação da realidade objetiva. Ao mesmo resultado conduz a exigência de fundamentação, quando reduzida a uma simples verificação extrínseca da razoabilidade da justificativa para o acerto dos fatos.” GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, v. 4/5, n. 4/5, p. 213-269, 2003-2004, p. 231.

<sup>61</sup> “É através da argumentação probatória que se constrói racionalmente a verdade fática. Essa argumentação deve arrimar-se principalmente na lógica e na metodologia das ciências, tendo caráter tão demonstrativo como o de quaisquer outras ciências experimentais, utilizando o raciocínio indutivo e o dedutivo”. GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, v. 4/5, n. 4/5, p. 213-269, 2003-2004, p. 260-261.

<sup>62</sup> “No processo, vale um conceito pragmático de verdade: a verdade não é formal ou pré-dada ao juiz. Pelo contrário, surge construída através de um processo comunicativo entre as partes e o tribunal”. SILVA, Paula Costa e. Preterição do contraditório e irregularidade de constituição de Tribunal Arbitral. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 212, p. 301-336, out. 2012, p. 307.

<sup>63</sup> “Ao juiz, então, não cabe encontrar a verdade, mas, como política de qualidade do processo, admitir que busca a verdade, servindo tal ideal como fundamento axiológico para a prestação jurisdicional, legitimando-a eticamente. No entanto, o julgador deve ter plena ciência do intransponível limite de sua atividade cognitiva: precisa atribuir significado (valorar) jurídico as proposições de fato das partes. A “verdade” atingida no processo é dialética, alcançada mediante o convencimento, tendo fundamento no procedimento e em sua autoridade, como meio coercitivo de objetivação, bem como na possibilidade de participação proporcionada pelo mesmo. Em outras palavras, a busca da verdade é um dos elementos essenciais a legitimação da atuação jurisdicional mediante o processo”. MÁCEDO, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 55.

<sup>64</sup> No julgamento da Ação Penal 470 (Mensalão), Ministros como Luiz Fux, Rosa Weber e Marco Aurélio sinalizaram sua compreensão da prova adotando o sentido persuasivo. BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Penal 470 Minas Gerais*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Revisor: Min. Ricardo Lewandowski, 17 de dezembro de 2012. Disponível em: [ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor\\_AP470.pdf](ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf). Acesso em 12. dez. 2018.

<sup>65</sup> GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 151-153.

No processo, deve-se trabalhar com a verossimilhança e a com argumentação, percebendo-se o uso do contraditório como a ferramenta ideal para se atingir uma verdade factível.

A verossimilhança em sentido lato concerne à aparência de verdade de uma afirmação de acordo com o nível de discussão da alegação de fato no âmbito processual. Considera-se *possível* a declaração captada apenas com base em uma argumentação unilateral, não submetida ao contraditório e baseado apenas no dizer de alguma das partes, sem que sejam trazidas provas. *Verossímil em sentido estrito* é a alegação a qual tem sua aparência de verdade baseada em um contraditório incipiente (por exemplo, o *fumus boni iuris* relativo à tutela provisória). A alegação dotada de *probabilidade* é aquela em que a cognição foi atingida com base em um contraditório completo, com a essencial cooperação entre juiz e partes<sup>66</sup>.

Portanto, com a oportunização do discurso durante o processo, tanto em relação à discussão das provas acostadas pelas partes quanto à eventual prova advinda do uso dos poderes instrutórios pelo juiz, contempla-se a faceta do contraditório como ferramenta de influência<sup>67</sup> no provimento jurisdicional, essencial para se atingir o nível de probabilidade da alegação de fato analisada. Com o uso do contraditório cooperativo, há uma conformação de poderes no processo, de modo a não ocorrer a sobreposição do protagonismo do juiz em detrimento das partes e vice-versa.

Em um modelo de processo cooperativo, vigente hoje no Brasil com o advento do CPC de 2015<sup>68</sup>, entende-se que buscar a verdade substancial não pode ser a meta da instrução probatória. A verdade factível é construída de acordo com a prova trazida aos autos, submetida ao crivo do contraditório, para que se possa decidir com base na probabilidade de que a alegação de fato tenha ocorrido e não sob a influência de uma convicção de cunho subjetivo. Por isso, tende-se a adotar o sentido persuasivo da prova, segundo o qual a legitimação do conteúdo da decisão origina-se do procedimento, ao invés de provir de uma busca, potencialmente infrutífera e inacessível, da demonstração da verdade científica.

---

<sup>66</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 56.

<sup>67</sup> Acerca da necessidade do contraditório possibilitar às partes influenciarem no provimento jurisdicional: Cf. THEODORO JR., Humberto. NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 168. p. 107-141, fev. 2009. CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista Di Diritto Processuale*, Milano, v. 2, n.2, p. 449-464, 2005. NUNES, Dierle *et al.* Contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC-2015. In: DIDIER JR., Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 8. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. A colaboração dos sujeitos processuais na construção da decisão judicial e o contraditório como “influência”. In: PEIXOTO, Ravi. MACEDO, Lucas Buriel de. FREIRE, Alexandre (Org.). *Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada: Parte Geral*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1.

<sup>68</sup> CPC, Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

### 1.1.2 Natureza jurídica das presunções

Tratando a presunção como fato do processo, há de se perquirir sua natureza jurídica. Para isso, decidiu-se, primeiramente, diferenciar a presunção de institutos correlatos (ou sucedâneos de prova, conforme Carnelutti<sup>69</sup>), com os quais, às vezes, há confusão e, após, fornecer o conceito de presunção que será utilizado ao longo deste trabalho.

#### 1.1.2.1 Presunção é prova?

O primeiro engano possível é a equiparação entre presunção e prova<sup>70</sup>. Conforme já mencionado, a prova é vista de três diferentes formas: como atividade, meio ou resultado, de acordo com o modo como sua utilização ocorre durante o trâmite processual. A prova como atividade se demonstra, principalmente, na instrução probatória e também na produção antecipada de prova. A prova como resultado é vislumbrada na fundamentação da decisão judicial. A prova como meio se refere aos mecanismos utilizados para se extrair uma prova, como testemunhos e perícias.

Assim, a presunção, contudo, não se insere no rol das provas, correspondendo, na realidade, a uma construção da racionalidade humana baseada em evidências. A presunção é um instrumento – com origem legal, judicial ou negocial – que auxilia ao julgador a proferir uma decisão acerca de um evento que não foi efetivamente comprovado por meio de uma prova direta.

A presunção surge exatamente quando são ausentes as provas do acontecimento de determinado fato ou quando, em razão do fato a ser provado já ter sua ocorrência presumida pela lei, é mais lógico e conveniente evitar a necessidade de produção de prova pela parte que o alega, repassando-se, assim, a carga da prova para a parte adversária.

A prova, por sua vez, permite “o embasamento concreto das proposições formuladas, de forma a convencer o juiz de sua validade, diante da sua impugnação por outro sujeito do diálogo”<sup>71</sup>. É, portanto, atividade realizada pelas partes como forma de alicerçar suas

<sup>69</sup> CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Apéndice de Giacomo P. Augenti. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982, p. 29.

<sup>70</sup> Como faz Lamberto Ramponi. Cf. RAMPONI, Lamberto. *La teoria generale de presunzioni nel diritto civile italiano*. Torino: Fratelli Bocca, 1890, p. 52. Taruffo entende que as presunções simples podem ser qualificadas como provas indiretas ou provas críticas. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción: Jordi Ferrer Beltrán. 3. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 417.

<sup>71</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 65.

proposições referentes a fatos, de modo a convencer o juiz do direito (ou do contradireito) alegado no processo.

Explorando a plurivocidade da palavra prova, também se encontra a noção de presunção como meio de prova<sup>72</sup>. Esta significa as variadas formas de extração da prova de sua fonte<sup>73</sup> para ser incorporada ao processo, anteriormente ou durante seu curso, como o testemunho, a perícia, a inspeção judicial e o documento.

Apesar de os meios de prova e as presunções servirem ao um mesmo propósito (talvez por isso o CC/02 inclua, no rol dos meios de prova, as presunções), sendo este a formação da convicção judicial sobre os fatos relevantes para a solução da lide<sup>74</sup>, ambos não se confundem, pois as presunções, por si, não tem capacidade comprobatória, mas apenas substituem a prova quando esta não for produzida<sup>75</sup>. Desse modo, se utilizada uma presunção, não será possível saber, com certeza, se um fato realmente ocorreu, porém poder-se-á ter convicção disso.

Os meios de prova, em seu turno, têm capacidade para comprovar a veracidade da alegação de fato. Por exemplo, documentos que atestam nascimentos ou óbitos, inspeções judiciais as quais constataam que certa fazenda produz determinado tipo de grão e perícias as quais confirmam que o ambiente de trabalho é insalubre.

---

<sup>72</sup> É esta a posição de Leonardo Greco, Sergio Covello, Teresa Ancona Lopez de Magalhães e Iso Chaitz Scherkerkewitz. Cf. GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*: processo de conhecimento. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 2, p. 261. COVELLO, Sergio Carlos. *A presunção em matéria civil*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 52. MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. A presunção no direito, especialmente no Direito Civil. In: MENDES, Gilmar Ferreira. STOCO, Rui (org.). *Doutrinas Essenciais: Direito Civil, Parte Geral: prescrição, decadência e prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5, p. 1328. SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Presunções e ficções no direito tributário e no direito penal tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 27. O CC/2002 também inclui a presunção como meio de prova em seu artigo 212. Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I - confissão; II - documento; III - testemunha; IV - presunção; V - perícia.

<sup>73</sup> Fonte de prova corresponde a sua origem, que pode advir de pessoas ou fenômenos. DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 2, p. 39. Carnelutti, porém, entende como fonte de prova o fato utilizado pelo juiz para deduzir a verdade e como meio de prova a “*actividade del juez mediante la cual busca la verdad del hecho a probar*”, ou seja, há confusão entre as noções de prova como atividade e prova como meio. CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Apéndice de Giacomo P. Augenti. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982, p. 69-70

<sup>74</sup> SOUSA, Luís Felipe Pires de. *Prova por presunção no Direito Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 160. “A presunção judicial é que jamais se há de reconhecer lugar entre os meios de prova, porque o seu papel não é de modo algum instrumental em relação ao estabelecimento dos fatos: o fato presumido, com efeito, não vai servir ao juiz, ainda uma vez, de trampolim para o conhecimento de outro fato. Não se observa, aqui, a função ambivalente do indício: o fato presumido corresponde a um conhecimento adquirido, e basta.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: primeira série*. São Paulo: Saraiva: 1977, p. 59.

<sup>75</sup> Coadunando com a diferenciação entre presunção e meio de prova: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*: arts. 444 a 475. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. V. 3, p. 325; SOUSA, Luís Felipe Pires de. *Prova por presunção no Direito Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 159; DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3, p. 125. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 57. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Presunções e ficções no direito probatório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 196, p. 13-20, jun. 2011, p. 19.

Desse modo, é possível atestar que não se confundem presunções e meios de prova.

### 1.1.2.2 Presunção é indício?

Há aqueles que entendem haver sinonímia entre presunção e indício<sup>76</sup>. Na verdade, não há uma identidade entre os conceitos, mas uma correlação. O fato indiciário, verificado na realidade fática, dá sustentação à presunção, pois o raciocínio que a concebe tem como base aquele acontecimento. Trata-se de relação de causa (indício) e efeito (presunção)<sup>77</sup>.

O indício é a alegação de fato efetivamente provada (por meio da prova indiciária), de cuja existência o órgão judicial se utiliza para tomar conclusões acerca do fato probando (alegação de fato a ser provada). É ponto de chegada, com relação as provas, e ponto de partida, no que tange à presunção. Inicialmente utiliza-se da prova indiciária para conhecê-lo (o indício) e depois ele mesmo é usado, em um raciocínio silogístico, para fundar a presunção<sup>78</sup>.

O estudo pormenorizado dos indícios é realizado pela semiótica probática<sup>79</sup>, ciência que os classifica com base em um sistema de afinidades. Podem ser divididos, de acordo com o *thema probandum*, em intimistas ou de personalidade; reacionais; de evasão; situacionais; utilitaristas; e de relação<sup>80</sup>.

A prova indireta (ou indiciária) se dá quando “o objeto da percepção não é o objeto da prova, mas sim de outro fato do qual o juiz pode deduzir o fato direto”<sup>81</sup>, este, por sua vez, corresponde ao fato percebido pelo juiz quando há relação direta entre prova e fato, ou seja, por meio de determinada prova, o juiz consegue acessar o fato, sem necessitar de fato subsidiário

<sup>76</sup> Para Bonnier, o indício, em matéria criminal, seria o equivalente à presunção em matéria civil. BONNIER, Édouard. *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*. 2. ed. Paris: Auguste Durand, 1852, p. 675. Lessona equipara presunção, indício e conjectura. LESSONA, Carlos. *Teoria General de la Prueba em Derecho Civil: Reconocimiento judicial. Intervención instructoria. Presunciones*. Traducción: Enrique Aguilera de Paz. 4. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1964, vol. 5, p. 113. Chiovenda entende que as presunções *hominis* equivaleriam a indícios. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil: a relação processual ordinária de cognição (continuação)*. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1945, v. 3, p. 199.

<sup>77</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 5, p. 336.

<sup>78</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 58.

<sup>79</sup> “(...) a semiótica probática será a ciência que estuda, observa e classifica os indícios que ocorrem na fase heurística ou probatória dos processos judiciais.” SOUSA, Luís Felipe Pires de. *Prova por presunção no Direito Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 203. O espanhol Lluís Muñoz Sabaté possui diversas obras que tratam da Probática. Cf. SABATÉ, Lluís Muñoz. *Introducción a la probática*. Barcelona: Bosch, 2007. SABATÉ, Lluís Muñoz. *Curso de probática judicial*. Madrid: La Ley, 2009.

<sup>80</sup> SOUSA, Luís Felipe Pires de. *Prova por presunção no Direito Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 203-229. O autor português realiza extensa classificação dos indícios pelo *thema probandum*, desdobrando as categorias principais em vários tipos. Por exemplo, o autor elenca 8 categorias de indícios de relação, 12 de indícios de personalidade e 13 de indícios utilitaristas.

<sup>81</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 119.

para chegar a conclusões sobre a existência daquele. Assim, incide sobre fato externo (o indício) que permite presumir a existência de outro fato desconhecido, por meio de raciocínio indutivo. Nelas, há um raciocínio inferencial mais intenso do que nas provas diretas, há necessidade de realizar mais inferências para ligar o indício (fato secundário) à hipótese (aquilo que deve ser provado)<sup>82</sup>.

A utilização de prova indiciária<sup>83</sup>, portanto, pressupõe a superação do ideal de verdade absoluta, noção utópica e ideal, que não pode ser atingido nem em um processo, nem nos demais campos da ciência. No processo, há uma mera reconstituição dos fatos porventura ocorridos, sendo impossível chegar ao modo que se deram na realidade fática em que efetivamente ocorreram.

Portanto, presunções e indícios se diferenciam, pois “as primeiras devem ser valoradas para a formação do juízo de mérito, ao passo que o indício e a prova indiciária devem ser valorados para a elaboração da presunção”<sup>84</sup>. Conclui-se que o indício deve ser anterior à presunção, já que configura fundamento para a sua elaboração.

### 1.1.2.3 Presunção é máxima de experiência?

Por fim, outro instituto relacionado confundido com a presunção são as máximas (ou regras) de experiência. O termo foi inicialmente cunhado por Stein, no livro *Das private Wissen*, de 1893<sup>85</sup>.

As máximas de experiência, ou as constatações do que normalmente acontece<sup>86</sup>, servem para basear a formação de presunções simples, ou seja, aquelas que dependem da reflexão

<sup>82</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 282. p. 113-139, ago. 2018, p. 113-114.

<sup>83</sup> Sergio Arenhart discorre sobre a antipatia com relação à prova indiciária. Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. O indício e a prova no direito processual. Disponível em: <https://bit.ly/2Qm20kx>. Acesso em: 11. Jun. 2018. Ainda sobre a prova indiciária, modalidade de prova que com ela se relaciona é a prova por amostragem. “A prova por amostragem pressupõe a existência de eventos/fatos que possam ser agrupados, porque semelhantes, de forma que a demonstração de parte deles possa conduzir o magistrado ao juízo acerca da existência de todos. Ou seja: a prova de parte do conjunto de fatos conduz à conclusão da existência acerca de todos os fatos que compõem esse mesmo conjunto.” DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 2, p. 75.

<sup>84</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 162.

<sup>85</sup> STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Traducción española de Andrés de la Oliva Santos. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areceres, 1990, p. 15, 22. O autor lhes confere a seguinte definição: “*Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos*”.

<sup>86</sup> Segundo Taruffo: “*Relativamente più frequente è la situazione in cui la massima d’esperienza non esprime una legge generale, ma tuttavia si fonda su una quase-generalizzazione, ossia sull’ enunciata di una tendenza di un certo accadimento a verificarsi con certe modalità, che vien confermata sul piano scientifico com una grado*

daquele que analisa os fatos (que pode ser tanto o juiz quanto alguma das partes, por exemplo) e é realizada por meio de raciocínio indutivo<sup>87</sup>, o qual pressupõe a observação de acontecimentos no mundo fenomênico. Elas compõem o silogismo que forma a presunção, sendo a premissa maior, enquanto o indício é a premissa menor<sup>88</sup>. Por exemplo: i) Premissa maior: geralmente, bebês que nascem na constância de um casamento, são filhos de ambos os pais. ii) Premissa menor: o bebê X nasceu durante o casamento de A com B. iii) É plausível presumir que a criança é filha de A com B.

O raciocínio que permite uma proposição ser considerada máxima de experiência deve poder ser realizado pelo homem médio, ou seja, é pertinente à experiência humana em geral. Estas são as máximas de experiência comuns, que constituem “noções culturais do homem médio que constituem patrimônio comum da coletividade”<sup>89</sup>. Em regra, não é necessário fazer prova da regra de experiência, a não ser que corresponda a fato sobre o qual a audiência não “compartilha do mesmo *background* a respeito do assunto”<sup>90</sup>.

Um exemplo de máxima de experiência simples que pode ser dito universal é o de que, em média, uma gestação de feto humano dura 10 meses. Já uma regra de experiência regionalizada seria a existência de determinado animal endêmico de uma localidade específica. Pessoas que não residem nessa região podem não conhecer a espécie, pois nunca a observaram em seu território.

Quanto à origem, além das máximas simples, é possível identificar regras de experiência técnicas. Estas necessitam de conhecimento inerente a determinada área científica, sendo mais comumente utilizadas por peritos, apesar de existirem algumas máximas técnicas mais “populares”. Por exemplo, a temperatura necessária para congelar a água pura é de 0º *Celsius* ou a exposição prolongada ao sol sem proteção gera queimaduras.

---

*di probabilità molto elevato.*” TARUFFO, Michele. Considerazioni sulle massime d’esperienza. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, v. 63, n. 2, p. 551-569, 2009, p. 556.

<sup>87</sup> Ou seja, sujeita à falseabilidade tratada no tópico 1.2. Fazendo uma crítica ao uso de máximas de experiência, entendendo-as como uma herança desnecessária da cultura positivista, proveniente do dogma de completude do ordenamento jurídico, e que geram grande subjetivismo na fundamentação das decisões, prejudicando sobremaneira seu controle hermenêutico: Cf. SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Quem não chorar no enterro da própria mãe corre o risco de ser condenado à morte – o (ab)uso de máximas de experiência na valoração e interpretação probatória. In: MÁCEDO, Lucas Buri de. PEIXOTO, Ravi Medeiros. FREIRE, Alexandre (coord.). *Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada: Processo de conhecimento – provas*. Salvador: Juspodivm. 2015, v. 3, p. 365-384. Entendendo como inconstitucional o artigo do CPC que prevê a utilização das máximas de experiência: STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – o senso incomum?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 56-57.

<sup>88</sup> SOUSA, Luís Felipe Pires de. *Prova por presunção no Direito Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 82.

<sup>89</sup>TARUFFO, Michele. Considerazioni sulle massime d’esperienza. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, v. 63, n. 2, p. 551-569, 2009, p. 552.

<sup>90</sup> DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 350-351.

Sousa equipara as máximas de experiência axiológica aos princípios gerais do direito e traz exemplos, como o *neminem laedere* (não causar prejuízo a outrem) e o *pacta sunt servanda* (cumprimento do que foi contratado). SOUSA, Luís Felipe Pires de. *Prova por presunção no Direito Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 81

Há também o que se chama de máximas de caráter axiológico (cunhadas conforme um critério de “justiça”, ou seja, por ser “mais certo”, fato X deve se dar de determinada maneira). São diferentes das máximas de experiência (constatadas por um critério epistemológico). Aquelas não têm a capacidade de influenciar o ônus probatório, já que, diferentemente das máximas axiológicas, o critério de justiça inerente a elas é muito mais difuso e indefinido entre os que podem ser considerados “homens médios” do que a observação pertinente às regras de experiência, que envolve uma operação menos afeita a consideração de valores pessoais<sup>91</sup>. Isso as torna também diferentes das presunções, pois, no caso destas, o critério axiológico modifica o ônus da prova assim como o parâmetro epistemológico<sup>92</sup>.

As máximas de experiência são o fundamento da modalidade de prova chamada *prima facie*. A prova *prima facie*, por faltar indício e prova direta, é resultado de um raciocínio judicial construído com base na observação do que geralmente ocorre. Exemplo interessante é o da responsabilidade civil pela queda de objeto<sup>93</sup>. Nesse caso, o juiz, assim como o homem médio, deve ter a noção de que o objeto caiu (ou foi atirado) de algum lugar próximo ao local do acidente, sendo possível responsabilizar os habitantes do prédio adjacente ao ponto de ocorrência do sinistro.

Barbosa Moreira sinaliza que se trata de tipo de presunção judicial, porém, ao invés de ser assentada em indícios, é alicerçada em regras de experiência<sup>94</sup>. No entanto, difere das presunções pois, enquanto estas têm capacidade de fundar a plena convicção do juiz, demandando prova em contrário para serem derrubadas, as provas *prima facie* apenas constituem probabilidade que traz a necessidade de contraprova pela parte prejudicada. Sobre a diferença entre contraprova e prova em contrário, enquanto esta corresponde a uma

---

<sup>91</sup> Ressalta-se que, com essa afirmação, não se nega a natureza interpretativa da visão de mundo pelo homem médio, bem apontado pelos estudiosos da Hermenêutica Filosófica. É inegável que uma noção de justiça e do que é correto é muito mais permeada por valores e preconceitos internos do interprete do que a observação da ocorrência de fatos corriqueiros. Cf. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*: parte 1. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 98-102. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 416-436. “Nada é passível de uma objetivação absoluta. O indivíduo não pode se colocar fora da história que o integra e forma seu inarredável horizonte de compreensão. Esse horizonte condiciona a apreensão do objeto em um jogo hermenêutico de-e-para. Ou seja, o intérprete influencia o próprio objeto, porque este não é passível de uma apreensão fora desse círculo hermenêutico no qual o sujeito lhe projeta sentido com origem em suas pré-compreensões. LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 149.

<sup>92</sup> DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo*: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 352.

<sup>93</sup> CC, Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

<sup>94</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 72. Moacir Amaral Santos coaduna com esta opinião. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 5, p. 432-433.

demonstração certa de que o fato não é verdadeiro, aquela apenas tem por fim tornar incerto o fato, causando dúvida razoável<sup>95</sup>.

Por conseguinte, constata-se que as máximas de experiência não correspondem às presunções, mas, na verdade, compõem, junto aos indícios, premissas do silogismo que tem a presunção como resultado.

## 1.2 Conceito proposto de presunção

Neste momento, após as necessárias diferenciações realizadas anteriormente, é possível o estudo do conceito de presunção. Serão listadas as definições mais importantes e pertinentes e depois será externado o conceito proposto, a ser utilizado no decorrer do trabalho.

Os conceitos de presunção podem ser divididos nas seguintes categorias: 1) associação aos meios de prova; 2) associação aos indícios; 3) presunção como norma jurídica 4) presunção como raciocínio.

A associação da presunção aos meio de prova está presente nos conceitos de presunção trazidos por Leonardo Greco<sup>96</sup>, Sergio Covello<sup>97</sup> e Teresa Magalhães<sup>98</sup>. O CC/2002 também adota esta concepção, no art. 212, IV. Os conceitos não se confundem, porque a presunção não possui a capacidade, por si só, de comprovar a veracidade de uma alegação de fato, apesar de, como os meios de prova, ser extraída de uma fonte de prova.

Já o entendimento da presunção como indício está presente na opinião de Édouard Bonnier<sup>99</sup> e Carlo Lessona<sup>100</sup>. Para Lessona, haveria sinonímia entre presunção, indício e conjectura, enquanto que para Bonnier, o indício, em matéria criminal, seria o equivalente à presunção em matéria civil. Conforme apontado anteriormente, esta posição não prospera porque o indício, na realidade, faz parte do silogismo que tem como resultado a presunção, com ela não se confundindo.

Florence Haret, em concepção singular, divide o conceito de presunção em três planos: o jurídico, o semântico e o pragmático. Juridicamente, corresponderiam as presunções à norma

<sup>95</sup> SOUSA, Luís Felipe Pires de. *Prova por presunção no Direito Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 64-65, 101.

<sup>96</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: processo de conhecimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 2, p. 261.

<sup>97</sup> COVELLO, Sergio Carlos. *A presunção em matéria civil*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 52

<sup>98</sup> MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. A presunção no direito, especialmente no Direito Civil. In: MENDES, Gilmar Ferreira. STOCO, Rui (org.). *Doutrinas Essenciais: Direito Civil, Parte Geral: prescrição, decadência e prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5, p. 1328.

<sup>99</sup> BONNIER, Édouard. *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*. 2. ed. Paris: Auguste Durand, 1852, p. 675.

<sup>100</sup> LESSONA, Carlo. *Teoría General de la Prueba em Derecho Civil: Reconocimiento judicial. Intervención instructoria. Presunciones*. Traducción: Enrique Aguilera de Paz. 4. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1964, vol. 5, p. 113.

jurídica, mesmo que com funções diversificadas no sistema jurídico, sendo, então, “estruturas normativas, que põem em relação dois enunciados – (...) – firmando correlação jurídica entre eles”, ou seja, instituindo causalidade jurídica<sup>101</sup>.

No campo semântico, a presunção seria originada de raciocínio indutivo, configurando entimema suficientemente forte para “objetivar uma dada ocorrência factual”<sup>102</sup>. Por fim, no domínio pragmático, a presunção serve para induzir convicção sobre a ocorrência ou não de fato, permitindo que seja acolhida a “veracidade ou verossimilhança do ‘fato suposto’”<sup>103</sup>.

Por sua vez, a percepção de presunção como raciocínio parece ser a mais pertinente. Isto porque, epistemologicamente, a presunção nada mais é do que uma concepção tomada diante da insuficiência de informação sobre ocorrência ou não de um fato. Essa concepção é formada a partir de um raciocínio indutivo, que permite a alguém, diante de uma construção mental prévia em virtude da observação do que ordinariamente acontece (máxima de experiência), tirar uma conclusão sobre o transcorrer ou não de uma situação. Tal conclusão corresponde ao fato presumido e a presunção seria o raciocínio utilizado para se chegar até ele.

Evidencia-se, em virtude de ser formada por uma indução, o caráter provisório da presunção, que deverá ser descartada caso haja evidências mais qualificadas que a mera prova indireta para sinalizar a ocorrência de uma situação. Seria a prova em contrário.

Entendem a presunção como raciocínio, dentre outros, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arendhart<sup>104</sup>; Yuri Teixeira<sup>105</sup>; Cândido Dinamarco<sup>106</sup>; Alfredo Augusto Becker<sup>107</sup>; Moacir Amaral Santos<sup>108</sup>; Barbosa Moreira<sup>109</sup>; Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael

---

<sup>101</sup> HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 159. Igualmente constata a presunção como norma jurídica Marina Gascón Abellán. ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 124.

<sup>102</sup> HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 160.

<sup>103</sup> HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 160.

<sup>104</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 123.

<sup>105</sup> TEIXEIRA, Yuri Guerzet. As presunções no Direito Processual. Rio de Janeiro, *Civil Procedure Review*, v.4, n. 1, pp. 109-132, jan./apr. 2013, p. 113.

<sup>106</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3, p. 125

<sup>107</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 542.

<sup>108</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 5, p. 342-343.

<sup>109</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 57.

Oliveira<sup>110</sup>; Deltan Dallagnol<sup>111</sup>; Antonino Coniglio<sup>112</sup>; James Thayer<sup>113</sup>; Arruda Alvim<sup>114</sup>, Guilherme Calmon Nogueira da Gama<sup>115</sup> e Michele Taruffo<sup>116</sup>.

Dentre eles, há controvérsia sobre o tipo de raciocínio utilizado para formação da presunção. Enquanto Dinamarco e Teixeira acreditam se tratar de raciocínio dedutivo<sup>117</sup>, Amaral Santos<sup>118</sup> pensava que a presunção era formada por uma reflexão de cunho indutivo-dedutivo; por fim, Dallagnol<sup>119</sup> e Haret<sup>120</sup> apontam, corretamente, que se trata de raciocínio somente indutivo.

Viu-se, então, que há uma série de possíveis conceitos de presunções, e que parte da doutrina tende a associá-los, principalmente, aos indícios ou aos meio de prova. Com as elaborações presentes nos tópicos anteriores foi possível atestar que não há relação de sinonímia entre as presunções e os termos listados, apesar da inquestionável conexão entre eles. Diferenciadas as presunções destes institutos e baseando-se na análise epistemológica trazida anteriormente, foi possível chegar a uma definição do que efetivamente é a presunção, sendo o conceito proposto utilizado no decorrer desta dissertação.

Assim, entende-se que a presunção é instrumento – de origem legal, judicial, ou negocial – que auxilia o julgador a proferir decisão acerca de fato que não foi efetivamente comprovado por meio de uma prova direta. É obtida por meio de raciocínio indutivo, pelo qual se admite fato cuja ocorrência é incerta, em decorrência de circunstância outra, esta sim verificada na realidade fática.

<sup>110</sup> DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 2, p. 68.

<sup>111</sup> DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 332.

<sup>112</sup> CONIGLIO, Antonino. *Le presunzioni nel processo civile*. Palermo: Celere, 1920, p. 2

<sup>113</sup> THAYER, James Bradley. *A preliminary treatise on evidence at the common law*. Boston: Little, Brown, and Company, 1898, p. 315.

<sup>114</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 2. p. 597.

<sup>115</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Sistema de prova do fato jurídico à luz dos códigos civil e de processo civil. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. SILVA, Michael César. THIBAU, Vinícius Lott (coord.). *O direito privado e o novo código de processo civil: repercussões, diálogos e tendências*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 131.

<sup>116</sup> TARUFFO, Michele. Certezza e probabilità nelle presunzioni. In: *Il Foro Italiano*, v. 97, p. 83-112, 1974, p. 83.

<sup>117</sup> TEIXEIRA, Yuri Guerzet. As presunções no Direito Processual. *Civil Procedure Review*, Rio de Janeiro, v.4, n. 1, pp. 109-132, jan./apr. 2013, p. 113. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3, p. 125.

<sup>118</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 5, p. 345.

<sup>119</sup> DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 332.

<sup>120</sup> HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 26.

### 1.3 Análise das presunções sob o prisma epistemológico

Epistemologicamente, a presunção se mostra uma alternativa razoável para quando há falta de informação ou quando não há refutação. Na falta de algo “melhor” ou mais “certo” toma-se a presunção como verdadeira. O mesmo ocorre em âmbito processual, pois a presunção pode consistir em fundamentação subsidiária quando da ausência de prova suficiente para superá-la.

A presunção será tão mais forte quando sua plausibilidade for mais elevada<sup>121</sup>. Por ser extraída, em regra, da observação de fatos cotidianos, a construção das presunções, geralmente, se baseia na normalidade dos fatos, de acordo com o que se atesta de forma costumeira. É possível, contudo, em razão da natureza de provisoriedade da presunção, que ela seja superada.

Por isso, as presunções demonstram ligação com a teoria do falsificacionismo, de Karl Popper. A ciência, para Popper, pressupõe experiência. Desse modo, só poderiam se pretender científicas teorias que possam receber refutações<sup>122</sup>. O que deve nortear pesquisas é o espírito *conjectural* ou *hipotético*, que funciona segundo a premissa da formulação de hipóteses que serão constante e sucessivamente testadas (falseadas) em busca do seu aperfeiçoamento.

Rescher aponta as teorias científicas como algo provisório, sempre passíveis de refutação<sup>123</sup>, mas, enquanto as oposições forem inexistentes ou incipientes, pode-se considerar a teoria como “verdadeira”<sup>124</sup>. Há uma verdade meramente passageira (na realidade, uma convicção), que resiste enquanto não efetivamente “derrotada”<sup>125</sup>. É exatamente o que ocorre com relação às presunções no âmbito processual.

---

<sup>121</sup> Rescher lista as bases da plausibilidade. A primeira seria o argumento de autoridade, sendo a proposição considerada mais plausível de acordo com a pessoa que a propõe ou a apoia, em razão de sua credibilidade. Em segundo lugar, a força probatória das evidências utilizadas para confirmar a presunção: quanto mais substanciais forem as provas, mais plausível aquela será. Por fim, a sistematização indutiva, que, com a avaliação da uniformidade e regularidade de certo acontecimento em casos similares, permite a presunção que o mesmo ocorrerá na situação analisada atualmente. RESCHER, Nicholas. *Epistemology: an introduction to the theory of knowledge*. Albany: State University of New York Press, 2003, p. 88-89.

<sup>122</sup> POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução: Leonidas Hegenberg; Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 41-42.

<sup>123</sup> RESCHER, Nicholas. *Epistemology: an introduction to the theory of knowledge*. Albany: State University of New York Press, 2003, p. 25.

<sup>124</sup> Popper considera como efetivamente falsificada uma teoria quando surgem “enunciados básicos aceitos que a contradigam”. Estes seriam aqueles que corroboram com uma hipótese falseadora da teoria observada. POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução: Leonidas Hegenberg; Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 91-92.

<sup>125</sup> Ao tratar de derrota e derrotabilidade, remete-se a um sentido científico, de não prevalência de uma proposta anterior em razão da descoberta ou proposição considerada “melhor”. Não confundir com a derrotabilidade das normas (ou do enunciado normativo), em que uma norma não é aplicada em razão de existência de cláusula de exceção em determinado caso concreto. Contudo, em uma situação “normal” a aplicação da norma ainda teria preponderância. Cf. HART, H.L.A. The ascription of responsibility and rights. In: *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 49, p. 171-194, 1948-1949.

De fato, a definição do vocábulo presunção já enseja uma concepção de provisoriedade<sup>126</sup>. Quando se presume algo, não se pode considerar este pensamento como uma certeza irrefutável, pois ele é ligado a indícios, conjecturas ou suposições, que podem ser fortes ou fracas, a depender da situação observada.

Os apontamentos de Rescher e Popper relacionam-se com a temática das presunções em razão de elas necessitarem, no que tange ao conhecimento científico, de permanente refutação. Já que não se configuram como verdade efetivamente provada, há o risco de se utilizarem presunções correspondentes a fatos que, no mundo fenomênico, não ocorreram efetivamente.

Assim, as presunções não podem ser tomadas de forma cabal, sob risco de ensejar decisão baseada em inverdade. Vislumbra-se tal problemática em relação à chamada “presunção absoluta”, que será analisada mais adiante.

Contudo, na esfera jurídica, a atividade de refutação é limitada, diferentemente do que ocorre no âmbito científico, já que característica da jurisdição de promover a resolução dos conflitos com definitividade não permite o questionamento infundável das alegações. Não se mostra plausível a litigância em um processo por tempo indefinido, sob pena de desvirtuamento do escopo de pacificação social<sup>127</sup>, característica inerente ao processo. Portanto, diferem-se, nesse sentido, as presunções relacionadas ao Direito daquelas pertinentes aos experimentos científicos.

#### 1.4 O raciocínio para a construção da presunção

No conceito proposto de presunção, cunhado no tópico 1.2, indicou-se que a presunção é obtida por meio de raciocínio indutivo, pela admissão de fato cuja ocorrência é incerta em razão de fato efetivamente ocorrido. Essa admissão é possível pois é baseada em máximas de experiência<sup>128</sup>. A ocorrência do fato indiciário, segundo o que costumeiramente se observa, provoca a conclusão sobre a ocorrência do fato presumido.

---

<sup>126</sup> Os dois primeiros significados do vocábulo presunção no Dicionário Michaelis são: 1 Opinião ou julgamento baseado em aparências ou em indícios; 2 Conjectura ou suposição que se toma como verdadeira. Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa. Disponível em: <https://bit.ly/2imMXve>. Acesso em: 26. fev. 2018.

<sup>127</sup> Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 188-191.

<sup>128</sup> “As máximas de experiência são previsões às quais se pode chegar com o auxílio da *indução*, na medida em que se parte da experiência do que ocorre normalmente (*id quod plerumque accidit*), sendo, por isso, um juízo baseado em *verossimilhança*. Parte-se, pois, da constatação do que acontece na maioria repetida dos casos, já que a causa e a consequência, bem como o sujeito e o predicado, do juízo lógico estão constantemente ligados de uma determinada maneira.” CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 283. Barbosa Moreira as entende como: “noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, assim também devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro”. BARBOSA MOREIRA, José

Com efeito, Popper entende como “inferência indutiva” aquela afirmação realizada a partir de casos repetidamente observados para explicar casos ainda não observados<sup>129</sup>. Há uma ampliação do universo de conhecimento do ser cognoscente, em razão da observação dos fenômenos que ocorrem ao seu redor, os quais, ao se repetirem iterativamente, podem ensejar a criação de regras gerais.

Esse tipo de raciocínio, contudo, pode não gerar certeza, pois é possível que uma premissa possa ser verdadeira, e a conclusão falsa, já que a quantidade de observações é sempre finita, enquanto a regra geral elaborada se pretende para toda a universalidade<sup>130</sup>. Popper aponta um problema lógico na indução<sup>131</sup>, que é constituído por um choque entre os seguintes pontos: i) a descoberta de Hume de que seria impossível justificar uma lei pela observação ou pela experimentação, visto que a lei transcende a experiência; ii) do fato de que a ciência propõe e usa leis em toda parte, o tempo todo; iii) e o princípio do empirismo, o qual expressa que apenas a observação e a experimentação podem ensejar a aceitação ou rejeição das afirmações científicas<sup>132</sup>.

O observador há de atentar para não cair em um “indutivismo ingênuo”<sup>133</sup>, já que pode ser tentador realizar elaborações teóricas com base em observações de fenômenos que se repetem sobremaneira, mas não são infalíveis, como demonstrado por Popper e por Chalmers.

Apesar da crítica ao indutivismo, em razão da impossibilidade de gerar certeza, este raciocínio se mostra útil com relação ao processo, pois permite que, com a utilização das presunções estabelecidas em razão das máximas de experiência, que geram convicção<sup>134</sup> em

Carlos. As presunções e a prova. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 62.

<sup>129</sup> POPPER, Karl. O problema da indução. In: MILLER, David (Org.). *Popper: textos escolhidos*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 102.

<sup>130</sup> Vide exemplo do Peru Indutivista. Cf. CHALMERS, Alan F. *O que é ciência afinal?* Tradução de Raul Filker. Brasília: Editora Brasiliense, 1993, p. 31.

<sup>131</sup> Chalmers traz ainda outras três deficiências da indução: “a circularidade envolvida nas tentativas de justificar o princípio da indução”; e a “vagueza e dubiedade da exigência de que um ‘grande número’ de observações deve ser feito sob uma ‘ampla variedade’ de circunstâncias”. O vício da circularidade na justificação do princípio da indução ocorre, pois se utiliza o próprio argumento da indução como pressuposto do princípio, ou seja, busca-se justificar a indução por meio de um argumento indutivo. No que tange à vagueza e dubiedade, as definições de grande número e ampla variedade irão mudar de acordo com o observador, não sendo possível precisar de fato o no que consistiriam. CHALMERS, Alan F. *O que é ciência afinal?* Tradução de Raul Filker. Brasília: Editora Brasiliense, 1993, p. 40.

<sup>132</sup> POPPER, Karl. O problema da indução. MILLER, David (Org.). *Popper: textos escolhidos*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 101.

<sup>133</sup> Corrente de pensamento em que a mera observação, a partir da ocorrência reiterada de um fato no mundo fenomênico, é suficiente para configurar base segura de fundamentação para o conhecimento. CHALMERS, Alan F. *O que é ciência afinal?* Tradução de Raul Filker. Brasília: Editora Brasiliense, 1993, p. 24-27.

<sup>134</sup> A presunção, mesmo fundando-se em fortes probabilidades somente proporciona ao juiz convicção, baseando o julgamento na verossimilhança, em razão do seu fundamento na indução, a qual é derrotável. “*No matter how strong an inductive argument is, the possibility remains open that further information can undercut, perhaps completely, the strength of the argument and the support that the premises give to the conclusion. Because inductive strength and inductive arguments can always be defeated in this way, they are described as defeasible*”.

relação à ocorrência ou não de um fato, seja possível o julgamento do mérito, evitando o *non liquet*.

Com a dedução, por sua vez, gera-se um argumento válido, pois, havendo premissas verdadeiras, o resultado será obrigatoriamente verdadeiro. Possui natureza verdade-conducente, mas não há ampliação do conhecimento do ser cognoscente<sup>135</sup>.

Apesar disso, Magalhães<sup>136</sup>, Santos<sup>137</sup>, Badaró<sup>138</sup> e Covello<sup>139</sup> entendem que a presunção corresponde a raciocínio que envolve uma fase inicial indutiva e outra dedutiva<sup>140</sup>. Primeiramente, da observação de uma situação no mundo fenomênico, retira-se uma afirmação geral, com base no que frequentemente acontece. Este seria o momento da indução. A seguir, ocorre a dedução, no qual se realiza um silogismo entre as máximas de experiência (premissa maior) e o fato conhecido (premissa menor), que resulta na presunção (conclusão).

O erro dos autores é confundir a dedução com a especificação indutiva. Há, realmente, um silogismo<sup>141</sup>, mas nem todo silogismo se mostra dedutivo. Na sua forma dialética ou retórica, o silogismo não evoca certeza, mas probabilidade, porque é fundado em premissas prováveis<sup>142</sup>, exatamente o que ocorre no âmbito da especificação indutiva que gera a presunção. Não é possível dizer, portanto, que a presunção é fruto de um raciocínio indutivo-dedutivo, mas sim puramente indutivo.

---

Cf. SINOTT-ARMSTRONG, Walter. FOGELIN, Robert J. *Understanding Arguments: an introduction to informal logic*. 8. ed. Belmont: Wadsworth Cengage Learning, 2010, p. 216-217.

<sup>135</sup> DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 62.

<sup>136</sup> MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. A presunção no direito, especialmente no Direito Civil. In: MENDES, Gilmar Ferreira. STOCO, Rui (org.). *Doutrinas Essenciais: Direito Civil, Parte Geral: prescrição, decadência e prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5, p. 1331.

<sup>137</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 5, p. 331.

<sup>138</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 277.

<sup>139</sup> COVELLO, Sergio Carlos. *A presunção em matéria civil*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 118-119.

<sup>140</sup> Autores como Dinamarco, Carnelutti e Scherkerkewitz, em seu turno, entendem que se trata apenas de uma dedução. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3. p. 125. CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Apêndice de Giacomo P. Augenti. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982, p. 62-63. SCHERKERKEWITZ, Isso Chaitz. *Presunções e ficções no direito tributário e no direito penal tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 31.

<sup>141</sup> Sobre os silogismos judiciais e a crítica a sua utilização. Cf. TARUFFO, Michele. *Motivação da sentença civil*. Tradução: Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 147-163.

<sup>142</sup> Além do silogismo retórico, há também o erístico, baseado em premissas que se dizem prováveis, mas são sabidamente falsas. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução: Alberto Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 897.

## 1.5 Classificações: fonte de produção e força probante

As presunções são mais comumente classificadas<sup>143</sup> utilizando-se dois critérios: sua origem – ou seja, quem a produziu – e sua força probante, que se relaciona com a possibilidade ou não de prova em contrário para ilidi-la. Por serem os parâmetros mais pertinentes para identificação das presunções, serão os aqui apreciados com mais profundidade. Entretanto, existem padrões adicionais de catalogação de presunções, como a matéria por elas tratada (Direito Civil, Penal, Administrativo, etc.)<sup>144</sup> e seu objetivo<sup>145</sup>.

Nesse sentido, Haret traz quatro novas formas de classificar as presunções. A primeira, quanto à relação estrutural com o sistema, apresenta presunções sistêmicas e não sistêmicas; a segunda, quanto aos níveis objetivos de formação do enunciado presuntivo, entende haver presunções de três níveis; o terceiro, quanto ao tipo de enunciado da presunção em seu ingresso no sistema jurídico, entende haver presunções hipotéticas/de enunciado presuntivo abstrato ou factuais/de enunciado presuntivo concreto; por fim, a quarta classificação é quanto à revogabilidade do fato jurídico em sentido concreto, sendo as presunções irrevogáveis/compositiva de regime jurídico especial ou revogáveis/comuns<sup>146</sup>.

### 1.5.1 Presunções simples e legais

De acordo com as fontes de produção, podemos classificar as presunções em simples (as quais incluem as presunções judiciais e as convencionais) e legais. O que as diferencia é a origem do raciocínio do qual provem a presunção. Por serem o objeto precípua do trabalho, as presunções convencionais serão tratadas em capítulo próprio.

<sup>143</sup> Sergio Carlos Covello leciona que essas classificações remontam aos glosadores, além de serem consagradas em diversos Códigos. Cf. COVELLO, Sergio Carlos. *A presunção em matéria civil*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 29.

<sup>144</sup> Covello aprofunda-se ainda mais, classificando as presunções por assuntos no ramo do Direito Civil: relativas às pessoas, aos bens e à propriedade, às sucessões, às obrigações e à família. COVELLO, Sergio Carlos. *A presunção em matéria civil*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 33-34. Do mesmo modo o faz Ramponi, dividindo as presunções em pessoais ou patrimoniais, discriminando estas em reais ou obrigacionais. “*Così si hanno presunzioni in materia di figliazione, di proprietà, di possesso, di successione, di donazione, di contratti, e per questi singolarmente: di contrato matrimoniale, di vendita, di locazione, di societ , di mandato, di mutuo, ecc*”. RAMPONI, Lamberto. *La teoria generale de presunzioni nel diritto civile italiano*. Torino: Fratelli Bocca, 1890, p. 18.

<sup>145</sup> Lamberto Ramponi trata dessa classifica o, entendendo que todas as presun es (exceto a presun o de verdade atribuída pela lei   coisa julgada) podem ser encaixadas em algum de quatro objetivos: i) impedir a forma o de uma rela o jurídica; ii) reconhecer a existência de uma rela o jurídica; iii) reconhecer a modalidade de uma rela o jurídica; iv) reconhecer a dissolu o de uma rela o jurídica. RAMPONI, Lamberto. *La teoria generale de presunzioni nel diritto civile italiano*. Torino: Fratelli Bocca, 1890, p. 16-17.

<sup>146</sup> HARET, Florence. *Teoria e prática das presun es no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 401-440.

A nomenclatura “presunção simples”, apesar de ser a mais comumente utilizada pelos autores, é criticável, pois evoca uma ideia de que as presunções pensadas pelo homem seriam menos complexas do que as presunções originadas da lei. Tal concepção mostra-se equivocada, já que, em termos de conteúdo, estas pouco se diferem daquelas. Prefere-se os termos “presunção do homem”; “presunção *hominis*” e “presunção extralegal”.

As categorias possuem valores probatório diversos. Enquanto que na presunção do homem este valor varia de acordo com a natureza dos fatos e a qualidade das pessoas, na presunção legal ele é certo, possuindo qualidade de prova plena ou seja, prova suficiente para ter como certo fato alegado, enquanto não trazida aos autos prova em contrário<sup>147</sup>.

Há argumento contrário a essa forma de classificação, indicando que não é possível a diferenciação nas categorias apresentadas porque não haveria diferença entre o raciocínio feito pelo legislador e o pelo homem<sup>148</sup>.

Reconhece-se que o raciocínio é o mesmo. A reflexão indutiva que forma a presunção é comum a todas as classificações. O diferencial é a pessoa quem o realiza, principalmente o legislador e o juiz, por isso o critério “fonte de produção” e não “origem do raciocínio”. Se for o legislador quem presumiu, seu raciocínio está estampado em uma lei, em razão da legitimidade que o povo lhe conferiu, ao elegê-lo, para a elaboração de diplomas legislativos.

No caso do juiz, se necessária a utilização da presunção, ela deverá estar demonstrada na sentença ou decisão interlocutória, como parte da exigência de fundamentação adequada das decisões judiciais – pormenorizada no art. 489, §1º do CPC<sup>149</sup> –, sendo esta elemento que respalda a legitimação do Poder Judiciário, já que os juízes não são escolhidos por um sistema eleitoral. Isso se dá porque, sendo a presunção uma forma subsidiária de fundamentação (deve-se preferir efetiva prova da alegação ao invés do raciocínio presuntivo) exige-se a justificativa do seu uso na composição e exposição dos motivos da decisão.

Portanto, não se nega que todas as presunções são fruto do raciocínio de um indivíduo, mas a posição deste, como julgador, legislador ou até parte, é que se revela essencial para a classificação aventada.

---

<sup>147</sup> RAMPONI, Lamberto. *La teoria generale de presunzioni nel diritto civile italiano*. Torino: Fratelli Bocca, 1890, p. 164-165.

<sup>148</sup> HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 392.

<sup>149</sup> Art. 489, § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

### 1.5.1.1 Presunção Legal

As presunções legais, originárias do Direito Romano<sup>150</sup>, são fundadas em raciocínio do legislador, estampadas no ordenamento jurídico posto, sendo absolutas ou relativas<sup>151</sup>.

Certas máximas de experiência ou valores são acolhidos pelo legislador, conferindo ao juiz instrumentos legais para auxiliá-lo quando em contexto de produção probatória insuficiente e às partes dispositivos que prevêm prova de produção mais acessível para defender seus direitos em juízo.

Isso pode ser constatado, por exemplo, em uma das presunções concernentes ao direito de família. É bem mais razoável uma gestante provar que a gravidez ocorreu em até 180 dias após o fim da sociedade conjugal do que produzir a prova da paternidade, que necessita de um exame de DNA, cujos elementos a serem testados devem ser fornecidos pelo potencial pai.

Portanto, as presunções legais acabam por promover uma variação do *thema probandum*, de modo que seja possível para a parte sustentar a alegação de um direito com base não nos fatos que o fundam, mas em outros, aqueles que formam o suporte fático necessário para a aplicação da presunção prevista em lei.

Assim, facilita-se a produção probatória para a parte beneficiada pela presunção (já que a prova é dispensada a respeito do fato presumido, apesar de ser necessária a prova do fato indireto que faz parte do silogismo que forma a presunção<sup>153</sup>) e diminuir a utilização de critérios arbitrários pelo juiz quando da apreciação de questões factuais<sup>154</sup>. Há, portanto, menor ônus argumentativo, ou seja, menor necessidade de argumentação, para a sua utilização na fundamentação da decisão judicial, pelo fato do juiz se fiar no que está previsto em legalmente, ao invés de lastrear a decisão em um raciocínio próprio, mesmo que fundado em máximas de experiência arraigadas no meio social.

A presunção legal tem como razão de ser também a necessidade de manter a estabilidade das relações jurídicas, resguardando legalmente as situações que se repetem continuamente, em um contexto de normalidade. Por exemplo, no caso das plantações e construções existentes em

<sup>150</sup> As presunções constantemente acolhidas, de forma livre, pelos juristas e príncipes foram alçadas a categoria de texto legal, com eficácia de norma geral. MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 79, p. 192-223, 1984, p. 194.

<sup>151</sup> Entende-se que as presunções legais podem se apresentar como “(i) consequência da lei; (ii) verdade jurídica imposta pela lei; (iii) conteúdo de regras jurídicas; (iv) forma escolhida pelo legislador para exprimir um conceito jurídico; (v) antecedente da norma; (vi) relação jurídica”. HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 390.

<sup>153</sup> Cf. SOUSA, Luís Felipe Pires de. *Prova por presunção no Direito Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 99. “Não se pode, pois, dizer que a presunção legal dispense a prova da parte. O que acontece é que a presunção legal proporciona à parte, que dela pode beneficiar uma maior certeza sobre os resultados que alcançará com a prova do facto-base uma vez que este está fixado de uma forma concreta e determinada pela norma legal”.

<sup>154</sup> CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 366.

terrenos, o mais comum é que pertençam ao seu proprietário. O legislador entende do mesmo modo<sup>155</sup>, fixando tal presunção em favor do proprietário. Aquele que alega a propriedade de tais obras, não sendo o proprietário do terreno, deve provar que as executou.

Com base no ordenamento cível, apresentam-se, ainda, como funções das presunções legais, dentre outras: i) criação de marcos temporais; ii) estabelecimento de obrigações e iii) apontar o que não é passível de presunção.

Percebe-se a criação de marcos temporais quando se apontam os momentos em que pode ser considerada presumida a fraude à execução no art. 792 do CPC<sup>156</sup> e também a partir de quando se pode presumir que é morto um indivíduo (arts. 6º e 7º do CC)<sup>157</sup>.

No que tange ao estabelecimento de obrigações, tem-se o surgimento de uma *surrectio* para o devedor e *supressio* para o credor no caso do pagamento feito reiteradamente em local diverso do combinado inicialmente<sup>158</sup>. Há também a presunção da obrigação de pagar juros no mútuo destinado a fins econômicos<sup>159</sup> e de prorrogação da locação se não houver oposição à continuidade da posse, regramento previsto tanto no CC quanto na Lei de Locações de Imóveis Urbanos (Lei nº 8.245/1991).

Há também presunções com o fim de evitar certos raciocínios do juiz, que efetivamente tolhem a atividade judicial neste ponto. Como exemplo, podem ser citadas a proibição da presunção de solidariedade, que deve ser legal ou negocial<sup>160</sup>; e a noção de que, ao menos *prima*

---

<sup>155</sup> CC, Art. 1.253. Toda construção ou plantação existente em um terreno presume-se feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário.

<sup>156</sup> CPC, Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução: I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver; II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828; III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude; IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência; V - nos demais casos expressos em lei. §1º A alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente. §2º No caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro adquirente tem o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem. §3º Nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar. §4º Antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias.

<sup>157</sup> CC, Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva. Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra. Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

<sup>158</sup> CC, Art. 330. O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.

<sup>159</sup> CC, Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.

<sup>160</sup> CC, Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

*facie*, o depósito necessário deve ser remunerado<sup>161</sup> e o empreiteiro não tem a obrigação de fornecimento de materiais<sup>162</sup>.

### 1.5.1.2 Presunção *Hominis*

Presunção fundada no raciocínio indutivo realizado pelo homem, geralmente o juiz ou a parte, e, portanto, não prevista expressamente em lei. Possui base epistemológica, porque advém da observação do que usualmente acontece, possuindo natureza essencialmente pragmática<sup>163</sup>. Tendo-se um indício, induz-se que, pela sua existência, é possível também a ocorrência do fato que se pensa haver sucedido, mas sobre o qual não se há provas.

Como se pode atestar, a justificativa para a utilização das presunções pelo homem é a necessidade de informação. Quando ela é insuficiente, recorre-se a induções tendo por base situações já provadas, para se chegar à resposta mais plausível sobre o fato que não é conhecido<sup>164</sup>. Sabe-se que não é possível ter certeza sobre o que efetivamente ocorreu, mas há maior probabilidade, pois a conclusão é tomada com base no que geralmente acontece. As máximas de experiência, portanto, são essenciais para a existência das presunções *hominis*.

A provisoriedade caracteriza este tipo de presunção, já que o raciocínio é fundado meramente em indícios. Portanto, é possível (e necessário) promover sua falseabilidade sempre que surgir algum elemento que possa por em dúvida a concepção inicial, o que dá critérios científicos ao raciocínio presuntivo. No âmbito jurídico, sujeitam-se a reexame as presunções extralegais sempre que surgirem potenciais provas em contrário. É necessário reiterar a finitude da processo judicial, portanto, essa possibilidade de falseamento da presunção possui um limite temporal parar ser alegada, qual seja, a apreciação do processo na segunda instância, que é a última que pode apreciar questões factuais, segundo os Tribunais Superiores<sup>165</sup>.

Arruda Alvim aponta três requisitos – presentes na legislação italiana<sup>166</sup> – necessários para a aceitação de presunções *hominis*, já que não possuem base legal. São eles a gravidade, ou seja, a “intensidade da convicção provocada no juiz”, a precisão – em relação as possíveis

<sup>161</sup> CC, Art. 651. O depósito necessário não se presume gratuito. Na hipótese do art. 649, a remuneração pelo depósito está incluída no preço da hospedagem.

<sup>162</sup> CC, Art. 610. O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais. §1º A obrigação de fornecer os materiais não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

<sup>163</sup> RESCHER, Nicholas. *Epistemology: an introduction to the theory of knowledge*. Albany: State University of New York Press, 2003, p. 99.

<sup>164</sup> RESCHER, Nicholas. *Epistemology: an introduction to the theory of knowledge*. Albany: State University of New York Press, 2003, p. 98-99.

<sup>165</sup> Enunciado de Súmula nº 7 do STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Enunciado de Súmula nº 279 do STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

<sup>166</sup> Codice Civile Italiano del 1942. Art. 2729. Presunzioni semplici. Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti. Le presunzioni non si possono ammettere nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni.

consequências dos fatos, que devem ser factíveis –, e a concordância, a qual compreende a reunião dos diversos indícios que levem, juntos, a uma determinada conclusão<sup>167</sup>. Esses critérios são essenciais para que esta presunção possua valor de prova plena<sup>168</sup>, ou seja, aquela que só cede diante de prova em contrário.

Sua diferença essencial para as presunções legais, além da fonte de produção, é que estas podem ser estabelecidas tanto com fundamento em critérios axiológicos quanto em epistemológicos, enquanto que as presunções do homem são alicerçadas somente na aproximação da verdade, segundo a observação do que geralmente acontece<sup>169</sup>.

Conforme dito, as presunções *hominis*, no âmbito jurídico, são produzidas principalmente<sup>170</sup> pelas partes e pelo juiz. A seguir, serão exploradas as presunções judiciais, sendo estudadas as presunções das partes no terceiro capítulo deste estudo.

#### 1.5.1.2.1 Presunção Judicial

Trata-se de presunções simples, porém elaboradas pelo juiz, como mecanismo para o seu próprio convencimento<sup>171</sup>, no contexto do processo judicial. À lei não cabe a sua regulação, pois sendo instrumento pertinente ao intelecto do magistrado, torna os dispositivos legais supérfluos, pois estes não têm o condão nem de autorizar nem de proibir o raciocínio judicial<sup>172</sup>. Ressalta-se que correspondem a inferências a quais qualquer pessoa comum poderia elaborar, desse modo, o juiz não tem um olhar de jurista, mas de um cidadão que vive nessa sociedade em que as máximas de experiência são observadas<sup>173</sup>.

A presunção judicial terá seu valor probatório determinado pelo juiz, ao contrário da presunção legal, cujo valor, usualmente, é atribuído pela lei<sup>174</sup>. Por isso, há uma exigência de fundamentação mais rigorosa para utilização daquela, pois, ao invés de apenas seguir o preceito

<sup>167</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 2, p. 601.

<sup>168</sup> RAMPONI, Lamberto. *La teoria generale de presunzioni nel diritto civile italiano*. Torino: Fratelli Bocca, 1890, p. 297.

<sup>169</sup> DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 340.

<sup>170</sup> Pontes de Miranda aponta como possíveis produtores de presunções, além dos já citados, o interveniente ou o terceiro opoente. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil: arts. 282 a 443*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. IV, p. 358-359

<sup>171</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 164.

<sup>172</sup> DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 2, p. 68.

<sup>173</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: processo de conhecimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 2, p. 264.

<sup>174</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 5, p. 415.

legal presuntivo, o julgador terá de demonstrar um argumento para decidir baseado unicamente em um raciocínio próprio acerca dos indícios apresentados pelas partes. Ou seja, a previsão de presunção na lei tem função de entrincheiramento normativo, o que confere ao juiz, para afastar a aplicação da lei (presunção legal), esforço de justificação mais elevado.

Portanto, se existentes presunções absolutas judiciais, tolhe-se sobremaneira o direito de defesa das partes, pois o juiz já apreciaria o caso com uma opinião pré-concebida, com base numa presunção pensada por ele, que inadmitiria qualquer refutação. Isso não acontece em relação às presunções absolutas legais, pois as partes possuem pleno acesso prévio à lei, tendo ciência que, naquelas situações elencadas pelo legislador, a presunção sobre o fato desconhecido será absoluta.

Às partes deve ser facultada, ao menos, a possibilidade de influenciar a opinião do julgador. Se este aprecia o produto da instrução probatória e dele tira inferências que ele considera absolutas, mina-se o exercício do contraditório como direito de influência no provimento jurisdicional.

Amaral Santos, porém, aponta um problema relevante. Em regra, só se tem ciência que o magistrado decidiu de acordo com uma presunção quando se examina a fundamentação da decisão<sup>175</sup>. Por isso, baseando-se em um contexto de processo civil cooperativo, sugere-se que, quando o juiz for decidir com base em presunção, oportunize às partes a possibilidade de produção de prova em contrário, como forma de evitar que sentença seja baseada em raciocínio que tem a provisoriedade como característica essencial. Desse modo, privilegia-se tanto a ideia de cooperação processual, que deve abranger todos aqueles que atuam no processo<sup>176</sup>, quanto os princípios do contraditório e da ampla defesa, essenciais à concretização de um processo devido.

### ***1.5.2 Força probante***

Quanto a sua capacidade de restar conservada no processo mesmo com a presença de prova apta a destituí-la, costuma-se classificar as presunções em relativas, absolutas e mistas. Esta categorização, apesar de usual, é problemática, principalmente quanto à presunção absoluta, já que, se não se dá a oportunidade de abatê-la, há uma contradição frontal no que tange o conceito epistemológico de presunção, fundado na provisoriedade. Ainda, no que tange

---

<sup>175</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 5, p. 426.

<sup>176</sup> CPC, Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

às presunções mistas, acredita-se desnecessária sua classificação em categoria apartada, pois faria parte das presunções relativas.

Por isso, neste tópico, primeiramente será estudada a presunção por excelência, ou seja, a categoria relativa. A seguir, analisar-se-á a presunção absoluta, principalmente no que tange às controvérsias apontadas pela doutrina e a sua relação com as ficções jurídicas.

Vale ressaltar que, há aqueles que entendem haver uma categoria apartada para as presunções mistas<sup>177</sup>. Seriam elas aquelas presunções que somente poderiam ser derrubadas por certo tipo de prova em contrário, já determinada em lei. Moacyr Amaral Santos, sob a égide do CC/1916, traz como exemplo os arts. 203, 337 e 338<sup>178</sup>, que tratam sobre casamento e filiação<sup>179</sup>.

Entende-se<sup>180</sup>, no entanto, que não se devem erigir as presunções mistas a uma categoria apartada. Isso porque se trata, apenas, de um tipo de presunção relativa, porém mais limitada<sup>181</sup>, porque só pode ser ilidida por determinada prova em contrário, mas ainda assim pode ser derrubada, diferentemente das presunções absolutas, as quais, segundo já abordado, não podem ser sobrepostas por nenhum tipo de prova.

Portanto, desnecessária a criação de categoria diversa para as presunções relativas que necessitam de prova específica para serem rejeitadas, pois, apesar de sua relatividade não ser total, ainda assim é possível, com a prova certa, ilidi-la, o que não é factível, em nenhuma circunstância, com relação às presunções absolutas.

### 1.5.2.1 Presunção Relativa

A presunção relativa corresponde à normatização de presunções, axiológicas ou epistemológicas, dotadas de falseabilidade, pois admitem prova em contrário. São, portanto,

<sup>177</sup> Cf. COVELLO, Sergio Carlos. *A presunção em matéria civil*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 31. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*: arts. 282 a 443. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. IV, p. 355. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3, p. 121.

<sup>178</sup> Código Civil de 1916, Art. 203. O casamento de pessoas que faleceram na posse do estado de casados não se pode contestar em prejuízo da prole comum, salvo mediante certidão do registro civil, que prove que já era casada alguma delas, quando contraiu o matrimônio impugnado (art. 183, nº VI). Art. 337. São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou nulo, se contraiu de boa fé. Art. 338. Presumem-se concebidos na constância do casamento: I. Os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339); II. Os nascidos dentro nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.

<sup>179</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 5, p. 409-410.

<sup>180</sup> Junto de Lamberto Ramponi. Cf. RAMPONI, Lamberto. *La teoria generale de presunzioni nel diritto civile italiano*. Torino: Fratelli Bocca, 1890, p. 15.

<sup>181</sup> O próprio Pontes de Miranda a apresenta indicando que “a presunção mista é a presunção legal relativa, se contra ela só se admite prova contrária A, ou A ou B.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*: arts. 282 a 443. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. IV, p. 355.

valoradas como prova plena. Conforme já dito, o acolhimento de máximas de experiência e/ou valores pelo legislador é instrumento que auxilia tanto ao juiz quanto às partes.

Difere-se essencialmente da presunção absoluta, pois corresponde à norma eminentemente processual, além de sua utilização não ser cogente ao juiz, que, dentre outras possibilidades, poderá empregá-la para fundamentar sua decisão diante da necessidade de evitar *non liquet* em cenário que conjuga duas situações: os fatos que alicerçam o direito não foram provados de forma suficiente, mas houve devida demonstração do fato-base de uma presunção. Além disso, são a regra geral, porque se absoluta a presunção, essa característica deve ser expressada categoricamente pela lei.

Há, contudo, opiniões contrárias<sup>182</sup>, reputando a presunção legal relativa como pertencente ao direito material, o que não se sustenta, pois suas consequências práticas são sentidas eminentemente no âmbito do processo, de forma principal durante a instrução probatória e, após, na análise desses elementos pelo juiz. Além disso, presunções não conferem direitos subjetivos às partes, mas são meramente instrumentos que proporcionam a decisão judicial diante da falta de informação em relação a certos fatos. Por exemplo, a presunção do art. 322 do CC<sup>183</sup>, a qual traz a ideia de que é presumido o pagamento do todo quando é dada a quitação da última parcela. A presunção não tem o poder de indicar o verdadeiro adimplemento da obrigação, mas apenas de mostrar que, se o credor conceder a quitação da derradeira parcela, terá, no curso do processo, de provar o inadimplemento das demais.

Distingue-se também das presunções simples, não só pela previsão legal, mas principalmente porque podem ter conteúdo axiológico, com o fito de proteger valores sociais e processuais relevantes. Esse fato as torna completamente estranhas ao conceito de presunção formada pela junção prova indireta (premissa menor) com as máximas de experiência (premissa maior), pois a observação dos acontecimentos ordinários não lhe é relevante<sup>184</sup>. Nesse contexto, as presunções axiológicas se formam seguindo a lógica política<sup>185</sup>, de escolhas fundamentais do legislador com relação a valores que devem ser preservados naquela conjuntura social específica.

---

<sup>182</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil: As relações processuais. A relação processual ordinária de cognição*. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1943, v. 2, p. 502. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Negócios Jurídicos*. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. III, p. 541.

<sup>183</sup> CC, Art. 322. Quando o pagamento for em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores.

<sup>184</sup> DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 340.

<sup>185</sup> DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 349.

Exemplo mais evidente de presunção baseada em valores é a de inocência do réu. O *standard* probatório<sup>186</sup>, neste caso, é dos mais elevados, em razão das consequências deletérias de uma condenação criminal (no direito americano, exige-se que as provas indiquem a culpa além da dúvida razoável<sup>187</sup>). Esse *standard* é suportado mais comumente pela acusação (que deve comprovar os indícios de autoria e materialidade, inicialmente constatados para iniciar o processo penal), e não pelo acusado<sup>188</sup>, exatamente em razão da presunção de inocência. Obviamente que se trata de presunção relativa, pois não se trata de um “princípio da inocência”, mas apenas uma pressuposição normativa, a qual deve ser enfrentada e, eventualmente, afastada, por meio de um devido processo penal que permita ao réu ampla e condigna defesa.

A depender da presunção, o *standard* probatório para afastá-la varia. Conforme visto, o *standard* contido na pressuposição de inocência<sup>189</sup> (necessidade de prova da materialidade e da

<sup>186</sup> “Um *standard* de prova consiste numa regra de decisão que indica o nível mínimo de corroboração de uma hipótese para que esta possa considerar-se provada, ou seja, possa ser aceite como verdadeira. Um *standard* deve ser capaz de responder a duas perguntas: quando é que o grau de justificação é suficiente para aceitar um enunciado fáctico como verdadeiro e quais são os critérios objetivos que indicam que se alcançou esse grau de justificação.” SOUSA, Luís Felipe Pires de. *Prova por presunção no Direito Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 149.

Para uma perspectiva sobre os *standards* de prova no direito brasileiro, cujo desenvolvimento ainda é reduzido: KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 353, p. 15–52, jan./fev., 2001. COSTA, Guilherme Recena. Livre Convencimento e *Standards* de Prova. In: YARSHEL, Flávio Luiz. ZUFELATO, Camilo (Org.). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: Passado, Presente e Futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Standards* Probatórios no Processo Penal. *Revista da AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 4, p. 161-185, nov. 2007. Em relação a *standards* relacionados a casos específicos: GUEDES, Clarissa Diniz. LOPES, Laís Almeida de Souza. *Standards* probatórios no contexto da responsabilidade civil do médico. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Ano 11. v. 18. n. 2, p. 88-115, mai./ago. 2017. ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: *standards* de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 282. p. 113-139, ago. 2018. Sobre a comparação entre os *standards* de prova no *common law* e no *civil law* em relação aos casos cíveis: CLERMONT, Kevin M. SHERWIN, Emily. A Comparative View of *Standards* of Proof. *American Journal of Comparative Law*, Vol. 50, p. 243-275, 2002. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/222>. Acesso em 18. Jul. 2018.

<sup>187</sup> O *beyond reasonable doubt* é o *standard* mais forte no direito norte-americano. Significa que, para haver uma condenação criminal, o acusador deve trazer provas as quais sejam tão convincentes que tornem a condenação do réu praticamente inquestionável [In re Winship, 397 U.S. 358 (1970)]. Neste caso, a força do *standard* é tamanha em razão das consequências individuais e sociais que uma condenação errônea gera. Além do *standard* de prova criminal, pode-se falar nos *standards* cíveis *preponderance of evidence* e *clear and convincing evidence* (Colorado v. New Mexico, 467 U.S. 310). O primeiro, mas utilizado em casos que envolvem apenas direito patrimonial, demanda que tenham sido trazidas aos autos evidências que levem o julgador a considerar que o certo fato teve mais probabilidade de acontecer do que outro (probabilidade prevalente). Já o segundo, significa que o juízo utilizado para decidir deve se guiar por uma prova que demonstre uma probabilidade ainda mais forte do que a *preponderance of evidence*, em razão do maior custo social que um erro nesse tipo de julgamento teria quando comparado ao *standard* da probabilidade prevalente, e tem seu uso associado a causas em que o bem da vida discutido tem implicações além do patrimônio, como os processos de divórcio envolvendo guarda de menores. Cf. COSTA, Guilherme Recena. Livre Convencimento e *Standards* de Prova. In: YARSHEL, Flávio Luiz. ZUFELATO, Camilo (Org.). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: Passado, Presente e Futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 367-368.

<sup>188</sup> Vale ressaltar que, em se tratando do ônus da prova, é possível também imputá-lo ao réu, com relação a alegações sobre a ocorrência de fatos exculpantes.

<sup>189</sup> “Na pressuposição, independentemente da existência de um fato concreto conhecido, a norma impõe *in abstracto* um fato desconhecido indiferente a qualquer possibilidade ou impossibilidade (ex; pressuposição de adimplemento do réu na cobrança não executiva, pressuposição de constitucionalidade das lei). Se assim é, então o estado de inocência não é ‘presumido’, ‘ficto’ ou ‘suposto’, mas *pressuposto*. Deve-se falar, portanto, não em ‘presunção de inocência’, mas em *pressuposição de inocência*.” COSTA, Eduardo José da Fonseca. Presunção de inocência civil: algumas reflexões no contexto brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 25, n. 100, p. 129-144, out./dez. 2017, p. 133.

autoria) é alto, enquanto que, no caso de uma presunção epistemológica de cunho cível, a depender do caso, apenas se faz necessário provar uma maior possibilidade de uma conclusão frente a outra (uma chance maior de 50% de ser verdadeiro o alegado).

A falseabilidade é a característica mais relevante deste tipo de presunção legal. A sua natureza *iuris tantum* permite debate processual constante sobre a permanência ou não da presunção como elemento de justificação da decisão judicial, tendo em vista a possibilidade de produção de prova em contrário pela parte eventualmente prejudicada.

Verdadeiramente, a prova em contrário não afasta a presunção relativa, mas supera o ônus criado por ela, já que traz a informação que faltava para permitir ao juiz decidir com base em elementos trazidos aos autos, ao invés de alicerçar seu convencimento em um ditame legal que, apesar de ser baseado em máximas de experiência ou valores especialmente elencados pelo legislador, não possui o condão de trazer convicção segura acerca da ocorrência do fato discutido.

Sua atuação principal em âmbito processual concerne à distribuição do ônus da prova, diferindo-se também neste ponto das presunções judiciais. Enquanto estas configuram instrumento para o convencimento do juiz, a presunção legal relativa corresponde a “um dever de dividir o ônus da prova de determinado modo”<sup>190</sup>.

Na verdade, o efeito principal da presunção legal relativa é permitir que aquele o qual alega somente tenha de produzir a prova dos fatos-base, ou seja, da ocorrência dos indícios relacionados àquela específica presunção alegada. Nesse contexto, não há necessariamente uma inversão do ônus da prova<sup>191</sup> (saindo da regra geral do ônus estanque, no qual o autor alega os fatos constitutivos e o réu, os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos), mas apenas a possibilidade de uma das partes, ao invés de ter de provar os supracitados fatos, utilize a presunção que a lei concede em seu favor, facilitando sobremaneira a busca pelo ou defesa do bem da vida em litígio.

Muda-se, portanto, o objeto da prova. A mulher grávida, que tem a presunção do art. 1597, I do CC<sup>192</sup> a seu benefício, pode, ao invés intentar produzir provas da paternidade do pai (fato constitutivo do direito aos alimentos gravídicos, por exemplo), apenas demonstrar que o nascimento ocorreu até 180 dias após o fim da sociedade conjugal. O réu segue com o ônus de

---

<sup>190</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 164.

<sup>191</sup> “As presunções não invertem o ônus da prova. Inverter é virar, voltar algo em sentido contrário ao natural, ou tornar-se o contrário do que era. Se ocorresse uma inversão do ônus da prova, seguindo o critério tradicional de sua distribuição, o autor passaria a ter de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do seu próprio direito, enquanto que o réu, por seu lado, teria de provar o fato constitutivo do direito do autor.” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 264-265.

<sup>192</sup> CC, Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

trazer ao processo fatos modificativos, extintivos ou impeditivos, mas agora em relação a ambos os temas da prova (o fato constitutivo do direito e o fato-base da presunção).

Por isso, não se confundem ônus da prova e presunção relativa. Aquele configura técnica de julgamento, utilizada para evitar o *non liquet* quando as partes falham em seu ônus de trazer aos autos a prova dos fatos favoráveis ao seu direito, ou seja, não chegaram ao juiz meios para formar uma convicção regular acerca dos fatos alegados. A presunção relativa, por sua vez, é capaz de trazer ao juiz convicção de verossimilhança suficiente acerca do fato presumido, pois, para que a presunção seja utilizada como fundamento do julgamento, é necessária a efetiva prova do fato-base além de, é claro, não ter sido aventada nos autos prova em contrário<sup>193</sup>.

Por fim, há inúmeros exemplos de presunções legais relativas espalhadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, que contém tanto presunções de cunho epistemológico quanto de fundamentação axiológica.

No primeiro plano, que usa as máximas de experiência como premissa principal da presunção, podem ser citados os arts. 311, 574 e 1662 do CC e o art. 180, §3 do CP. O art. 311 do CC<sup>194</sup> traz a presunção de que o portador da quitação é autorizado a receber o pagamento. A máxima de experiência presente nesse contexto é de que, geralmente, o pagamento pode ser feito, sem maiores problemas, àquele que porta o instrumento de quitação.

A regra contida no art. 574 do CC<sup>195</sup> (reproduzida também nos arts. 7º, 8º e 50 da Lei de Locações), por sua vez, determina que é presumida a prorrogação da locação se não houver oposição à continuidade da posse. Nesse caso, tem-se que, usualmente, a permanência incontestada do inquilino transmite a ideia de que o locatário não deseja retomar a coisa móvel ou imóvel. Já quanto ao art. 1.662 do CC<sup>196</sup>, o qual contém a presunção de aquisição conjunta dos bens quando no regime de comunhão parcial, considera-se que a decisão por esse regime em específico por parte dos cônjuges ordinariamente, leva a entender que se visa ao compartilhamento da vida em comum, o qual enseja a copropriedade dos bens adquiridos na constância do casamento.

Em um cenário de presunções legais relativas de cunho valorativo é possível mencionar as presunções contidas nos arts. 591, 1.217 e 1.218 do CC, e art. 99, §3º do CPC, além da presunção de inocência do réu no processo penal, já aclarada anteriormente.

---

<sup>193</sup> Cf. MÂCEDO, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 87.

<sup>194</sup> CC, Art. 311. Considera-se autorizado a receber o pagamento o portador da quitação, salvo se as circunstâncias contrariarem a presunção daí resultante.

<sup>195</sup> CC, Art. 574. Se, findo o prazo, o locatário continuar na posse da coisa alugada, sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação pelo mesmo aluguel, mas sem prazo determinado.

<sup>196</sup> CC, Art. 1.662. No regime da comunhão parcial, presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior.

O art. 591 do CC<sup>197</sup> expressa que são presumidos devidos juros no mútuo destinado a fins econômicos, enquanto nos demais tipos de empréstimo de coisa fungível não há essa determinação. O valor tutelado nesse contexto é o direito de crédito, mais facilmente satisfeito quando há uma obrigação acessória para forçar o pagamento.

No âmbito dos direitos reais, os arts. 1.217 e 1.218 do CC<sup>198</sup> tratam do dever de indenizar dos possuidores de boa e má-fé quando da perda ou deterioração da coisa possuída. Aquele só responde em casos de dolo ou culpa, enquanto o possuidor de má-fé tem contra si uma presunção relativa de culpa, ou seja, já se assume que ele agiu com imprudência negligência ou imperícia. A diferença de tratamento aqui se dá pela desvalorização de uma posse baseada na consciência de que há vício ou obstáculo, mas, mesmo assim, intenciona-se, deslealmente, a aquisição da posse, frente à posse em que se desconhecem tais disfunções, havendo aquisição pois se imagina honestamente que a coisa empossada não pertence a ninguém<sup>199</sup>.

Por fim, no âmbito do processo civil, há a presunção de veracidade da alegação de hipossuficiência da pessoa natural (art. 99, §3º do CPC<sup>200</sup>). Seu objetivo é facilitar o acesso à justiça dos mais necessitados, embora haja possibilidade de ser utilizada de má-fé, por partes que possuem plena capacidade de litigar em juízo sem prejuízos ao provisionamento próprio e de sua família.

Vale ressaltar que, em todos os casos citados, as presunções legais relativas comportam prova em contrário, sendo as máximas de experiência ou os valores que as alicerçam apenas soluções provisórias diante de incertezas, as quais podem ser sanadas diante da falseabilidade propiciada pelo advento da prova antagônica com relação ao fato presumido.

#### 1.5.2.2 Presunção Absoluta

A presunção absoluta (*iuris et de iure*) configura técnica segundo a qual se deve tomar por verdadeira, sem possibilidade de demonstração que os fatos aconteceram de modo diverso, suposição acerca da ocorrência de um fato desconhecido. Para isso, basta que se comprove a presença no mundo fenomênico de determinado indício. Justifica-se em virtude da conexão

---

<sup>197</sup> CC, Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.

<sup>198</sup> CC, Art. 1.217. O possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa. Art. 1.218. O possuidor de má-fé responde pela perda, ou deterioração da coisa, ainda que acidentais, salvo se provar que de igual modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante.

<sup>199</sup> DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 340-341.

<sup>200</sup> CPC, Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso. (...) §3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

entre o fato presumido e o indício ser tão íntima e evidente “que a ocorrência do segundo se torna extremamente verossímil a suposição da ocorrência do primeiro”<sup>201</sup>. Desse modo, em razão dessa quase certeza, o legislador prefere privilegiar a suposição do que uma eventual prova em contrário.

Assim, a produção de prova em contrário da presunção, além de não permitida, torna-se completamente desnecessária, pois o julgador jamais poderá aceitá-la de modo a derrubar a suposição legal<sup>202</sup>. A presunção absoluta, portanto, possui valor probatório de prova bem elevado, pois não aceita refutação direta. Contudo, às partes ainda é possível a instrução probatória com o fito de demonstrar a não verificação do indício<sup>203</sup>, o que impede a formação do silogismo o qual constitui a presunção absoluta, vedando, assim, a sua aplicação.

Possuem natureza de norma jurídica de direito material<sup>204</sup>, ou seja, têm como objetivo a criação de direitos, obrigações ou situações jurídicas (*fattispecie*), e estatuir as consequências desses fatos<sup>205</sup>, diferentemente das normas processuais, que funcionam de modo a regular as situações jurídicas processuais e as condições em que a lei substancial atua no processo<sup>206</sup>.

Ainda, esse tipo de presunção tem como característica limitar a cognição judicial, pois impede a utilização dos poderes instrutórios para ulterior investigação dos fatos<sup>207</sup>, em razão de se tratar de atividade inútil ao prosseguimento do processo, pois a aplicação da presunção absoluta é obrigatória.

Além disso, direciona-se aos fatos futuros, para que estes se conformem o máximo possível com a presunção estabelecida<sup>208</sup>, o que é mais um argumento que corrobora para a concepção da presunção absoluta como norma jurídica de direito material, a qual prevê situações que podem ocorrer no mundo fenomênico. As verdadeiras presunções, por sua vez, corresponde a raciocínio baseado em fatos já ocorridos.

---

<sup>201</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual: primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 62.

<sup>202</sup> Nesse sentido, Barbosa Moreira: “com efeito, quando se diz que, na presunção absoluta, é *inadmissível* a “prova em contrário”, o que no fundo se quer afirmar é que *nada adiantaria* ministrar tal prova, pois, a despeito dela, o órgão judicial continuaria adstrito a pôr, como fundamento fático de sua decisão, aquilo que a lei presume. Nessa perspectiva, olhado mais de perto o fenômeno, a *inadmissibilidade* da “prova em contrário” aparece como simples corolário de sua *irrelevância*, explicando-se pela razão óbvia de que no processo não se deve tolerar atividade *inútil*.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual: primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 55.

<sup>203</sup> SOUSA, Luís Felipe Pires de. *Prova por presunção no Direito Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 104.

<sup>204</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 269.

<sup>205</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v.1, p. 105.

<sup>206</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil: os conceitos fundamentais – a doutrina das ações*. Tradução: J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v 1, p. 72.

<sup>207</sup> ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 134-135.

<sup>208</sup> PERELMAN, Chaim. *Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse*. PERELMAN, Chaim. FORIERS, Paul (org.) *Les présomptions et les fictions en droit*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1974, p. 341.

Ao se analisar epistemologicamente a presunção, viu-se que esta configura raciocínio indutivo o qual deve ser utilizado para preencher um vazio de informações, enquanto não se obtém um consenso acerca das provas colacionadas aos autos que possam trazer convicção em relação à ocorrência de determinado fato. É, portanto, provisória. Assim, como se justifica a existência de presunções “absolutas”, as quais, por definição, não admitem falseabilidade?

A presunção absoluta não é capaz de ser introduzida no conceito de presunção no âmbito epistemológico. A presunção pressupõe provisoriedade e possibilidade de refutação, sendo-lhe estas características inerentes conceitualmente. Tais ideias, contudo, não são próprias da presunção absoluta, contra a qual é inócuo qualquer esforço para promoção de sua falseabilidade, pois, mesmo que existente e trazida aos autos prova em contrário, ao juiz é obrigatória a aplicação da presunção que a lei determinou como inderrotável.

É categórica a afirmação de Rescher: “a ideia de presunção irrefutável é uma contradição em termos”<sup>209</sup>. Desse modo, do ponto de vista epistemológico, não existem presunções absolutas. Trata-se, na realidade de “postulados legais incontestáveis”<sup>210</sup>. Há, inclusive, ferrenhas críticas à utilização de presunções absolutas, pugnando-se, ainda, pela sua inconstitucionalidade, pelo fato de fabricarem, invariavelmente, uma realidade que não é factual<sup>211</sup>.

Tal opinião, no entanto, é extrema. Não se pode falar que todas as presunções absolutas pressupõem realidades mentirosas, até porque, em grande parte dos casos, há essas previsões justamente em razão a lei considerar haver uma “quase certeza” em relação à ocorrência do fato presumido, sendo mais plausível, nesse contexto, vedar a prova em contrário ao invés de permiti-la.

Apesar da controvérsia aventada, juridicamente, o termo presunção absoluta possui reconhecimento já há muito tempo e utilização frequente. Embora a nomenclatura seja contestada, a prática jurídica convencionou nomear uma pressuposição irrefutável como presunção absoluta, e ela assim será referida ao longo deste trabalho.

---

<sup>209</sup> Do original: “*the idea of an “irrefutable presumption” is a contradiction in terms*”. RESCHER, Nicholas. *Presumption and the practices of tentative cognition*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 5.

<sup>210</sup> RESCHER, Nicholas. *Presumption and the practices of tentative cognition*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 5.

<sup>211</sup> “No plano processual, as presunções absolutas não são mais aceitáveis, porque elas criam uma realidade que não é a do mundo, mas do direito apenas, ou seja, uma certeza da ocorrência de um fato simplesmente porque ocorreu outro que com ele pode ter alguma correlação. A presunção absoluta, ao não admitir prova em contrário, transforma-se numa verdadeira ficção, uma mentira que o direito transforma em verdade, mesmo sabendo o juiz que é mentira.” GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: processo de conhecimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 2, p. 263. A opinião do autor, no entanto, é extrema. Não se pode falar que todas as presunções absolutas pressupõem realidades mentirosas, até porque, em grande parte dos casos, há essas previsões justamente em razão a lei considerar haver uma “quase certeza” em relação à ocorrência do fato presumido, sendo mais plausível, em tais casos, vedar a prova em contrário do que permiti-la.

Há diversos exemplos de presunções absolutas, todas elas extraídas de ditames legais. Mesmo nos casos em que a lei expressamente não as defina como impassíveis de prova em contrário, esse status pode lhe ser conferido por interpretação doutrinária ou jurisprudencial.

Caso em que é expresso o caráter absoluto da presunção é o do Registro Torrens, forma de escrituração de imóveis rurais prevista nos arts. 277 a 288 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973). De origem australiana<sup>212</sup>, essa forma de registro, trazida ao Brasil por Rui Barbosa no final do século XIX<sup>213</sup>, trata-se de procedimento mais rigoroso do que o registro rural comum, sendo necessariamente judicial. Por isso, e também porque oportuniza notificação e contestação dos interessados antes do ato final, forma presunção absoluta da propriedade do imóvel para aquele que detém o registro, ordinariamente não sendo possível seu cancelamento em nenhuma hipótese legal<sup>214</sup>. Excetua-se as hipóteses de fraude.

Também havia uma série de presunções absolutas previstas diretamente no CC/1916<sup>215</sup>, sendo algumas delas foram repetidas no CC/2002, como a do art. 163<sup>216</sup>, a qual presume a fraude à execução em relação aos outros credores no caso de o devedor insolvente conceder garantias a credor(es) específico(s), e a do art. 174<sup>217</sup>, que torna presumida a confirmação do negócio quando este já foi cumprido ao menos em parte pelo devedor ciente dos vícios que contaminavam. Em ambos os casos, pode se extrair o caráter absoluto de tais presunções realizando-se uma interpretação sistemática<sup>218</sup> do ordenamento cível.

<sup>212</sup> CAMARGO, Maria Luiza. A certificação do latifúndio: considerações acerca do registro Torrens como blindagem da propriedade privada no caso das terras concentradas pelo Projeto Jari. *Geosp – Espaço e Tempo* (Online), v. 20, n. 2, p. 330-348, 2016, p. 338.

<sup>213</sup> SANCHES, Almir Teubl. *A questão de terras no início da República: o Registro Torrens e sua (in)aplicação*. 2008. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

<sup>214</sup> Vale ressaltar que, em março de 2018, o STJ decidiu é possível o pedido de usucapião mesmo se o imóvel estiver inscrito no Registro Torrens, por ser a usucapião forma originária de aquisição da propriedade. STJ. REsp nº 1.542.820/RS. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20/02/2018, DJe 01/03/2018. Ementa: Recurso Especial. Ação de usucapião. Aquisição da propriedade. Modo originário. Registro torrens. Requisitos. Posse. Ânimo de dono. Reexame de cláusulas contratuais e de provas. Inviabilidade. Súmulas nº 5 e nº 7/STJ. 1. A usucapião é modo originário de aquisição da propriedade que independe de verificação acerca da idoneidade do título registrado e não envolve transferência de domínio. 2. A matrícula do imóvel rural no Registro Torrens, por si só, não inviabiliza a ação de usucapião, motivo pelo qual não prospera a alegação de impossibilidade jurídica do pedido. 3. A reforma do julgado - para afastar a posse com ânimo de dono - demandaria interpretação de cláusulas contratuais e reexame do contexto fático-probatório, procedimentos vedados na estreita via do recurso especial, a teor das Súmulas nº 5 e nº 7/STJ. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

<sup>215</sup> Moacyr Amaral Santos e Sergio Covello trazem listagem das disposições do CC/1916 que eram consideradas presunções absolutas. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 5, p. 389-393. COVELLO, Sergio Carlos. *A presunção em matéria civil*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 59-60.

<sup>216</sup> CC, Art. 163. Presumem-se fraudulentárias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor.

<sup>217</sup> CC, Art. 174. É escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava.

<sup>218</sup> “A interpretação sistemática é fruto da ideia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas”. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação*

A insolvência civil e comercial tem por princípio a igualdade entre os credores (*par conditio creditorum*). Tal ditame tem como consequência a proibição do devedor insolvente privilegiar um credor específico (dar uma garantia ou reforçar a já existente), melhorando a situação dele em detrimento dos demais. Não há prova em sentido contrário que possa tornar tal conduta adequada, sendo plausível presumi-la sempre fraudulenta, como fizeram o CC/1916 e o CC/2002, por uma interpretação sistemática.

O mesmo ocorre com o regramento acerca da desnecessidade de ratificação expressa se o devedor tiver concluído o negócio ciente do vício que o inquinava. Nesse caso, o princípio utilizado é o da conservação dos negócios jurídicos, tido por Pontes de Miranda como convertibilidade, consoante o qual “na determinação das categorias jurídicas, se atende ao mínimo suficiente e, na interpretação da vontade negocial se lhe salva o máximo possível”<sup>219</sup>.

Em ambos os casos, criam-se direitos ou vedações, evocando a natureza de direito material da presunção absoluta. No primeiro, há vedação expressa de instituição de garantia a credor específico, enquanto que no segundo tem o devedor o direito de seguir com o negócio mesmo que haja vício, desde que esteja ciente deste.

Parte da doutrina defende a existência de uma presunção absoluta processual, sendo ela a coisa julgada<sup>220</sup>. Indica-se que a verdade dos fatos fixada pela sentença transitada em julgado deve ser tida como absoluta. O objetivo dessa presunção seria a preservação de certos valores, como a segurança jurídica e a autoridade da Jurisdição, além de evitar *bis in idem* com relação àquela lide já apreciada pelo Poder Judiciário. Contudo, Antonio Cabral, ao criticar as teorias materiais da coisa julgada<sup>221</sup>, refuta esse entendimento, baseado na concepção, também neste trabalho já demonstrada, da impossibilidade/improbabilidade do atingimento de uma verdade absoluta, não sendo esta elemento fulcral do processo<sup>222</sup>. Além disso, há a possibilidade de

---

*da constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 140.

<sup>219</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: Parte Geral – validade, nulidade, anulabilidade. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. IV, p. 131.

<sup>220</sup> Cf. CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 368. ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho*: bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 131.

<sup>221</sup> As teorias materiais da coisa julgada professam entendimento de que esta se liga diretamente ao direito material, tendo força constitutiva de direitos, diferentemente das teorias processuais, segundo as quais a conexão é apenas indireta, correspondendo à “imunização do direito por meio de um vínculo processual dos juízes de processos futuros, proibindo-os de decidir novamente sobre o tema”. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas*: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 64-65.

<sup>222</sup>O processualista carioca aduz ainda: “(...) a verdade no processo é apenas uma “verdade possível”, limitada naturalmente pelas pressões do tempo para decidir, pelas deficiências cognitivas humanas, pelos déficits organizacionais do aparato Judiciário, dentre outros fatores. Então, qualquer teoria que procurasse ligar a coisa julgada ao conceito de verdade estaria na contra-mão da moderna filosofia do conhecimento, além de conscientemente ignorar problemas estruturais dos órgãos do Estado, os quais, conquanto metajurídicos, não podem ser sublimados.” CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas*: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 68.

contestação desses fatos tidos como absolutamente verdadeiros por meio da ação rescisória, a qual pode trazer provas que refutam a idoneidade ou correção da sentença já estabilizada.

Verdadeiras presunções absolutas de cunho processual são as hipóteses de impedimento do juiz<sup>223</sup>. Nesses casos, é plena convicção de que, se o julgador decidir, esse ato estará eivado do vício de parcialidade. Essa ideia é correta, pois as situações elencadas evitam, por exemplo, que o juiz atue em processos que ele já conheceu ou de que participaram membros de sua família, situações em que a tendência (seguindo as máximas de experiência) seria julgar de forma a privilegiar a si mesmo ou a seus parentes. Preservam-se, com esta presunção, a idoneidade e a confiabilidade da Jurisdição.

No âmbito jurisprudencial, a interpretação dos Tribunais Superiores vem reconhecendo como presunções absolutas a existência de violência no estupro de vulnerável (art. 217-A do CP<sup>224</sup>) e a fraude à execução quando o devedor tributário aliena bens após a sua inscrição na dívida ativa (art. 185 do CTN).

O primeiro caso é relevantíssimo, por se tratar de matéria penal, contexto no qual a doutrina tende a refutar qualquer tipo de presunção ou ficção, em razão dos critérios necessários para concretização de uma condenação criminal, sendo constantemente refutada a possibilidade de condenação com base em indícios e presunções<sup>225</sup>.

Contudo, em se tratando de estupro de vulnerável (grupo que inclui os menores de 14 anos e aqueles que não tem o necessário discernimento para a prática do ato ou que não podem,

---

<sup>223</sup> Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo: I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha; II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão; III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo; VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes; VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços; VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório; IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado. § 1º Na hipótese do inciso III, o impedimento só se verifica quando o defensor público, o advogado ou o membro do Ministério Público já integrava o processo antes do início da atividade judicante do juiz. § 2º É vedada a criação de fato superveniente a fim de caracterizar impedimento do juiz. § 3º O impedimento previsto no inciso III também se verifica no caso de mandato conferido a membro de escritório de advocacia que tenha em seus quadros advogado que individualmente ostente a condição nele prevista, mesmo que não intervenha diretamente no processo.

<sup>224</sup> CP, Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. §1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. §2º (VETADO) § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos; §4º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. §5º As penas previstas no caput e nos §§1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

<sup>225</sup> REBOUÇAS, Sérgio. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 511.

por qualquer motivo, lhe oferecer resistência), a violência sexual atinge pessoas que, quase sempre, não possuem consciência do que está se passando, o que impossibilita o consentimento válido. Assim, o legislador, privilegiando critérios epistemológicos (já que a falta de consciência com relação ao acontecido é característica quase que onipresente neste tipo de crime) e axiológicos (visa a preservar a fragilidade e ingenuidade inerentes ao grupo vitimado pelo crime) torna possível a utilização de presunção no processo penal.

Ressalta-se que a presunção absoluta em análise configura elemento diferenciador do tipo (em contraste com o estupro previsto no art. 213), tornando-o mais grave. Para a condenação, fazem-se necessárias provas da materialidade e autoria. Demonstra-se, mais uma vez, a natureza de direito material da presunção absoluta.

Corroborando este raciocínio, foi aprovado, em outubro de 2017, o enunciado de súmula nº 593 do STJ<sup>226</sup>. A súmula tem como objetivo desmantelar qualquer tentativa de alegação de vulnerabilidade relativa, acostando argumentos (o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, a experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso com o agente) que não ilidem a presunção absoluta de vulnerabilidade do sujeito passivo<sup>227</sup>.

No campo tributário, o art. 185 do CTN<sup>228</sup> prevê um marco temporal (qual seja, a inscrição em dívida ativa) a partir do qual qualquer alienação de bem é considerada de má-fé, ensejando fraude à execução fiscal. É importante salientar que o dispositivo ressalva a aplicação da presunção caso o devedor tenha reservado bens ou rendas suficientes ao pagamento total da dívida inscrita, situação a qual resta evidente a falta de intuito fraudulento.

A prova em contrário (por exemplo, a venda ter sido realizada justamente com o objetivo de solver a dívida) é irrelevante para aplicação da sanção ao devedor fraudulento – qual seja a consideração da alienação do bem ineficaz com relação à Fazenda Pública credora – já que o STJ entende como *iuris et de iure* a presunção de fraude a execução, sendo dispensável o *consilium fraudis*<sup>229</sup>. O objetivo da presunção, neste caso, é proteger tanto o credor, que deve ter seu direito de crédito efetivado, quanto a administração da justiça, que é prejudicada quando não se há confiança no processo de execução das decisões judiciais.

---

<sup>226</sup> Súmula 593-STJ: O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. STJ. 3ª Seção. Aprovada em 25/10/2017, DJe 06/11/2017.

<sup>227</sup> É importante destacar que o erro de tipo (nesse caso, o desconhecimento acerca da idade da vítima), assim como nos demais crimes, excludente da culpabilidade, não tem a capacidade de ilidir a presunção, pois a vulnerabilidade absoluta não deixa de existir em razão da ignorância do agente sobre a idade do sujeito passivo.

<sup>228</sup> CTN, Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.

<sup>229</sup> STJ. REsp 1.141.990/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 10/11/2010, DJe 19/11/2010.

Há situações, contudo, em que o STJ decide pela relatividade da presunção. É o caso da quitação dada por meio de escritura pública. No REsp 1.438.432/GO<sup>230</sup>, o Tribunal decidiu que, apesar da força probatória da escritura pública – que possui fé pública, ou seja, tem a veracidade de seu conteúdo presumida –, a presunção contida nela não é indisputável, já que o registro pode ser retificado ou anulado judicialmente. O documento, por conseguinte, gera presunção *iuris tantum*, sendo possível a impugnação do que nele está inscrito.

#### 1.5.2.2.1 Presunção absoluta é ficção jurídica?

O último aspecto relevante a ser tratado acerca da presunção absoluta é a sua correspondência ou não com às ficções jurídicas. Ambos são expedientes utilizados tanto com o fim de auxiliar na formação de convicção judicial em contexto de informação insuficiente quanto para reforçar valores caros ao sistema jurídico e a sociedade.

A ficção jurídica é definida como uma técnica que pressupõe a existência de um fato ou de uma situação jurídica, distintos da realidade empírica, atribuindo a tais fatos o mesmo tratamento jurídico previsto para outros fatos claramente distintos<sup>231</sup>. Assim como a presunção absoluta, também não comportam prova em contrário, ocorrendo sua aplicação independentemente se trazidos aos autos elementos que comprovam o exato oposto acerca dos fatos “criados”.

Há certa confusão entre os termos ficção jurídica e presunção absoluta. Contudo, tais mecanismos se diferenciam<sup>232</sup>. Enquanto a presunção absoluta pode ter conteúdo verdadeiro (e muitas vezes é isso que acontece), a ficção seria necessariamente falsa. Além disso, há várias passagens na lei em que se fala de presunções quando na verdade o objetivo é tratar de ficções. Tal fato contribui sobremaneira para a miscelânea entre os termos.

---

<sup>230</sup> STJ. REsp 1.438.432/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/04/2014, DJe 19/05/2014.

<sup>231</sup> ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 133. CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 369-370.

<sup>232</sup> Karl Larenz indica serem as ficções “remissões encobertas”. “As *ficções legais* têm normalmente como finalidade a aplicação da regra dada para uma previsão normativa típica (P<sub>1</sub>) a outra previsão normativa típica (P<sub>2</sub>). Deste modo, não são senão remissões encobertas. Em vez de ordenar: as consequências jurídicas de P<sub>1</sub> vigoram também para P<sub>2</sub>, a lei finge que P<sub>2</sub> é um caso de P<sub>1</sub>. Como a lei não contém enunciados sobre factos mas ordenações de vigência, o legislador não afirma que P<sub>2</sub> é na realidade igual a P<sub>1</sub>, ou que é um caso de P<sub>1</sub>, mas preceitua que para P<sub>2</sub> valem as mesmas consequências jurídicas que para P<sub>1</sub>. Para conseguir este objectivo, dispõe que P<sub>2</sub> deve ser considerado por quem aplica a lei «como se» fosse um caso de P<sub>1</sub>. Em contrapartida, se P<sub>2</sub> não deve ser considerado como se fosse um caso de P<sub>1</sub>, embora de facto o seja, então a lei quer excluir para P<sub>2</sub> as consequências jurídicas de P<sub>1</sub>, de outro modo, sobreviriam - trata-se então de uma restrição encoberta.” LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 367.

Exemplo evidente disso é o da comoriência (art. 8º do CC<sup>233</sup>). O artigo prevê que, caso não se consiga aferir o exato momento da morte de duas pessoas, estas serão consideradas falecidas simultaneamente, o que altera significativamente o regime sucessório entre os falecidos, se houver relação de herança entre os dois. Nesse caso, inicialmente pode se pensar que se trata de presunção absoluta, já que se imagina possível a morte ao mesmo tempo, se contados apenas horas, minutos e segundos. Contudo, no contexto factual, o momento exato da morte ocorre com a precisão de submúltiplos de segundo, sendo praticamente impossível que tenham ocorridos ambos os óbitos ao exato mesmo tempo. Trata-se de improbabilidade que tende ao infinito, equiparando-se à impossibilidade, para fins jurídicos.

Outro exemplo é o da confissão ficta em razão da revelia do réu (art. 341, *caput*, do CPC). Nada impede que os fatos alegados pelo autor sejam realmente verdadeiros, mas não ocorre, na prática, a confissão do réu, que pode nem mesmo ter se manifestado nos autos, ou, tendo se manifestado, não haja cumprido o ônus da impugnação específica de contestar o que foi contra ele alegado. Aqui, pune-se a contumácia do réu, que falhou em se defender propriamente, e dá-se seguimento ao processo, mesmo diante de sua ausência. A aplicação dessa ficção pode ser evitada, caso ocorra alguma das situações previstas nos incisos do art. 341 do CPC<sup>234</sup>.

Ressalta-se que o que é objeto da ficção é a confissão do réu, e não os fatos alegados pelo autor. Quanto a estes, há apenas uma presunção relativa de veracidade, que pode ser ilidida por prova em contrário. Tanto é que o juiz não necessariamente deverá julgar o processo em favor do autor em razão da falta de resposta do réu. Em nenhum momento, o réu revel efetivamente realiza o ato de confessar, mas em razão da disposição legal punindo sua contumácia, recairá sobre ele o ônus de produção da prova para infirmar as afirmações do autor.

---

<sup>233</sup> CC, Art. 8º Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos.

<sup>234</sup> CPC, Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se: I - não for admissível, a seu respeito, a confissão; II - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato; III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. Parágrafo único. O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial.

Ainda, temos como exemplo as hipóteses de citação ficta, por hora certa ou por edital, previstas nos arts. 252 a 254<sup>235</sup> e 256 a 259 do CPC<sup>236</sup>. Na citação por hora certa, o oficial de justiça comparece ao endereço indicado no mandado citatório por duas vezes, sem sucesso. Já na segunda vez, deve avisar a vizinho ou a membro da família do citando que comparecerá em mais uma oportunidade, no dia útil seguinte. Se, nesta ocasião, não for feita a citação diretamente ao réu, este será considerado citado.

Do mesmo modo ocorre na citação por edital, na qual o réu não é comunicado diretamente do ato citatório, tendo que tomar conhecimento dele a partir de meios de comunicação, como rádio, jornais ou internet. Vê-se, nesse contexto, que necessariamente não ocorreu a citação regular – apesar de ser possível que tenha havido ciência do processo judicial e da convocação para audiência, objetivos precípuos da citação –, mas os efeitos desse ato recaem sobre o réu normalmente.

---

<sup>235</sup> CPC, Art. 252. Quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar. Parágrafo único. Nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a intimação a que se refere o caput feita a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência. Art. 253. No dia e na hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou à residência do citando a fim de realizar a diligência. §1º Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando se tenha ocultado em outra comarca, seção ou subseção judiciárias. §2º A citação com hora certa será efetivada mesmo que a pessoa da família ou o vizinho que houver sido intimado esteja ausente, ou se, embora presente, a pessoa da família ou o vizinho se recusar a receber o mandado. §3º Da certidão da ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com qualquer pessoa da família ou vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome. §4º O oficial de justiça fará constar do mandado a advertência de que será nomeado curador especial se houver revelia. Art. 254. Feita a citação com hora certa, o escrivão ou chefe de secretaria enviará ao réu, executado ou interessado, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandado aos autos, carta, telegrama ou correspondência eletrônica, dando-lhe de tudo ciência.

<sup>236</sup> CPC, Art. 256. A citação por edital será feita: I - quando desconhecido ou incerto o citando; II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar o citando; III - nos casos expressos em lei. §1º Considera-se inacessível, para efeito de citação por edital, o país que recusar o cumprimento de carta rogatória. §2º No caso de ser inacessível o lugar em que se encontrar o réu, a notícia de sua citação será divulgada também pelo rádio, se na comarca houver emissora de radiodifusão. §3º O réu será considerado em local ignorado ou incerto se infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos. Art. 257. São requisitos da citação por edital: I - a afirmação do autor ou a certidão do oficial informando a presença das circunstâncias autorizadoras; II - a publicação do edital na rede mundial de computadores, no sítio do respectivo tribunal e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, que deve ser certificada nos autos; III - a determinação, pelo juiz, do prazo, que variará entre 20 (vinte) e 60 (sessenta) dias, fluindo da data da publicação única ou, havendo mais de uma, da primeira; IV - a advertência de que será nomeado curador especial em caso de revelia. Parágrafo único. O juiz poderá determinar que a publicação do edital seja feita também em jornal local de ampla circulação ou por outros meios, considerando as peculiaridades da comarca, da seção ou da subseção judiciárias. Art. 258. A parte que requerer a citação por edital, alegando dolosamente a ocorrência das circunstâncias autorizadoras para sua realização, incorrerá em multa de 5 (cinco) vezes o salário-mínimo. Parágrafo único. A multa reverterá em benefício do citando. Art. 259. Serão publicados editais: I - na ação de usucapião de imóvel; II - na ação de recuperação ou substituição de título ao portador; III - em qualquer ação em que seja necessária, por determinação legal, a provocação, para participação no processo, de interessados incertos ou desconhecidos.

Com as citações fictas, permite-se que prossiga a marcha processual, mesmo quando da ausência do réu (para ele deverá ser nomeado um curador especial<sup>237</sup>), privilegiando o princípios da razoável duração do processo e a característica da inevitabilidade da jurisdição, evitando deixar sem resposta aquele que procura o Poder Judiciário.

No âmbito penal, pode ser falar do crime continuado (art. 71 do CP)<sup>238</sup>. Nesse caso, é sabido que o agente cometeu mais de um crime da mesma espécie, com o mesmo *modus operandi*. Porém, a lei determina que os delitos subsequentes sejam considerados como continuação do primeiro, não se aplicando o concurso material (ou seja, a aplicação da pena de cada crime cometido, cumulativamente), mas, na verdade, impondo-se a pena do mais grave com um acréscimo, que pode ser de um sexto a dois terços. Nesse caso, a ficção visa a proteger o agente, em razão da pressuposição de que este age com um desígnio único, ou seja, todos os crimes que praticou nesse intervalo de tempo foram motivados por uma vontade singular.

Pelos exemplos trazidos, é possível atestar que realmente as ficções jurídicas proporcionam a concretizam de situações evidentemente falsas, em detrimento dos fatos ocorridos. Isso pode acontecer tanto pela alta improbabilidade de se aferir a informação correta, como no caso da comoriência, quanto pela necessidade estabelecer a continuidade do processo, aumentando a confiabilidade na Jurisdição.

Portanto, respondendo à pergunta-título deste tópico, acredita-se que presunções absolutas e ficções jurídicas são similares no que tange ao seus efeitos<sup>239-240</sup> mas há uma

---

<sup>237</sup> CPC, Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao: I - incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade; II - réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado. Parágrafo único. A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei.

<sup>238</sup> O STJ também entende o crime continuado como uma ficção jurídica. STJ. HC 12.719/RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 7/11/2006, DJe 18/12/2006. Ementa: habeas corpus. Roubo. Crime continuado. Apuração separada. Sentença. Unificação dos processos. 1. A instauração de processos distintos não configura nulidade, admitindo, como admite, a lei processual penal em vigor, a unificação das penas editadas em ações diversas em sede de execução penal, até porque, *in casu*, tem-se como caracterizado o crime continuado, que nada mais é que um modo de ser especial do concurso material de delitos, tratado como unidade por ficção legal. 2. Ainda que se quisesse entender que o não exercício da advocatária pela autoridade com jurisdição prevalente constitui não apenas irregularidade, mas sim, nulidade, será de natureza relativa, a reclamar arguição oportuna, que não foi feita, e ocorrência de prejuízo, que não se demonstrou. 3. Não se conhece do pedido de habeas corpus na parte em que a matéria impugnada não foi objeto de decisão pela Corte Estadual. 4. Pedido parcialmente conhecido e denegado nesta extensão.

<sup>239</sup> Por esse motivo, Dallagnol. Greco e Dinamarco as igualam às presunções absolutas. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 342. GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: processo de conhecimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 2, p. 263. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3, p. 116.

<sup>240</sup> “A distinção entre presunção e ficção existe no plano pré-jurídico, enquanto serviam de elemento intelectual ao legislador que estava construindo regra jurídica. Uma vez criada a regra jurídica, desaparece a diferenciação, porque tanto a presunção quanto a ficção, ao penetrarem no mundo jurídico por intermédio da regra jurídica, ambas entram como “verdades” (realidades jurídicas).” BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 544.

tendência, correta, a diferenciá-las em razão de seu conteúdo<sup>241</sup>, porque, enquanto o âmago da presunção absoluta permite que o raciocínio presuntivo seja verdadeiro (aliás, a tendência é exatamente esta, em razão das justificativas utilizadas para fundamentar o uso de tal instrumento), a ficção jurídica é necessariamente falsa.

---

<sup>241</sup> Diferenciam a ficção jurídica da presunção absoluta: RAMPONI, Lamberto. *La teoria generale de presunzioni nel diritto civile italiano*. Torino: Fratelli Bocca, 1890, p. 51. BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 543. MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. A presunção no direito, especialmente no Direito Civil. In: MENDES, Gilmar Ferreira. STOCO, Rui (org.). *Doutrinas Essenciais: Direito Civil, Parte Geral: prescrição, decadência e prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5, p. 1344. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 64-65. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Presunções e ficções no direito probatório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 196, p. 13-20, jun. 2011., p. 18. ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 135. COVELLO, Sergio Carlos. *A presunção em matéria civil*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 65. CONIGLIO, Antonino. *Le presunzioni nel processo civile*. Palermo: Celere, 1920, p. 8.

## CAPÍTULO 2: CONVENÇÃO PROCESSUAL E CONVENÇÃO PROBATÓRIA

Neste capítulo, como premissa para tratar do negócio processual atípico relativo às presunções, indicar-se-á o conceito de negócio jurídico processual adotado por este trabalho, as normas fundamentais aplicáveis à negociação processual e os obstáculos e limites a essa atividade; e como ocorre a vinculação do juiz ao que é firmado pelas partes. Ainda, tratar-se-á dos negócios processuais de cunho probatório, gênero do qual as convenções sobre as presunções fazem parte.

### 2.1 Conceito de Negócio Processual

A flexibilização procedimental pode se dar pela via legal (genérica ou alternativa)<sup>247</sup> judicial ou voluntária.

A adequação procedimental judicial é realizada pelo juiz, especialmente nas situações em que resta silente o legislador, para adaptar o procedimento de forma a atender peculiaridades da situação de direito material que é apresentada em juízo ou condições particulares dos litigantes<sup>249</sup>.

Com o advento do CPC de 2015, essa faculdade do juiz, que antes era exercida sem previsão legal que a autorizasse expressamente, foi positivada no art. 139, incisos IV e VI<sup>250</sup>, nos quais são previstos poderes de controle processual que permitem ao magistrado, respectivamente, que determine todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; dilate os prazos processuais; e altere a ordem de

---

<sup>247</sup> A flexibilização legal genérica difere-se da alternativa pois, naquela, o juiz, com certa liberdade, selecionará a melhor combinação de sequência em que deverão ser realizados os atos processuais, com a colaboração das partes; e, nesta, a lei confere alternativas com relação ao procedimento já abstratamente pré-fixadas pelo legislador, cuja escolha (e apenas ela) também caberá ao juiz em cooperação com os litigantes. Nota-se, então, que a flexibilização procedimental legal genérica confere ao juiz – que nessa variante é o ente protagonista das definições acerca do procedimento – maior liberdade para ajuste do procedimento, enquanto que a modalidade alternativa permite somente a escolha do procedimento dentre aqueles dispostos na legislação. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. 2007. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 160 e 179.

<sup>249</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. 2007. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 203-204.

<sup>250</sup> CPC, Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; (...) VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.

A adequação do procedimento pelo juiz, contudo, não se sobrepõe aos negócios jurídicos processuais estabelecidos pelas partes, ainda que o objeto destes seja também passível de flexibilização procedimental judicial. Isso ocorre porque o CPC tem como um de seus norteadores o princípio do autorregramento da vontade das partes, o qual deve prevalecer diante de uma modificação realizada pelo juiz, já que o interesse principal no feito é daqueles que serão atingidos pelo seu resultado<sup>251</sup>.

A partir deste ponto, tratar-se-á especificamente da flexibilização procedimental realizada em virtude do alvitre das partes.

Por muito tempo, antes do advento da cláusula geral de convencionalidade trazida pelo CPC aprovado em 2015, houve profícua discussão sobre a existência ou não da categoria dos negócios jurídicos processuais<sup>252</sup>, atualmente superada. Não se pode negar a existência dos negócios processuais, cujo uso na prática forense pode-se conferir até anteriormente ao CPC/39<sup>253</sup>. O CPC/73, por sua vez, continha vários negócios processuais tipificados, com o acordo para suspensão do processo e a convenção sobre a distribuição do ônus da prova<sup>254</sup>.

O diferencial do CPC/15 foi o reconhecimento expresso, por meio da cláusula geral de convencionalidade, da possibilidade de convencionar sobre o procedimento e sobre as situações jurídicas processuais, que antes era constantemente questionada em razão da assystematização da disciplina no código anterior, que apenas previa certos negócios processuais típicos sem maiores esclarecimentos acerca de condições ou limites para a negociação processual.

Para selecionar o conceito mais adequado<sup>255</sup> de negócio jurídico processual, inicialmente faz-se necessário entender o que confere a um ato jurídico *lato sensu* a característica da processualidade.

---

<sup>251</sup> REDONDO, Bruno Garcia. *Adequação do procedimento pelo juiz*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 136-137.

<sup>252</sup> Um estudo pormenorizado dessa discussão foi realizado em PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Legitimidade Extraordinária Negociada*. Curitiba: Prismas, 2018, p. 37-41.

<sup>253</sup> BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*: art. 1º a 153. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. 1, p. 481.

<sup>254</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 88.

<sup>255</sup> O ato de nomear se revela enunciado performativo por excelência, não podendo ser julgado verdadeiro ou falso, mas apenas mais ou menos adequado para determinada finalidade, de acordo com a cultura jurídica básica compartilhada. Cf. AUSTIN, John Langshaw. Performative utterances. In: AUSTIN, John Langshaw. *Philosophical Papers*. Oxford: Oxford University Press, 1970. p. 233-241.

Para Leonardo Greco, o negócio jurídico será considerado processual se for realizado no curso do processo – portanto, pelo critério da sede do ato –, ou se tiver como objetivo a produção de atos em um processo que já ocorre ou num vindouro<sup>256-257</sup>.

O critério da sede, por si só, não se justifica, porque nem todos os atos que ocorrem durante o processo terão necessariamente caráter processual. A transação, por exemplo, tem caráter material<sup>258</sup>, por ter como conteúdo o bem da vida objeto do litígio. Além disso, há atos processuais que ocorrem externamente ao processo, por exemplo, uma convenção processual aposta a um contrato.

Já quanto à questão dos efeitos, parece tentadora a ideia de considerá-los como critério para aferir a processualidade dos atos, já que, de fato, os atos processuais devem produzir seus efeitos dentro de um processo, sendo desnecessário aferir esses se são diretos, reflexos, principais ou acessórios<sup>259</sup>. A referibilidade a um processo seria suficiente para considerar um ato como processual. Contudo, a delimitação consensual de espécies jurídicas não é logicamente autorizada, porque, nesse caso, estaria se definindo causa pela consequência, gerando-se um ciclo vicioso, pois sempre que se tiver que se definir a consequência, terá que se voltar à causa e vice-versa<sup>260-261</sup>.

<sup>256</sup> GRECO, Leonardo. Atos de disposição processual – primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al* (org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 291.

<sup>257</sup> Pedro Henrique Nogueira lista as divergências doutrinárias acerca dos critérios que determinam a processualidade dos atos: “i) há os que condicionam a ‘processualidade’ do ato à circunstância de sua prática gerar constituição, modificação ou extinção na relação jurídica processual, agregando a exigência de serem praticados pelos sujeitos da relação apenas (partes e juiz); ii) há os que põem relevo, sem ignorar a pertinência subjetiva a eficácia sobre a relação jurídica processual, a sede do ato (somente seriam ‘processuais’ os atos praticados pelos sujeitos da relação, no processo, e que gerasse criação, modificação ou extinção da relação processual; iii) há quem defenda a ‘processualidade’ em função da circunstância de onde o ato pode ser praticado (somente seriam ‘processuais’ aqueles praticados no processo e que somente no processo poderiam ser praticados); iv) há os que vinculam a ‘processualidade’ apenas à integração do ato na cadeia procedimental; v) há os que admitem a ‘processualidade’ de certos atos ou fatos ainda quando não integrem o procedimento, desde que previstos em normas processuais e produzam algum efeito processual.” NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 49-50. Para conferir as objeções aos 4 primeiros critérios listados (a quinta posição é a adotada neste trabalho e está justificada no corpo do texto), Cf. PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Legitimidade Extraordinária Negociada*. Curitiba: Prismas, 2018, p. 29-31.

<sup>258</sup> “É evidente que esses pactos nada têm a ver com eventuais atos de disposição que interferem sobre o direito material. Figuras como a transação, a renúncia (do direito material), o reconhecimento jurídico do pedido obviamente estão ligadas de forma direta ao poder de dispor do direito material e, portanto, ligam-se antes ao plano substancial que ao plano processual.” MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Daniel Mitidiero. *Novo Curso de Processo Civil*: teoria do processo civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1, p. 527-528.

<sup>259</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 62.

<sup>260</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 172-173.

<sup>261</sup> É essa também a opinião de Marília Siqueira da Costa, a qual sinaliza que “o fato jurídico deve se referir a um processo, atual ou futuro, para receber a qualificação como processual, mas, para existir, não depende da efetiva produção de efeitos, logo, os efeitos jurídicos dele decorrentes não compõem o seu conceito”. COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenções de terceiros*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 28-29.

Portanto, a referibilidade, por si só, não é considerada critério suficiente para demonstrar a processualidade de um ato, sendo necessário que seu suporte fático, ou seja, os eventos, abrangendo manifestações de vontade, condutas e fenômenos da natureza que o compõem sofra a incidência em normas jurídicas processuais<sup>262</sup>.

Por isso, parece mais adequado adotar um conceito de negócio processual que una essas duas características principais. Assim, um negócio jurídico processual se demonstra quando a parte (ou as partes, no caso das convenções processuais) tem o poder de regravar situações jurídicas processuais ou promover alterações no procedimento (ou seja, o objeto deve abordar, necessariamente, normas processuais), cujos efeitos incidem em um processo corrente ou vindouro<sup>263-264</sup>.

Conceituado o negócio jurídico processual, é possível traçar algumas classificações, como a que se refere ao seu suporte legal<sup>265</sup> (negócios típicos ou atípicos) e a divisão de acordo com o número de declarações de vontade<sup>266</sup> (expressas ou tácitas) necessárias para a celebração do negócio (negócios unilaterais ou plurilaterais).

---

<sup>262</sup> DIDIER JR., Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 33.

<sup>263</sup> O conceito é deveras parecido com o que Antonio do Passo Cabral cunhou para as convenções processuais, com a adição da explicitação com relação ao conteúdo do negócio serem obrigatoriamente normas de direito processual. “Convenção (ou acordo) processual e o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento.” CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 68.

<sup>264</sup> O conceito de Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Nogueira também inspirou essa ideia: “pode-se, aqui, definir o negócio jurídico processual como o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.” DIDIER JR., Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 59. Antonio Cabral promove uma crítica ao uso da expressão “escolha da categoria jurídica”, em razão do vocábulo categoria não possuir sentido técnico-jurídico próprio. Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 67.

<sup>265</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm. 2016, p. 140.

<sup>266</sup> “Ao nosso ver, a vontade não é elemento do negócio jurídico; o negócio é somente a declaração de vontade. Cronologicamente, ele surge, nasce, por ocasião da declaração; sua existência começa nesse momento; todo o processo volitivo anterior não faz parte dele; o negócio todo consiste na declaração. Certamente, a declaração é o resultado do processo volitivo interno, mas, ao ser proferida, ela o incorpora, absorve-o, de forma que se pode afirmar que esse processo volitivo não é elemento do negócio. A vontade poderá, depois, influenciar a validade do negócio e às vezes também a eficácia, mas, tomada como iter do querer, ela não faz parte, existencialmente do negócio jurídico; ela fica inteiramente absorvida pela declaração, que é o seu resultado.” AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 82.

Os negócios processuais típicos são aqueles que estão previstos legalmente. No CPC, pode-se mencionar o foro de eleição (art. 63<sup>267</sup>), a escolha consensual do perito (art. 471<sup>268</sup>), a convenção sobre o ônus da prova (art. 373, §3<sup>269</sup>) e a suspensão convencional do processo, pelo prazo máximo de 6 meses (art. 313, II<sup>270</sup>).

Já os negócios processuais atípicos são possibilitados pela cláusula geral de convencionalidade, prevista no art. 190 do CPC. A técnica legislativa da cláusula geral prescreve enunciados elásticos, com linguagem vaga – sem o detalhamento característico da casuística – e indeterminados quanto à hipótese legal de aplicação<sup>271</sup>. A tipicidade é reduzida a um grau mínimo, tornando o sistema de normas mais maleável<sup>272-273</sup>.

Como exemplo dessa modalidade, podem ser mencionadas algumas convenções probatórias, como a presunção criada diante do descumprimento do pacto de disclosure, os pactos acerca da produção antecipada de prova e o acordo para seleção dos meios de prova a serem utilizados no processo<sup>274</sup>.

---

<sup>267</sup> CPC, Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações. §1º A eleição de foro só produz efeito quando constar de instrumento escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico. §2º O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes. §3º Antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu. §4º Citado, incumbe ao réu alegar a abusividade da cláusula de eleição de foro na contestação, sob pena de preclusão.

<sup>268</sup> CPC, Art. 471. As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que: I - sejam plenamente capazes; II - a causa possa ser resolvida por autocomposição. §1º As partes, ao escolher o perito, já devem indicar os respectivos assistentes técnicos para acompanhar a realização da perícia, que se realizará em data e local previamente anunciados. §2º O perito e os assistentes técnicos devem entregar, respectivamente, laudo e pareceres em prazo fixado pelo juiz. §3º A perícia consensual substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz.

<sup>269</sup> CPC, Art. 373. O ônus da prova incumbe: (...) §3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

<sup>270</sup> CPC, Art. 313. Suspende-se o processo: II - pela convenção das partes;

<sup>271</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 144-146.

<sup>272</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 173.

<sup>273</sup> Fredie Didier Jr., à luz do CPC/73, traz exemplos de cláusulas gerais processuais previstas em lei: “O princípio do devido processo legal é o principal exemplo de cláusula geral processual. O CPC brasileiro contém outros vários exemplos de cláusulas gerais: a) cláusula geral executiva (art. 461, § 5o, CPC); b) poder geral de cautela (art. 798 do CPC); c) cláusula geral do abuso do direito do exeqüente (art. 620 do CPC); d) cláusula geral da boa-fé processual (art. 14, II, CPC); e) cláusula geral de publicidade do edital de hasta pública (art. 687, § 2o, CPC); f) cláusula geral de adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária (art. 1.109 do CPC) etc.” DIDIER JR., Fredie. Cláusulas Gerais Processuais. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v.8, n. 12, 2010, p. 123.

<sup>274</sup> Outros exemplos de negócios processuais atípicos foram indicados no enunciado nº 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: 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, 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

Quanto à quantidade de manifestações de vontade necessárias para que seja celebrado o negócio jurídico, tem-se que estes podem ser classificados como unilaterais ou plurilaterais (aqui incluídos os negócios bilaterais). Os negócios processuais unilaterais exigem apenas uma declaração de vontade para sua formação, sendo desnecessária a anuência da parte contrária para que se produzam seus efeitos e, por isso, usualmente serão típicos, porque a vontade se restringe à escolha pela prática de determinado ato cujos efeitos são regulados estritamente pela lei<sup>275</sup>. São exemplos a escolha do procedimento a ser seguido<sup>276</sup>, o parcelamento do débito pelo executado (art. 916, CPC)<sup>277</sup>, a renúncia ao recurso, a desistência da penhora pelo exequente e a abdicação da caução no cumprimento provisório de sentença.

Por sua vez, os negócios processuais plurilaterais demandam declarações de vontade de duas ou mais partes para que se realize a convenção<sup>278</sup>. Há dúvida sobre se a vontade do juiz poderia ser considerada para formação do negócio processual plurilateral<sup>279</sup>. Essa questão será tratada mais a frente, no tópico 2.4.

---

depoimento pessoal. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC- RIO, no V FPPC-Vitória e no VI FPPC-Curitiba).

<sup>275</sup> FARIA, Marcela Kohlbach de. Negócios jurídicos processuais unilaterais e o requerimento de parcelamento do débito pelo executado. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 284-285.

<sup>276</sup> DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 26. Guilherme Faria impõe o seguinte limite a este negócio unilateral: “Contudo, frisa-se que a referida modalidade de negócio processual unilateral só poderá ocorrer quando houver a substituição do procedimento estabelecido em lei por outro que ofereça uma cognição exauriente em maior espectro, não importando, desse modo, em lesão às garantias processuais-constitucionais da outra parte, o que seria inadmissível à luz do modelo constitucional de processo”. FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios processuais no modelo constitucional de processo*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 71.

<sup>277</sup> FARIA, Marcela Kohlbach de. Negócios jurídicos processuais unilaterais e o requerimento de parcelamento do débito pelo executado. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 291.

<sup>278</sup> O enunciado 21 do Fórum Permanente de Processualistas Civis indica como exemplos: 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.

<sup>279</sup> Concordam: Francesco Carnelutti, Fredie Didier Jr., Pedro Henrique Nogueira, Lorena Barreiros e Leonardo Carneiro da Cunha. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil: da estrutura do processo*. Tradução: Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, v. 3, p. 168. DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 32. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 213. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 172. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 51. Discordam: Antonio do Passo Cabral, Flávio Luiz Yarshell e Julio Guilherme Müller. YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 79. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 223. MÜLLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 167.

Há autores que utilizam a denominação contrato processual para tratar dos negócios processuais em geral<sup>280</sup>, o que não se mostra adequado, porque o vocábulo contrato remete a interesses contrapostos, além de também ter conotação essencialmente patrimonial<sup>281</sup>. Preferem-se os vocábulos pacto, convenção, acordo e avença para servirem como sinônimos da expressão negócio jurídico processual plurilateral, que envolve interesses paralelos e convergentes para um objetivo comum de dois ou mais agentes<sup>282</sup>.

## 2.2 Principais Normas Fundamentais aplicáveis aos negócios processuais

No âmbito processual, enxerga-se a aplicação de diversas normas fundamentais. Tais normas, dispostas especialmente – mas não restritamente – nos artigos 1º a 12 do CPC, expressam no texto legal o que a Constituição já previra em 1988: as normas (princípios ou regras<sup>283</sup>) essenciais para que se configure o devido processo.

A noção de devido processo pode ser equiparada à figura de um guarda-chuva, que abarca sob seu manto as características as quais devem estar presentes em todos os processos comandados pelo Estado, sejam administrativos sejam judiciais, ou por particulares (por exemplo, procedimentos de exclusão de associados). Constitucionalmente, pode-se listar o juiz natural (art. 5º, LIII<sup>284</sup>), o contraditório, a ampla defesa (art. 5º, LV<sup>285</sup>), a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV<sup>286</sup>), a inadmissibilidade das provas ilícitas (art. 5º, LVI<sup>287</sup>), a

<sup>280</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Daniel Mitidiero. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1, p. 535. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015, p. 119.

<sup>281</sup> “Em nossa opinião, o conceito de contrato não é adequado para referirmo-nos a negociação processual porque ainda muito ligado a uma ideologia patrimonialista e puramente obrigacional. Não possível subsumir os negócios jurídicos processuais a esta mesma lógica em razão do ambiente publicista em que se inserem. É verdade que existem alguns efetivos contratos processuais (de natureza patrimonial e com interesses opostos), como os que tem por objeto a distribuição dos custos do processo de maneira diversa daquela estipulada em lei. Não obstante, dentro da temática mais ampla das convenções, os contratos processuais são menos frequentes.” CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 54-55. Há autores, entretanto, que utilizam a nomenclatura e trazem, como exemplo, o contrato processual de colaboração premiada em virtude de ato de improbidade administrativa. DIDIER JR., Fredie. BONFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 161.

<sup>282</sup> BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Ristampa corretta della II edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 305.

<sup>283</sup> Enunciado nº 370 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: 370. (arts. 1º a 12) Norma processual fundamental pode ser regra ou princípio. (Grupo: Normas fundamentais).

<sup>284</sup> CF, Art. 5º, LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

<sup>285</sup> CF, Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

<sup>286</sup> CF, Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

<sup>287</sup> CF, Art. 5º, LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

publicidade (art. 5º, LX<sup>288</sup>), a motivação das decisões judiciais (art. 93, IX<sup>289</sup>) e a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII<sup>290</sup>). Todas essas normas estão previstas também no CPC, podendo se juntar a elas, ainda, o incentivo a solução consensual dos conflitos (art. 3º), a primazia da decisão de mérito, a efetividade (art. 4º), a cooperação (art. 6º), a boa-fé (art. 5º), a paridade de tratamento das partes (art. 7º), a eficiência e o autorregramento da vontade (estes dois últimos, de forma implícita).

No que concerne à negociação processual, é possível visualizar mais claramente a presença da autonomia privada processual, da boa-fé, da cooperação, da isonomia e da eficiência. Como é a este âmbito que se restringe esta pesquisa, tratar-se-á circunstancialmente apenas dessas normas.

Parte-se, como ponto inicial, da concepção de Emilio Betti de autonomia privada, entendida pelo autor italiano como o poder de criar, modificar ou extinguir de relações jurídicas entre pessoas privadas, cujo regramento, em geral e em abstrato, já foi previsto uma fonte de direito, a qual estabelece, antecipadamente, em normas jurídicas prévias, as vicissitudes de tais relações<sup>291</sup>.

A autonomia privada decorre do princípio da dignidade humana. Nesse contexto, a autonomia configura-se como elemento ético, que fundamenta o livre-arbítrio do indivíduo e sua capacidade de autodeterminar-se, para que ele próprio possa definir sua atuação com relação aos diversos aspectos da vida. A autonomia só se demonstra, entretanto, se conjugadas três condições: a razão (a aptidão para tomar decisões informadas), a independência – o agir no

---

<sup>288</sup> CF, Art. 5º, LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

<sup>289</sup> CF, Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

<sup>290</sup> CF, Art. 5º, LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

<sup>291</sup> O Autor italiano sinaliza que a autonomia privada pode ser reconhecida pelo Estado tanto como fonte de normas jurídicas que integrarão o ordenamento, por se tratar de fonte de direito quanto como causa que gera relações jurídicas entre particulares já regradas pelo ordenamento, sendo este o verdadeiro sentido da expressão autonomia privada. “*L’autonomia – quale attività, e potestà, di autoregolamento di propri interessi e rapporti, spiegata dallo stesso titolare di questi – può essere riconosciuta dall’ordine giuridico statale in due distinte e diverse funzioni. a) Può essere riconosciuta come fonte di norme giuridiche destinate a far parte integrante dello stesso ordine giuridico che la riconosce, appunto, come fonte di diritto subordinata e dependente. b) Può essere, inoltre, riconosciuta come presupposto e causa generatrice di rapporti giuridici già disciplinati, in astratto e in generale, dalle norme di esso ordine giuridico. Qui interessa considerare soltanto l’autonomia privata. Questa autonomia viene riconosciuta dall’ordine giuridico, nel campo del diritto privato, esclusivamente nella seconda delle funzioni anzidette. Viene riconosciuta, cioè, quale attività e postest, creativa, modificativa o extintiva di rapporti giuridici fra privato e privato: rapporti, la vita e le vicende dei quali sono disciplinate in anticipo da preesistenti norme giuridiche.*” BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Ristampa corretta della II edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 49-50.

sentido de optar por algo deve ser livre de qualquer coerção, física ou moral –, e a escolha, ou seja, a efetiva existência de possibilidades entre as quais se possa optar<sup>292</sup>.

No âmbito processual essa autonomia se demonstra, por exemplo, quando da decisão da parte autora em acionar a jurisdição<sup>293</sup>. É a demonstração do princípio dispositivo, segundo o qual só existe processo e atuação judicial após a provocação da parte. Outros exemplos podem ser elencados, como a previsão da cláusula geral de convencionalidade e de uma série de negócios processuais típicos ao longo do diploma processual.

Assim, negar, de forma injustificada, o exercício da liberdade durante o processo se mostra como séria afronta ao devido processo legal<sup>294</sup>. A atividade processual não pode deixar de ser considerada “coisa das partes” para se tornar uma “coisa sem partes”<sup>295</sup>. É necessária, portanto, a superação do dogma da irrelevância da vontade no processo<sup>296</sup>.

A evidente presença da autonomia privada no novo processo civil brasileiro consagrou um novo princípio, implícito no CPC/15: o autorregramento da vontade<sup>297</sup>, que se traduz em conjunto de poderes que podem ser praticados pelas partes, com liberdade variada<sup>298</sup>. O objetivo deste princípio é propiciar às partes um ambiente processual no qual seja possível o exercício da autonomia privada, apenas com as limitações estritamente necessárias.

A liberdade se demonstra de formas variadas. Pode ser que o interessado a tenha de modo suficiente para determinar a extensão dos efeitos jurídicos do pacto ou suas condições, havendo um negócio processual discricionário. Quando lhe é apenas facultada a escolha ou não

<sup>292</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução: Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 81-82.

<sup>293</sup> GODINHO, Robson Renault. *Autonomia de las partes y el proceso civil brasileño*. NOGUEIRA, Pedro Henrique. CAVANI, Renzo (coord.). *Convenciones procesales*. Estudios sobre negocio jurídico y proceso. Lima: Raguél Ediciones, 2015, p. 87.

<sup>294</sup> DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 19.

<sup>295</sup> GODINHO, Robson Renault. *Autonomia de las partes y el proceso civil brasileño*. NOGUEIRA, Pedro Henrique. CAVANI, Renzo (coord.). *Convenciones procesales*. Estudios sobre negocio jurídico y proceso. Lima: Raguél Ediciones, 2015, p. 91.

<sup>296</sup> Trata-se da ideia de que os atos processuais somente produziram os efeitos previstos por lei, e não aquele queridos internamente pela parte, o que a tornaria irrelevante no contexto processual. Dinamarco expressa bem a concepção desse dogma, ao informar que, antes do CPC/2015, “as escolhas voluntárias de determinada situação processual não poderiam jamais ir além de se direcionar em um sentido ou em outro nos estreitos limites do que a lei permita, sem terem as partes liberdade para construir o conteúdo específico de cada um dos atos realizados. Os efeitos dos atos processuais são em princípio os que resultam da lei e não necessariamente da vontade do agente, estando pois ausente, nesses atos, a vinculação entre a vontade manifestada no ato e o efeito a ser produzido”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 2, p. 551. O autor equivoca-se, no entanto, pois desconsidera que a mera possibilidade de opção já é considerada manifestação da autonomia privada, demonstrando a presença da vontade na atuação da parte no processo.

<sup>297</sup> Fredie Didier Jr., em pequeno ensaio, defende a existência do princípio e o elenca no rol de normas fundamentais processuais. Lista-se diversos artigos do diploma processual como forma de demonstrar a presença do princípio no ordenamento. DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 18.

<sup>298</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 136.

em realizar o negócio, sem possibilidade de regrar seu alcance, já que a lei o faz precisamente, tem-se um negócio processual vinculativo<sup>299</sup>. Fredie Didier Jr. divide o autorregramento em quatro zonas de liberdade: a de negociação (que são preliminares à consumação da avença), a de criação (de modelos negociais atípicos), a de estipulação (refere-se ao conteúdo do pacto) e a de vinculação (escolher se há o desejo ou não de se vincular a um negócio)<sup>300</sup>.

A autonomia privada também está presente na seleção de meios alternativos à jurisdição para resolução de conflitos, como a arbitragem, mediação, conciliação e a negociação direta<sup>301</sup> (que inclusive, são incentivados no art. 3º do CPC<sup>302</sup>) e na negociação do direito material no curso do processo, quando da transação, do reconhecimento da procedência do pedido pelo réu e pela renúncia à pretensão pelo autor.

Ressalta-se que esse poder de autorregramento não é ilimitado, já que, embora não mais se possa considerar que o Brasil adota o hiperpublicismo, o processo neste país ainda possui caráter público que se demonstra com a participação equânime do juiz e das partes, em cooperação. Assim, a autonomia pode sofrer limitações, desde que justificadas em princípios de similar envergadura constitucional, como a igualdade e a efetividade<sup>303</sup>.

Outra norma fundamental aplicável à flexibilização procedimental voluntária<sup>304</sup> é a cláusula-geral de boa-fé, presente no art. 5º do CPC<sup>305</sup>. Trata-se de cláusula geral pois, em razão das inúmeras possibilidades de comportamento desleal que podem surgir durante o processo, tornar-se-ia contraproducente elaborar uma enumeração exaustiva desses casos, limitando à configuração de má-fé processual àquelas hipóteses previstas legalmente<sup>306</sup>. A dependência do comportamento humano, impossível de ser imaginado em todas as suas nuances pelo legislador,

<sup>299</sup> ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general del proceso: nociones generales*. Sujetos de la relación jurídica procesal. Objeto, iniciación, desarrollo y terminación del proceso. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997, p. 379.

<sup>300</sup> DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 18.

<sup>301</sup> Cf. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”. *Revista de Processo*, São Paulo: v. 259, p. 471-489, set. 2016.

<sup>302</sup> CPC, Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. §1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. §2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. §3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

<sup>303</sup> RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 184.

<sup>304</sup> Enunciado nº 407 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: 407. (art. 190; art. 5º; art. 422, Código Civil) Nos negócios processuais, as partes e o juiz são obrigados a guardar nas tratativas, na conclusão e na execução do negócio o princípio da boa-fé. (Grupo: Negócios processuais). Da forma como foi escrito, o enunciado manifesta a possibilidade de que o juiz também poderia ser parte de convenções processuais, com o que não se concorda, conforme os argumentos descritos no tópico 2.4. Porém, preferiu-se manter a menção ao enunciado nº 407, como indicação de que há doutrina apontando que a boa-fé deve ser aplicada aos negócios processuais.

<sup>305</sup> CPC, Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

<sup>306</sup> DIDIER JR., Fredie. Comentários ao artigo 5º. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo (orgs.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 15.

impede que se especifique pormenorizadamente quais atitudes configurariam violação da supracitada cláusula-geral<sup>307</sup>.

A boa-fé processual, que deve permear os atos de todos aqueles que participam do processo, inclusive os do órgão jurisdicional<sup>308</sup>, é a de cunho objetivo<sup>309</sup>, ou seja, não se fia a uma crença subjetiva ou a um estado de fato, como a boa-fé subjetiva<sup>310</sup>, mas corresponde à norma jurídica que expressa *standard* de comportamento para aqueles que contraem obrigações entre si<sup>311</sup>, de forma a preservar expectativas e evitar comportamentos contraditórios.

Essa norma não apresenta incompatibilidade com a característica de contraposição de interesses das partes no processo – o qual, na maioria dos casos, pressupõe uma lide –, pois a atuação permeada pela boa-fé configura “exigência de consideração pelo outro na relação processual”, para que se construa uma decisão judicial baseada no respeito à confiança legítima<sup>312</sup>.

Portanto, qualquer ato processual realizado por um dos sujeitos, para ser considerado válido, não pode configurar abuso de direito<sup>313</sup>, infligir a proteção da confiança dos demais envolvidos, nem configurar comportamentos contraditórios. Como exemplo, menciona-se o descumprimento do pacto de *disclosure*. Esse ato pode ser configurado tanto como uma

---

<sup>307</sup> Essa forma de previsão do princípio da boa-fé não é uniforme no direito comparado, apesar de a ideia de que o exercício de direitos processuais deve ser pautado na honestidade e lealdade, e se dar sem abusos se mostrar aparentemente universal. Cf. TARUFFO, Michele. Relatório geral. Abuso de direitos processuais. Padrões comparativos de lealdade processual. Traduzido por Lorena Miranda Santos Barreiros. In: DIDIER JR., Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre (coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 8, p. 387.

<sup>308</sup> Enunciado nº 375 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: 375. (art. 5º) O órgão jurisdicional também deve comportar-se de acordo com a boa-fé objetiva. (Grupo: Normas fundamentais). Enunciado nº 376 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: (art. 5º) A vedação do comportamento contraditório aplica-se ao órgão jurisdicional. (Grupo: Normas fundamentais).

<sup>309</sup> Enunciado nº 374 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: 374. (art. 5º) O art. 5º prevê a boa-fé objetiva. (Grupo: Normas fundamentais).

<sup>310</sup> “(...) pela expressão boa-fé subjetiva trata-se ou de designar um fato pelo qual um sujeito tem a convicção, ainda que errônea, de estar a respeitar o direito, pois crê na legalidade da situação; ou de indicar a situação de um terceiro que deve ser protegido porque confiou – legitimamente – na aparência de certo ato. Em todas as situações, há um estado de fato, a crença legítima, de modo que a boa-fé subjetiva tem sentido de uma condição psicológica denotando uma situação fática habitualmente concretizada no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio ou, ainda, numa crença errônea, mas justificável.” MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 280.

<sup>311</sup> Este é apenas um dos significados trazidos por Judith Martins-Costa para o termo polissêmico boa-fé. Os outros dois são “(i) um instituto ou modelo jurídico (estrutura normativa alcançada pela agregação de duas ou mais normas); (...); (iii) um princípio jurídico (norma de dever ser que aponta, imediatamente, a um << estado ideal e coisas >>).” MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 281-282.

<sup>312</sup> FACCI, Lucio Picanço. A proibição de comportamento contraditório e o novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 8, p. 431.

<sup>313</sup> Sobre as modalidades de abuso de direito ligadas à boa-fé processual, especificamente o *nemo postest venire contra factum proprium*, a *supressio*, a *surrectio* e o *tu quoque*, cf. PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Legitimidade Extraordinária Negociada*. Curitiba: Prismas, 2018, p. 62-64. CRAMER, Ronaldo. O princípio da boa-fé objetiva no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 8, p. 205-210.

situação de *nemo potest venire contra factum proprium*<sup>314</sup>, nos casos em que os documentos não são entregues, quanto também como abuso de direito, quando efetiva-se a entrega, mas apenas de informações completamente irrelevantes, de forma a atravancar a análise das provas fornecidas.

O descumprimento da cláusula-geral da boa-fé processual não evoca, em geral, uma sanção prefixada, devendo a punição da parte desleal ser indicada pelo juiz de acordo com as peculiaridades do caso concreto<sup>315</sup>. Contudo, é possível supor a aplicação, em certos casos, especialmente a situação referida acima (entrega apenas de informações irrelevantes), da multa por litigância de má-fé, baseada no art. 80, V, do CPC (V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo). Além das hipóteses tipificadas no art. 80<sup>316</sup>, configuram-se também como litigância de má-fé todos aqueles atos praticado com abuso de direito<sup>317</sup>, demonstrando-se, uma vez mais, a importância da existência da cláusula-geral de boa-fé processual.

A cooperação processual, princípio decorrente do novo modelo de processo adotado no Brasil, qual seja, o cooperativo, baseia-se na necessidade de equilibrar o volume da participação das partes e do juiz na condução e direção do processo<sup>318</sup>, evitando-se protagonismos, para que se atinja uma decisão judicial de mérito justa em tempo razoável.

A cooperação não pode ser vista, assim como a boa-fé, de forma ingênua, afinal, estão em disputa interesses contrapostos. Há, inclusive, concepção que associa o processo a verdadeiro jogo, em que, ao final, se busca a vitória<sup>319</sup>. Por isso, o dever de cooperação não

---

<sup>314</sup> Trata-se de “instrumento protetivo da confiança gerada por um comportamento praticado, de modo que o agente da conduta referência não mais deva contradizer-se por meio da prática de ato posterior, sob pena de gerar prejuízo àqueles que objetivamente aderiram à confiança emanada pelo primeiro ato.” TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição do venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 45.

<sup>315</sup> THEODORO JR., Humberto *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 161.

<sup>316</sup> CPC, Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidente manifestamente infundado; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

<sup>317</sup> BERALDO, Maria Carolina Silveira. Litigância de má-fé no novo código de processo civil (Lei n. 13.105/15). In: MÁCEDO, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre (org.). *Novo CPC doutrina selecionada: parte geral*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 878.

<sup>318</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 102.

<sup>319</sup> “*In questo consiste la tattica processuale, affidara alla sagacia e al senso di responsabilità di ciascun litigante; qui è l'abilità del giuoco. Ciscaun competitore, prima di fare un passo, deve cercar di prevedere, com un attento studio non solo della situazione giuridica ma altresì della psicologia dell'avversario e del giudice, com quali reazioni l'antagonista risponderà alla sua mossa. Così, pur non perdendo di vista il fine ultimo del processo che è la vittoria, i competitori continuano a studiarsi per tutto il corso del processo come due schermidori sulla pedana: e la partita viene a spezzetarsi in una serie di episodi, in ognuno dei quali i loro sforzi sono immediatamente indirizzati a conseguire un vantaggio parziale, un <<punto>>, che rimanga acquisito a suo favore e possa*

significa que as partes resolverão o litígio em “íntimo companheirismo”, mas sim, que as partes, consideradas individualmente, tenham influência na discussão sobre a forma de condução do processo e dela possam participar<sup>320</sup>.

O agir estratégico puro, muitas vezes orientado por intenções ardilosas, no entanto, não se aplica ao contexto processual, já que há a normatização de diversos dispositivos que punem atos praticados de má-fé e também são nulos os atos que ensejem abuso de direitos<sup>321</sup>. Assim, a concepção de “processo como jogo” não prevalece, já que às partes não são dispostos todos os expedientes possíveis, corretos ou enganosos, para se atingir a vitória, ou seja, a decisão judicial que lhe favoreça.

Do princípio da cooperação decorrem certos deveres, como o de lealdade, de veracidade, de operosidade, de esclarecimento, de prevenção, de auxílio e de consulta. Os três primeiros estão relacionados à atuação das partes; o esclarecimento é um dever compartilhado por ambos; e os demais concernem ao comportamento do juiz. Como escopos desses deveres, pode-se mencionar a influência do diálogo em espaços que antes eram monopolizados ou pelas partes ou pelo juiz; o favorecimento das decisões de mérito ante as de forma; o afastamento das decisões surpresa; e a atuação preventiva de modo a buscar a justa composição do litígio<sup>322</sup>.

O dever de lealdade e o comportamento de acordo com a boa-fé demonstram a preferência pela regência do processo segundo certos cânones éticos, como a probidade, a lisura e a integridade. A lealdade, que possui matriz constitucional<sup>323</sup>, se demonstra “quando adotados comportamentos cooperativos, convergentes com a visão solidária e respeitosa da dignidade do ser humano”<sup>324</sup>.

O dever de veracidade deve ser visto em duas facetas: há tanto o dever de expor a verdade quanto o de não mentir, não sendo possível que esta oculte fatos que, apesar de necessários aos deslinde da causa, são-lhe desfavoráveis<sup>325</sup>. A verdade, nesse contexto,

---

*concorrere d assicurargli quando si dorvranno tirar ele somme, la vittoria finale*”. CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. In: CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1966, v. I, p. 541-542.

<sup>320</sup> GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Tradução de Ronaldo Kochem e revisão técnica de Daniel Mitidiero. In: DIDIER JR., Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 8, p. 303-304.

<sup>321</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 222.

<sup>322</sup> FIGUEIREDO FILHO, Eduardo Augusto Madruga de. MOUZALAS, Rinaldo. Cooperação e vedação às decisões por emboscada (“ambush decision”). In: MÁCEDO, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre (org.). *Novo CPC doutrina selecionada: parte geral*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 506.

<sup>323</sup> CF, Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

<sup>324</sup> TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição do venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 86

<sup>325</sup> SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Tópicos Sobre a Colaboração com a Instrução Probatória. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 8, n. 825, ago. 2008. Disponível em: <https://bit.ly/2FpExh6>. Acesso em 9. jan. 2019.

relaciona-se à versão dos fatos aventada pela parte. Se o litigante tem conhecimento da falsidade de um fato e mesmo assim o alega com verdadeiro, fere seu dever de veracidade<sup>326</sup>.

O dever de operosidade destaca necessidade de eficiência da função jurisdicional, no sentido de haver o maior aproveitamento dos atos com o menor dispêndio de recursos possível<sup>327</sup>. A cooperação auxilia nesse objetivo, pois tem como escopo o trabalho conjunto das partes e dos juízes para que se atinja uma decisão de mérito justa e em tempo razoável.

O dever de esclarecimento divide-se em duas vertentes. Para as partes, é essencial que a exposição de seus argumentos se dê de forma clara e coerente em seus pronunciamentos processuais<sup>328</sup>. Para o juiz, o esclarecimento deve se dar tanto com relação às suas próprias dúvidas quanto ao que foi alegado pelos litigantes no que concerne às indagações das partes sobre os pronunciamentos judiciais. É o binômio pedir esclarecimentos-esclarecer seus pronunciamentos. O exercício desse dever maximiza o aproveitamento dos atos processuais e possibilita decisões judiciais que tenham como tônica o debate em contraditório, sem dúvidas ou obscuridades<sup>329</sup>.

O dever de prevenção, por sua vez, é a obrigação de o tribunal avisar as partes sobre quaisquer deficiências ou lacunas em suas alegações ou pedidos. Tais insuficiências devem ser indicadas de forma precisa pelo juiz, oportunizando a correção pelas partes. É aplicável a todas as situações nas quais erros passíveis de correção possam comprometer a validade do processo<sup>330</sup>. Esse dever fomenta o princípio da primazia da decisão de mérito.

Demonstra-se em quatro áreas fundamentais: o esclarecimento de pedidos confusos, o evitamento de lacunas quando da exposição de fatos relevantes à resolução do litígio, a adequação do pedido à situação concreta e a sugestão, pelo juiz, de determinada atuação da parte<sup>331</sup>.

O dever de auxílio seria pertinente em situações em que as partes encontrem dificuldades sérias para exercer direitos ou cumprir ônus ou deveres processuais. Nesse

---

<sup>326</sup> AUILO, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de processo no novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 67.

<sup>327</sup> HARTMANN, Guilherme Kronenberg. *Processo colaborativo: atuação laboriosa dos sujeitos processuais*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 34.

<sup>328</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 128.

<sup>329</sup> THEODORO JR., Humberto *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 77.

<sup>330</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?* Disponível em: <https://bit.ly/2LZr5kH>. Acesso em: 8. jan. 2019.

<sup>331</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *O dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes – uma análise sob a ótica do direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil)*. *Revista da ESMape*. Recife, v. 5, n.11, p. 247-273, 2000, p. 257.

contexto, o juiz teria a obrigação de, quando possível, providenciar a remoção desse entrave<sup>332</sup>. Entende-se, entretanto, que o exercício desse dever afeta o princípio da inércia e também compromete a imparcialidade do juiz, pois a responsabilidade de auxiliar a parte no cumprimento de seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais é de seu representante judicial, seja o advogado, seja o defensor público<sup>333</sup>.

Por fim, o dever de consulta refere-se a necessidade de o juiz inquirir as partes sempre que for conhecer de matéria ainda não aventada por estas, mesmo que lhe seja facultado fazê-lo de ofício, conferindo-lhes efetiva oportunidade de influência na decisão judicial. A consulta é a forma mais efetiva de evitar decisões por emboscada<sup>334</sup>. Possui relação intrínseca com o princípio do contraditório em sua dimensão material, que pressupõe não só o direito de fala e ciência, mas também o de efetiva influência no provimento judicial.

Afinal, não se pode admitir que as partes sejam surpreendidas por uma decisão baseada em uma visão jurídica da qual não lhe tenha sido dada ciência, sob pena de afronta a ampla defesa e ao contraditório na vertente “influência”<sup>335</sup>. O CPC explicita o suporte do ordenamento processual brasileiro a essa concepção em seus artigos 9º e 10º<sup>336</sup>.

Espriadas pelo CPC existem diversas hipóteses em que se pode claramente atestar a adoção de um modelo cooperativo de processo, por exemplo, a audiência prévia de conciliação (art. 334, *caput*)<sup>337</sup>, o saneamento compartilhado (art. 357, §3º)<sup>338</sup>, a proibição de se eximir do dever de colaborar para o descobrimento da verdade (art. 378)<sup>339</sup>, a fundamentação detalhada

---

<sup>332</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes – uma análise sob a ótica do direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil). *Revista da ESMape*. Recife, v. 5, n.11, p. 247-273, 2000, p. 268-269.

<sup>333</sup> DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 131.

<sup>334</sup> Para um estudo sobre a vedação desse tipo de decisão no direito comparado, cf. FIGUEIREDO FILHO, Eduardo Augusto Madruga de. MOUZALAS, Rinaldo. Cooperação e vedação às decisões por emboscada (“ambush decision”). In: MÁCEDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre (org.). *Novo CPC doutrina selecionada*: parte geral. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 509-514.

<sup>335</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Disponível em: <https://bit.ly/2RfP44J>. Acesso em 8. jan. 2019.

<sup>336</sup> CPC, Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701. Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

<sup>337</sup> CPC, Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

<sup>338</sup> CPC, Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: (...) §3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

<sup>339</sup> CPC, Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

das decisões judiciais (art. 489, §1º)<sup>340</sup> e a intimação da parte para sanar os vícios formais do recurso antes da declaração de inadmissibilidade (art. 932, parágrafo único)<sup>341</sup>.

A previsão da cláusula geral de convencionalidade também é materialização do princípio da cooperação processual, pois convenção processual tem natureza de negócio jurídico plurilateral, que depende da vontade e acordo das partes para se firmar. Ausente um mínimo de cooperação, não seriam possíveis quais pactos, sejam materiais, sejam processuais.

A isonomia processual igualmente possui origem constitucional, especificamente no *caput* do art. 5º da CF<sup>342</sup>. O postulado da igualdade é pressuposto de funcionamento de qualquer organização que se pressuponha democrática, além de constituir manifestação da dignidade humana, especificamente em sua dimensão moral<sup>343</sup>.

É ilusório analisar a igualdade em abstrato. Esta deve ser aferida de acordo com as condições concretas das partes no exercício de seus direitos e no cumprimento de seus encargos, ou seja, materialmente. A análise da igualdade em um prisma meramente formal não é suficiente para verificar se o processo oferece aos litigantes um ambiente em que sua atuação se dê de forma paritária<sup>344</sup>.

Assim, Rafael Sirangelo de Abreu sustenta que a igualdade processual é estruturada em três planos, de acordo com o momento do fenômeno processual: a igualdade ao processo, referente ao acesso à justiça de forma paritária, ou seja, a possibilidade de todos, independentemente de suas condições, terem acesso à jurisdição; a igualdade no processo, correspondente ao equilíbrio nas posições jurídicas dos litigantes, que deve ser analisada especificamente em cada situação processual; e a igualdade pelo processo, que remonta à

---

<sup>340</sup> CPC, Art. 489, §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

<sup>341</sup> CPC, Art. 932. Incumbe ao relator: (...) Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

<sup>342</sup> CF, Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

<sup>343</sup> CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. *O povo é inconstitucional: poder constituinte e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 202.

<sup>344</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 67-68.

aplicação do direito, a qual deve ser uniforme com relação às decisões de casos anteriores que se deram nas mesmas circunstâncias da situação ora analisada<sup>345</sup>.

Especificamente com relação à convencionalidade processual, a igualdade é fator importante a ser analisado, pois remete a requisitos de validade do negócio processual, especificamente a ausência de vulnerabilidade excessiva. A presença dessa condição (excesso de vulnerabilidade) é razão para anulação da convenção, por afrontar a necessária paridade de armas que deve haver entre os litigantes.

Por sua vez, a eficiência processual também pode ser trazida à baila quando se trata dos negócios jurídicos processuais. A eficiência corresponde à “atuação que promove os fins do processo de modo satisfatório em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos<sup>346</sup>, não se confundindo com a efetividade, a qual remonta à garantia da tutela executiva<sup>347</sup> (prevista no art. 4º do CPC<sup>348</sup>), ou seja, de que o direito alcançado na via processual ou advindo de títulos executivos extrajudiciais seja efetivado, respectivamente, por meio do cumprimento de sentença ou do processo de execução.

No âmbito processual, o princípio da eficiência se desdobra em duas vertentes. Leonardo Carneiro da Cunha, compilando as opiniões de vários autores, as divide em eficiência quantitativa e eficiência qualitativa. Aquela corresponderia, na realidade, à razoável duração do processo, enquanto esta se caracterizaria pelo uso da técnica processual de modo a promover a aplicação do direito de forma justa, correta e democrática, utilizando-se dos meios adequados para tanto. Prevalece como significado de eficiência a segunda corrente, pois mais vale uma decisão completa e abrangente, que demande mais tempo para ser produzida, do que a

---

<sup>345</sup> ABREU, Rafael Sirangelo. A igualdade e os negócios jurídicos processuais. CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 199-202. Marinoni, Arendhart e Mitidiero também sinalizam a existência da igualdade pelo processo. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1, p. 502.

<sup>346</sup> “Ou seja, na escolha dos meios a serem empregados para a obtenção dos fins, o órgão jurisdicional deve escolher meios que os promovam de modo minimamente intenso (quantidade – não se pode escolher um meio que promova resultados insignificantes) e certo (probabilidade – não se pode escolher um meio de resultado duvidoso), não sendo lícita a escolha do pior dos meios para isso (qualidade – não se pode escolher um meio que produza muitos efeitos negativos paralelamente ao resultado buscado). A eficiência é algo que somente se constata *a posteriori*: não se pode avaliar *a priori* se a conduta é ou não suficiente. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 102.

<sup>347</sup> Direito fundamental, definido por Marcelo Lima Guerra como a exigência de que exista um sistema completo de tutela executiva, cujos meios executivos previstos tenham capacidade de proporcionar pronta e integral satisfação dos direitos daquele merecedor da tutela executiva. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 102.

<sup>348</sup> CPC, Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

aceleração do procedimento sem atenção a sua finalidade, sendo incapaz de evitar sucessivas demandas sobre a mesma matéria<sup>349</sup>.

A flexibilização do procedimento se mostra como ferramenta importante para elevar o grau de eficiência da técnica processual, já que são possíveis convenções processuais, como a de redução de prazos e a renúncia conjunta à segunda instância, nas quais as partes suprimem direitos que lhe são garantidos (o prazo legal e o duplo grau de jurisdição), em prol de um processo mais célere e que tem maior potencial de alcançar seu objetivo final: a tutela devida do direito material em litígio. A busca por eficiência é um dos fatores que conduz à flexibilização procedimental.

Vale ressaltar que, quanto à efetividade, é possível mencionar uma série de negócios processual relativos à execução, como a concessão de executividade a certo documento que não tem natureza legal de título executivo<sup>350</sup>, a indicação de especialista para realizar a avaliação dos bens<sup>351</sup>, o *pactum de non exequendo*, a renúncia do direito à multa, a aceitação prévia de medidas executivas atípicas como técnica principal de execução e as convenções acerca da penhorabilidade<sup>352</sup>.

### 2.3 Requisitos de validade dos negócios jurídicos processuais

No presente tópico, trata-se dos negócios jurídicos processuais no plano da validade, cujos requisitos estão previstos em lei e também na doutrina. A validade é qualidade inerente ao negócio jurídico quando de sua entrada no mundo jurídico, significando sua concordância com as regras jurídicas postas<sup>353</sup>.

No âmbito legal, o art. 190 do CPC determina três situações em que os negócios processuais não podem ser aplicados: nos casos de nulidade; de inserção abusiva em contrato de adesão; ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Ainda, são aplicados a eles os requisitos de validade do art. 104 do CC, referentes aos negócios

---

<sup>349</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio da eficiência no novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre (coord). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 8, p. 375-377.

<sup>350</sup> CÔRTEZ, Estefânia Freitas. *Negócios jurídicos processuais: o acordo processual que celebra a executividade de documento*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018, p. 92-93

<sup>351</sup> TEMER, Sofia. ANDRADE, Juliana Melazzi. Convenções processuais na execução: modificação consensual das regras relativas à penhora, avaliação e expropriação de bens. In: MARCATO, Ana *et al* (coord). *Negócios Processuais* (Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro). Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 562.

<sup>352</sup> DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 72-74, 79-85.

<sup>353</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 42.

jurídicos em geral: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei<sup>354</sup>. A decisão judicial pela não aplicação do negócio processual, como sói ser, pressupõe contraditório prévio<sup>355</sup>.

As nulidades processuais, que devem ser decretadas apenas quando efetivamente houver prejuízo (*pas de nullité sans grief*), ocorrem quando faltam aos atos requisitos prescritos em lei ou necessários para que estes atinjam seus escopos, ou seja, sua função técnica atribuída legalmente<sup>356</sup>. Esse vícios podem ser formais, relativos ao rito processual, ou de fundo, os quais concernem à existência, estrutura e validade do processo<sup>357</sup>.

O juiz, portanto, ao analisar o acordo processual, deve atentar para esse aspecto, negando-lhe aplicação caso se depare com nulidade insanável. Enfatizando o aproveitamento dos atos processuais, aplica-se, aos negócios processuais, o princípio da autonomia da cláusula compromissória, ou seja, é possível que sejam aproveitados os pactos firmados mesmo diante da nulidade do contrato principal em que estão incluídos<sup>358</sup>.

O contrato por adesão a cláusulas contratuais gerais<sup>359</sup> caracteriza-se pela impossibilidade de negociação das disposições contratuais pelo aderente, sendo sua manifestação de vontade direcionada unicamente à declaração de que adere ou não às regras postas pelo proponente. Constata-se a possibilidade de haver uma diferença mais acentuada na

---

<sup>354</sup> “Por isso mesmo, se o negócio jurídico é declaração de vontade e se os elementos gerais intrínsecos, ou constitutivos, são essa mesma declaração tresdobrada em objeto, forma e circunstâncias negociais, e se os requisitos são qualidades dos elementos, temos que: a *declaração de vontade*, tomada primeiramente como um todo, deverá ser: a) *resultante de um processo volitivo*; b) *querida com plena consciência da realidade*; c) *escolhida com liberdade*; d) *deliberada sem má fé* (se não for assim, o negócio poderá ser nulo .por exemplo, no primeiro caso, por coação absoluta, ou falta de seriedade; anulável por erro ou dolo, no segundo; por coação relativa, no terceiro; e por simulação, no quarto). O *objeto* deverá ser *lícito, possível e determinado ou determinável*; e a *forma*, ou será *livre*, porque a lei nenhum requisito nela exige, ou deverá ser *conforme a prescrição legal*.” AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 42-43.

<sup>355</sup> Enunciado 259 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: 259. (arts. 190 e 10). A decisão referida no parágrafo único do art. 190 depende de contraditório prévio. (Grupo: Negócios Processuais).

<sup>356</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1., p. 327-329.

<sup>357</sup> ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 171.

<sup>358</sup> CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras*. Tradução de Daniel Mitidiero, Bibiana Gava Toscano de Oliveira, Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 82. Enunciado 409 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: 409. (art. 190; art. 8o, caput, Lei 9.307/1996) A convenção processual é autônoma em relação ao negócio em que estiver inserida, de tal sorte que a invalidade deste não implica necessariamente a invalidade da convenção processual. (Grupo: Negócios processuais).

<sup>359</sup> A nomenclatura utilizada (ao invés da mais comum “contrato de adesão”) justifica-se porque se trata de modo de contratar e não de um tipo contratual. O que ocorre, na verdade, é a instituição de condições contratuais gerais (negócio jurídico unilateral), que servem de regramento prévio pra quem quiser contratar com o proponente. Aquele que deseja contratar adere às condições contratuais gerais propostas. MENDES, Davi Guimarães. O contrato-quadro no direito privado brasileiro. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, no prelo. LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. 1990. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990, p. 33.

paridade entre os contratantes, especialmente se o aderente estiver no rol de vulneráveis materiais<sup>360</sup>.

Portanto, a inserção de determinadas cláusulas a estes contratos, como os negócios processuais (que podem tanto alargar faculdades e poderes processuais quanto diminuí-los), apesar de não causar, por si só, nulidade, deve ser analisada sob redobrada atenção, de forma a se verificar eventual abusividade, proibida legalmente. Afinal, a convenção processual não pode gerar, de forma direta ou indireta, mitigação completa ou parcial de direito inerente à avença à qual se adere<sup>361</sup>.

A manifesta situação de vulnerabilidade também é uma situação que veda a aplicação de negócios processuais, pois afeta sobremaneira a paridade de armas entre as partes, a qual deve ser preservada para que haja um processo justo. A vulnerabilidade material, por si só, entretanto, não conduz a um indício de vulnerabilidade para negociar<sup>362</sup>.

Para que efetivamente se identifique indício de vulnerabilidade, deve se atentar para a vulnerabilidade técnica, relativa ao contexto informacional da parte, ou seja, se ela tem conhecimento do conteúdo do negócio processual, de suas eventuais consequências – positivas ou negativas – e se tem capacidade de entender essas informações. Além disso, podem também indicar vulnerabilidade a falta de advogado, quando recomendado pela natureza da convenção (por exemplo, aquelas em que o litigante cede parcela de direito fundamental processual, como a ampla defesa, o que é plausível em uma convenção probatória)<sup>363</sup> e o desequilíbrio nas possibilidades de barganha entre as partes<sup>364</sup>.

Quanto à questão da capacidade para pactuar no âmbito do processo (inerente ao requisito de validade “agente capaz”), há controvérsia doutrinária sobre qual modalidade

---

<sup>360</sup> Quais sejam “os consumidores, os trabalhadores, as pessoas com deficiência, o idoso, o índio, a criança ou o adolescente, as mulheres que sofrem de agressões, os alimentandos, as pessoas submetidas a tratamentos biomédicos”. SOARES, Lara Rafaelle Pinho. A vulnerabilidade na negociação processual atípica. In: MARCATO, Ana *et al* (coord). *Negócios Processuais* (Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro). Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 288.

<sup>361</sup> DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 63, ano. 16, p. 125-193, jul./set. 2015, p. 173.

<sup>362</sup> SOARES, Lara Rafaelle Pinho. A vulnerabilidade na negociação processual atípica. In: MARCATO, Ana *et al* (coord). *Negócios Processuais* (Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro). Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 287.

<sup>363</sup> Enunciado 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: 18. (art. 190, parágrafo único) Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica. (Grupo: Negócio Processual).

<sup>364</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 235-236.

deveria ser observada, se a processual<sup>365</sup>, se ambas (material ou processual)<sup>366</sup> ou se uma ou outra, a depender do momento de celebração do negócio processual<sup>367</sup>.

A capacidade material (capacidade de fato ou de exercício), que é, em regra, pressuposto da capacidade de ser parte<sup>368</sup>, corresponde à aptidão para realizar por si só os atos da vida civil<sup>369</sup>. Há alguns órgãos que, apesar de não possuírem capacidade no âmbito civil (por não terem personalidade), possuem capacidade de ser parte. Já a capacidade processual é aptidão para atuar no processo sem a necessidade de representação ou assistência, ou seja, a parte poderá atuar sozinha no processo. Somente aqueles que têm capacidade de ser parte podem também ter capacidade processual<sup>370</sup>.

Diante dessa breve explanação, entende-se que a capacidade processual é que deve ser analisada quando do controle de validade do negócio processual, exatamente por se tratar de matéria processual. Inclusive, há situações excepcionais em que a parte conta com capacidade processual, mas não a possui no âmbito civil, como o caso do Ministério Público, da Defensoria Pública e da massa falida. Se adotado o critério da capacidade material, tais instituições não poderiam realizar acordos processuais, o que consistiria em impedimento indevido à autonomia privada processual. Essa capacidade deve ser analisada *ad actum*, ou seja, no momento da prática do ato negocial<sup>371</sup>.

---

<sup>365</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 385, TAVARES, João Paulo Lordelo Gimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. *Revista de Processo*, São Paulo, v.41, n. 254, p. 91-109, abr. 2016, p. 103. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil: a relação processual ordinária de cognição (continuação)*. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1945, v. 3, p. 34. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 274.

<sup>366</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015, p. 130. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 234.

<sup>367</sup> MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 164-165. COSTA, Marília Siqueira. *Convenções processuais sobre intervenções de terceiros*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 87.

<sup>368</sup> “A capacidade de ser parte é a personalidade judiciária: aptidão para, em tese, ser sujeito de uma relação jurídica processual (processo) ou assumir uma situação jurídica processual (autor, réu, assistente etc.)” DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 314.

<sup>369</sup> Pontes de Miranda, denominando-a “capacidade de obrar”, dá exemplos de atos da vida civil: “a) capacidade de praticar ato-fato jurídico; b) a de praticar atos jurídicos *stricto sensu*; c) a de manifestar vontade que entre no mundo jurídico como negócio jurídico (capacidade negociai); d) a de praticar atos ilícitos em geral, isto é, a de praticar atos ilícitos relativos e a de praticar atos ilícitos absolutos (capacidade delitual).” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: Parte Geral – Pessoas físicas e jurídicas*. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Sival. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. 1, p. 247.

<sup>370</sup> “A capacidade de ser parte é a personalidade judiciária: aptidão para, em tese, ser sujeito de uma relação jurídica processual (processo) ou assumir uma situação jurídica processual (autor, réu, assistente etc.)” DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 316-317.

<sup>371</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 280.

Assim sendo, são possíveis os negócios processuais tendo como um dos convenientes a Fazenda Pública<sup>372</sup>, representada por seu procurador, que, por possuir autonomia funcional<sup>373</sup>, desnecessita de autorização legislativa específica para exercer atos negociais, embora seja possível haver regulação no âmbito das procuradorias no que concerne o estabelecimento de critérios objetivos para aferir a viabilidade da convenção processual<sup>374</sup>.

Ao Ministério Público também é facultada a negociação processual<sup>375</sup>, com o objetivo de permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, e resguardar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais. Ressalta-se que a mera indisponibilidade do direito, característica frequente na atuação do Ministério Público, não inviabiliza negócios processuais celebrados pelo *Parquet*, porque as convenções processuais não promovem a disposição de direito materiais da coletividade. É possível, ainda, que o pacto reforce a proteção dada pelo ordenamento a certos direitos<sup>376</sup>.

O objeto dos negócios processuais deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, assim como o dos negócios jurídicos em geral. Há uma produção doutrinária extensa sobre quais seriam os limites da convencionalidade no âmbito do processo, da qual não se ocupará este trabalho, pois a matéria demanda estudo mais compreensivo<sup>377</sup>.

---

<sup>372</sup> “A celebração de um negócio jurídico processual pela Administração Pública decorre, em regra, de uma decisão administrativa prévia tomada por um agente público. Essa decisão, cuja eventual invalidação poderá repercutir na validade do negócio processual ajustado, submete-se aos requisitos de validade próprios dos atos administrativos: competência, licitude, possibilidade, precisão e determinabilidade do objeto; existência do motivo e pertinência lógica deste com o ato praticado; forma prescrita ou não defesa em lei; atendimento a uma finalidade de interesse público e motivação. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 385. Enunciado 256 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: 256. (art. 190) A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual. (Grupo: Negócios Processuais).

<sup>373</sup> “Trata-se, em verdade, a autonomia funcional, de não responsabilização externa (geralmente por órgãos de controle) do advogado público pela prática de atos em conformidade com o direito e o com as diretrizes da procuradoria. Trata-se do reconhecimento de que cabe somente ao órgão da Advocacia Pública a prerrogativa de rever e censurar manifestações jurídicas dos seus membros”. BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e Solução Consensual de Conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 101-102.

<sup>374</sup> BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e Solução Consensual de Conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 166.

<sup>375</sup> Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), Art. 15. As convenções processuais são recomendadas toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim para resguardar âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais. Art. 16. Segundo a lei processual, poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais. Art. 17. As convenções processuais devem ser celebradas de maneira dialogal e colaborativa, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos por intermédio da harmonização entre os envolvidos, podendo ser documentadas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta. Enunciado 253 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: 253. 253. (art. 190; Resolução n. 118/CNMP) O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte. (Grupo: Negócios Processuais).

<sup>376</sup> CABRAL, Antonio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: GODINHO, Robson Renault. COSTA, Susana Henriques da (coord.). *Ministério Público*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 6, p. 205. Enunciado 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: 135. (art. 190) A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual. (Grupo: Negócios Processuais).

<sup>377</sup> Dentre outros, pode-se listar os trabalhos de Adriana Buchmann, Marília Siqueira, Antonio Cabral, Pedro Henrique Nogueira, Marcela Kohlbach de Faria, e Stacie Strong. BUCHMANN, Adriana. *Limites objetivos ao negócio processual atípico*. 2017. Dissertação (Mestrado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal

A lei faculta às partes tanto estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa quanto convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, estipulando, portanto, que o objeto das convenções se relaciona ao procedimento e às situações jurídicas processuais. Para tanto, basta que o objeto do processo constitua direito que admita autocomposição<sup>378</sup>.

Há negócios processuais, contudo, que apesar de tratarem destes temas, não são, em regra, admitidos, como o acordo para modificação da competência absoluta<sup>379</sup>, acordo para afastar os motivos de impedimento do juiz (que configuram presunção absoluta de parcialidade) e acordos sobre a tipicidade recursal<sup>380</sup>.

Especificamente com relação a acordos que objetivam modificar a tipicidade recursal, tem-se que são inválidos porque a lei limita as espécies recusais àquelas já postas. Analisando a negociação processual sob um prisma de amplitude, tem-se que poderiam ser objeto de convencionalidade situações processuais e aspectos do procedimento que não sejam expressamente vedados por lei. Se o ordenamento proíbe, a via negocial não tem a capacidade de modificar esse regramento (por exemplo, criar novas espécies recusais). Isso se aplica a

---

de Santa Catarina, Florianópolis, 2017, caps. 3 e 4. COSTA, Marília Siqueira. *Convenções processuais sobre intervenções de terceiros*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 109-132. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, cap. 5. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 159-162. FARIA, Marcela Kohlbach de. Licitude do objeto das convenções processuais. In: MARCATO, Ana *et al* (coord). *Negócios Processuais* (Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro). Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1. STRÖNG, Stacie. Limits of Procedural Choice of Law. *Brooklyn Journal of International Law*, n. 39, 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2378979>. Acesso em 14. jan. 2019. Especialmente sobre os limites dos pactos probatórios, Giuseppe De Stefano. DE STEFANO, Giuseppe. *Studi sugli accordi processuali*. Milano: Giuffrè, 1959, p. 87-105.

<sup>378</sup> Marinoni, Arendhart e Mitidiero defendem, *contra legem*, que, para se promover negociação processual, o direito litigioso deve ser necessariamente disponível. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1, p. 531.

<sup>379</sup> Antonio Cabral possui opinião diversa, indicando que é impróprio aferir a possibilidade ou não de negociação da competência em razão dos critérios “absoluto” e “relativo”, preferindo a utilização das competências exclusivas e concorrentes. “As competências estabelecidas pela lei como exclusivas são mais restritas no que tange à sua disponibilidade porque revelam algum interesse público de divisão de trabalho, não podendo ser derogadas Assim, p. ex., é o que se poderia imaginar para as competências constitucionais das chamadas “justiças especializadas”, como a Justiça do Trabalho, Militar, Eleitoral. Note-se bem que o fator que as exclui da convencionalidade não é sua sede constitucional, mas sua exclusividade. No mesmo sentido, a competência internacional exclusiva (art. 23 do CPC) impede a celebração do acordo (art.25 §1º do CPC). (...) “Por outro lado, as competências concorrentes podem ser mais amplamente convencionadas. Em nosso sentir, isso ocorre mesmo com as competências constitucionais. Veja-se que, em razão da matéria, existe uma parcial superposição das competências da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal, ou da Justiça Federal e da Justiça Estadual (p. ex. em matéria de acidente de trabalho ou marcas e patentes). Nesses casos, não havendo exclusividade, pensamos que é possível a modificação convencional da competência. CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese apresentada ao concurso de Professor Titular de Processo Civil, 2017, p. 648 e 649-650.

<sup>380</sup> Enunciado nº 20 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, 20. (art. 190) Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recusais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no VI FPPC- Curitiba)

qualquer outro negócio processual que atente contra as regras cogentes ordenadoras da atividade processual<sup>381</sup>.

Por fim, não há disposições especiais com relação a forma dos negócios processuais, sendo ela livre. Yarshell, no entanto, insiste que é necessária a forma escrita e, mesmo que a formação da convenção tenha ocorrido oralmente, esta deve ser reduzido a termo<sup>382</sup>. O autor, entretanto, parece não vislumbrar que o negócio verbal possui forma, mas esta, apenas, não é solene. A redução a termo não constitui a forma escrita, mas sim prova escrita de negócio jurídico celebrado sob a forma oral, apenas facilitando a prova do negócio<sup>383</sup>. No caso apresentado, não deixa de ser válido o ato negocial só porque ausente a redução a termo, pois, nos negócios processuais, em regra, não há a previsão de forma especial.

É possível, contudo, que as próprias partes, diante do silêncio legislativo<sup>384</sup>, determinem forma específica para suas negociações, sendo-lhe atribuída esta possibilidade em razão de sua autonomia privada. Para isto, basta que a forma escolhida não seja legalmente proibida. O descumprimento da forma estabelecida pelas partes causa nulidade do negócio<sup>385</sup>.

## 2.4 Vinculação do Juiz às negociações processuais

A negociação processual leva as partes a um novo patamar de relevância no contexto processual, concedendo valor à sua vontade manifestada, o que não ocorria de forma tão ampla em um contexto de hiperpublicismo, no qual o juiz constava como protagonista da marcha processual.

Atualmente, adotado o modelo cooperativo, indaga-se acerca da participação do juiz nos negócios processuais. Seria ele parte de convenções(?) como o calendário processual e o saneamento compartilhado? Nos demais tipos de negócios processuais, como se dá a vinculação ao juiz ao que ficou regrado pelos litigantes? Essas são algumas das questões que se busca responder neste tópico.

---

<sup>381</sup> Esse tipo de regra, contudo, não permeia o direito processual como um todo, havendo várias normas dispositivas processuais, como afirma Antonio Cabral. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 161-163.

<sup>382</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 65.

<sup>383</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 282.

<sup>384</sup> CC, Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

<sup>385</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral – validade, nulidade, anulabilidade*. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. IV, p. 268-269.

Inicialmente, cabe fixar a premissa de que o magistrado, visto nesse contexto como o Estado-juiz<sup>386</sup>, não pode ser considerado parte de convenções processuais, por não gozar de legitimação para negociar, a qual é exclusiva daqueles sujeitos que possuem algum interesse com relação àquela convenção<sup>387</sup>. Argumenta-se que o cumprimento dos escopos processuais, como a busca da pacificação de conflitos com efetividade e em tempo razoável seriam interesses do órgão julgador, pois em um modelo cooperativo, configuram interesse de todos aqueles que participam do processo. Assim, seriam suficientes para que este disponha de legitimação para negociar<sup>388</sup>. Essa afirmação não se sustenta, porque confunde os interesses em disputa, caros às partes, com o interesse no exercício regular da jurisdição. Para que se tenha legitimação negocial, o interesse relevante é aquele relativo aos direitos materiais em litígio.

A legitimação para negociar não se confunde com a capacidade negocial, pois esta se refere especificamente a caracteres intrínsecos da parte relativos a sua idoneidade para o agir jurídico – no âmbito processual, a “aptidão para praticar atos processuais independentemente de assistência ou representação”<sup>389</sup> –, enquanto aquela corresponde à “posição de competência, caracterizada ou pelo poder de realizar atos jurídicos que tenham um certo objeto, ou pela aptidão para lhes sentir os efeitos, em virtude de uma relação, em que a parte se encontra ou se coloca, com o objeto do acto”<sup>390</sup>.

Discorda-se, entretanto, que seja concedida legitimação para negociar em razão da possibilidade de se sujeitar aos efeitos de um negócio jurídico. Isso, por si só, não é suficiente para tornar alguém parte de uma convenção, porque se faz necessária a comunhão de escopos, ou seja, todas as partes tem de interferir ou ter interesse no negócio jurídico<sup>391-392</sup>. Se assim

---

<sup>386</sup> Diferindo-se da visão de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, que trazem como argumento para impossibilidade de vinculação do Estado-juiz às convenções processuais que tratam da atuação judicial no processo o fato de que o cumprimento do acordo não pode ser exigido perante juiz que não o celebrou. Percebe-se que os autores consideram que, em eventual negócio processual que contasse com a participação do magistrado, este seria considerado de forma singular, e não como a Jurisdição, não vinculando os demais julgadores em casos de modificação de competência ou mudança de instância. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 533-535.

<sup>387</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 223.

<sup>388</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 207.

<sup>389</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 316.

<sup>390</sup> Tradução livre de: “*posizione di competenza, caratterizzata o dal potere di porre in essere atti giuridici che abbiano un dato oggetto o dall’attitudine a risentirne gli effetti, in virtù di una relazione, in cui la parte si trova o si pone con l’oggetto dell’atto*”. BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Ristampa corretta della II edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 211.

<sup>391</sup> MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123.

<sup>392</sup> A legitimidade é “qualidade outorgada exclusivamente pelo sistema jurídico e exigível, como é óbvio, em se tratando de negócios jurídicos multilaterais, de todos os seus participantes, qualquer que seja o polo da relação jurídica em que se encontrem”. ARMELIN, Donald. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 11.

fosse, considerar-se-ia, por exemplo, o beneficiário como parte do contrato de seguro, o que não ocorre.

No caso do Estado-juiz, apesar de este estar sujeito aos efeitos dos negócios processuais e se vincular a estes, por se configurarem como normas jurídicas de fonte negocial, falta-lhe interesse processual para esse ato específico de negociação processual<sup>393</sup>.

Outro argumento utilizado para justificar a não atuação do Estado-juiz como parte em convenções processuais é incompatibilidade dessa hipótese com a função judicial de controle da validade dos negócios jurídicos processuais<sup>394</sup>, prevista no parágrafo único do art. 190 do CPC, que deve ocorrer apenas em casos de nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão ou quando da constatação de situação de manifesta vulnerabilidade de alguma das partes.

O exercício do controle de validade pelo juiz não é compatível com sua posição de parte em eventual negócio processual, já que sempre pairaria um viés cognitivo, mesmo que mínimo, com relação aos aspectos de sua participação na convenção, afetando sua imparcialidade. Esse viés seria de trancamento (*lock-in effect*) – situação na qual o juiz fica adstrito ao seu ato anterior, que considerava válido ao exercê-lo e ao qual dedicou certo tempo para avaliar sua conduta – e também de *status quo* (*status quo bias*), que mostra a tendência de manter uma posição já consolidada quando tem de se decidir entre situações alternativas (no caso, validade *versus* nulidade, o juiz pode tender à manutenção da convenção processual, pois ao concordar com ela na condição de parte, a entendeu como válida, caso contrário, não daria sua anuência para o acordo)<sup>395</sup>.

A afirmação de que não haveria essa incompatibilidade já que ao juiz é concedido o poder de rever seus próprios posicionamentos, aventada por Lorena Barreiros<sup>396</sup>, não retira a ameaça de parcialidade demonstrada pelos vieses acima descritos. Portanto, diante do que foi

---

<sup>393</sup> Como Antonio Cabral, Alberto Trigo e Carolina Uzeda, acredita-se que o interesse processual deve ser estudado considerando-se as “zonas de interesse”, ou seja, uma aplicação dinâmica do interesse processual analisando-se cada ato em específico, de forma a considerar que há interesse desde que haja “atual e contratada utilidade para o requerente”. A processualista faz pequena ressalva a este entendimento, sinalizando que, ao se observar a utilidade, também deve ser considerado o interesse público, já que o ato processual tem de observar tanto a necessidade de maximização dos resultados quanto a minimização dos esforços para tanto, considerados os recursos materiais e temporais. CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 105, v. 404, p. 3-42, jul./ago. 2009, p. 30. TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. Pactum de non petendo parcial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 280, ano 43, p. 19-39, jun. 2018, p. 30-31. UZEDA, Carolina. *Interesse recursal*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 65-66.

<sup>394</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 79.

<sup>395</sup> NUNES, Dierle. LUD, Natanael. PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 91-92 e 115.

<sup>396</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 210-211.

afirmado, entende-se pela impossibilidade de o Estado-juiz figurar como parte em convenções processuais.

Assim, o calendário processual, tido por alguns como negócio processual plurilateral típico<sup>397</sup> e por outros como negócio bilateral<sup>398</sup>, corresponde, em verdade, a ato conjunto das partes<sup>399</sup>. Deve ser homologado judicialmente, condição necessária para a produção de seus efeitos, já que afeta situações jurídicas de terceiros, ou seja, o cronograma de atividades do cartório judicial.

Não se pode confundir os planos da validade e o da eficácia. A regra geral acerca dos negócios processuais é de que estes possuem eficácia imediata, assim como os demais atos das partes<sup>402</sup>, demandando-se a homologação apenas em casos previstos em lei, como a delimitação consensual das questões de fato e de direito nas quais deve recair a atividade probatória e que sejam relevantes para a decisão do mérito (a desistência da ação também demanda homologação judicial, mas não é considerada negócio processual). Nesses casos, contraria-se a regra geral, realizando-se controle *ex ante* de validade, que é fator de eficácia específico de tais convenções. A análise judicial dos requisitos de validade, nos casos de homologação prévia é um fator de aquisição de eficácia plena do negócio processual<sup>403</sup>.

Parte-se, agora, para a segunda das indagações aventadas no início deste tópico, relativa à vinculação do juiz aos negócios processuais. Vislumbra-se possível a argumentação de que o juiz não pode ser obrigado a aplicar o negócio, especialmente aqueles que afetam a sua atividade, porque dele não participou.

Isso, entretanto, equivaleria a dizer, no âmbito do direito material, que normas contratuais só poderiam ser aplicadas quando um magistrado tivesse participado de sua produção, o que se mostra absurdo. A repercussão do negócio processual na atividade judicial

---

<sup>397</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 208. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao artigo 191. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo (orgs.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 325. ABREU, Rafael Sirangelo. “Customização processual compartilhada”: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 257, p. 51-76, jul. 2016. MACEDO, Elaine Harzheim. RODRIGUES, Ricardo Schneider. Negócios jurídicos processuais e políticas pública: tentativa de superação das críticas ao controle judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 273, p. 69-93, nov. 2017.

<sup>398</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 361.

<sup>399</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 70.

<sup>402</sup> CPC, Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.

<sup>403</sup> “b) os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada, que são aqueles indispensáveis para que um negócio, que já é de algum modo eficaz entre as partes, venha a produzir exatamente os efeitos por ele visados; quer dizer, antes do advento do fator de atribuição da eficácia diretamente visada, o negócio produz efeitos, mas não os efeitos normais; os efeitos, até a ocorrência do fator de eficácia, são antes efeitos substitutivos dos efeitos próprios do ato; é o que ocorre no segundo exemplo citado, em que o negócio, realizado entre o mandatário sem poderes e o terceiro, produz, entre eles, seus efeitos, que, porém, não são os efeitos diretamente visados”. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56.

é consequência inerente e automática do instituto, variando-se apenas a proporção, se em maior ou menor intensidade<sup>404</sup>.

Há também a concepção de que a vinculação do juiz ao negócio processual se dá porque este é, também, fonte de normas jurídicas, as quais devem ser aplicadas pelo Estado-juiz<sup>405</sup>. Essa visão, não obstante, consiste em atecnia, já que não se pode confundir o fato jurídico negocial com a norma jurídica, os quais, inclusive, estão em planos diversos.

Essa visão atécnica se espelha na já superada concepção kelseniana<sup>408-409</sup> de que a regra jurídica de hierarquia superior concederia aos indivíduos a condição de fonte produtora de normas jurídicas, semelhantemente ao legislador<sup>410</sup>.

Em verdade, a obrigatoriedade de aplicação do conteúdo de um negócio jurídico, seja material, seja processual, se dá porque a norma estatal – esta sim, jurídica – reconhece a autonomia privada como poder de autorregramento dos próprios interesses e fonte de direito

---

<sup>404</sup> GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 412.

<sup>405</sup> “(...) o negócio jurídico é fonte de norma jurídica processual, e, assim, vincula o órgão julgador, que em um Estado de Direito, deve observar e fazer cumprir as normas jurídicas válidas, inclusive as convencionais”. DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 25.

<sup>408</sup> Pontes de Miranda promove crítica severa ao entendimento de Hans Kelsen: “O ato normativo nunca se faz regra jurídica, se tem de continuar fato jurídico, interior, portanto, ao mundo jurídico, e não determinador dê-lo: fazendo-se regra jurídica, ultrapassou os limites do provimento, ainda estatal, que regra ex nihilo (aqui, mais uma vez, se há de repelir uma das mais graves confusões de HANS KELSEN, Hauptprobleme, 565, e *Allgemeine Staatslehre*, 236, entre ato jurídico normativo e lei).” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: Parte Geral – Pessoas físicas e jurídicas*. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Sival. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. I, p. 174. Francisco Marino elabora um panorama da concepção normativa de Kelsen com a objetiva de Betti, optando pela segunda. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23-29.

<sup>409</sup> A controvérsia já foi explanada em trabalho anterior. “Interessante é o debate travado por Hans Kelsen e Emilio Betti, os quais divergem sobre o que torna o negócio jurídico uma norma pertencente a um ordenamento jurídico. Kelsen entende que o negócio jurídico vale como norma pois regra jurídica superior a este concede autorização para recebê-lo como norma. Regra jurídica de hierarquia superior, geralmente lei ordinária, dá aos indivíduos a condição de órgão do ordenamento, ou seja, fonte produtora, tal qual o órgão legiferante. Já Betti trata o negócio jurídico como fato social, o qual se desenvolve primeiramente em âmbito privado para posteriormente, constatada sua função socialmente relevante, adquirir tutela jurídica. O negócio nada mais é que um ato de autonomia privada, cujas cláusulas, antes mesmo de pertencer a um ordenamento, já eram reconhecidas como cogentes pelos próprios contraentes. O direito apenas reforça e torna mais seguro tal vínculo proveniente da autonomia privada, que agora é objeto de sanção jurídica. Portanto, não há criação nem integração da norma, mas apenas a realização de uma situação previamente regulada no ordenamento. Para Betti, a competência dispositiva dos particulares não advém de uma norma superior a qual os assemelha a um órgão produtor de normas jurídicas (competência normativa), mas sim do fato de que o ordenamento reconhece e alberga em si uma autonomia que os indivíduos já exerciam anteriormente nas relações entre eles no terreno social. O ordenamento recebe e recepciona a autonomia extrajurídica, quando seu produto se mostra juridicamente relevante.” PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Legitimidade Extraordinária Negociada*. Curitiba: Prismas, 2018, p. 92-93.

<sup>410</sup> KELSEN, Hans. *El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*. Traducción de Eduardo García Máynez. Cidade de México: Ediciones Coyoacán, 2007, p. 121.

objetivo<sup>411-412</sup>. É normativo, por conseguinte, em razão de reger interesses, mas não pode ser confundido com a regra jurídica.

A possibilidade de criação de normas por meio de negócios jurídicos oxigena o ordenamento, que não fica restrito às leis, que resultam do trabalho do legislador. Desse modo, considerada válida a disposição negocial, o órgão julgador deverá estar a ela adstrito quando do julgamento do feito.

## 2.5 Negócios processuais no âmbito probatório

Neste tópico, objetiva-se discorrer sobre um grupo de negócios processuais específicos, aquele que trata de questões relativas às provas. Para isso, necessita-se perquirir qual a natureza das normas sobre prova, para constatar se os negócios que possuem esse objeto de fato têm conteúdo processual. Além disso, tratar-se-á, também da admissibilidade desse tipo de negócio jurídico processual e serão expostos exemplos.

### 2.5.1 A Natureza das Normas sobre Prova

Acerca das normas sobre prova, faz-se necessária uma explanação sobre sua natureza, já que esse aspecto é relevante para que se possa estabelecer qual disciplina negocial lhe é aplicada. É importante saber se se tratam de normas de direito material ou de direito processual, visto que, entre essas duas categorias, difere-se sobremaneira o modo de aplicação das normas, especialmente no que tange às nulidades. Têm-se, então, duas correntes principais: a materialista e a processualista.

A primeira vertente, que considera as normas sobre prova como matéria de direito substancial<sup>413</sup>, por se tratar a prova de um direito indissociável da pretensão levada a juízo, pois possuir o direito mas não ter a capacidade de prová-lo equivaleria à sua inexistência<sup>414</sup>. Além

---

<sup>411</sup> BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Ristampa corretta della II edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 50.

<sup>412</sup> “O juiz se vincula porque tem o dever de aplicar a norma convencional, seja quando a regra do acordo conformar o procedimento, seja para dar cumprimento a avença nos casos em que outros sujeitos tiverem que adimplir. Afinal, no Estado de Direito (*rule of law*), não é só a norma legislada que deve ser aplicada pelo juiz, mas também a norma convencional definida no limite da autonomia privada”. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 226.

<sup>413</sup> DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 81.

<sup>414</sup> REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 26.

disso, há institutos como as fontes e o ônus da prova, que possuem regência em regramentos de direito substancial.

Por sua vez, aqueles os quais entendem que a prova deve ser disciplinada no âmbito do direito processual<sup>415</sup>, o fazem porque é no processo o local onde o instituto demonstra sua eficácia, ou seja, sua importância se mostra em âmbito processual, tanto com relação ao juiz, como elemento da formação de sua convicção, quanto para as partes, que as utilizam como reforço argumentativo para suas teses, seja na posição de autor, seja atuando como réu. Quanto ao tratamento da “prova” em lei substancial, este versaria, na verdade, sobre a forma solene de celebração de alguns negócios jurídicos (“*forma ad substantiam*”), ou seja, a necessidade de uma forma específica, como a obrigatoriedade de escritura pública em casos de compra e venda de imóveis com o valor superior a 30 salários mínimos<sup>416</sup>.

Há, entretanto, argumentos refutando ambas as correntes. Contra a teoria da processualidade, alega-se que a prova demonstra sua importância também extraprocessualmente, porque oferece substrato fático que justifica o direito aventado nas decisões judiciais<sup>417</sup> e consiste, também, em um direito autônomo<sup>418</sup>, demonstrando-se principalmente nas situações que ensejam produção antecipada de prova<sup>419</sup>. Além disso, há entendimento também de que as provas não condicionariam o processo ou o procedimento, mas sim a decisão judicial acerca do direito material<sup>420</sup>.

Com o fito de refutar a teoria materialista, Dinamarco entende que alguns institutos relativos ao direito probatório, como o ônus e as fontes de prova, possuiriam estrutura bifronte, ou seja, são regidos pelo direito material, mas seu tratamento e utilidade se demonstram durante

---

<sup>415</sup> ASSIS, Araken. *Processo civil brasileiro: parte geral – institutos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2, t. 2, p. 77. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 75. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil: a relação processual ordinária de cognição (continuação)*. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1945, vol. 3, p. 139. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3, p. 45. CAMBI, Eduardo. *O direito constitucional a prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 81.

<sup>416</sup> CC, Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

<sup>417</sup> DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 81.

<sup>418</sup> Para um estudo pormenorizado sobre o direito autônomo à prova, Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

<sup>419</sup> CPC, Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

<sup>420</sup> REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 33

o processo, integrando, assim, o direito processual substancial<sup>421</sup>. Há também o argumento de que a função da prova seria auxiliar na formação da convicção do juiz, não tendo natureza dispositiva, como o direito material<sup>422</sup>.

Esse segundo argumento, porém, não se presta a sustentar nenhuma das duas correntes. No atual estágio de evolução do direito brasileiro, não mais se podem diferenciar normas processuais e materiais em razão da dispositividade ou da ausência dela. Isso ocorre porque o autorregramento da vontade permeia, em maior ou menor medida, tanto o direito substantivo quanto o processual.

Entende-se, apesar de todo o exposto, que a separação estanque das normas sobre prova ou em direito material ou em direito processual não é a ideal. Isso ocorre pois não há, em certas situações, uma perfeita adequação com uma ou outra categoria<sup>423</sup>. Assim, compreende-se como ideal a análise da situação em concreto, a fim de aferir se, naquele contexto específico, a norma se refere a um processo (como é o caso das normas que regem os meios de prova), o que caracteriza a processualidade das normas, ou promove o regramento de situações relativas a bens jurídicos (por exemplo, o direito autônomo à prova e a *prova ad substantiam*). As nuances do caso analisado demonstrarão o regime a ser aplicado<sup>424</sup>.

Portanto, é possível que a discussão acerca da natureza das normas sobre prova não seja relevante para o reconhecimento das convenções probatórias, sendo possível pensar em um regulamento (especialmente com relação às nulidades) que contemple tanto o direito material quanto o processual, analisando-se o caso concreto. Afinal, a separação entre processo e direito material é meramente relativa<sup>425</sup>.

---

<sup>421</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3, p. 46.

<sup>422</sup> REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 39.

<sup>423</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 426. Moacyr Amaral Santos promove uma divisão interessante: “De qual seja a prova de um ato ou fato jurídico, – como a do casamento, da compra e venda de um imóvel, de um crédito cambiário, de uma interdição; de qual seja a prova de uma escritura de compra e venda de imóvel não transcrita, de um certificado de batismo, de livros comerciais irregularmente escriturados – é assunto que diz respeito ao fundo, à substância, ao direito em si mesmo. Em que casos, quando, cercada de quais cautelas se deve fazer a prova do casamento, da compra e venda e do crédito cambiário – é assunto eminentemente formal, que diz respeito à forma, ao exercício do direito”. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 1, p. 47.

<sup>424</sup> É esta a opinião de Giuseppe de Stefano: “*Se l'accertamento dell'entità del sinistro potrà darsi con un solo mezzo di prova (nell'ipotesi, prova documentale), è evidente che qui non si trata di integrare, in un suo elemento, un rapporto che tra le parti non è ancora perfetto, ma solamente di servirsi di uno strumento determinato, per la sua dimostrazione in processo. Queste riflessioni conducono, quindi, a non accettare indiscriminatamente la versione in chiave sostanziale, di convenzioni del genere, dovendosi piuttosto, interpretare, di volta in volta, quale sia la reale portata del patto, in relazione alla volontà delle parti e allo schema contrattuale prescelto*”. DE STEFANO, Giuseppe. *Studi sugli accordi processuali*. Milano: Giuffrè, 1959, p. 42.

<sup>425</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 95.

Quando se promove uma negociação processual, há uma expectativa de incidência<sup>426</sup> daquele regramento na situação concreta idealizada, que pode vir a se demonstrar tanto no plano do direito material quanto no do direito processual. Por exemplo, com relação a certas mudanças relativas ao procedimento – como, a modificação na ordem de produção das provas – ou sobre situações jurídicas processuais (como os pactos sobre a distribuição do ônus), que apresentam referibilidade a um processo, atual ou futuro, e estão descritas em normas processuais, pode-se dizer que a teoria aplicável seja a processual<sup>427</sup>.

Vale consignar a posição de Titina Pezzani, para quem os pactos probatórios seriam negócios de cunho substancial com efeitos processuais, sob a justificativa de que se tratariam de manifestações de vontade das partes, matéria regradada pelo direito substancial<sup>428</sup>, mas que teriam seus efeitos demonstrados no processo<sup>429</sup>.

### **2.5.2 Admissibilidade dos pactos sobre prova**

Inicialmente, sobre a possibilidade desse tipo de negociação, há quem pugne pela sua inviabilidade, porque qualquer derrogação ou limitação quanto à apuração da verdade geraria, de forma mais intensa ou mais reduzida, déficit na descoberta da verdade, o qual corresponderia a uma deficiência na legalidade e justiça da decisão<sup>433</sup>. Tal assunção vem de uma concepção de verdade em sentido demonstrativo, a qual remonta à ideia de que seria possível uma reconstrução dos fatos ocorridos dentro do processo, de forma a se atingir a verdade. Tal ponto de vista foi refutado, preferindo-se adotar a prova em sentido persuasivo, em que a decisão judicial tem como base uma verdade factível, que pode ser alcançada analisadas as alegações de fatos pelas partes à luz do contraditório.

Com efeito, Beclaute Silva refuta tal opinião, indicando que esse tipo de negócio processual não se presta a fixar a verdade, mas sim estabelecer como determinada alegação de

---

<sup>426</sup> Cf. CABRAL, Antonio do Passo. Pré-eficácia das normas e aplicação do Código de Processo Civil de 2015 ainda no período de *Vacatio Legis*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 246, p. 335-345, ago. 2015, p. 339-340.

<sup>427</sup> Tratando especificamente dos negócios sobre ônus da prova, Robson Godinho sinaliza que a natureza processual das normas sobre prova é o único entendimento coerente para defender sua tese, apesar do autor ressaltar as nuances que podem advir do caso concreto. GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 184.

<sup>428</sup> “Come è noto, mentre la legge sostanziale attribuisce fondamentale importanza al sistema posto a tutela della regolare formazione e manifestazione della volontà, dalla quale derivano diverse conseguenze in materia di validità ed efficacia degli atti, la legge processuale non si occupa né della formazione né della manifestazione della volontà.” PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 63.

<sup>429</sup> PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 76.

<sup>433</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 148-149.

fato será provada. Veicularia, por conseguinte, uma norma de estrutura, visto que estabelece como outras normas serão criadas, modificadas ou extintas<sup>434</sup>.

Há, porém, aqueles que admitem pactos probatórios, porém sinalizam que estes não podem afetar os poderes do juiz, especialmente aqueles destinados à verificação da veracidade das alegações de fato, pois, se estes poderes fossem apequenados, não seria possível chegar a uma decisão justa<sup>435</sup>. A afirmação é paradoxal. Como conceber qualquer alteração no procedimento ou situações jurídicas processuais sem que sejam afetados poderes do magistrado?

Todo tipo de negócio processual possui, de alguma forma, influência na atuação do juiz. Da cláusula de eleição de foro, que modifica a competência relativa, ao pacto de instância única, o qual encerra a atividade judicial à primeira instância, todos eles possuem a característica de alterar a atividade judicial no curso do processo. Assim também é o negócio de limitação a meios de prova específicos, o qual veda a utilização dos poderes instrutórios de modo a determinar a produção de prova por meio diverso dos pactuados.

A atividade probatória sempre sofrerá limitações<sup>436</sup>, seja por questões legais – como a vedação de meios de prova considerados ilícitos –, seja por impossibilidades de cunho material (por exemplo, queimaram-se todos os documentos existentes acerca de determinado negócio jurídico), seja em razão de manifestação de vontade, como quando o juiz dispensa a produção

---

<sup>434</sup> SILVA, Beclate Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 402-403.

<sup>435</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Mitidiero. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 309. MOREIRA, Victória Hoffman. PEIXOTO, Juliene de Souza. Negócios jurídicos processuais e os poderes instrutórios do juiz. In: MARCATO, Ana *et al* (coord). *Negócios Processuais* (Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro). Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 620. Leonardo Greco também é partidário dessa opinião, indicando que “convenções probatórias também são admitidas, desde que disponível o direito material que por elas possa ser atingido e que não seja tolhido o livre convencimento do juiz, nem limitado o seu poder de determinar de ofício a produção das provas que julgar necessárias à decida e veraz elucidação dos fatos. GRECO, Leonardo. Atos de disposição processual – primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al* (org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 301.

<sup>436</sup> “Limitações probatórias são todas as proibições impostas pelo ordenamento jurídico à proposição ou produção das provas consideradas necessárias ou úteis para investigar a verdade dos fatos que interessam à causa. Essas limitações são de diversas naturezas. Algumas resultam da imposição de prazos e de preclusões pelas normas que regem os diversos procedimentos e a prática dos atos processuais neles inseridos. Outras decorrem da necessidade de assegurar ao processo celeridade e rápida solução, impedindo a produção de provas consideradas inúteis ou procrastinatórias. Outras visam a dar segurança a certas relações jurídicas, mediante a admissibilidade da prova de certos fatos somente por meio de fontes de excepcional qualidade formal, como o registro público, repudiando as demais. Outras, ainda, pretendem impedir que a investigação dos fatos pelo juiz viole preciosos direitos fundamentais da pessoa humana, como a intimidade, a integridade física e a honra, ou preservar o interesse público ao sigilo, o que leva à proibição de provas consideradas ilícitas. E, também em vários casos, a lei ou os costumes impõem limitações à admissibilidade de certas provas que consideram inidôneas, disciplinando a investigação da verdade pelo juiz para que ele não se deixe influenciar por fontes ou por métodos considerados pouco confiáveis ou suspeitos.” GRECO, Leonardo. Limitações probatórias no processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, Rio de Janeiro, ano 3, v. IV, p. 4-28, jul./dez. 2009, p. 7.

de provas, por se declarar “satisfeito” com o que já foi coletado, ato de cunho autoritário e desacertado<sup>437</sup>, por limitar o direito de defesa das partes. Porque, então, vedar que a vontade livre das partes constitua também elemento limitador da atividade probatória? Tratar-se-ia, meramente, de obstruir a concretização de um processo efetivamente cooperativo.

Mais uma vez incide a ideia prova em sentido demonstrativo, com a concepção de que a justiça da decisão está diretamente relacionada com a descoberta da verdade no processo. Discorda-se, porque o que promove justiça no âmbito de um processo é a efetivação do devido processo legal, que ocorre quando as partes podem levar à juízo suas alegações e têm a possibilidade de exercer o contraditório e defesa com relação aos argumentos trazidos pela parte contrária. O devido processo legal também pressupõe a possibilidade de autorregramento formal, respeitados os limites impostos pelo ordenamento.

Além disso, os poderes instrutórios do juiz possuem natureza subsidiária<sup>438</sup>, não devendo o magistrado se substituir às partes na atividade probatória. Sua atuação deve se dar em casos de tentativa probatória frustrada ou demonstração de impossibilidade técnica de se alcançar a prova pretendida<sup>439</sup> e, ainda, quando o resultado da atividade probatória não for suficiente para subsidiar a decisão judicial (argumenta-se que, nesses casos, deveriam ser aplicadas de pronto as regras relativas ao ônus da prova<sup>440</sup>). Nesse contexto, o juiz poderá fazer uso dos poderes instrutórios que lhes foram concedidos por lei.

A discricionariedade, desse modo, não pode ser tida como característica dos poderes instrutórios do juiz. Sua utilização, sob pena de ser considerada arbitrária, deverá ser precedida de fundamentação, baseada nas situações acima elencadas, para que as partes possam exercer o contraditório acerca dessa decisão.

---

<sup>437</sup> GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 413-414. Para mais em limitações probatórias, cf. 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.

<sup>438</sup> “É que não só a indicação das fontes de prova como também os requerimentos da produção dos meios de prova adequados são tarefas que cabem principalmente às partes e apenas subsidiariamente ao juiz, porque são os litigantes que têm as melhores condições de fazê-lo. Por outro lado, embora seja solucionado por um procedimento dominado pelo direito público e pelo interesse estatal em bem prestar a jurisdição, não podemos esquecer que, no Processo Civil, o litígio, de regra, versa sobre direitos disponíveis, devendo prevalecer a autonomia das partes, sua iniciativa e suas faculdades. Não se pode interpretar qualquer ato omissivo das partes como uma negligência, nem as partes devem sempre contar com uma ‘bengala’ da atuação judicial, numa demonstração de um paternalismo injustificável na maioria dos casos. Os atos das partes devem ser interpretados, em princípio, como expressão da liberdade decorrente de sua posição como sujeito da demanda, demonstração da autonomia que seus poderes processuais lhe confere, não podendo o juiz atuar em substituição às partes nessa seara”. CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 149, p. 339-364, jul. 2007, p. 357-358.

<sup>439</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo de Conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 71.

<sup>440</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 153-173, abr./jun. 2015, p. 165.

Portanto, vê-se que os argumentos utilizados para patrocinar uma vedação aos negócios probatórios não se sustentam, por consistirem, verdadeiramente, em vestígios de um modelo eminentemente publicista de processo, que promove a mácula da autonomia privada em âmbito processual<sup>441</sup>. O protagonismo judicial em detrimento das partes, característica imanente ao publicismo, não coaduna com a vertente cooperativa hoje vigente.

Os negócios processuais de cunho probatório, assim, são admissíveis no ordenamento processual brasileiro<sup>442</sup>, em razão da cláusula geral de convencionalidade e também por se mostrarem, desde que respeitados os limites anteriormente fixados nesse trabalho, meio idôneo de externalização da autonomia privada processual<sup>443</sup>.

### 2.5.3 Complexidade do gênero: os tipos de convenção probatória

Acerca da especificidade dos pactos probatórios quando confrontados com os negócios processuais em geral, tem-se que seu escopo é o controlar o risco processual proveniente da prova, de forma a atenuá-lo ou excluí-lo<sup>444</sup>. Além disso, tais convenções também possuem função econômica, pois permitem certa previsibilidade acerca dos custos da litigância<sup>445</sup>. O

<sup>441</sup> Essa questão (inadmissibilidade dos pactos probatórios em razão da conservação do publicismo) também se faz presente na Itália, Titina Pezzani utiliza o exemplo do pacto *solve et repete* para explicar a controvérsia. PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 148-151.

<sup>442</sup> Há também esta admissibilidade no direito comparado. Na França, por todos: "La jurisprudence e la doctrine reconnaissent en effet que les règles légales sur la preuve ne sont pas d'ordre public, et que les parties peuvent y déroger. Les conventions sur la preuve sont donc théoriquement possibles, et pratiquement souhaitables dans les relations commerciales." GATSI, Jean. *Le contrat-cadre*. Paris: LGDJ, 1996, p. 39-40. Já nos Estados Unidos, há uma decisão da Suprema Corte que sinaliza não haver presunção de fraude ou coerção em acordos nos quais são pactuadas renúncias ao direito de não ter usadas contra si as informações divulgadas durante a confecção do acordo de *plea bargain*, reforçando o argumento de que se presumem válidas as renúncias relativas às regras sobre prova. *United States v. Mezzanatto*, 513 U. S. 196 (1995). Sobre as potenciais consequências dessa decisão, cf. SIEGLE, Christopher P. *United States v. Mezzanatto: Effectively Denying Yet Another Procedural Safeguard to Innocent Defendants*. *Tulsa Law Review*, v. 32, p. 119-137, 1996.

<sup>443</sup> Assim pensam: JOBIM, Marco Félix. MEDEIROS, Bruna Bessa de. O impacto das convenções processuais sobre a limitação de meios de prova. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1, p. 325-345, jan./abr. 2017, p. 336. PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 182. GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 415. SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 403. DIDIER JR., Fredie. LIPIANI, Júlia. ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 185-186. FABBI, Alessandro. *Appunti sugli accordi processuali nel diritto federale statunitense*. In: BRIGUGLIO, Antonio *et al* (org). *Scritti in onore di Nicola Picardi*. Pisa: Pacini Giuridica, 2016, t. 2, p. 1019.

<sup>444</sup> DE STEFANO, Giuseppe. *Studi sugli accordi processuali*. Milano: Giuffrè, 1959, p. 53.

<sup>445</sup> Acerca das convenções especificamente sobre os custos da litigância, cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções sobre o custo da litigância (I): admissibilidade, objeto e limites*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 276, p. 61-90, fev. 2018.

pacto probatório é composto de declarações das partes que, uma vez trocadas, são válidas, sendo desnecessária a homologação judicial<sup>446</sup>.

Neste tópico, assim, expor-se-ão alguns tipos de pactos probatórios possíveis de serem vislumbrados por serem, à primeira vista, consonantes com os requisitos de existência, validade e eficácia dos negócios processuais. Logo após, serão indicados alguns pactos que se mostram incompatíveis com o ordenamento processual. Ressalta-se que, como os exemplos aqui expostos cumprem a finalidade de ilustração, não será elaborada uma explicação minuciosa com relação a cada um deles, por não constituir objetivo precípuo do trabalho.

A disciplina das provas, como gênero, abrange largo conteúdo que lhe é relativo, como os meios e as fontes de prova, o ônus probatório, a valoração e o procedimento que rege a sua produção<sup>447</sup>. Todos esses temas podem ser objeto de negócios jurídicos processuais, sejam típicos, sejam atípicos.

### 2.5.3.1 Negócios processuais probatórios acerca dos meios e das fontes de prova

A disciplina negocial sobre os meios de prova é vasta. Vislumbram-se uma série de pactos com relação ao tema, como a escolha prévia dos meios de provas a serem utilizados; a convenção para renunciar ao requerimento futuro de produção de determinada prova; a renúncia com relação a um meio de prova, a exclusão ou admissão de meios de prova atípicos; e a escolha consensual do perito.

Sobre a escolha prévia dos meios de prova e suas variações, como proibição de utilização de determinada forma de obtenção de prova, constata-se o uso, pelas partes, de

<sup>446</sup> “Il patto probatorio è composto di dichiarazioni di parte (non importa se parallele o non), le quali, una volta scambiate, compongono e perzionano la sua fattispecie; per la validità della pattuizione non è necessaria alcuna dichiarazione nei confronti del giudice. Sono invece le dichiarazioni d’intesa, atti complessi che si formano davanti al giudice, a ripetere loro validità dall’essere diretti al giudice nelle forme normali degli atti processuali di parti; i patti di prova sono invece immediatamente efficaci appena conclusi, come dimostra l’ipotesi parallela dei patti sulla proroga della competenza, che creano immediatamente la competenza, e come dimostra, ancora, il compromesso.” DE STEFANO, Giuseppe. *Studi sugli accordi processuali*. Milano: Giuffrè, 1959, p. 44-45.

<sup>447</sup> No direito norte-americano, têm-se os seguintes exemplos: *Thus agreements waiving the best evidence rule, dispensing with the qualifications of expert witnesses, broadening the scope of evidence allowable under the pleadings, or admitting depositions defective in minor details have been liberally enforced. Likewise, an agreement to surrender a privilege is generally respected.* Contracts to Alter the Rules of Evidence. *Harvard Law Review*, v. 46, n. 1, pp. 138-143, nov. 1932, p. 139. Já na Itália, podem ser mencionados: “Il quadro dei casi in cui si suole parlare di negozio o di patto probatorio è dei più vari: le parti rinunziano a determinati mezzi di prova, o altri ne creano, oppure statuiscano sulle modalità concrete di un mezzo di prova determinato; altra volta esse pretendono addirittura di incidere sulla interpretazione e valutazione delle prove; infine esse possono alterare la distribuzione normale dell’onere di provare determinati fatti”. DE STEFANO, Giuseppe. *Studi sugli accordi processuali*. Milano: Giuffrè, 1959, p. 52.

técnicas de *case management*<sup>448</sup>, faculdade possibilitada em virtude do atual estágio de evolução do modelo de processo em que o Brasil se encontra, adotando a cooperação.

Apesar de o juiz ter a obrigação de dar impulso oficial ao feito<sup>449</sup>, é possível e incentivado que as partes atuem na organização do procedimento, de forma a, junto do magistrado<sup>450</sup>, adaptá-lo para melhor tutelar a situação litigiosa de direito material. O princípio da cooperação processual, tratado anteriormente, visa à criação de uma comunidade de trabalho entre aqueles que atuam no processo, sem protagonismo de qualquer dos integrantes da relação jurídica processual.

Assim, no âmbito casuístico, é possível conceber situações nas quais as partes indicam que todas as alegações de fato somente poderão ser provadas pela via documental, ou, também, em se tratando de causa cujos fatos envolvem assuntos eminentemente técnicos, que se limite a instrução probatória à prova pericial. Menciona-se também o negócio processual para determinar a aceitação ou não de prova emprestada<sup>451</sup>.

Ainda, pode-se idealizar, igualmente, cenário em que permitir-se-iam todos os meios de prova previstos em lei, com exceção da oitiva de testemunhas, por exemplo<sup>452</sup>. Tratam-se de limitações probatórias plausíveis convencionadas pelas partes que consistem em materialização de sua autonomia privada, de forma a confeccionar um procedimento que melhor se adeque as suas necessidades.

Não se conjectura que tais tipos de limitações possam ser realizadas de modo unilateral por um dos litigantes, pois se trataria de impor uma restrição a outra parte sem a sua anuência. Contudo, é possível a renúncia unilateral de algum meio de prova pelo autor ou réu, em razão da possibilidade que é dada ao litigante de decidir se valer de uma ou outra prova para

---

<sup>448</sup> Para mais sobre o tema do *case management*, Cf. ALVES, Tatiana Machado. *O gerenciamento processual no novo Código de Processo Civil brasileiro: mecanismos para gestão cooperativa da instrução probatória e integração da atuação dos sujeitos processuais*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

<sup>449</sup> CPC, Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

<sup>450</sup> “ (...) a estruturação do processo civil sobre uma base de gerenciamento processual executado pelo juiz com a participação ativa das partes mostra-se a mais adequada para a consecução dos objetivos de um processo eficiente, capaz de entregar uma prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável,” ALVES, Tatiana Machado. *O gerenciamento processual no novo Código de Processo Civil brasileiro: mecanismos para gestão cooperativa da instrução probatória e integração da atuação dos sujeitos processuais*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 199.

<sup>451</sup> FERRADEIRA, Mariana. A prova emprestada como objeto de negócio jurídico processual. In: MARCATO, Ana et al (coord). *Negócios Processuais* (Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro). Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 403.

<sup>452</sup> “Um exemplo de possibilidade de limitação do meio de prova em um contrato pré-processual pode ser verificado em um Contrato Social que, em caso de liquidação judicial ou apuração de haveres, obriga as partes a produzirem prova pericial contábil em processo futuro, vinculada, inclusive, à utilização de uma determinada metodologia, como balanço determinado ou fluxo de caixa descontado, proibindo, ainda, a prova testemunhal.” JOBIM, Marco Félix. MEDEIROS, Bruna Bessa de. O impacto das convenções processuais sobre a limitação de meios de prova. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n.1, p. 325-345, jan./abr. 2017, p. 336.

corroborar suas alegações de fato<sup>453</sup>. Havendo a concordância de ambas e respeitados os limites descritos acima, não surgem motivos legais para inadmitir tal convenção.

Essas limitações estabelecidas convencionalmente restringem os poderes instrutórios do juiz. Se as partes, principais interessadas no resultado do feito, preferem, externando sua vontade livre, que não se produza – por exemplo – a prova testemunhal no processo, não é dado ao órgão julgador determinar a produção desse tipo de prova. Se assim fosse, não haveria porque admitir pactos probatórios no processo, pois se trataria de convenção verdadeiramente inútil<sup>454-455</sup>. Também não é dado à parte que anuiu com a convenção solicitar a prova testemunhal, pois configuraria comportamento contraditório, vedado em razão do princípio da boa-fé processual<sup>456</sup>.

Vale ressaltar que, em se tratando de situação em que a lei indica forma específica de fazer a prova, eventual negócio jurídico (ressaltando-se que não é dado diminuir a formalidade já imposta pela lei, mas apenas ampliá-la) para modificar esse requisito consistiria em convenção de cunho substancial, e não processual, porque trata da *forma ad substantiam*, requisito de validade do negócios jurídicos<sup>457</sup>. Seria o caso de exigência de escritura pública mesmo que o imóvel objeto da alienação valha menos que 30 salários mínimos.

---

<sup>453</sup> PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 219.

<sup>454</sup> Assim também pensam Gustavo Vaughn e Renato Brazil: “A convenção processual sobre os meios de prova não pode ser vista como excludente dos poderes instrutórios do juiz, e nem o contrário. Ambos são passíveis de coexistência harmônica no direito brasileiro: em regra, o juiz pode determinar, de ofício e com temperança, a produção dos meios de prova que entende imprescindíveis para o melhor desfecho da controvérsia judicial; sem embargo disso, se as partes convencionarem sobre quais meios de prova pretendem produzir, os poderes instrutórios do juiz restam, sim, limitados pela vontade das partes. O juiz deve apenas cancelar as convenções processuais válidas, sem exercer juízo de valor sobre o que foi combinado pelas contratantes. Não há mal nenhum no fato de se conferir aos litigantes a oportunidade para melhor adequarem o procedimento à causa. Imagine-se a seguinte situação: as partes litigantes firmam uma convenção processual para estabelecer que não será produzida prova pericial, porque não pretendem dispender dinheiro com perito e assistente técnico – sabe-se que a prova pericial é custosa; o juiz considera os meios de prova produzidos no processo insuficientes para proferir sentença e, diante disso, determina a produção de prova pericial, com supedâneo no art. 370 do Código de Processo Civil, ignorando o pacto processual das partes. Considerando-se que o art. 95, caput, do Código de Processo Civil impõe o rateio da remuneração do perito quando a perícia é determinada de ofício, vê-se que o intuito do pacto processual celebrado caiu por terra, pois as partes terão gastos com a indesejada perícia. Ora, poderia o magistrado, em tal circunstância, sem desconsiderar o pacto processual, simplesmente aplicar a regra de ônus da prova para decidir a contenda, julgando contrariamente àquele que não se desincumbiu de seu ônus.” VAUGHN, Gustavo Fávero. BRAZIL, Renato Caldeira Grava. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 989, p. 377-404, mar. 2018, *online*.

<sup>455</sup>Discorda-se, portanto, de LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Comentários ao artigo 371. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo (orgs.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 574. GONÇALVES, Marcelo Barbi. Negócio jurídico processual pericial e *laissez-faire* probatório no Novo Código de Processo Civil. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca (coord.). *Magistratura*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 246. FARIA, Kohlbach Marcela. Vinculación del juez a las convenciones em materia de prueba. NOGUEIRA, Pedro Henrique. CAVANI, Renzo (coord.). *Convenciones procesales*. Estudios sobre negocio jurídico y proceso. Lima: Raguél Ediciones, 2015, p. 393.

<sup>456</sup> Neste ponto, discorda-se de MARINONI, Luiz Guilherme. El acuerdo sobre la prueba y los objetivos del proceso civil. In: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP). International Association of procedural Law (IAPL). *La prueba en el proceso: II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Barcelona: Atelier, 2018, p. 85.

<sup>457</sup> CC, Art. 109. No negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato.

Pode haver, também, pactos para admissão de meios de provas atípicos – por exemplo, constatações realizadas por oficial de justiça, declarações extrajudiciais das partes ou de terceiros, perícias extrajudiciais, prova estatística, prova por amostragem, reconstituição simulada dos fatos e até a sentença de processo diverso<sup>458</sup> – e também para a sua não utilização no processo.

Ainda no contexto dos pactos sobre os meios de prova, poderia ser levantada a seguinte questão: poderiam as partes convencionar sobre a admissão, no processo, de provas ilegítimas ou ilícitas? As provas ilícitas são aquelas cujo meio de obtenção viola regra de direito material – como a busca e apreensão realizada sem autorização judicial, que fere o direito de inviolabilidade de domicílio – e as ilegítimas são aquelas ou moralmente ilegítimas ou cuja produção fere normas de direito processual, por exemplo nos casos de depoimento pessoal de uma parte é assistido pela parte contrária, se esta ainda não tiver dado seu testemunho<sup>461</sup>. Em ambos os casos, as provas produzidas não permanecem no processo, pois, se determinada inadmissíveis, serão desentranhadas dos autos e se dita ilegítima, o seu ato de produção será declarado nulo, devendo-se repetir o procedimento<sup>462</sup>.

Desse modo, resta evidenciada restrição à admissão desse tipo de prova. Com efeito, a própria Constituição<sup>463</sup> repele provas consideradas ilícitas, não sendo a vontade das partes elemento que poderá desfazer esse comando. Os negócios processuais não podem eliminar sanções que a lei estabelece para ilicitudes, porque tais penalidades existem para tutelar o interesse público. A liberdade concedida aos litigantes para regramento de aspectos do processo e de suas situações jurídicas possui como limitação os ditames constitucionais e legais.

Por fim, vale mencionar uma convenção acerca da fonte de prova, no caso, o negócio processual típico sobre a escolha consensual do perito, previsto no art. 417 do CPC<sup>464</sup>, em

<sup>458</sup> Entre as provas atípicas, levanta-se o debate acerca da aceitação da carta psicografada como meio de prova, mas a doutrina, de forma ampla, refuta essa possibilidade, em razão de tal documento ser considerado ato de fé – que não coaduna com o processo, atividade estatal que, como o Estado, preza pela laicidade –, e também por não observar o contraditório. DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 39, n. 234, p. 33-62, ago. 2014, p. 58. AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 85.

<sup>461</sup> CPC, Art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício. (...) §2º É vedado a quem ainda não depôs assistir ao interrogatório da outra parte.

<sup>462</sup> REBOUÇAS, Sérgio. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 541.

<sup>463</sup> CF, Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

<sup>464</sup> CPC, Art. 471. As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que: I - sejam plenamente capazes; II - a causa possa ser resolvida por autocomposição. §1º As partes, ao escolher o perito, já devem indicar os respectivos assistentes técnicos para acompanhar a realização da perícia, que se realizará em data e local previamente anunciados. §2º O perito e os assistentes técnicos devem entregar, respectivamente, laudo e pareceres em prazo fixado pelo juiz. §3º A perícia consensual substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz.

substituição ao perito do juízo. O perito é a fonte da prova pericial, enquanto a perícia constitui meio de prova. Como o pacto trata do perito em si, deve ser considerada uma convenção sobre a fonte da prova.

Há, porém, severas críticas ao dispositivo. Afirma-se, *contra legem*, que o fato de as partes selecionarem um perito de sua mútua confiança não impediria o juiz de nomear também um perito do juízo, porque o julgador também teria de ter fiabilidade com relação ao experto, pois a cláusula geral de negociação não permitira negociar sobre situações processuais que não pertencem às partes<sup>465</sup>.

De fato, o estabelecimento, por exemplo, de quais provas podem ser utilizadas ou do perito que atuaria no feito promoveria restrições aos poderes do juiz, que não poderiam ser regradados pelas partes, conforme a concepção acima descrita. No entanto, a restrição trata-se de efeito secundário de tais pactos, consequência de limitação convencional, mas que poderia ocorrer também em virtude de limitações fáticas ou legais, que não são comumente contestadas em razão de possuírem esse mesmo efeito secundário. É necessária a compreensão de que o juiz, em um modelo cooperativo, não pode ser tido como o ente predominante, com poderes ilimitados de direção e instrução processual. A vontade das partes deve ser considerada para fins de limitação da atividade probatória.

Contudo, se a perícia for considerada irregular ou declarada nula por alguma razão concernente ao perito selecionado pelas partes, sendo necessária a sua repetição, pensa-se que o juiz deve requerer a elas que nomeiem novo experto e, apenas se a determinação não for obedecida, ordenar-se-á que a nova perícia seja realizada pelo perito do juízo.

### 2.5.3.2 *Negócios processuais probatórios acerca do procedimento de produção de prova*

Quanto aos pactos que tratam da produção probatória, pode-se mencionar a desjudicialização desse procedimento e a apresentação prévia de todas as provas já existentes (*disclosure*).

A desjudicialização da prova, ou seja, sua produção fora do âmbito judicial, que pode ser dar antes ou durante o processo, tem-se que se trata de forma atípica de produção de prova. Julio Müller traz o exemplo da desjudicialização da prova testemunhal, cuja produção ocorreria de acordo com *modus operandi* determinado pelas próprias partes, e sua apresentação no

---

<sup>465</sup> GONÇALVES, Marcelo Barbi. Negócio jurídico processual pericial e *laissez-faire* probatório no Novo Código de Processo Civil. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca (coord.). *Magistratura*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 243 e 246.

processo se daria por meio de depoimentos escritos ou gravação audiovisual<sup>467</sup>. Esse negócio processual é comum em vários países, tendo o referido autor trazido o tratamento dedicado a ele na Inglaterra, nos Estados Unidos, na Alemanha, em Portugal, na Espanha, na França e na Itália<sup>468</sup>.

Outro pacto relativo à produção da prova é o de *disclosure* (nos Estados Unidos, *discovery*), o qual determina a entrega de documentos e demais informações pertinentes ao litígio para a parte adversária, antes do início do processo, muito comum nos países que adotam o *common law*<sup>469</sup>, o qual se mostra útil como forma de facilitação de autocomposição, já que as partes deteriam todas informações sobre a causa, o que auxilia na avaliação da viabilidade de prosseguir ou não com o feito<sup>470</sup>.

Junto a esse pacto, podem constar cláusula como a criação de presunção de veracidade dos fatos alegados por uma parte contra aquela que, aderindo à convenção, a descumpre, não apresentando os documentos ou apresentando-os fora do prazo estipulado. Imagina-se, ainda, a imposição de preclusão em caso de apresentação tardia, por este ato configurar inadimplemento do pacto de *disclosure*.

Quanto ao saneamento compartilhado, instituto previsto no CPC que faculta às partes delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos e levá-las ao juiz para homologação, que, se confirmada, vincula

---

<sup>467</sup> MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 222 e 262.

<sup>468</sup> MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 237-253.

<sup>469</sup> Sobre um estudo acerca da disclosure em países de *Civil Law*, Cf. GALIČ, A. Disclosure of documents in civil procedure: the privilege against self-incrimination or a quest for procedural fairness and substantive justice. In: RHEE, C. H. van. UZELAC, A (ed.). *Evidence in contemporary civil procedure: fundamental issues in a comparative perspective*. Cambridge: Intersentia, 2015, p. 43-46.

<sup>470</sup> DIDIER JR., Fredie. LIPIANI, Júlia. ARAGÃO, Leandro Santos. *Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais*. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 189-190.

partes e magistrado<sup>471</sup>, trata-se negócio processual bilateral<sup>472-473</sup> acerca da cognição, cuja eficácia plena, somente ocorre com o advento da homologação judicial. Contudo, vale mencioná-lo neste rol, pois tem produção probatória como uma de suas consequências mediatas.

### 2.5.3.3 *Negócios processuais probatórios acerca do ônus da prova*

A negociação sobre o ônus da prova talvez seja a convenção probatória mais conhecida, por já ter previsão legal desde o CPC/73, tendo sido reproduzida no CPC/15<sup>474</sup>. O objeto de tais convenções é a regulação da ”distribuição específica e diferenciada da carga probatória”<sup>475</sup>, realizada de acordo com a vontade de ambas as partes de 1) assumir ônus probatório

<sup>471</sup> Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: (...) II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; (...) IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; (...) 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

<sup>472</sup> Fredie Didier Jr. acredita corresponder o saneamento compartilhado a um negócio bilateral assimilado à *litiscontestatio*, pois as partes promovem um consenso em torno dos limites do seu dissenso. Leonardo Carneiro da Cunha sinaliza que o acordo de saneamento corresponde negócio processual bilateral. Por fim, Scarparo e Pomjé, entendem tratar-se de negócio processual cuja homologação é obrigatória. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 694. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 55. SCARPARO, Eduardo Kochenborger. POMJÉ, Carolina. O negócio processual saneador: entre o princípio dispositivo material e o iura novit curia. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, n. 13, v. 3, p. 995-1015, 2018, p. 1011-1012.

<sup>473</sup> Discorda-se de Scarpinella, que o entende como negócio plurilateral e de Cabral, para o qual o saneamento compartilhado, assim como o calendário processual, é um ato conjunto das partes levado à homologação judicial, portanto, necessita de deferimento e controle judicial inescapável à produção de seus efeitos, diferentemente de um negócio jurídico processual, ato considerado determinante, no qual os efeitos decorrem diretamente da vontade das partes. BUENO, Cássio Scarpinella. Comentários ao artigo 357. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo (orgs.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 563. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 70.

<sup>474</sup> Art. 373. O ônus da prova incumbe: (...) § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. Robson Godinho sinaliza que o texto poderia ser melhorado em três pontos: “1. estabelecer que a convenção sobre ônus da prova é um negócio processual autônomo, desvinculado de eventual negócio anterior, e que pode recair sobre qualquer fato; 2. prever que, em caso de o juiz atribuir encargo probatório de modo diverso da regra geral (‘teoria dinâmica do ônus da prova’), dever-se-ia buscar previamente uma atribuição consensual do ônus da prova; 3. esclarecer que, embora as situações não se confundam, em todos os casos em que é possível atribuir o ônus da prova de modo ‘dinâmico’, é possível igualmente estabelecimento de convenções sobre o tema. GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 239. O ponto 2 é especialmente importante, pois permite maior participação das partes na distribuição do encargo probatório, o que privilegia a cooperação processual em detrimento de uma atuação isolada do juiz.

<sup>475</sup> MACÊDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 241, p.463-487, mar. 2015, p. 478.

diversificado<sup>476-477</sup> ou 2) estabelecer que não poderá haver modificação casuística do ônus da prova (vedação à distribuição dinâmica do ônus da prova).

A convenção sobre o ônus da prova tem como limites a referência a direito indisponível (diferentemente do art. 190, que permite a negociação quando o processo englobar direitos que admitem autocomposição, termo que amplia sobremaneira o objeto da convencionalidade) e o comprometimento do exercício do direito por alguma das partes.

A fixação do ônus pelas próprias partes impede que o juiz estabeleça ônus diversos para elas, maculando o negócio celebrado. Apesar disso, a convenção não interfere na iniciativa judicial de produção da prova, já que o objeto do pacto é o ônus objetivo – ou seja, a quem caberá os riscos de não se desincumbir do ônus – e o ônus subjetivo, relativo a qual dos litigantes compete provar cada tipo de alegação sobre fatos (constitutivos, modificativos, impeditivos ou modificativos)<sup>478</sup>.

Vale ressaltar que, caso a inversão convencional se dê em favor daquele que é detentor do direito indisponível, não há impedimento para que se celebre o pacto. O mesmo acontece no contexto de contrato de adesão em que a cláusula de inversão do ônus beneficie o aderente<sup>479</sup>. Em ambos os casos, a vulnerabilidade de um dos pactuantes não é aguçada em razão da convenção, mas, de fato, mitigada, tornando o procedimento probatório um pouco mais paritário.

Como requisitos específicos para convencionar sobre o ônus da prova, o CPC determina que o negócio processual cujo objeto seja o ônus da prova não é possível se recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. Nota-se uma diferenciação mais restritiva, quando comparada aos requisitos gerais do art. 190, já que este possibilita que as partes convencionem sobre o processo desde que o objeto da ação sejam

---

<sup>476</sup> É relevante ressaltar que “o simples fato de o réu querer provar fato cuja comprovação incumbia ao autor jamais pode ser entendido como querer assumir o ônus da prova, pelo que não constitui negócio jurídico processual unilateral sobre inversão do ônus probatório. Aliás, a vontade é o elemento nuclear do negócio jurídico, de modo que, para que se configure o negócio jurídico processual unilateral de inversão do ônus da prova, é necessária a manifestação de vontade expressa da parte quanto à assunção do ônus probatório. Isso porque o negócio jurídico processual unilateral sobre o ônus da prova constitui renúncia do direito à distribuição estática do ônus da prova, devendo, pois, ser interpretado restritivamente, nos termos do art. 114 do Código Civil. A consequência lógica disso tudo consiste em que a hipótese de o réu ter querido produzir e não ter conseguido demonstrar a inexistência do fato constitutivo do direito do autor, não quer significar a inversão do ônus da prova, nem retira do autor o ônus de comprovar a existência do fato constitutivo do seu direito”. MOUZALAS, Rinaldo. ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. Distribuição do ônus da prova por convenção processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 240, p. 399-423, fev. 2015, p. 404.

<sup>477</sup> Essa vontade, também, pode ser demonstrada de forma tácita. Cf. GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 243-245.

<sup>478</sup> DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 121.

<sup>479</sup> MACÊDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 241, p.463-487, mar. 2015, p. 480-481.

direitos que admitam autocomposição. Além disso, a onerosidade excessiva constitui limite específico desse negócio processual.

#### 2.5.3.4 *Negócios processuais probatórios acerca dos poderes instrutórios judiciais*

Apesar de, com o advento do CPC/15, tenha havido a manutenção do caráter público do processo, o novo diploma processual trouxe algumas mitigações, como a aplicação do modelo cooperativo de processo e a adição da cláusula legal de convencionalidade processual. Contudo, seguem dotados os juízes de amplos poderes instrutórios, espalhados em vários trechos do diploma processual<sup>481</sup>.

Consideram-se poderes instrutórios a fixação do *thema probandum*, a distribuição do ônus da prova, a determinação de todas as provas que o juiz entender úteis e necessárias ao deslinde do feito, a presidência do procedimento de produção de prova e a alteração deste, a valoração da prova<sup>482</sup>, a dispensa de ulterior produção de prova, quando considerar as já apresentadas suficientes, e admissão de prova emprestada, para citar alguns exemplos.

É possível constatar que alguns dos poderes acima listados podem sofrer certa influência em razão dos efeitos de negócios processuais probatórios firmados pelas partes, conforme explicado nos tópicos anteriores. Como exemplo, podem-se citar os negócios processuais acerca da distribuição do ônus da prova, os quais evitam que a dinamização seja realizada pelo magistrado, em razão da antecipação das partes; e, também, as convenções que estabeleçam limitações probatórias impedem que o juiz determine a produção de prova cujo meio foi vetado pelas partes, como a indicação de que não se deverá admitir prova testemunhal. No que tange ao procedimento de produção de prova, a consensualidade também poderá evitar o

---

<sup>481</sup> CPC, Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Art. 373, §1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. Art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício. Art. 396. O juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa que se encontre em seu poder. Art. 421. O juiz pode, de ofício, ordenar à parte a exibição parcial dos livros e dos documentos, extraindo-se deles a suma que interessar ao litígio, bem como reproduções autenticadas. Art. 461. O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte: I - a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas; II - a acareação de 2 (duas) ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações. Art. 472. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes. Art. 481. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.

<sup>482</sup> ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – institutos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. 2, t. 1, p. 913-920.

direcionamento determinado singularmente pelo juiz, porque o Código faculta às partes a realização de saneamento compartilhado.

Nos casos listados, o objetivo precípua das partes não é regradar os poderes instrutórios do juiz, porém, estes restam afetados em razão dos efeitos dos negócios processuais firmados. Nota-se que a consensualidade pode consistir em um dos limites aos poderes instrutórios do juiz, junto a imparcialidade<sup>483</sup>, à adstrição ao pedido e à causa de pedir, ao contraditório e à fundamentação<sup>484</sup>.

As convenções elencadas não promovem a disposição da esfera jurídica alheia, mas realizam uma conformação do processo ao alvedrio das partes, as principais interessadas em seu resultado. Quando a parte sente que pode ter influência no andamento do processo, é possível que tenha maior satisfação com o resultado, mesmo que este não seja positivo com relação a ela. Esses negócios, portanto, limitam os poderes instrutórios do juiz em alguma medida, assim como as outras vedações probatórias existentes, mas não encerram totalmente a possibilidade de produção de prova a mando do juiz, que, como já indicado, é subsidiária à iniciativa das partes. Assim, respeitados os requisitos para negociação processual, serão plenamente válidos e eficazes.

Outra situação, bem diversa, ocorre quando o desejo das partes é vedar toda e qualquer iniciativa probatória judicial. Essa intenção promove retorno ao modelo adversarial, no qual o juiz (que nunca foi dominante no civil law) resta como “convidado de pedra”<sup>485</sup>, a aguardar a condução do processo pelas partes para somente proferir julgamento, o que deforma o modelo legal adotado, a cooperação, a qual indica uma participação equânime das partes e do juiz no

---

<sup>483</sup> A questão da (im)parcialidade do ato judicial que determina a produção de provas é uma das discussões mais profícuas no que concerne aos poderes instrutórios do juiz. Já trataram dela muitos autores, com opiniões completamente divergentes, de acordo com cada posição ideológica. Os ditos garantistas refutam a possibilidade de o juiz determinar de ofício a produção de prova, por se tratar de ato com viés de parcialidade e autoritarismo dentro do processo. Conforme indica Eduardo José da Fonseca Costa, “Quando o juiz ordena uma prova à míngua de requerimento da parte, só pode haver cinco resultados possíveis: 1) prova de fato constitutivo do direito do autor; 2) prova de fato impeditivo do direito do autor; 3) prova de fato extintivo do direito do autor; 4) prova de fato modificativo do direito do autor; 5) prova de nada. De pronto, percebe-se que os resultados (2), (3), (4) e (5) revelam uma dilação probatória absolutamente inútil (o que atenta contra o princípio da economia processual). Posto que favoreçam o réu, há tempos a demanda já poderia ter sido rejeitada por ausência de provas. Isso revela que o magistrado sempre visou ao resultado (1). Por conseguinte, aqui, existe apenas um único beneficiário real: o autor”. COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 153-173, abr./jun. 2015, p. 160. Já os denominados “ativistas”, por sua vez, entendem que a determinação de produção de prova de ofício de modo algum mina a imparcialidade do juiz, porque ele, quando pede a produção da prova, não sabe a quem ela favorecerá e o faz apenas para que se chegue a uma verdade dos fatos, necessária à justiça da decisão. Além disso, analisando a situação por um outro prisma, a própria inatividade do juiz poderia constituir parcialidade. Por todos, Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 48.

<sup>484</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 165.

<sup>485</sup> TARUFFO, Michele. *Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana*. Padova: Cedam, 1979, p. 130-131.

processo. Portanto, não se vislumbra possível, no âmbito legal brasileiro, tal convenção, pois ela perverte e desfigura o modelo processual adotado neste ordenamento jurídico.

Por fim, quanto aos pactos acerca da valoração da prova, Pezzani vislumbra três tipos de acordo, mas não lhes reputa validade, baseando-se na justificativa genérica da inderrogabilidade das normas probatórias<sup>486</sup>. São eles a imposição ao juiz que atribua determinado valor a uma prova que, em tese, deve ser por ele livremente apreciada (e também o contrário, determinando que o prova que possui valoração legal possa ser livremente apreciada), e a exclusão da apreciação, pelo juiz, de um fato que poderia constituir fundamento de presunção judicial<sup>487</sup>.

No Brasil, especialmente no processo civil, adota-se o sistema de valoração de prova chamado convencimento motivado<sup>488</sup>, segundo o qual ao juiz é facultada a apreciação da prova de forma ampla, respeitados certos requisitos como a necessidade de a prova valorada constar nos autos do processo (porque, com isso, é possível a realização do contraditório); a motivação racional e controlável; o respeito às hipóteses de prova legal determinadas ao longo do ordenamento jurídico<sup>489</sup> – aqui havendo a utilização do sistema da prova tarifada, ao invés do convencimento motivado, que é regra –; e a obediência às máximas de experiência<sup>490</sup>.

Isso ocorre porque, atualmente, não mais se considera “livre” o convencimento judicial, como outrora se fazia no contexto do CPC/73<sup>491</sup>. Foram retiradas do Código todas as referências ao “livre” convencimento, de modo suprimir o máximo possível a discricionariedade judicial durante a valoração da prova e também de evitar o protagonismo judicial no processo<sup>492</sup>.

---

<sup>486</sup> PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 241.

<sup>487</sup> PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 226-227.

<sup>488</sup> CPC, Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

<sup>489</sup> Podem ser mencionadas: CC Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel. Lei nº 8.213/1991, Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado: (...) § 3º A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.

<sup>490</sup> DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 103-106.

<sup>491</sup> CPC/73, Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

<sup>492</sup> STRECK, Lenio Luiz, Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento do NCPC. In: MÂCEDO, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi Medeiros. FREIRE, Alexandre (coord.). *Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada: Processo de conhecimento – provas*. Salvador: Juspodivm. 2015, vol. 3, p-297-300. BIJOS, Leila Maria; PEREIRA, José de Lima Ramos. Provas ilícitas: o direito comparado e o STF. *NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza*, v. 38, n.1, p. 151-177, jan./jun. 2018, p. 156. Sobre os limites do convencimento motivado, cf. PINHO, Samara de Oliveira. *A fundamentação das decisões judiciais sob*

Nesse contexto, quanto aos negócios probatórios acerca da valoração, não se vislumbra sua validade. Nas limitações probatórias comuns, as partes selecionam os meios de provas possíveis, mas o resultado da colheita probatória fica disponível em sua integridade para a apreciação judicial. De forma diversa, nos três exemplos de convenções mencionadas, há restrições tanto à forma prevista em lei de como deve ser valorada determinada prova (se pelo sistema de prova legal ou pelo convencimento motivado) quanto ocorre também a exclusão, da apreciação pelo juiz, de fatos que chegaram ao seu conhecimento em razão da instrução probatória, impedindo que ele possa exercer o raciocínio da presunção judicial.

Repare-se que se tratam de situações que subvertem o regramento legal e também almejam alterar a convicção íntima do juiz. Como impedir que o magistrado se utilize de um fato que já conheceu por meio da instrução probatória para presumir algo? Assemelha-se a situação ao problema das provas ilícitas, pois, apesar de não poderem ser utilizadas na fundamentação do julgado, não se pode negar que irão exercer algum tipo de influência no raciocínio judicial.

Assim, não se vislumbra a possibilidade de modificar, por convenção, o tipo de valoração que deverá ser realizada pelo juiz, nem a hipótese de restringir que determinado fato possa ser objeto de presunções judiciais<sup>493</sup>.

---

*a perspectiva das ciências cognitivas: limites e possibilidades para a formação racional do convencimento motivado*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

<sup>493</sup> Discorda-se, assim, de Mariana Ferradeira, que entende possíveis negócios processuais com objetos como “a permissão de livre valoração de todos os meios de prova quando a lei expressamente preveja só um modo de comprovação do fato (desconstituição de regra de prova legal prevista no ordenamento” e a “criação e estipulação de hierarquia entre os meios de prova”. FERRADEIRA, Mariana. A prova emprestada como objeto de negócio jurídico processual. In: MARCATO, Ana et al (coord). *Negócios Processuais* (Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro). Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 402.

## CAPÍTULO 3: PRESUNÇÃO CONVENCIONAL

O presente capítulo tem por objetivo tratar pormenorizadamente da convenção sobre presunções, estudando, principalmente, os critérios para a criação de presunções convencionais, a possibilidade de derrogação de presunções já existentes no ordenamento e as hipóteses de utilização da convenção processual que tem como objeto as presunções.

### 3.1 Presunção: situação jurídica ou aspecto do procedimento?

Quanto a utilização (ou não) da presunção em um processo, tratar-se-ia de aspecto do procedimento ou de situação jurídica processual? Essa definição é fundamental para entender qual sistemática de negócio processual é aplicável ao negócio jurídico que tem a presunção como objeto.

Inicialmente, quanto aos aspectos procedimentais, define-se procedimento como o “conjunto ordenado dos atos mediante os quais, no processo, o juiz exerce a jurisdição e as partes a defesa de seus interesses”<sup>494</sup>. Dinamarco lista quatro tipos de conteúdo das normas que definem o procedimento. Existem as normas que preconizam quais os atos que serão praticados; a forma pela qual esses atos se expressarão (tempo, modo e lugar); a sua “ordem sequencial”, ou seja, a linha temporal de sua ocorrência; e sua estrutura e direcionamento com relação aos diferentes tipos de tutela jurisdicional<sup>495</sup>.

No que concerne à sequência da prática dos atos, o CPC promove uma determinação prévia, que corresponderia a um sistema de legalidade das formas processuais<sup>496</sup>, de modo a permitir que as partes tenham conhecimento de cada etapa que deve ser perpassada para que possam, se autor, clamar pelo seu direito e, se réu, promover uma defesa efetiva<sup>497</sup>. É nesse quesito que se torna possível aferir a rigidez ou flexibilidade do procedimento.

---

<sup>494</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. 2, p. 515.

<sup>495</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. 2, p. 515-516.

<sup>496</sup> CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. Tradução: Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003, v. 1, p. 266. Ressalta-se que Piero Calamandrei aponta também um sistema de liberdade das formas processuais, no qual seria conferida àqueles que procuram o Judiciário “liberdade de se dirigir ao juiz pelas formas que considerassem mais oportunas e persuasivas, sem que devessem seguir ordem e modos preestabelecidos”. Porém, o autor italiano enfatiza que, na prática, o sistema provavelmente nunca possa ser aplicado de forma integral. Pode-se dizer que a negociação processual ressuscita de certa forma esse sistema, pois, apesar de não ensejar uma liberdade total, possibilita às partes algumas modificações em um procedimento que era fechado e pré-determinado.

<sup>497</sup> Seria o “manual do litigante”, ou seja, uma metodologia que lei estabelece para guiar quem deseje acionar o Judiciário, conforme Calamandrei. Salienta o italiano: “Caráter essencial do Direito é a certeza, e esta não existe senão que seja certo que, em caso de inobservância do direito, será posta em prática a garantia jurisdicional para

No Brasil, tendo em vista a previsão legal de encadeamento dos atos nas várias fases do processo (conhecimento, recursal, executiva), pode-se dizer que o ordenamento brasileiro prevê um procedimento rígido. Contudo, apesar de imperar o encadeamento de atos previstos no CPC, há espaço para flexibilização, tanto por parte do juiz (dilação de prazos, alteração na ordem da produção probatória), quanto pelas partes (acordo de instância única, calendarização processual).

Como forma de aceleração e prosseguimento da marcha processual, utilizam-se as preclusões. Desse modo, impossibilita-se o regresso às fases ou ao exercício de posições processuais anteriores, que emperrariam o curso do processo. Imagine-se, à guisa de exemplificação, que fosse possível, sempre que requisitada, a produção de novas provas, mesmo que já encerrada a fase instrutória? O processo restaria, eternamente ou por um tempo realmente longo, aguardando provas, talvez já irrelevantes para a decisão judicial.

Assim, o processo brasileiro absorveu preclusões e a coisa julgada como estabilidades processuais<sup>498</sup>. Chiovenda traz uma classificação tripartite das preclusões, as quais define como “a perda, ou extinção, ou consumação de uma faculdade processual”, dentro de um mesmo processo, em razão de 1) não observância do prazo para seu exercício (preclusão temporal); 2) ter agido a parte ou o juiz de forma incompatível com o exercício da faculdade que pretendia realizar posteriormente (preclusão lógica) e; 3) já ter realizado validamente a faculdade (preclusão consumativa)<sup>499</sup>.

Pelo fato de se aplicarem diversas preclusões no processo brasileiro, Dinamarco aponta que o procedimento possui caráter rígido, apesar da existência de situações, taxativamente previstas no CPC, de não-preclusividade<sup>500</sup>. Assim, o autor externa dois postulados acerca das

---

fazê-lo observar. Mas, por sua vez, esta certeza não existiria se o indivíduo que pede justiça não soubesse exatamente quais são os atos que deve realizar para obtê-la, quais são as vias a que deve recorrer para chegar ao juiz, para fazer-se ouvir por ele e para obter, concretamente, aquela garantia jurisdicional que a norma promete abstratamente.” CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. Tradução: Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003, v. 1, p. 268.

<sup>498</sup> Antonio do Passo Cabral defende o fim da diferenciação entre preclusão e coisa julgada (formal e material), já que os institutos possuiriam mais características afins do que diferenciais. Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 278-289. Em artigo mais recente, o autor revisita as ideias da tese, indicando a utilização de parte delas no CPC/15. A adoção de uma série de novas espécies de estabilização - como a da tutela antecipada antecedente, a da decisão sobre as questões da fase de saneamento e organização do processo e a necessidade de manter a jurisprudência estável - mostram que o CPC/15, além de incorporar o tema das estabilidades, adotou nomenclatura que permite-nos pensar em espécies de estabilidades diversas da coisa julgada e da preclusão. CABRAL, Antonio do Passo. As estabilidades processuais como categoria incorporada ao sistema do CPC. In: DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio do Passo (org.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 27-28.

<sup>499</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil: a relação processual ordinária de cognição (continuação)*. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1945, v. 3, p. 220-221.

<sup>500</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. 2, p. 531-532. Essas situações seriam: possibilidade de alegação da incompetência absoluta a qualquer tempo (art. 64, §1º); ordem para o juiz reconhecer de ofício, sempre que não tenha proferido sentença, todos os pontos relacionados aos pressupostos processuais, às condições da ação, a litispendência, a prescrição, a decadência, a

preclusões: 1) só seriam passíveis de preclusão as matérias disponíveis às partes, estando impossibilitada a preclusão de matérias de ordem pública<sup>501</sup>; 2) somente precluem as decisões passíveis de recurso.

Sobre a relação de adequação entre o procedimento e os diversos tipos de tutela jurisdicional, é essencial que se tenha como ponto de partida os direitos e suas eventuais necessidades, para que seja possível encontrar a forma mais adequada para atendê-los. A técnica processual, para ser efetiva, deve ser idônea de modo a prestar a forma de tutela prevista no direito material<sup>502</sup>.

Perpassadas as particularidades sobre os aspectos procedimentais, estudar-se-á, adiante, a situação jurídica, que, primeiramente, deve ser analisada do ponto de vista da Teoria Geral do Direito, para, posteriormente, ser estudada no âmbito do Direito Processual.

Situação jurídica, para Torquato Castro, “é a situação que de direito se instaura em razão de uma determinada situação de fato”<sup>503</sup>, o fato jurídico. O autor pernambucano as divide em situações jurídicas uniposicionais (tratam de situações individuais, cuja eficácia abrange apenas o seu sujeito) e situações jurídicas relacionais, as quais pressupõem uma relação entre sujeitos<sup>504</sup>.

Bernardes de Mello, por sua vez, entende as situações jurídicas como categoriais eficaciais, que em sentido lato equivaleriam a “qualquer posição em que se encontre o sujeito no mundo jurídico”<sup>505</sup>. Aponta, então, duas espécies do gênero situação jurídica: a relação jurídica e a situação jurídica *stricto sensu*<sup>506</sup>, esta correspondendo às situações uniposicionais e aquela às relacionais, segundo a classificação de Torquato Castro.

---

coisa julgada e a preempção; os vícios passíveis de correção pela via da ação rescisória (que prescreve no prazo de 2 anos); e as decisões que, no curso da fase conhecimento, não puderem ser atacadas por agravo de instrumento.

<sup>501</sup> Sobre a ordem pública processual: “A ordem pública processual pode ser relacionada a questões pautadas na indisponibilidade ou num latente interesse público, cuja não observância comprometeria a ideal prestação da tutela jurisdicional e a confiança legítima dos jurisdicionados, afastando, em última análise, a legitimidade do próprio direito processual civil. Por sua vez, a mácula processual que compromete a ordem pública pode ensejar consequências intransponíveis, gerando vícios absolutamente insuperáveis, passíveis de controle a qualquer tempo e grau de jurisdição. Fora disso, as irregularidades devem ser avaliadas de acordo com a sua gravidade e com os escopos do processo – princípios do prejuízo e da finalidade.” CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem processual pública*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 126.

<sup>502</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1, p. 291, 293-294. Ademais, os mesmo autores reiteram: “o processo não pode ser pensado de forma isolada ou neutra, pois só possui sentido quando puder atender às tutelas prometidas pelo direito material, para o que é imprescindível compreender a técnica processual (ou o processo) a partir dos direitos fundamentais e da realidade do caso concreto.”

<sup>503</sup> CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legítimo do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 50.

<sup>504</sup> CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legítimo do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 74-75.

<sup>505</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia - 1ª Parte*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 78.

<sup>506</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia - 1ª Parte*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79-80.

Dentro da relação jurídica<sup>507</sup>, surgem as posições jurídicas subjetivas, significando o local ocupado por cada parte na relação. No âmbito das normas primárias (de comportamento) encontram-se posições jurídicas elementares passivas (impõem necessidade de um certo comportamento jurídico, ou seja, há um dever imposto para agir de tal forma) e ativas (atribuem a possibilidade de impor determinado comportamento jurídico a parte contrária; há, portanto, a titularização de uma pretensão)<sup>508</sup>. Caso não haja a possibilidade de imposição de comportamento, ou seja, falta pretensão, surge a faculdade. Seu titular, conforme seu próprio arbítrio, pode praticar ou não um comportamento<sup>509</sup>.

Quanto às normas secundárias (de organização, estrutura, competência<sup>510</sup>) também há posições elementares passivas e ativas, esta se materializando em um poder formativo, o qual permite a um sujeito ditar normas a que se sujeitará o sujeito passivo, cuja posição é denominada sujeição. Se uma parte não detém poder formativo com relação a outra, ou seja, não pode submetê-la aos efeitos de seu poder de criação, de modificação, de extinção ou de transferência de situação jurídica, surge a posição jurídica imunidade<sup>511</sup>.

Assim, temos as posições jurídicas elementares. No âmbito das normas de comportamento: pretensão, dever, faculdade. Para as normas de competência: poder formativo, sujeição e imunidade. Giuseppe Lumia ainda inclui a falta de pretensão e a falta de poder formativo como formas de gerar, a partir de sua negação, a faculdade e a imunidade, respectivamente. Essas 6 posições supracitadas se combinam para geração de posições jurídicas subjetivas complexas<sup>512</sup>.

Essa introdução sobre as situações e posições jurídicas de forma geral permite seu estudo no âmbito processual.

---

<sup>507</sup> Giuseppe Lumia, em seu *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, destina um dos capítulos ao tratamento da relação jurídica (p. 99-118). O professor Alcides Tomasetti Jr., da Universidade de São Paulo, fez uma tradução deste trecho, com algumas notas, a qual auxiliou no entendimento dos conceitos trazidos pelo autor italiano.

<sup>508</sup> LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981, p. 105.

<sup>509</sup> LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981, p. 106.

<sup>510</sup> Nesse contexto, trata-se das normas de organização em contraposição com as normas de comportamento. Enquanto estas concernem à condutas, àquelas tem como objeto outras normas, por isso são denominadas secundárias. LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981, p. 54-55. Não podem ser confundidas, assim com as normas que conferem competências, que correspondem a “regras sobre como e por quais atos jurídicos novas normas jurídicas ou efeitos jurídicos podem ser produzidos validamente.”<sup>66</sup> As normas de competência empoderam ou habilitam, seja o indivíduo, seja o próprio Estado, para a edição de normas ou a produção de efeitos jurídicos. Muitos extraem daí a ideia de tipicidade das competências, ou sua dependência de um texto (legal ou regulamentar).” CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese apresentada ao concurso de Professor Titular de Processo Civil, 2017, p. 160-161.

<sup>511</sup> LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981, p.106. Essas ideias também podem ser encontradas em HOHFELD, Wesley Newcomb. Some fundamental legal conceptions applied in judicial reasoning. *Yale Law Journal*, n. 23, 1913, p. 30-59. Disponível em: <https://bit.ly/2TMCgj0>. Acesso em 29. Maio. 2018.

<sup>512</sup> LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981, p. 107.

Por situação jurídica processual, entende-se que corresponde às “posições atribuídas aos sujeitos do processo pelas normas jurídicas processuais, e que, uma vez exercidas, impulsionam o desenvolver da relação jurídica processual”<sup>513</sup>. Cândido Dinamarco, em seu turno, divide as situações jurídicas processuais em ativas – as quais ensejam a realização de atos pela parte segundo seu interesse (faculdades) ou a possibilidade de exigência da prática de certo ato por outro sujeito do processo (poderes) – e passivas, que compelem o sujeito à prática de um ato (ônus<sup>514</sup> e deveres, estes sendo essencialmente desfavoráveis ao titular e aqueles intermediários, porque são do interesse do seu titular, mas podem lhe ser prejudiciais em caso de não satisfação) ou o obrigam a aceitação de ato de outrem (sujeição)<sup>515-516</sup>.

No entanto, há também a concepção de poder não como algo correlato à sujeição, mas como uma situação jurídica unilateral (ou seja, não-relacional, na qual não há parte correspondente em posição contrária), assemelhado a um direito potestativo, pois representaria possibilidades franqueadas às partes, como a apresentação de contestação ou a produção de prova, sem que seja imposta qualquer tipo de sujeição a outrem<sup>517</sup>.

É possível, então, conceber os poderes tanto de ponto de vista relacional, tendo correlação direta com uma sujeição a ser suportada pela parte contrária, por exemplo, o poder judicial de impor medidas executivas atípicas (conforma uma das partes aos efeitos de uma decisão) ou o poder de uma parte sujeitar outra a participar de um processo judicial como ré (submete a outra parte aos efeitos do exercício de um direito, o de ação), quanto de âmbito não-relacional, como o poder da parte de produzir prova dos fatos alegados. Acredita-se, no entanto, que essa concepção de poder não-relacional confundir-se-ia, na verdade, com uma faculdade.

---

<sup>513</sup> TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição do venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 93.

<sup>514</sup> Quanto ao ônus, Dinamarco acaba por cometer atecnia, da mesma forma que art. 190 do CPC, mencionado à frente, por se tratar de posição jurídica complexa, que não pode ser equiparada com as posições elementares elencadas pelo autor.

<sup>515</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 2, p. 231-232. Nota-se que o autor não faz a divisão em posições, como destacado nos parágrafos anteriores.

<sup>516</sup> Carnelutti, em seu turno, classifica as situações jurídicas em ativas, passivas e neutras, correspondendo, respectivamente a posições de supremacia, de necessidade e de liberdade. As situações passivas seriam a sujeição, o ônus e a obrigação. Situação neutra é a faculdade, significando uma liberdade para fazer algo. Por fim, o direito subjetivo e o poder se enquadram como situações ativas. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil: introdução e função do processo civil*. Tradução: Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, v. 1, p. 120. No que tange ao direito subjetivo, que Carnelutti aponta como situação processual ativa, Lumia tem posição diversa, entendendo-o como um complexo unitário de posições subjetivas ativas elementares. LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981, p. 107. No âmbito processual, Pedro Henrique Nogueira entende o direito subjetivo como o enfoque da relação jurídica processual sob o ponto de vista do autor, enquanto que, com relação ao réu, existiriam deveres processuais. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Situações Jurídicas Processuais*. In: DIDIER JR., Fredie. *Teoria Geral do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 2, p. 765.

<sup>517</sup> DIDIER JR., Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 126-127.

No CPC/15, o legislador apontou os ônus, os poderes, as faculdades e os deveres processuais como as posições jurídicas que podem ser objeto de negócios processuais. Contudo, tal escolha se mostra atécnica, pois há uma mistura entre posições jurídicas elementares (poderes, faculdades e deveres) e complexas (ônus). Apesar desta atecnia, a novidade é importante, pois a presença desse artigo confirma a possibilidade de negociação processual atípica.

Percebe-se, portanto, que situações jurídicas envolvem diretamente os sujeitos do processo, contendo fatos processuais que os atingem ativa ou passivamente. Servindo-se de uma definição de presunção cunhada no primeiro capítulo<sup>518</sup>, vê-se que sua utilização configura faculdade da parte, quando da exposição de seu direito ou da refutação da argumentação da parte adversária, ou dever do juiz, quando houver dúvida diante da falta de evidência, já que a presunção relaciona-se diretamente com ônus da prova.

O uso da presunção não pode ser considerado aspecto do procedimento porque, pelo conceito proposto, não se encaixa em nenhuma dos conteúdos pertinentes às normas ditas procedimentais. Na questão da sequência dos atos, a presunção pode ser utilizada em quaisquer das fases mencionadas, não havendo um momento único em que possa surgir, apesar de ser mais evidente durante a fase de alegações das partes e também na fundamentação de decisões judiciais. No que tange ao direcionamento para diferentes tipos de tutela jurisdicional, além de poder ser utilizada em todo tipo de procedimento, a presunção não é fator determinante para a escolha do procedimento adequado.

Assim, conclui-se que a utilização da presunção tem natureza jurídica de faculdade processual para as partes e, para o juiz, consiste em dever.

### **3.2 O que configura a convenção sobre presunções?**

No presente tópico, estabelecer-se-á a classificação da convenção sobre presunções segundo o critério do objeto e investigar-se-á se tal convenção pode ser classificada ou não como probatória.

---

<sup>518</sup> P. 36: “Assim, entende-se que a presunção é instrumento – de origem legal, judicial, ou negocial – que auxilia o julgador a proferir decisão acerca de fato que não foi efetivamente comprovado por meio de uma prova direta. É obtida por meio de raciocínio indutivo, pelo qual se admite fato cuja ocorrência é incerta, em decorrência de circunstância outra, esta sim verificada na realidade fática.”

### 3.2.1 Convenção obrigacional ou dispositiva?

A cláusula geral de convencionalidade, art. 190 do CPC, estipula como possíveis objetos dos negócios jurídicos processuais as mudanças no procedimento, para ajustá-lo às especificidades da causa e as situações jurídicas processuais, como os ônus, os poderes, as faculdades e os deveres processuais das partes.

As convenções processuais, assim, podem ter natureza dispositiva ou obrigacional. As primeiras tratam de negócios processuais que têm como objeto a modificação de regras processuais ou procedimentos. Já as seguintes estabelecem a criação, modificação ou extinção de determinadas obrigações de comportamento no processo, ocorrendo como consequência a abdicação de certas situações processuais e o compromisso de adotar certos comportamentos. A divisão entre as categorias, entretanto, não é estanque, pois nem sempre o acordo será exclusivamente dispositivo, podendo haver o estabelecimento também de obrigações e vice-versa<sup>519</sup>.

Podem-se dividir os negócios processuais, ainda, em estáticos e dinâmicos. Os negócios processuais estáticos concernem à escolha do procedimento, mas sem a possibilidade de discipliná-lo livremente, tendo como exemplo a escolha do autor se irá utilizar-se do procedimento comum ou do monitório ao intentar ação com base em documento sem força de título executivo. Já no âmbito dinâmico, o acordo promove regramento no âmago do procedimento, sendo possível a modificação de ritos, de prazos e de forma dos atos<sup>520</sup>. Como esses acordos não provocam qualquer desmembramento significativo do modelo processual judiciário, sua admissibilidade persiste mesmo que o processo trate de direitos que não admitem autocomposição<sup>521</sup>.

Ainda nesta senda, disciplina o CPC que as mudanças procedimentais por força de acordo processual destinam-se ao ajuste do procedimento com relação às especificidades da causa, configurando-se a obediência de tal finalidade como um dos critérios de validade desse

---

<sup>519</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 73-75. Nesse contexto, Lorena Barreiros esclarece: “De fato, as realidades do procedimento e das situações processuais não são estanques e independentes, na medida em que as situações processuais surgem e são exercitadas no bojo do procedimento, ao mesmo tempo que o compõem. A resposta quanto ao objeto do negócio processual, se pertinente ao procedimento ou a situação jurídica processual, será haurida, pois, mais por critérios de preponderância do que de exclusividade. Buscar-se-á evidenciar qual o objetivo em primeiro grau perseguido pelas partes ao celebrar a avença; se conformar o procedimento, derogando normas a ele aplicáveis, ou se criar direitos e obrigações por meio da disposição de situações processuais. Esse objetivo definirá o objeto do negócio, ainda que, em grau secundário, o acordo reflita sobre objeto diverso.” BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 219-220.

<sup>520</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 228.

<sup>521</sup> TALAMINI, Eduardo. Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível em: <https://bit.ly/2Tq3OLg>. Acesso em 2. jan. 2019.

tipo de pacto<sup>522</sup>. O atendimento a esse propósito se configura desde que a manifestação de vontade para modificar o procedimento seja minimamente justificável, por exemplo, caso se demonstre que a modificação busca alargar a eficiência e a efetividade do processo<sup>523</sup>. Essa finalidade específica não se aplica aos negócios processuais de cunho obrigacional<sup>524</sup>.

Acerca de sua admissibilidade, os acordos obrigacionais são examinados anteriormente à produção de seus efeitos enquanto os pactos dispositivos são apreciados *a posteriori*, limitando-se a cognição judicial<sup>525</sup>. Como estes podem ser reconhecidos de ofício, por se tratarem da forma como deve ser realizado o processo, sua alegação possui natureza de objeção. Já com relação aos pactos obrigacionais, sua alegação corresponde a uma exceção processual, e, quando ela não ocorre, há preclusão da oportunidade de utilizá-lo durante o processo<sup>526</sup>.

Quando do estudo acerca da natureza jurídica da presunção, foi possível constatar que, por tratar-se de instrumento que auxilia o julgador a proferir decisão acerca de fato sobre o qual não teve conhecimento direto, configuraria faculdade da parte, quando da exposição de seu direito ou da refutação da argumentação da parte adversária, ou dever do juiz, quando houver dúvida diante da falta de evidência ou forem inconclusivas as constatações sobre estas. Portanto, já que concernem às situações jurídicas processuais, as convenções que tem a presunção como objeto devem ser consideradas obrigacionais.

### 3.2.2 Convenção probatória?

As convenções sobre presunções são de cunho probatório<sup>527</sup>. Porque essa conclusão se, inicialmente, foi afirmado que a presunção não é prova? De fato, por tudo que foi dito anteriormente, pode-se atestar que a presunção não se confunde com a prova, o indício ou as máximas de experiência.

Então, o que traz a característica de probatória à convenção que tem como objeto as presunções? A presunção, embora exija um raciocínio indutivo individual – realizado pelo

---

<sup>522</sup> SILVA, Paula Costa e. Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material. CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 300.

<sup>523</sup> MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 125.

<sup>524</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 74. Enunciado nº 258 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: 258. (art. 190) As partes podem convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa. (Grupo: Negócios Processuais).

<sup>525</sup> VOGT, Fernanda. Cessaçã da relação convencional: um estudo sobre a dissolução do negócio jurídico processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 286, p. 51-86, dez. 2018, *online*.

<sup>526</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 243-244.

<sup>527</sup> DE STEFANO, Giuseppe. *Studi sugli accordi processuali*. Milano: Giuffrè, 1959, p. 23-24.

legislador, pelo juiz ou pelas partes – faz parte do conjunto probatório<sup>528</sup>. O contexto de utilização da presunção, que é faculdade para as partes e dever para o juiz, envolve a atividade probatória, porque o uso da presunção se dá, principalmente, quando da insuficiência de prova que sustente a ocorrência do fato principal alegado.

Além disso, as presunções e os meios de prova servem a um mesmo propósito, que é influenciar na formação da convicção do magistrado sobre a ocorrência de determinados fatos, distinguindo-se porque as presunções, diferentemente dos meios de prova, não possuem capacidade comprobatória, tendo apenas função substitutiva, enquanto não surge uma prova que efetivamente tenha aptidão para comprovar a ocorrência (ou não) do fato principal.

Ainda, em se tratando de presunções legais, estas, especialmente, são trazidas ao processo durante a fase de alegações, porque, para a parte que é por ela favorecida, é bem mais fácil fazer a prova do fato indiciário que baseia a presunção do que do fato principal.

Vê-se, assim, que o uso da presunção é diretamente imbricado ao contexto probatório, influenciando tanto a produção probatória (quais provas hão de ser produzidas, para sustentar o fato base da presunção e, também, para prová-la em contrário) quanto fundamentação da sentença, cujo teor pode se basear em presunções, legais, judiciais e/ou convencionais. É dizer, presunção não é prova, mas faz parte do conjunto probatório, e, como tal, os negócios jurídicos que sobre elas incidem têm natureza de convenções probatórias.

Giuseppe De Stefano define as convenções sobre presunções como acordos nos quais a prova é facilitada, convencendo-se que, provado um fato determinado (indício), deve se considerar provado o outro fato (que não foi esclarecido por prova direta), excluindo-se ou não a possibilidade daquele que foi prejudicado pela presunção de provar a inexistência do fato presumido<sup>529</sup>.

### 3.3 Presunção de origem negocial

No primeiro capítulo deste estudo, cuidou-se de forma ampla das presunções, tendo sido realizada a sua divisão com relação à origem, que pode ser legal, judicial ou negocial. É sobre esse último tipo que tratará esta seção.

A criação de presunções pelas partes é possível, pois a autonomia privada processual permite às partes regradar suas faculdades processuais e o uso de presunções é uma delas.

---

<sup>528</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 319.

<sup>529</sup> DE STEFANO, Giuseppe. *Studi sugli accordi processuali*. Milano: Giuffrè, 1959, p. 23-24.

Jiahong He, fundando-se na situação, comum na China, de tortura durante os interrogatórios de presos, estabelece três condições que devem ser obedecidas para que seja possível a criação de presunções. Sendo o contexto desse trabalho diverso, verificar-se-á se é possível utilizar as ideias do autor chinês para indicar critérios para elaboração de presunções convencionais.

O primeiro critério é o de que o objeto da presunção criada não tenha condições de ser evidenciado com base em uma prova direta ou que não existam provas disponíveis com relação àquele fato. Ou seja, apenas seriam necessárias presunções em situações em que exista um certo nível de ambiguidade ou incerteza no raciocínio acerca dos fatos indiciários. Se for claro o raciocínio para determinação da ocorrência de uma fato, todos os juízes chegarão a mesma conclusão, o que torna desnecessária a presunção<sup>531</sup>.

Essa condição, no entanto, não se sustenta. Uma das funções caras às presunções é a simplificadora, de redução do módulo da prova, não sendo o seu uso possível apenas quando da inexistência de provas, como uma *ultima ratio*.

A segunda condição é a ligação entre o fato indiciário e o eventual fato principal que pode ser presumido, desde que haja a prova do indício, deve ser considerada lógica e forte. Se a ligação for sustentada meramente por uma baixa probabilidade, não pode ser criada uma presunção com relação a esses dois fatos<sup>532</sup>.

Tal critério se mostra impraticável. Como se poderia aferir *a priori* se uma presunção pode ser considerada lógica e forte se os fatos, em regra, ainda não ocorreram? Além disso, configura exigência de algo que as partes não podem prever no momento da pactuação da presunção.

Por fim, é essencial ainda que haja uma maturidade, tanto judicial quanto social, com relação às máximas de experiência utilizadas para realização do raciocínio presuntivo, ou seja, as regras de experiência devem possuir uma lógica e também utilização frequente e aceita no âmbito da sociedade. Quando a experiência se mostrar insuficiente, não será possível criar regras presuntivas<sup>533</sup>.

Portanto, considera-se como fator, dentre os critérios acima mencionados, que deve necessariamente estar presente quando da criação de presunções a maturidade da máxima de experiência a ser utilizada para compor o raciocínio presuntivo, de cunho indutivo.

Conforme He, para serem utilizadas as presunções, é necessário que tenha sido provado o fato básico que funda a presunção, que tais fatos básicos estejam em conformidade com as

---

<sup>531</sup> HE, Jiahong. *Methodology of judicial proof and presumption*. Singapore: Springer, 2018, p. 222.

<sup>532</sup> HE, Jiahong. *Methodology of judicial proof and presumption*. Singapore: Springer, 2018, p. 222.

<sup>533</sup> HE, Jiahong. *Methodology of judicial proof and presumption*. Singapore: Springer, 2018, p. 223.

circunstâncias as quais ensejam a aplicação da presunção e que inexista ou seja insuficiente a prova em contrário para refutar a presunção<sup>534</sup>. O fato básico é, em verdade, o fato indiciário, ou seja, aquele indício, que, provado, leva a crer que ocorreu também o fato principal, do qual não se tem provas. Já o principal cenário que justifica a aplicação da presunção é a ausência de prova do fato principal, pois, se este restar efetivamente comprovado, não há necessidade de usar a presunção, que tem a provisoriedade (resta válida enquanto não efetivamente refutada), como característica.

Contudo, a condição “inexistência ou insuficiência de prova em contrário para refutar a presunção”, é, em verdade, circunstância que torna a presunção determinante para o resultado do julgamento. Ou seja, a presunção só será determinante para a decisão se não houver outras provas que permitam saber se o fato alegado efetivamente ocorreu. Isso, entretanto, não significa que afirmar que as presunções não serão utilizadas. O juiz pode promover a fundamentação da sentença com a presunção de forma concorrente com outros fatos que reforçam a conclusão por ela trazida. Pode haver a utilização da presunção mesmo com a presença de prova do fato principal.

O emprego da presunção, tanto de origem negocial quanto das demais gêneses, se dá seguindo um procedimento que contém três fases. O início se dá com o requerimento da parte para que se use a presunção ou com a própria iniciativa judicial (no caso da presunção de origem convencional, como se trata de negócio processual dispositivo, o juiz só poderá agir de ofício se já tiver conhecimento da cláusula negocial que previu a presunção). Com isso, deve o juiz aferir se os fatos básicos e as outras circunstâncias necessárias estão presentes.

A segunda fase é a de refutação, em que deve ser conferida à parte que é prejudicada pela aplicação da presunção a oportunidade de contradizer os fatos básicos que fundamentam a presunção. É possível que a parte ignore essa oportunidade, mas o princípio do contraditório demanda que o direito de resposta seja observado. Por fim, vem a decisão judicial<sup>535</sup>, baseada nos argumentos das partes<sup>536</sup>.

---

<sup>534</sup> HE, Jiahong. *Methodology of judicial proof and presumption*. Singapore: Springer, 2018, p. 213-214.

<sup>535</sup> Sobre a decisão, Jiahong He entende que, caso presente todos os requisitos para utilização da presunção, não pode haver emprego da discricionariedade judicial na decisão, sendo cogente a aplicação da regra presuntiva. “*The author believes that a rule of presumption should generally take the pattern of ‘shall’ rather than the pattern of ‘may’*. That is, as long as the conditions for a presumption are met, the judicial officer should accordingly make the appropriate presumption, rather than the optional ‘may make’. This issue cannot be confused with the rebuttal by the opposite party, as the consequence of a valid rebuttal is that a presumption cannot stand instead of the judicial officer choosing not to establish such presumption.” HE, Jiahong. *Methodology of judicial proof and presumption*. Singapore: Springer, 2018, p. 211.

<sup>536</sup> HE, Jiahong. *Methodology of judicial proof and presumption*. Singapore: Springer, 2018, p. 235.

Conforme mencionado no tópico anterior, a presunção convencional é classificada como uma presunção *hominis*, mas ao invés de ser produzida pelo juiz, como é costumeiro, é cunhada pelas partes.

Por isso, a criação de presunções absolutas também é possível, mas deve ser ressaltado que, nesse caso, a autonomia das partes se demonstra por meio de negócios jurídicos de cunho material, por serem as presunções absolutas normas de direito substancial (aquelas que criam direitos, obrigações ou situações jurídicas e determinam as consequências desses fatos jurídicos). Assim, o eventual negócio jurídico acerca das presunções absolutas será regido o regime pelo regramento do Código Civil.

Como exemplo, pode ser mencionada a cláusula contratual de seguinte teor: “e-mails e correspondências enviados para os endereços constantes no contrato reputam-se recebidos independentemente de terem de fato chegado ao conhecimento do destinatário”.

Por fim, é importante ressaltar que a criação de presunções para serem utilizadas em determinados contextos no âmbito do processo – a qual geralmente ocorre pré-processualmente, no bojo de contratos concernindo situações relativas a direitos tidos como materiais – deve contar com a anuência de ambas as partes, já que, a depender do cenário que se concretize, poderá a presunção se mostrar desfavorável a uma ou outra parte. É, portanto, um acordo oneroso e, assim, bilateral<sup>537</sup>, já que há necessidade de que sejam emitidas declarações negociais de ambas as partes para que a formação do suporte fático dos negócios jurídicos sobre situações jurídicas processuais que possam ensejar algum sacrifício a alguma das partes<sup>538</sup>.

### 3.4 Derrogação de presunções preexistentes pela via negocial

Conforme estabelecido no primeiro capítulo deste estudo, existem diversas presunções previstas no ordenamento, seja em normas de direito material, como o Código Civil, seja em diplomas de direito processual, como o CPC. Assim, resta a indagação: tais normas já postas podem sofrer derrogação em razão de convenções das partes? Para responder a essa pergunta, é necessário investigar se as presunções legais constituem normas imperativas ou dispositivas<sup>539</sup>.

---

<sup>537</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 81.

<sup>538</sup> TOMASETTI JR., Alcides. A parte contratual. In: ADAMEK, Marcelo Vieira von (Org.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos: liber amicorum*: Prof. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 760-761.

<sup>539</sup> No âmbito processual, Barbosa Moreira indica haver uma dificuldade, em certos casos, de estabelecer uma linha divisória entre o que seria dispositivo e o que seria cogente. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 91.

Normas ditas cogentes são aquelas que não podem ser modificadas diante da autonomia privada das partes. Assim, ocorrendo seu suporte fático, há incidência da regra jurídica, independentemente da vontade dos interessados<sup>540</sup>. Já as normas de cunho dispositivo não impõem ou proíbem, mas deixam que os interessados construam, de acordo com sua autonomia, as diretrizes que os regerão<sup>541</sup>.

Mencionou-se anteriormente que o uso da presunção é uma faculdade, que cabe à parte alegar ou não, sendo plausível que dela não se faça uso, tanto por estar a parte favorecida de posse da prova do fato que antes só se imaginava ocorrido por haver um indício, quanto, até, pelo próprio desconhecimento da presunção. Assim, em primeiro plano, é possível vislumbrar convenções processuais para derogar essas normas, já que se trata de escolha da parte a sua utilização, o que configuraria a dispositividade da norma.

Contudo, também falou-se que, para o juiz, o uso da presunção é um dever, se ausentes as evidências de ocorrência de determinado fato ou forem inconclusivas as constatações sobre tais provas. Trata-se de um dos recursos judiciais para que se evite o *non liquet*, proibido pelo ordenamento brasileiro. Como, então, a convenção processual vislumbrada pode ser exigível do juiz?

A pergunta difere da situação, considerada factível, da limitação dos poderes instrutórios (que, relembra-se, são subsidiários) pois, nesse caso, trata-se de restrição parcial e se utiliza o conteúdo probatório trazido pelas partes para decidir o feito. No caso da presunção – que é considerada como fundamentação secundária da decisão judicial, reservada para os casos em que não é possível a prova do fato principal, mas resta provado o fato indiciário, cuja ocorrência possibilita o raciocínio presuntivo – a derrogação mina o uso dessa justificativa para decisão.

---

<sup>540</sup> “As regras jurídicas cogentes podem ter consequência positiva ou negativa: são de consequência positiva quando a consequência é jurídica e necessária, como acontece com todos os casos de Obrigações impostas por lei (e. g., o contrato seria nulo, mas a lei teria de ser obedecida antes da decretação da nulidade; o fim da regra jurídica exerce, aí, função de primeira plana); são de consequência negativa, quando a consequência é a *inexistência* do ato infringente, ou a *nulidade* dêle, ou a *anulabilidade*, ou a *revogabilidade*, ou a *resolubilidade*, ou a *resiliabilidade*, ou a *rescindibilidade*, ou a *ineficácia*”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: Parte Geral – Pessoas físicas e jurídicas*. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Sival. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. I, p. 119.

<sup>541</sup> “A cogência, a dispositividade ou supletividade (lato sensu) e a inter-pretatividade exaurem a técnica distributiva do direito, a) Dispositiva é a regra jurídica que somente incide, se os interessados não regerem os seus interesses, no tocante ao suporte fático; de modo que essa regra jurídica se pode definir como a regra jurídica que incide, se o seu suporte fático não foi colorido pela vontade dos interessados: se houve essa vontade, o suporte fático tornou-se inadequado, por excesso. V) Interpretativa é a regra jurídica que somente incide, se o sentido daquilo, que o interessado ou os interessados estabeleceram, é duvidoso. Ali, o direito evita o vazio, o não-regramento; aqui, a ambigüidade, a vacilação no entendimento do que se pôs como vontade. Onde o direito deixa branco, que os interessa- dos podem colorir com o que querem (autonomia privada), ou há regras jurídicas dispositivas (porque o direito supõe que é necessário enchê-lo de vontade ou de regra jurídica), ou há regras jurídicas interpretativas (porque o direito supõe que é necessário não haver dúvida, se houve vontade), ou não há regras jurídicas (porque o direito supõe que pode haver, porém não é necessário que haja vontade, nem que se evitem dúvidas, se as há.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: Parte Geral – Pessoas físicas e jurídicas*. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Sival. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. I, p. 121-122.

Há, então, uma encruzilhada. A convenção derogatória de presunção, potencialmente plausível no contexto das partes, não se sustenta quando aventada em âmbito judicial, pois suprime do juiz opção de fundamentação legal de uma decisão judicial. É possível, ainda – como desenvolvido a seguir – que o magistrado, pela falta de justificativas para determinado veredito<sup>542</sup>, valha-se de presunção *hominis*, que não pode ser controlada pela parte. A convenção derogatória de presunção legal, portanto, não se mostra válida, por absoluta impossibilidade prática.

Com relação às presunções legais absolutas, conforme já afirmado em outra oportunidade<sup>543</sup>, entende-se que sua derrogação não pode ser objeto de convenção (que seria de direito material). Se o ordenamento jurídico não autoriza o afastamento de tal presunção em razão da atividade probatória das partes, permitida de forma plena em razão do princípio da ampla defesa, também não poderá haver a derrogação em virtude de uma convenção. É uma questão lógica: quem não pode o menos (efetivamente provar, por todos os meios admitidos legalmente, que o fato ocorreu/não ocorreu), não pode o mais (banir a própria presunção).

Além das presunções legais, há também as presunções judiciais, que, conforme já apontado, são aquelas formadas pelo juiz, com base em máximas de experiência ao apreciar o caso e os fatos indiciários apresentados durante a instrução probatória. Fazem parte do raciocínio judicial e, caso sejam utilizadas como base da decisão, isso deve ser devidamente apontado na fundamentação do julgamento.

Se o juiz, após a apreciação da produção probatória, entender que não há fatos diretos para embasar a decisão, tendo que se utilizar de fatos indiciários e presunções para chegar a uma conclusão sobre o ocorrido, deverá intimar as partes para que, se quiserem, produzam prova em contrário, evitando que a decisão reste fundamentada em raciocínio provisório.

Assim, é possível conjecturar e ter como válida uma convenção que tenha como objeto as presunções judiciais?

Quando se trata de presunções judiciais, ocupa-se do raciocínio judicial que, utilizando-se de fato indiciário, chega à conclusão sobre fato principal que não foi efetivamente provado. Há, então, inferências realizadas pelo juiz com base em máximas de experiência. Toda essa atividade acontece no âmbito de convicção íntima do magistrado, cujo controle externo somente ocorre a partir da apreciação da fundamentação da decisão.

Portanto, não se vislumbra que as partes, com sua autonomia, possam regradar algo que é ínsito ao pensamento interno do juiz e do qual só se tem notícia de que realmente ocorreu com

---

<sup>542</sup> Nesse caso, vislumbra-se que o magistrado optou por não utilizar as regras de ônus da prova (ônus da prova objetivo), alternativa plausível ao *non liquet*.

<sup>543</sup> PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. Negócio processual sobre presunções: breves notas. Disponível em: <https://bit.ly/2RpYieN>. Acesso em 22 dez. 2018.

a eventual motivação. É possível, porém longe do ideal, que o juiz decida com base em presunção e promova a motivação assentada em fundamentos diversos. O ponto a que se quer chegar é: não é possível controlar o que se passa na cabeça do magistrado.

### **3.5 Hipóteses de Utilização das Presunções Negociais**

Na presente seção do texto, serão estudadas as funções das presunções, sua presença em diversos ramos do direito e os limites que restringem a sua utilização. Este passo se faz necessário para auxiliar na ideação de possíveis conteúdos de negócios processuais que tenham as presunções como objeto.

#### ***3.5.1 Por que e para que utilizar presunções?***

O uso das presunções é comum em diversos ramos do direito. É possível encontrá-las em muitos diplomas legais e também em inúmeras decisões judiciais, o que demonstra sua relevância e importância para o correto acoplamento do âmbito jurídico com a dimensão factual. Na esfera legal, as presunções se mostram mais evidentes no regramento cível, apesar de também estarem presentes em diplomas com conteúdos diversos. No campo judicial pode-se aferir sua variedade igualmente nos ramos administrativo, ambiental, tributário e criminal, não sendo possível olvidar o grande número de presunções cíveis realizadas judicialmente. Já no âmbito convencional, é possível vislumbrar convenções acerca de presunções especialmente na seara contratual.

Inicialmente, o uso de presunções se revela como subterfúgio para quando a informação sobre um fato é insuficiente. Não havendo conhecimento sobre o fato direto sobre o qual se busca a prova, utiliza-se fato indireto com relação àquele (este fato base corresponde à situação efetivamente provada que possui relação acessória com o fato o qual se busca provar), de modo que esta informação indireta permita um raciocínio que leve a conclusão sobre a ocorrência ou não do fato probando.

Assim, o uso da presunção confere ao juiz a possibilidade atingir uma condição processual que permita o seu sentenciamento. Isso ocorre porque, na prática, é impossível ao julgador obter a exata reconstituição dos fatos, que lhe confira todos os dados necessários para tomar uma decisão com total convicção. Dessa forma, as presunções constituem uma das formas de evitar o fenômeno do *non liquet*, possibilitando que o processo de conhecimento seja finalizado.

Além disso, podem ser elencadas como razões para criação de presunções as motivações: i) indutivo-probabilísticas, que são as baseadas em probabilidades aferidas em máximas de experiência; ii) valorativas ou garantísticas, que buscam acautelar valores caros à sociedade; iii) de procedimento, utilizadas como premissa do raciocínio que baseará a consequente deliberação sobre os fatos; iv) equilíbrio probatório, como forma de dinamização do ônus da prova, de modo a não haver desequilíbrio excessivo entre as partes no processo; v) estabilização de expectativas institucionais, de modo a preservar certas instituições jurídicas, como o casamento e os títulos de propriedade<sup>544</sup>.

No que tange às presunções valorativas, também chamadas de axiológicas, há o destaque pelo fato de que a premissa maior que as funda não é uma máxima de experiência de cunho epistemológico, baseada na experiência. Em seu lugar, há valores conservados pela sociedade e também as expectativas desta com relação a institutos jurídicos, o quais devem ser preservados com o fim de harmonia social.

É possível mencionar a presunção acerca dos filhos concebidos na constância do casamento, prevista no art. 1597 do CC/2002<sup>546</sup>. O artigo aponta situações em que é plausível acreditar que a criança nascida é filha de ambos os pais. Tal presunção foi elaborada com o fito pressionar um esforço argumentativo (com base em provas) maior para aquele que desejar refutar a paternidade de uma criança considerada fruto de um casamento, tendo como consequência o favorecimento do dever de fidelidade recíproca ao qual se obrigam os cônjuges ao contrair matrimônio, valor que – apesar das novas formas de relacionamento cultivadas neste século, como a poliafetividade<sup>547</sup> – ainda tende a ser cultivado por boa parte da sociedade brasileira. Enfatiza-se a possibilidade de falsear tal presunção por meio de uma ação de investigação de paternidade ou pela prova de infertilidade do cônjuge varão.

Ainda nesse contexto, traz-se a presunção de boa-fé do possuidor com justo título<sup>548</sup>. Nessa situação, privilegia-se a fiança nos títulos de propriedade registrados pelo Estado.

---

<sup>544</sup> SOUSA, Luís Felipe Pires de. *Prova por presunção no Direito Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 20-21.

<sup>546</sup> CC, Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

<sup>547</sup> Cf. SANTIAGO, Rafael da Silva. *O mito da monogamia à luz do direito civil-constitucional: a necessidade de uma proteção normativa às relações de poliamor*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília.

<sup>548</sup> CC, Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção. Art. 1.202. A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.

Por fim, tem-se como função das presunções gerar economia processual. Estas servem como instrumento que auxilia um julgamento mais célere, já que a utilização das máximas de experiência permite prever o resultado de situações de acordo com o que ordinariamente acontece, sem olvidar da possibilidade de falsear tais resultados. Há, portanto, a presença de valor de natureza técnica, qual seja, a eficácia na administração da justiça<sup>549</sup>.

Esse aspecto se revela muito importante, porque auxilia na concretização do princípio da razoável duração do processo, evitando que o feito se alongue de forma excessiva, de modo a causar o perecimento do direito pelo qual se luta, tornando o tempo um inimigo da prestação jurisdicional efetiva<sup>550</sup>.

Desse modo, sendo a presunção também um aspecto de economia cognitiva, deve-se seguir um caminho de menor resistência para chegar a uma conclusão aceitável<sup>551</sup>. É o que faz o legislador em muitos casos previstos pelo Código Civil. Por exemplo, a previsão de presunção legal quanto à morte presumida.

É muito mais plausível acreditar que uma pessoa desaparecida ou feita prisioneira em uma guerra, e que não seja encontrada até dois anos após o seu fim<sup>552</sup> esteja morta – em razão do que se entende sobre guerra e sobre o que lá costuma ocorrer –, do que esperar sua efetiva declaração de óbito para iniciar a abertura da sucessão provisória. Sendo bastante plausível a possibilidade de realmente ter ocorrido o falecimento nesses casos, o legislador, no CC, autorizou a declaração de morte presumida nesse contexto. Vale ressaltar que, notando-se a possível falibilidade da máxima de experiência aplicada, também foi previsto um modo de retornar ao status quo ante<sup>553</sup>, sendo a sucessão do presumidamente morto meramente provisória.

Em outros ramos do direito, também é possível verificar essas presunções para satisfazer os anseios de praticidade e simplicidade, tão caros à sociedade atual. Por exemplo, a tributação com base no lucro presumido; a presunção de veracidade dos atos administrativos e o *periculum in mora* presumido no que tange à indisponibilização dos bens do réu em ação de

---

<sup>549</sup> ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 125.

<sup>550</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil: de acordo com a lei 13.256 de 4.2.2016*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 56.

<sup>551</sup> RESCHER, Nicholas. *Epistemology: an introduction to the theory of knowledge*. Albany: State University of New York Press, 2003, p. 97.

<sup>552</sup> CC, Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra. Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

<sup>553</sup> CC, Art. 36. Se o ausente aparecer, ou se lhe provar a existência, depois de estabelecida a posse provisória, cessarão para logo as vantagens dos sucessores nela imitados, ficando, todavia, obrigados a tomar as medidas assecuratórias precisas, até a entrega dos bens a seu dono.

improbidade administrativa, que pode ensejar o deferimento da tutela de evidência; e a presunção de posição dominante quando um ente econômico domina mais do que 20% (ou outro percentual, a depender do setor econômico) do mercado relevante.

### ***3.5.2 Fatores que limitam o uso das presunções***

As presunções, contudo, não trazem somente conveniências para o processo. Há diversas críticas a sua utilização e dúvidas quanto a sua real efetividade e validade como critério para fundamentar decisões judiciais. Desse modo, para que se mantenha o rigor científico necessário à lisura da pesquisa, faz-se necessário trazer à baila os aspectos controversos com relação às presunções.

Uma limitação existente até o advento do novo CPC, que a revogou, era a do art. 230 do CC (“As presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal.”). O objetivo da norma era equiparar o valor da presunção judicial ao da prova testemunhal, tradicionalmente tida como de menor aproveitamento, em razão da subjetividade que lhe é inerente.

Leonardo Greco já condenava o dispositivo anteriormente, indicando que havia perdido a razão de ser frente ao princípio do livre convencimento motivado, que fez insignificante a tarifação e hierarquia entre os diferentes tipos de prova. O dispositivo serviria apenas para advertir o juiz da precariedade da presunção judicial, que deveria ser considerada quando da formação de seu livre convencimento<sup>554</sup>. Como foi revogado pelo CPC/15, só lhe restou o valor histórico.

Como mencionado acima<sup>555</sup>, o convencimento judicial já não pode mais ser tido como “livre”, em virtude das modificações trazidas pelo CPC/15, que suprimiu qualquer referência à liberdade judicial na valoração da prova, estando essa atividade sujeita a algumas limitações, especialmente a motivação racional e controlável. Mesmo assim, justifica-se a crítica de Greco, pois a valorização da presunção não é atrelada a da prova testemunhal.

Outro fator tido como obstáculo ao uso da presunção, em qualquer de suas modalidades, é a sua natureza eminentemente provisória, por se tratar de raciocínio fundado em prova indireta, não trazendo confirmação realmente embasada sobre a ocorrência do fato. Portanto, não poderia ser tida como algo imutável, sob pena de utilização de fato falso na aplicação do

---

<sup>554</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: processo de conhecimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 2, p. 268.

<sup>555</sup> Vide tópico 2.6.3.4.

direito, o que, segundo a concepção de Taruffo, seria inadmissível, pois a verdade dos fatos é por ele tida como condição necessária para a correta aplicação das normas<sup>556</sup>.

No entanto, como se adota neste trabalho uma concepção de prova no sentido persuasivo, são pertinentes os apontamentos de Marinoni e Arenhart, os quais, em linha de pensamento divergente da de Taruffo (autor que fixa a prova como meio para a demonstração da verdade dos fatos), entendem a essência da verdade como objetivo inatingível, concepção que já foi alcançada em outras ciências, mas ainda configura um “tabu” no Direito, porque há o dogma de que o juiz só poderia aplicar a lei correta no caso concreto se tiver certeza da verdade.

Na convicção, contudo, aceita-se a falibilidade do processo no que tange ao atingimento de uma certeza/verdade real, pois, mesmo quando convicto, não é possível ao juiz excluir totalmente a possibilidade de “as coisas não terem acontecido assim”. Isso ocorre justamente pela aceitação da impossibilidade de encontrar a verdade em sua essência. Tal reconhecimento é essencial para que o processo chegue ao seu fim, com vistas ao cumprimento do escopo de pacificação social<sup>557</sup>. Hugo Machado Segundo também é partidário da ideia, admitindo que não é possível atingir a certeza absoluta com relação à veracidade de alguma informação, mas se pode alcançar uma certeza razoável, ou seja, “aquela na qual se faz possível dizer-se ao réu ou a quem mais objetar a veracidade da fundamentação probatória apresentada pelo autor: por que não?”<sup>558</sup>.

Por fim, existem balizas que cercam o legislador e as partes no que tange à confecção de presunções. Primeiramente, as cláusulas pétreas constitucionais, limitação também concernente a todas as demais atividades daquele encarregado de legislar e aos negócios jurídicos de direito material. Também o princípio do devido processo constitucional. Finalmente, a técnica e precisão na seleção das palavras que comporão o tipo presuntivo que será formado, aspecto relevantíssimo, pois preza, na formação do tipo, pela escolha de vocábulos com a menor amplitude semântica possível, de modo a gerar maior precisão da regra presuntiva<sup>559</sup>.

---

<sup>556</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción: Jordi Ferrer Beltrán. 3. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 86.

<sup>557</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 97-99.

<sup>558</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e a sua ciência: uma introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 96.

<sup>559</sup> HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 716, 721 e 724.

### 3.5.3 Casuística: exemplos de presunções convencionais

À guisa de exemplificação podem ser mencionadas algumas hipóteses de criação de presunções em um contexto negocial.

A primeira delas ocorre no direito do trabalho, no âmbito tanto de acordos ou convenções coletivas de trabalho quanto dos contratos individuais. Nestes instrumentos negociais, pode ser prevista presunção de veracidade de jornada de trabalho fixada no contrato, que milita a favor do empregador. Vale ressaltar que o item I da Súmula 338<sup>560</sup> do TST indica que essa presunção só é válida, especificamente nos casos em que o empregador tiver mais de 10 empregados, se for apresentado o controle de ponto. Ao empregado é facultada a prova em contrário. Nesse contexto, o item II da Súmula 338 indica que a presunção pode ser ilidida por prova em contrário, então essa presunção não pode ser absoluta.

Outra situação interessante acontece em contratos que dependem de medições para que seja realizado o pagamento (verificação de quantos serviços foram prestados para aferir o preço), cujo demonstrativo deve ser entregue até determinada data. Nesse contexto, poderia ser prevista no bojo do contrato uma presunção, a ser aplicada se não for cumprido o prazo estipulado, de que só foram prestados os serviços listados pelo prestador.

No contexto das locações, é de praxe que os contratos prevejam a presunção de que o locatário recebeu o imóvel na condição descrita no instrumento contratual. Nesse tipo de avença, são comuns cláusulas que listam a exata quantidade de cada item que está contido no imóvel a ser locado (por exemplo, número de televisores, de pratos e até de talheres). A presunção, nesse contexto, serve para evitar que haja uma vistoria com o fito de conferir se cada um desses itens de realmente estava presente na quantidade descrita.

Nos contratos empresariais, pode um dos contratantes ser incumbido da guarda de certos documentos, e, se instado a apresentá-los e não o fizer, pode-se antever a aplicação de presunção de veracidade das informações relativa ao conteúdo dos documentos em favor daquele que era responsável por mantê-los<sup>561</sup>. O já mencionado pacto de *disclosure* também pode prever em seu

---

<sup>560</sup> Súmula nº 338 do TST. JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser ilidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003) II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001) III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003).

<sup>561</sup> DIDIER JR., Fredie. LIPIANI, Júlia. ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 185.

bojo também a presunção de veracidade das alegações da parte contrária contra aquele que descumpriu sua obrigação de apresentar todo o material probatório no período designado contratualmente ou o apresentou tardiamente (o que pode ser vedado pelo instituto da preclusão, caso as partes assim estipulem).

Por fim, pode-se falar também em pactos sobre presunções, de forma direta ou indireta, que não são permitidos pelo ordenamento brasileiro.

Sobre o negócio processual que permitiria a exclusão de fato presente na narrativa processual da apreciação judicial<sup>562</sup>, tal convenção, apesar de não tratar diretamente de uma presunção, tem como consequência a impossibilidade de o juiz conceber presunções *hominis* com relação ao fato excluído.

Configura-se uma tentativa de alterar o espaço de atuação judicial com relação à valoração dos fatos, o que não é possível em um sistema que preza pela ampla apreciação judicial do material probatório. Esta, apesar de não mais ser tida como “livre”, conforme já dito<sup>563</sup>, também não tem como se sujeitar ao arbítrio das partes, pois, após o fato chegar ao conhecimento do juiz, ele não poderá (nem conseguirá) ser simplesmente esquecido.

Outro exemplo é a determinação pelas partes de que o juiz não poderá fundamentar sua decisão com base em presunções. Nesse contexto, retorna-se ao problema aventado no tópico 3.4, já que, nesse caso, as partes potencialmente suprimiriam do juiz uma opção de fundamentação da decisão judicial, além de consistir em modificação de situação jurídica exclusiva do magistrado, o que não é possível por meio de negociação processual.

Assim, vê-se que são diversos os exemplos de convenções probatórias sobre presunções, sendo variadas suas implicações no ordenamento processual.

---

<sup>562</sup> Mencionado no tópico 2.6.3.4.

<sup>563</sup> Por isso, concorda-se parcialmente – pois o convencimento judicial, no Brasil, não pode ser tido como livre – com Titina Pezzani neste trecho: “*Nel casso in cui, poi, l’uso di presuzioni risulti più affidabile rispetto ad altre fonti di convincimento liberamente valutabile, escludere il potere del giudice di servirsene significherebbe compromettere illegittimamente la verosimiglianza dell’accertamento.*” PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 250.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que foi exposto no trabalho, conclui-se:

1. Dentre os modelos de condução processual expostos, o que mais coaduna com a convencionalidade no âmbito do processo é o modelo cooperativo, que se expressa sob um viés policêntrico e participativo, no qual é incentivada a cooperação de todos aqueles que atuam no processo para que se atinja uma decisão de mérito em tempo razoável (art. 6º, CPC). É este o modelo adotado no ordenamento brasileiro, por se tratar de exemplo de Estado Democrático de Direito.
2. A verdade em âmbito processual deve ser representada pela concepção de verdade factível, em razão da impossibilidade de se atingir a verdade absoluta, não só processualmente, mas em qualquer ramo da ciência. A “verdade processual” é construída por meio do procedimento dialógico, que envolve a participação ativa das partes tanto durante a instrução probatória quanto no exercício do contraditório, de forma a se atingir um convencimento acerca dos fatos alegados. Assim, adota-se a prova em sentido persuasivo, no qual a legitimação do conteúdo da decisão judicial origina-se do procedimento, ao invés de provir de uma busca, potencialmente infrutífera e inacessível, da demonstração da verdade científica.
3. A presunção é definida como instrumento – de origem legal, judicial, ou negocial – que auxilia o julgador a proferir decisão acerca de fato que não foi efetivamente comprovado por meio de uma prova direta. É obtida por meio de raciocínio indutivo, pelo qual se admite fato cuja ocorrência é incerta, em decorrência de circunstância outra, esta sim verificada na realidade fática. Chegou-se a esse conceito por exclusão, comparando-se o instituto com outros correlatos, como a prova, o indício e a máxima de experiência. Todas estas categorias possuem diversas interconexões e correlações, mas não se confundem.
4. Classificam-se as presunções segundo a origem (legais, judiciais e convencionais) e a força probante (relativas ou absolutas). Criticou-se a nomenclatura presunção simples, pois não se diferenciam em complexidade as presunções legais e as presunções do homem.
5. A ideia de presunção absoluta contradiz frontalmente o conceito epistemológico de presunção, fundado na provisoriedade. Portanto, não pode ser enquadrada no conceito de presunção estipulado no trabalho, pois é inócuo qualquer esforço para promoção de sua falseabilidade, mesmo que existente e trazida aos autos prova em

contrário. Em verdade, as presunções absolutas possuem natureza de norma jurídica de direito material, sendo eventual negociação que contenha este objeto regrada pelo Direito Civil.

6. O critério para que um ato seja considerado processual, ele deve referir-se a um processo e seu suporte fático deve sofrer a incidência de normas processuais. A mera referibilidade a um processo não é suficiente, porque equalizaria em definir a causa pela consequência, sendo necessário que o suporte fático do ato sofra incidência de normas de conteúdo processual.
7. Por isso, o conceito ideal de negócio jurídico processual deve conter esses dois requisitos. Há negócio jurídico processual quando a parte (ou as partes, no caso das convenções processuais) tem o poder de regrar situações jurídicas processuais ou promover alterações no procedimento (ou seja, o objeto deve abordar, necessariamente, normas processuais), cujos efeitos serão explicitados em um processo corrente ou vindouro.
8. Dentre as principais normas processuais aplicáveis à dinâmica dos negócios processuais, pode-se mencionar a autonomia privada processual, a boa-fé, a cooperação, a isonomia e a eficiência.
9. Os requisitos de validade dos negócios processuais são a ausência de nulidades, de inserção abusiva em contrato por adesão e de manifesta situação de vulnerabilidade. Além disso, a parte deve ser capaz (sendo considerada a capacidade processual), o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável (é nesse contexto que se aferem os limites dos negócios processuais) e a forma é livre, desde que não defenda em lei.
10. O Estado-juiz não pode ser considerado parte da convenção processual, por lhe faltar legitimação para negociar, já que a instituição não possui interesse processual para o ato específico de negociação processual. Além disso, a função judicial de controle da validade do negócio é incompatível com a condição de parte. A vinculação do juiz ao negócio, então, ocorre em razão da obrigatoriedade de aplicação do conteúdo de um negócio jurídico, seja material, seja processual, que se dá porque a norma estatal – esta sim, jurídica – reconhece a autonomia privada como poder de autorregramento dos próprios interesses e fonte de direito objetivo.
11. Quanto à natureza das normas sobre prova, chegou-se à conclusão de que a separação estanque das normas sobre prova ou em direito material ou em direito processual não é a ideal. Mais razoável seria a análise da situação em concreto, a fim de aferir se, naquele contexto específico, a norma se refere a um processo (como

é o caso das normas que regem os meios de prova), o que caracteriza a processualidade das normas, ou promove o regramento de situações relativas a bens jurídicos (por exemplo, o direito autônomo à prova e a *prova ad substantiam*).

12. Os pactos probatórios são admissíveis no ordenamento brasileiro. Os argumentos contrários a esta conclusão constituem, verdadeiramente, vestígios de um modelo eminentemente publicista de processo, que promove a mácula da autonomia privada em âmbito processual. Como exemplos de acordos probatórios, levantaram-se as hipóteses de negócios processuais sobre os meios de prova, a produção da prova, o ônus da prova, os poderes instrutórios judiciais e as presunções.
13. A natureza processual da presunção é de faculdade processual para as partes, quando da exposição de seu direito ou da refutação da argumentação da parte adversária, e de dever processual para o juiz, quando houver dúvida diante da falta de evidência ou forem inconclusivas as constatações sobre estas. Assim, convenções processuais cujo objeto é a presunção são de cunho obrigacional, já que tratam de situações jurídicas processuais.
14. As convenções sobre presunções são de natureza probatória, pois as presunções fazem parte do conjunto probatório (influenciando a produção probatória e a fundamentação da sentença) e servem ao mesmo propósito dos meios de prova, ou seja, influenciar na formação da convicção do magistrado sobre a ocorrência de determinados fatos
15. Às partes é facultada a criação de presunções convencionais, que devem contar com máximas de experiências (utilizadas para realização do raciocínio presuntivo) lógicas e já aceitas e utilizadas no âmbito da sociedade.
16. Para serem utilizadas as presunções de origem convencional, é necessário que tenha sido provado o fato básico que funda a presunção e que tais fatos básicos estejam em conformidade com as circunstâncias as quais ensejam a aplicação da presunção.
17. Inicialmente, vislumbrou-se a possibilidade de derrogação de presunções legais pela via negocial, contudo tal hipótese foi refutada, pois suprimiria do juiz o que é, muitas vezes, sua última opção de fundamentação legal de uma decisão judicial. O mesmo se dá com relação às presunções judiciais, por se tratar esta de pensamento interno do juiz, que não pode ser controlado pela parte. As presunções absolutas (normas de direito material) também não podem ser derogadas convencionalmente.
18. Quanto aos possíveis negócios processuais sobre presunções, mencionou-se a presunção de veracidade da jornada de trabalho fixada no contrato; presunções em

contratos que dependem de medições para que seja aferido seu adimplemento; presunção de que o locatário recebeu o imóvel na condição descrita no instrumento contratual; presunções aplicáveis diante da falha no dever de guarda e exibição de documentos. Foi constatada, também, a impossibilidade de certas convenções, como a exclusão de fato presente na narrativa processual da apreciação judicial, a fim de impossibilitar presunções *hominis*; e a determinação convencional de que o juiz não poderá fundamentar sua decisão com base em presunções.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução: Alberto Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABDO, Helena. As situações jurídicas processuais e o processo civil contemporâneo. In: DIDIER JR., Fredie (coord). *Teoria Geral do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 2.

ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

ABREU, Rafael Sirangelo. A igualdade e os negócios jurídicos processuais. CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.

ABREU, Rafael Sirangelo. “Customização processual compartilhada”: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 257, p. 51-76, jul. 2016.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Disponível em: <https://bit.ly/2RfP44J>. Acesso em 8. jan. 2019.

ALVES, Tatiana Machado. *O gerenciamento processual no novo Código de Processo Civil brasileiro: mecanismos para gestão cooperativa da instrução probatória e integração da atuação dos sujeitos processuais*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 2.

ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça Penal Consensual*. Salvador: Juspodivm, 2018.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – institutos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. 2, t. 1.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – institutos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. 2, t. 2.

ARENHART, Sérgio Cruz. O indício e a prova no direito processual. Disponível em: <https://bit.ly/2Qm20kx>. Acesso em: 11. Jun. 2018.

AUILO, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de processo no novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2017.

ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 282. p. 113-139, ago. 2018.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards Probatórios no Processo Penal. *Revista da AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 4, p. 161-185, nov. 2007.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil: art. 1º a 153*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. 1

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016.

BARROS, Francisco Dirceu. ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do acordo de não-persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches *et al* (coord.). *Acordo de Não Persecução Penal: resolução 181/2017 do CNMP, com alterações feitas pela Res. 183/2018*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução: Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. Litigância de má-fé no novo código de processo civil (Lei n. 13.105/15). In: MÂCEDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre (org.). *Novo CPC doutrina selecionada*: parte geral. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Ristampa corretta della II edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

BONNIER, Édouard. *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*. 2. ed. Paris: Auguste Durand, 1852.

BIJOS, Leila Maria; PEREIRA, José de Lima Ramos. Provas ilícitas: o direito comparado e o STF. *NOMOS*: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 38, n.1, p. 151-177, jan./jun. 2018.

BRAGA, Paula Sarno. *Norma de Processo e Norma de Procedimento*: o problema da repartição de competência legislativa do Direito constitucional brasileiro. Integridade e coerência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Salvador: Juspodivm, 2015.

BRANCO, Janaína Soares Noletto Castelo. *Advocacia Pública e Solução Consensual de Conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Penal 470 Minas Gerais*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Revisor: Min. Ricardo Lewandowski, 17 de dezembro de 2012. Disponível em: [ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor\\_AP470.pdf](ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf). Acesso em 12. dez. 2018.

BUCHMANN, Adriana. *Limites objetivos ao negócio processual atípico*. 2017. Dissertação (Mestrado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. Comentários ao artigo 357. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo (orgs.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: GODINHO, Robson Renault. COSTA, Susana Henriques da (coord.). *Ministério Público*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 6.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre o custo da litigância (I): admissibilidade, objeto e limites. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 276, p. 61-90, fev. 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 105, v. 404, p. 3-42, jul./ago. 2009.

CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista Di Diritto Processuale*, Milano, v. 2, n.2, p. 449-464, 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 149, p. 339-364, jul. 2007.

CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese apresentada ao concurso de Professor Titular de Processo Civil, 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. Pré-eficácia das normas e aplicação do Código de Processo Civil de 2015 ainda no período de *Vacatio Legis*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 276, p. 335-345, fev. 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. Questões processuais no julgamento do Mensalão. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 102, n. 933, p. 131-150, jul. 2013.

CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”. *Revista de Processo*, São Paulo: v. 259, p. 471-489, set. 2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem processual pública*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo de Conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras*. Tradução de Daniel Mitidiero, Bibiana Gava Toscano de Oliveira, Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padova, v. XVI, parte I, p. 105-128, 1939.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. In: CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1966, v. I.

CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. Tradução: Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003, v. 1.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Ensaios e artigos*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2

CAMARGO, Maria Luiza. A certificação do latifúndio: considerações acerca do registro Torrens como blindagem da propriedade privada no caso das terras concentradas pelo Projeto Jari. *Geosp – Espaço e Tempo* (Online), v. 20, n. 2, p. 330-348, 2016.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAMBI, Eduardo. *O direito constitucional a prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. *O povo é inconstitucional: poder constituinte e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CARRATTA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova: verità del fatto nel processo e sistema probatório. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, anno LVI, n. 1, p.73-103, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Apéndice de Giacomo P. Augenti. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil: introdução e função do processo civil*. Tradução: Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, v. 1.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil: da estrutura do processo*. Tradução: Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, v. 3.

CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985.

CHALMERS, Alan F. *O que é ciência afinal?* Tradução de Raul Filker. Brasília: Editora Brasiliense, 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil: os conceitos fundamentais – a doutrina das ações*. Tradução: J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil: As relações processuais. A relação processual ordinária de cognição*. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1943, v. 2

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil: a relação processual ordinária de cognição (continuação)*. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1945, v. 3.

CLERMONT, Kevin M. SHERWIN, Emily. A Comparative View of Standards of Proof. *American Journal of Comparative Law*, v. 50, p. 243-275, 2002. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/222>. Acesso em 18. Jul. 2018.

CONIGLIO, Antonino. *Le presunzioni nel processo civile*. Palermo: Celere, 1920.

Contracts to Alter the Rules of Evidence. *Harvard Law Review*, v. 46, n. 1, p. 138-143, nov. 1932.

CÔRTEZ, Estefânia Freitas. *Negócios jurídicos processuais: o acordo processual que celebra a executividade de documento*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 153-173, abr./jun. 2015.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Presunção de inocência civil: algumas reflexões no contexto brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 25, n. 100, p. 129-144, out./dez. 2017.

COSTA, Guilherme Recena. Livre Convencimento e Standards de Prova. In: YARSHEL, Flávio Luiz. ZUFELATO, Camilo (Org.). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: Passado, Presente e Futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

COSTA, Marília Siqueira. *Convenções processuais sobre intervenções de terceiros*. Salvador: Juspodivm, 2018.

COVELLO, Sergio Carlos. *A presunção em matéria civil*. São Paulo: Saraiva, 1983.

CRAMER, Ronaldo. O princípio da boa-fé objetiva no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 8.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao artigo 191. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo (orgs.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio da eficiência no novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre (coord). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DE STEFANO, Giuseppe. *Studi sugli accordi processuali*. Milano: Giuffrè, 1959.

DECOTTIGNIES, Roger. *Les présomption em droit privé*. Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950.

DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 63, ano. 16, p. 125-193, jul./set. 2015.

Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa. Disponível em: <https://bit.ly/2imMXve>. Acesso em: 26. fev. 2018.

DIDIER JR., Fredie. Cláusulas Gerais Processuais. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v.8, n. 12, 2010.

DIDIER JR., Fredie. Comentários ao artigo 5º. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo (orgs.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.

DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação processual. In: DIDIER JR., Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 8.

DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie. BONFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie. LIPIANI, Júlia. ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 234, p. 33-62, ago. 2014.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v.1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil: de acordo com a lei 13.256 de 4.2.2016*. São Paulo: Malheiros, 2016.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general del proceso: nociones generales*. Sujetos de la relación jurídica procesal. Objeto, iniciación, desarrollo y terminación del proceso. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.

FABBI, Alessandro. Appunti sugli accordi processuali nel diritto federale statunitense. In: BRIGUGLIO, Antonio *et al* (org). *Scritti in onore di Nicola Picardi*. Pisa: Pacini Giuridica, 2016, t. 2.

FACCI, Lucio Picanço. A proibição de comportamento contraditório e o novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre (coord). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 8.

FARIA, Marcela Kohlbach de. Licitude do objeto das convenções processuais. In: MARCATO, Ana *et al* (coord). *Negócios Processuais* (Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro). Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1.

FARIA, Marcela Kohlbach de. Negócios jurídicos processuais unilaterais e o requerimento de parcelamento do débito pelo executado. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.

FARIA, Marcela Kohlbach de. Vinculación del juez a las convenciones em materia de prueba. NOGUEIRA, Pedro Henrique. CAVANI, Renzo (coord.). *Convenciones procesales*. Estudios sobre negocio jurídico y proceso. Lima: Raguel Ediciones, 2015.

FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios processuais no modelo constitucional de processo*. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERRADEIRA, Mariana. A prova emprestada como objeto de negócio jurídico processual. In: In: MARCATO, Ana *et al* (coord). *Negócios Processuais* (Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro). Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1.

FIGUEIREDO FILHO, Eduardo Augusto Madruga de. MOUZALAS, Rinaldo. Cooperação e vedação às decisões por emboscada (“ambush decision”). In: MÂCEDO, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre (org.). *Novo CPC doutrina selecionada: parte geral*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FLECK, Gabriela Grings. As Presunções e Ficções no Direito Tributário *Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito PPGDir*, Porto Alegre, v. 4, n. 7, p. 491–518, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. 2007. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GALIČ, A. Disclosure of documents in civil procedure: the privilege against self-incrimination or a quest for procedural fairness and substantive justice. In: RHEE, C. H. van. UZELAC, A (ed.). *Evidence in contemporary civil procedure: fundamental issues in a comparative perspective*. Cambridge: Intersentia, 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Sistema de prova do fato jurídico à luz dos códigos civil e de processo civil. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. SILVA, Michael César. THIBAU, Vinícius Lott (coord.). *O direito privado e o novo código de processo civil: repercussões, diálogos e tendências*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GATSI, Jean. *Le contrat-cadre*. Paris: LGDJ, 1996.

GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.

GODINHO, Robson Renault. Autonomia de las partes y el proceso civil brasileño. NOGUEIRA, Pedro Henrique. CAVANI, Renzo (coord.). *Convenciones procesales*. Estudios sobre negocio jurídico y proceso. Lima: Raguel Ediciones, 2015.

GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. Negócio jurídico processual pericial e *laissez-faire* probatório no Novo Código de Processo Civil. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca (coord.). *Magistratura*. Salvador: Juspodivm, 2015.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes – uma análise sob a ótica do direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil). *Revista da ESMape*, Recife, v. 5, n.11, p. 247-273, 2000.

GRECO, Leonardo. Atos de disposição processual – primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al* (org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: processo de conhecimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 2.

GRECO, Leonardo. Limitações probatórias no processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, Rio de Janeiro, ano 3, v. IV, p. 4-28, jul./dez. 2009.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes*, v. 4/5, n. 4/5, p. 213-269, 2003-2004.

GREGGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Tradução de Ronaldo Kochem e revisão técnica de Daniel Mitidiero. In: DIDIER JR., Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 8.

GUEDES, Clarissa Diniz. LOPES, Laís Almeida de Souza. Standards probatórios no contexto da responsabilidade civil do médico. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Ano 11. v. 18. n. 2, p. 88-115, mai./ago. 2017.

GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuassão 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.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2010.

HART, H. L. A. The ascription of responsibility and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 49, p. 171-194, 1948-1949.

HARTMANN, Guilherme Kronenberg. *Processo colaborativo: atuação laboriosa dos sujeitos processuais*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

HE, Jiahong. *Methodology of judicial proof and presumption*. Singapore: Springer, 2018.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo: parte 1*. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005.

HOHFELD, Wesley Newcomb. Some fundamental legal conceptions applied in judicial reasoning. *Yale Law Journal*, n. 23, 1913, p. 30-59. Disponível em: <https://bit.ly/2TMCgj0>. Acesso em 29. Maio. 2018.

JOBIM, Marco Félix. MEDEIROS, Bruna Bessa de. O impacto das convenções processuais sobre a limitação de meios de prova. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n.1, p. 325-345, jan./abr. 2017.

KELSEN, Hans. *El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*. Traducción de Eduardo García Máynez. Cidade de México: Ediciones Coyoacán, 2007.

KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 353, p. 15–52, jan./fev., 2001.

KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do principio da cooperação (Kooperationsmaxime). In: DIDIER JR., Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 8.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. A colaboração dos sujeitos processuais na construção da decisão judicial e o contraditório como “influência”. In: PEIXOTO, Ravi. MACEDO, Lucas

Buril de. FREIRE, Alexandre (Org.). *Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada: Parte Geral*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LESSONA, Carlo. *Teoria General de la Prueba em Derecho Civil: Reconocimiento judicial. Intervención instructoria. Presunciones*. Traducción: Enrique Aguilera de Paz. 4. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1964, v. 5.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. 1990. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *A Disponibilidade Processual: os interesses privados das partes diante da natureza pública do processo*. 2018. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Comentários ao artigo 371. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo (orgs.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981.

MACEDO, Elaine Harzheim. RODRIGUES, Ricardo Schneider. Negócios jurídicos processuais e políticas pública: tentativa de superação das críticas ao controle judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 273, p. 69-93, nov. 2017.

MÂCEDO, Lucas Buril de. PEIXOTO. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 241, p. 463-487, mar. 2015.

MÂCEDO, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e a sua ciência: uma introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2016.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Os poderes instrutórios do juiz no Novo CPC. In: MÂCEDO, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. *Novo CPC Doutrina Seleccionada: processo de conhecimento – provas*. Salvador: Juspodivm, 2015, v.3.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. A presunção no direito, especialmente no Direito Civil. In: MENDES, Gilmar Ferreira. STOCO, Rui (org.). *Doutrinas Essenciais: Direito Civil, Parte Geral: prescrição, decadência e prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5.

MALATESTA, Nicole Framarino dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Tradução de J. Alves de Sá. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1927.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 79, p. 192-223, 1984.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. El acuerdo sobre la prueba y los objetivos del processo civil. In: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP). International Association of procedural Law (IAPL). *La prueba en el proceso: II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Barcelona: Atelier, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia - 1ª Parte*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Davi Guimarães. O contrato-quadro no direito privado brasileiro. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo 2019, no prelo.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, Victória Hoffman. PEIXOTO, Juliene de Souza. Negócios jurídicos processuais e os poderes instrutórios do juiz. In: MARCATO, Ana *et al* (coord). *Negócios Processuais* (Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro). Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1.

MOUZALAS, Rinaldo. ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. Distribuição do ônus da prova por convenção processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 240, p. 399-423, fev. 2015.

MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações Jurídicas Processuais. In: DIDIER JR., Fredie (coord). *Teoria Geral do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Dierle. What's left of Klein? Procedural reforms: statism or privatism? For a co-participative model on the new Brazilian CPC. *Civil Procedure Review*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 3, p. 35-52, sept./dec. 2015.

NUNES, Dierle *et al.* Contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC-2015. In: DIDIER JR., Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 8.

NUNES, Dierle. LUD, Natanael. PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. Salvador: Juspodivm, 2018.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Presunções e ficções no direito probatório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 196, p. 13-20, jun. 2011.

PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Legitimidade Extraordinária Negociada*. Curitiba: Prismas, 2018.

PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. Negócio processual sobre presunções: breves notas. Disponível em: <https://bit.ly/2RpYieN>. Acesso em 22 dez. 2018.

PERELMAN, Chaim. Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse. In: PERELMAN, Chaim. FORIERS, Paul (org.) *Les présomptions et les fictions en droit*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1974.

PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Milano: Giuffrè, 2009.

PINHO, Samara de Oliveira. *A fundamentação das decisões judiciais sob a perspectiva das ciências cognitivas: limites e possibilidades para a formação racional do convencimento motivado*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil: arts. 282 a 443*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. IV.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil: arts. 444 a 475*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. V.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: Parte Geral – Pessoas físicas e jurídicas*. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Sival. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. I.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Negócios Jurídicos. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. III.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: Parte Geral – validade, nulidade, anulabilidade. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. IV.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução: Leonidas Hegenberg; Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007.

POPPER, Karl. O problema da indução. In: MILLER, David (Org.). *Popper: textos escolhidos*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.

RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador: Juspodivm, 2016.

RAMPONI, Lamberto. *La teoria generale de presunzioni nel diritto civile italiano*. Torino: Fratelli Bocca, 1890.

REBOUÇAS, Sérgio. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2017.

REDONDO, Bruno Garcia. *Adequação do procedimento pelo juiz*. Salvador: Juspodivm, 2017.

REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

RESCHER, Nicholas. *Epistemology: an introduction to the theory of knowledge*. Albany: State University of New York Press, 2003.

RESCHER, Nicholas. *Presumption and the practices of tentative cognition*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

SABATÉ, Lluís Muñoz. *Curso de probática judicial*. Madrid: La Ley, 2009.

SABATÉ, Lluís Muñoz. *Introducción a la probática*. Barcelona: Bosch, 2007.

SANCHES, Almir Teubl. *A questão de terras no início da República: o Registro Torrens e sua (in)aplicação*. 2008. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

SANTIAGO, Rafael da Silva. *O mito da monogamia à luz do direito civil-constitucional: a necessidade de uma proteção normativa às relações de poliamor*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 5.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Tópicos Sobre a Colaboração com a Instrução Probatória. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 8, n. 825, ago. 2008. Disponível em: <https://bit.ly/2FpExh6>. Acesso em 9. jan. 2019.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. POMJÉ, Carolina. O negócio processual saneador: entre o princípio dispositivo material e o iura novit curia. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 3, n. 13, p. 995-1015, 2018.

SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Presunções e ficções no direito tributário e no direito penal tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHMITZ, Leonard Zieseemer. Quem não chorar no enterro da própria mãe corre o risco de ser condenado à morte – o (ab)uso de máximas de experiência na valoração e interpretação probatória. In: MÂCEDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi Medeiros. FREIRE, Alexandre (coord.). *Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada: Processo de conhecimento – provas*. Salvador: Juspodivm. 2015, vol. 3.

SENROR, Thomas D. Epistemological Problems of Memory. In: ZALTA, Edward N. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2014 Edition). Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/memory-episprob/>. Acesso em: 12. dez. 2018.

SIEGLE, Christopher P. United States v. Mezzanatto: Effectively Denying Yet Another Procedural Safeguard to Innocent Defendants. *Tulsa Law Review*, v. 32, p. 119-137, 1996.

SILVA, Paula Costa e. Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.

SILVA, Paula Costa e. Preterição do contraditório e irregularidade de constituição de Tribunal Arbitral. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 212, p. 301-336, out. 2012.

SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.

SINOTT-ARMSTRONG, Walter. FOGELIN, Robert J. *Understanding Arguments: an introduction to informal logic*. 8. ed. Belmont: Wadsworth Cengage Learning, 2010.

SOARES, Lara Rafaelle Pinho. A vulnerabilidade na negociação processual atípica. In: In: MARCATO, Ana *et al* (coord). *Negócios Processuais* (Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro). Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1.

SOUSA, Luís Felipe Pires de. *Prova por presunção no Direito Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

SOUSA. Miguel Teixeira de. Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências? Disponível em: <https://bit.ly/2LZr5kH>. Acesso em: 8. jan. 2019.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Traducción española de Andrés de la Oliva Santos. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areceres, 1990.

STRECK, Lenio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento do NCPC. In: MÂCEDO, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi Medeiros. FREIRE, Alexandre (coord.). *Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada: Processo de conhecimento – provas*. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 3.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – o senso incomum?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRONG, Stacie. Limits of Procedural Choice of Law. *Brooklyn Journal of International Law*, n. 39, 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2378979>. Acesso em 14. jan. 2019.

SURGIK, Aloísio. Da presunção absoluta e relativa na teoria da prova. In: MENDES, Gilmar Ferreira. STOCO, Rui (org.). *Doutrinas Essenciais: Direito Civil, Parte Geral: prescrição, decadência e prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5.

TALAMINI, Eduardo. Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível em: <https://bit.ly/2Tq3OLg>. Acesso em 2. jan. 2019.

TARSKI, Alfred. The Semantic Conception of Truth and the foundation of semantics. In: LINSKY, Leonard (ed.). *Semantics and the philosophy of language*. Chicago: University of Illinois Press, 1970.

TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. Certezza e probabilità nelle presunzioni. In: *Il Foro Italiano*, v. 97, p. 83-112, 1974.

TARUFFO, Michele. Considerazioni sulle massime d'esperienza. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, v. 63, n. 2, p. 551-569, 2009.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción: Jordi Ferrer Beltrán. 3. ed. Madrid: Trotta, 2009.

TARUFFO, Michele. La verdade en el Proceso. *Derecho y Sociedad*, n. 40, p. 239-248, 2013.

TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 45, n. 2, p.420-448, April-Giugno, 1990.

TARUFFO, Michele. *Motivação da sentença civil*. Tradução: Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TARUFFO, Michele. Relatório geral. Abuso de direitos processuais. Padrões comparativos de lealdade processual. Traduzido por Lorena Miranda Santos Barreiros. In: DIDIER JR., Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 8.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TAVARES, João Paulo Lordelo Gimaraes. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. *Revista de Processo*, São Paulo, v.41, n. 254, p. 91-109, abr. 2016.

TEIXEIRA, Yuri Guerzet. As presunções no Direito Processual. Rio de Janeiro, *Civil Procedure Review*, Rio de Janeiro, v.4, n. 1, p. 109-132, jan./apr. 2013.

TEMER, Sofia. ANDRADE, Juliana Melazzi. Convenções processuais na execução: modificação consensual das regras relativas à penhora, avaliação e expropriação de bens. In: MARCATO, Ana *et al* (coord). *Negócios Processuais* (Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro). Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1.

THAYER, James Bradley. *A preliminary treatise on evidence at the common law*. Boston: Little, Brown, and Company, 1898.

THEODORO JR., Humberto *et al*. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JR., Humberto. NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 168. p. 107-141, fev. 2009.

TOMASETTI JR., Alcides. A parte contratual. In: ADAMEK, Marcelo Vieira von (Org.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos: liber amicorum*: Prof. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. São Paulo: Malheiros, 2011.

TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. Pactum de non petendo parcial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 280, ano 43, p. 19-39, jun. 2018.

TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição do venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2015.

*United States v. Mezzanatto*, 513 U. S. 196 (1995).

UZEDA, Carolina. *Interesse recursal*. Salvador: Juspodivm, 2018.

VAUGHN, Gustavo Fávero. BRAZIL, Renato Caldeira Grava. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 989, p. 377-404, mar. 2018.

VOGT, Fernanda. Cessação da relação convencional: um estudo sobre a dissolução do negócio jurídico processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 286, p. 51-86, dez. 2018.

WALTON, Douglas. *Burden of proof, presumption and argumentation*. New York: Cambridge University Press, 2014.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro*. 2018. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?  
In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.