

# Breves Notas sobre Convenção das Partes e Poderes do Juiz em Matéria Probatória

Flávio Luiz Yarshell

Advogado

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP

**SUMÁRIO:** 1- A título de introdução. 2- A busca dos limites para a autonomia da vontade no processo. 3- Segue: autonomia da vontade em matéria probatória. 4- À guisa de conclusão.

## 1- A TÍTULO DE INTRODUÇÃO.

É muito difícil – se não impossível – detectar um tema jurídico, mesmo que “apenas” processual, identificável como aquele que maior apreço e atenção teria merecido da parte do Professor José Carlos Barbosa Moreira, ora homenageado. Talvez, pelo fato de que ele produziu inúmeras edições de seus Comentários ao CPC/73, pudesse ser dito que os meios de impugnação de decisões judiciais – *recursos* e *ação rescisória*, em particular – teriam gozado de sua predileção. Essa seria, de fato, uma boa aposta. Contudo, de outros assuntos ele também tratou de forma persistente ao longo do tempo: *conteúdo e efeitos da sentença, coisa julgada e preclusão, prova, tutela coletiva* (em sentido amplo), apenas para ilustrar, são capítulos do direito processual que o Mestre visitou com frequência<sup>1</sup>.

1 Cf. José Carlos Barbosa Moreira, “Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”, in **Temas de direito processual**, terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 99/114; “Notas sobre el contenido, los efectos y la inmutabilidad de la sentencia”, in **Temas de direito processual**: quinta série, São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 103/108; “O que deve e o que não deve figurar na sentença” (pp. 117/124), “Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças” (pp. 125/142), in **Temas de direito processual**: oitava série, São Paulo: Saraiva, 2004; “A nova definição de sentença” (pp. 167/178), “Conteúdos e efeitos da sentença: variações sobre o tema” (pp. 175/184), “Sentença executiva” (pp. 179/198), “Cumprimento e execução de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais” (pp. 315/332), “Notas sobre o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras” (pp. 333/342), “Breves observações sobre a execução de sentença estrangeira à luz das recentes reformas do CPC” (pp. 343/352), in **Temas de direito processual**: nona série, São Paulo: Saraiva, 2007; “Coisa julgada e declaração” (pp. 81/89), “Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil” (pp. 90/96), “A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro” (pp. 97/109), todos in **Temas de direito processual**: primeira série, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988; “Considerações sobre a chamada relativização da coisa julgada material”, in **Temas de direito processual**: nona série, São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 235/266; “As presunções e a prova”, in **Temas de direito processual**: primeira série, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 55/71; “Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial em matéria de prueba”, in **Temas de direito processual**, terceira

Talvez até mais do que propriamente tópicos determinados, houve também um *modo* de tratar assuntos – se não exatamente um método, uma postura metodológica – que lhe era peculiar.

Primeiro, foi notável sua preocupação com *temas estruturais ou fundantes* do processo civil. Isso pode ser bem ilustrado pelo primeiro dos trabalhos que integraram a primeira série de seus “Temas de Direito Processual”, sobre “As bases do direito processual civil”<sup>2</sup>; assim como por outros, dentre os quais seu paradigmático “Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo”<sup>3</sup> –, que parece ter servido de fonte de inspiração (uma delas) da não menos paradigmática obra “A instrumentalidade do processo” de seu colega e amigo Cândido Dinamarco<sup>4</sup>; sem falar no artigo “Os temas fundamentais do direito brasileiro nos anos 80: Direito Processual Civil”, e por aí afora.

Segundo, como poucos autores nacionais, o homenageado dedicou atenção à *experiência jurídica de outros países* –, o que muito provavelmente é explicável não apenas por sua percepção da utilidade que o estudo comparado pode trazer, mas também pelo notável intercâmbio que ele alimentou, sendo seguramente e por muito tempo um dos mais assíduos e categorizados representantes dos estudiosos processuais no exterior. Tal característica se traduziu não apenas na rica bibliografia que sempre esteve presente em seus escritos, mas nos estudos comparativos, que consideraram outros ordenamentos de raízes romano-germânicas, mas também os de *common law*. São exemplos disso os estudos “A sentença mandamental - da Alemanha ao Brasil”, “Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos”, “Uma novidade: o código de processo civil inglês”, “La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano”, “Breve notícia sobre a reforma do processo civil

---

série, São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 79/86; “Alguns problemas atuais da prova civil”, in **Temas de direito processual**: quarta série, São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 145/162; “A Constituição e as provas ilícitamente obtidas”, in **Temas de direito processual**, sexta série, São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 107/124; “Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas”, in **Temas de direito processual**: sétima série, São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 39/52; “Prueba y motivación de la sentencia”, in **Temas de direito processual**, Oitava série, São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 107/116; “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos”, in **Temas de direito processual**: primeira série, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 110/126; “A proteção jurídica dos interesses coletivos” (pp. 167/172), “A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro” (pp. 173/182), “Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos” (pp. 193/224); in **Temas de direito processual**, terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984; “La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (um aspecto de la experiencia brasileña)”, in **Temas de Direito Processual**: quinta série, São Paulo: Saraiva, 1994, 163/167.

2 Cf. José Carlos Barbosa Moreira, **Temas de direito processual**, primeira série, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 3/15.

3 Cf. **Temas de direito processual**, terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 27/42.

4 Cf. **A instrumentalidade do processo**, São Paulo, Malheiros, 11. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, que, não custa lembrar, foi originalmente tese com a qual, de forma vitoriosa, o autor concorreu à titularidade na Faculdade de Direito da USP, e de cuja banca participou o homenageado. Aliás, Barbosa Moreira, durante anos, foi presença certa nas mais prestigiosas bancas da referida Instituição.

alemão”, “O processo penal norte-americano e sua influência”, “A Suprema Corte norte-americana: um modelo para o mundo?”<sup>5</sup>

Terceiro, era notável sua capacidade de *enxergar mais longe*. Não se trata, aqui, de bajular ou de rasgar seda, mas de reconhecer que vários de seus estudos se dedicaram a projetar o futuro. Obviamente ele não o fez de forma aleatória ou sobrenatural, mas de maneira sistemática, metódica e fundada na aguda observação do passado e do que lhe era presente, em dado momento. São exemplos disso “Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil”, “A Justiça no limiar do novo século”, “Miradas sobre o Direito Processual Civil contemporâneo”, “Novos rumos do processo civil brasileiro”<sup>6</sup>. E mesmo quando não se dispôs deliberadamente a tratar de perspectivas futuras, ele frequentemente foi um visionário, sendo disso um muito bom exemplo seu artigo – praticamente isolado na doutrina nacional de então – denominado “Convenções em matéria processual”<sup>7</sup>, quando se considera hoje a regra do art. 190 do CPC/15.

Nesse contexto de excepcional produção, a escolha do tema deste muito desprezioso trabalho é fruto da conjugação de dois tópicos colhidos no conjunto da obra do homenageado: propõe-se examinar – ou reexaminar – a relação entre a possibilidade de as partes estabelecerem *convenções em matéria probatória*, de um lado, e os poderes do juiz nesse mesmo campo, sejam de instrução, sejam de valoração do material coligido.

## 2- A BUSCA DOS LIMITES PARA A AUTONOMIA DA VONTADE NO PROCESSO.

Conforme já tivemos oportunidade de observar<sup>8</sup>, a regra do art. 190 do CPC/15 gerou verdadeiro *frisson* entre alguns dos profissionais do Direito, especialmente os acadêmicos, que buscam analisar a natureza jurídica do instituto, suas vantagens e desvantagens, e os advogados, que refletem sobre de que forma a alteração legislativa pode ser útil e eficazmente explorada, quer no momento antecedente ao litígio, quer quando a controvérsia já tenha surgido. De sua parte, ao menos em primeira e quase intuitiva avaliação, juízes e membros do Ministério Público parecem olhar a nova disposição com um misto de ceticismo e temor. Todos eles, contudo, parecem ter um

<sup>5</sup> Estudos encontrados in **Temas de direito processual**, São Paulo: Saraiva, quinta, sétima e oitava série.

<sup>6</sup> Estudos encontrados in **Temas de direito processual**, São Paulo: Saraiva, terceira, quinta e sexta série.

<sup>7</sup> Cf. José Carlos Barbosa Moreira, in **Temas de Direito Processual: Terceira Série**, São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 87/98.

<sup>8</sup> Cf. nosso *Que futuro está reservado para as convenções das partes em matéria processual?*, in *Carta Forense*, dez/2016.

ponto em comum, que é busca dos limites das convenções processuais: *o que pode ser objeto de disposição das partes, de forma a vincular o órgão judicante? O que pode ser legitimamente recusado pelo juiz e qual o fundamento para assim proceder?*

Aparentemente, respostas definitivas para tais indagações – se é que existem – não foram ainda encontradas. Mas, para que se tente superar esse desafio, convém antes ter visão realista sobre o tema, para que a referida busca não passe de uma elucubração desvinculada da realidade.

Como também já dissemos<sup>9</sup>, desde logo convém ter em mente que, na formação dos contratos, as partes dedicam a maior parte de seu tempo e de sua energia para a negociação de cláusulas materiais, o que tende a deixar disposições processuais – pensadas para algo que os contratantes não conseguem ou não querem vislumbrar naquele momento – para último plano. Também lembramos que é preciso considerar elementos econômicos dos contratos para que as convenções não aumentem custos de transação e, paradoxalmente, acabem funcionando como desincentivos às partes. Em suma, antes de pensar nos limites jurídicos às convenções, é preciso identificar e superar obstáculos que as impedem ou dificultam<sup>10</sup>.

Nessa mesma linha de raciocínio, é também é preciso ter em conta que o processo jurisdicional (estatal ou arbitral) permanece como instrumento de objetivos que também são públicos: a atuação do direito objetivo, a pacificação social e a afirmação do poder estatal. Assim, não se pode simplesmente colocar juiz estatal e árbitro em idêntico patamar. Uma arbitragem é instituída para um caso específico e os árbitros são – ou estão – juízes dessa particular situação; já o órgão estatal tem a seu cargo uma plêiade de processos, de tal sorte que a criação de regras convencionais particulares deve levar em conta as características, peculiaridades e limites (jurídicos e estruturais) do órgão estatal e da atividade por ele desenvolvida. Por outras palavras: se no processo arbitral a margem para autonomia da vontade é grande (embora não seja absoluto nem mesmo ali), não se pode dizer que exatamente o mesmo se passe no processo estatal.

Com essas ressalvas, parece possível examinar alguns dos aspectos relacionados aos limites às convenções processuais, e, a partir daí, às convenções probatórias.

---

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> Cf. nosso “Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?”, in **Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios Processuais**, coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, Salvador, Juspodivm, 2015, pp. 63/80.

Primeiro, a lei limitou o campo da convenção às controvérsias sobre direitos que comportem *autocomposição* – isto é, transação, renúncia ou submissão. Como já dissemos, teria sido preferível o emprego da terminologia adotada pela Lei 9.307/96, que se refere a litígios relativos a “direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º). Ao adotar a distinção entre *disponível* e *transacionável*, o CPC/15 pode ensejar dúvida quanto à possibilidade e limites do negócio processual. De todo modo, sob a égide do Código, a viabilidade de negócio processual não fica restrita a litígios relacionados a direitos patrimoniais disponíveis. Assim, mesmo em processos que envolvem questões relativas ao estado e à capacidade de pessoas, desde que capazes as partes, afigura-se admissível o negócio processual – inclusive Fazenda Pública e pessoas integrantes da Administração pública direta e indireta.

Segundo, é imprescindível a observância do devido processo legal, por força do que dispõem os incisos LIV e LV da Constituição Federal; aliás, na esteira do que dispõe o art. 21, § 2º da Lei 9.307/96, que condicionou a autonomia da vontade em matéria processual na arbitragem à observância dos princípios do contraditório, igualdade, imparcialidade e livre convencimento. Mas essa exigência tem que ser vista em sua devida dimensão.

Com efeito, limitações bilaterais e substancialmente isonômicas devem ser admitidas, sendo essencial que se preserve a paridade de armas e a igualdade substancial entre as partes. Naturalmente, seria inconcebível negócio que pretendesse interferir na imparcialidade do juiz. Mas assim ocorre porque a equidistância é da essência da solução jurisdicional. Sem terceiro imparcial não haveria autêntico caráter substitutivo e, portanto, haveria um simulacro de decisão por terceiro, quando substancialmente haveria decisão imposta por uma das partes, apenas que com a intermediação de um terceiro ou, ainda, por interposta pessoa. De forma análoga, seria inviável limitar o contraditório apenas para um dos litigantes. Mas, nesse caso, também não seria possível falar em solução processual jurisdicional: a parte que tivesse conseguido a concordância de outra para um processo em que só uma delas falasse – suposto que isso não fosse causa substancial de invalidação do negócio (pela desigualdade ou abusividade) –, já teria dado, ou ao menos encaminhado, a solução consensual do litígio. Então, o problema não seria exatamente de afronta ao devido processo legal e, reiterando, o essencial é que se preserve a paridade entre os litigantes.

De todo modo, fora dos casos em que efetivamente haja ofensa ao devido processo legal, prevalece o que as partes tiverem convencionado. Não

se afiguraria jurídico ou ético que uma das partes viesse – depois de ter livremente convencionado, mas em função de resultado desfavorável – queixar-se de suposto vício para o qual não teria atentado no momento próprio, tudo conforme já tivemos oportunidade de observar<sup>11</sup>.

Além disso, a ideia de limite às convenções processuais ditado por “direitos fundamentais” que se encontram eventualmente em parte da doutrina<sup>12</sup> não pode chegar ao ponto de fazer do processo uma espécie de meio indisponível de solução de controvérsias, o que, em última análise, seria a negação de seu caráter instrumental. Se as partes podem transigir no plano material e, nessa medida, até mesmo abrir mão de posições jurídicas de vantagem nessa esfera, e se podem fazê-lo sem a necessidade de qualquer processo (portanto, com a ressalva da exceção representada pelos assim chamados processos necessários), seria incoerente entender que elas não poderiam voluntariamente transigir com posições emergentes da relação processual.

Aparentemente, essa ideia de existir uma espécie de núcleo processual intangível – mal justificada em direitos processuais que seriam “fundamentais” a ponto de se tornarem indisponíveis para as partes que querem deles dispor – deriva, na realidade, do fato de que a solução do conflito pelo processo envolve um terceiro, que, no caso, é um agente estatal, ao qual não seria oponível a vontade das partes. Mas então o problema não é exatamente de direitos processuais “fundamentais” e indisponíveis, mas sim de saber se o que as partes convencionam pode atingir aquele terceiro, isto é, o juiz, ou, como eventualmente se diz, saber se as convenções das partes podem interferir com poderes do juiz.

Embora seja forçoso reconhecer que a atuação do juiz é um limite a ser considerado na celebração de negócios processuais, isso não justifica a assertiva singela de que as partes não podem dispor sobre poderes do agente estatal. Nesse caso, justamente porque a atividade jurisdicional é um instrumento de solução de controvérsias – o que faz com que o Estado seja diretamente interessado nessa superação, de que depende o escopo social consistente na pacificação social –, não há como recorrer ao argumento “privatista” (mas que nem mesmo no Direito privado subsiste de forma incondicional) de que o contrato só produzia efeitos entre os contratantes, sendo para o terceiro autêntica *res inter alios*. A capacidade de o juiz de decidir de forma imperativa e de impor

---

11 Cf. nosso “Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?”, in **Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios Processuais**, coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, Salvador, Juspodivm, 2015, pp. 63/80.

12 Idem.

decisões não pode ser vista como uma manifestação estatal estéril, explicável apenas em si mesma, de expressão do poder pelo poder.

Nesse ponto, não se pode confundir a capacidade de impor soluções adjudicadas, de um lado, com uma espécie de prerrogativa absoluta na condução do processo, de outro. Uma suposta ideia de que quem “manda” no processo é o juiz seria de tal modo atécnica e distorcida que sequer mereceria ser examinada sob a ótica científica. O debate sério estuda formas civilizadas e aperfeiçoadas de solução de controvérsia. Para que as coisas se resolvam pelo exclusivo e puro arbítrio do agente estatal não é preciso estudo do Direito; menos ainda sistemático ou científico. Não há dúvida de que o processo deve ser presidido por um terceiro imparcial e de que ele deve ter capacidade de impor suas decisões aos sujeitos parciais. Não há dúvida de que o andamento do processo não pode e não deve ficar apenas a cargo das partes. Mas afirmar que convenções processuais simplesmente não poderiam interferir com a forma de exercício do poder – seja estatal, seja dos árbitros – é coisa completamente diversa. Aliás, pelo caráter dinâmico e complexo da relação jurídica processual, seria altamente duvidoso – para não dizer impossível – que convenções processuais, ainda que restrita a posições jurídicas das partes, interferissem, direta ou indiretamente, com o exercício do poder pelo juiz – assim como ocorre perante os árbitros também.

Embora, como já foi dito e ressaltado, não seja correto simplesmente colocar juiz estatal e árbitro no mesmo patamar, os dois agentes têm em comum o exercício do poder. E, mesmo na arbitragem, há disposições que, segundo judicioso entendimento, reputam-se simplesmente indisponíveis, tal como ocorre em relação à alteração do objeto do processo<sup>13</sup>. O exemplo é bem ilustrativo: a alteração, conquanto até pudesse se afeiçoar ao escopo jurídico do processo, desafia o social, na medida em que retarda a solução da controvérsia, inclusive pelos desdobramentos que a alteração pode ter sobre contraditório, instrução e custos.

Aliás, a absoluta intangibilidade do poder do juiz – no confronto com a vontade manifestada pelas partes – conflitaria com a ideia (embora também ela imprecisa) de *colaboração* ou de *cooperação* (art. 6º do CPC/15), que, sob o ponto de vista lógico, pressupõe ao menos a possibilidade de uma intervenção útil das partes na condução do processo – tal como, para ilus-

<sup>13</sup> No âmbito do tribunal arbitral da Câmara de Comércio Brasil/Canadá não se admite disposição das partes em contrário. Da mesma forma, é mandatória cláusula segundo a qual o valor da controvérsia poderá ser revisto pelo tribunal. Também é obrigatório que as comunicações sejam dirigidas ao endereço da Câmara, aos cuidados de sua secretaria, além de haver uma série de regras relativas a honorários de árbitros e pagamento de despesas que não podem ser alteradas por convenção das partes.

trar, prevê o § 3º do art. 357 do CPC/15. Mais ainda: a recusa ou resistência às convenções processuais como instrumento apto a “estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa” (dicção do art. 190) é incoerente com a ideia de que essa conformação poderia ser feita pelo juiz, mediante *gerenciamento* do processo ou, para emprestar a expressão extraída do *common law*, do *case management*. Aqui, o conceito só pode ser um: ou bem o processo pode ser adaptado para se afeiçoar às peculiaridades da controvérsia ou não; se pode, então é irrelevante se o ajuste viria por iniciativa do juiz ou das partes porque nem um nem outro estão autorizados a adotar mudanças inconstitucionais, ilegais ou irracionais. Seja qual for a origem das adaptações, o fundamental é que elas se alinhem aos escopos da jurisdição e que assegurem a paridade de armas.

Ainda sob a ótica do poder do juiz, não será demasiado lembrar que a subespécie poder jurisdicional é desencadeada também pelo exercício de outro, que é o *poder de ação* – ainda que a essa posição de vantagem a comodidade nos leve a falar “direito de ação”. Esse poder impõe *sujeição* do Estado, que deve dar resposta ao reclamo de tutela (para concedê-la ou rejeitá-la). Se isso realmente não significa dizer que o juiz estaria sujeito à vontade das partes (o que, de fato, seria um notório e grave equívoco), de outra parte evidencia que não se pode simplesmente falar no poder do juiz como uma prerrogativa desprovida de teleologia. Então, se o poder de ação, sob concepção analítica, não se exaure com a simples propositura da demanda, então é correto entender que o desenrolar do processo também envolve poderes compatíveis com a obtenção da referida tutela, o que precisa ser contrastado com o poder estatal, tudo para que prevaleça a função instrumental do processo e a racionalidade que nele deve se conter.

Um bom exemplo disso, conforme já lembramos<sup>14</sup>, é o emprego da *oralidade*, técnica larga e eficazmente empregada nos processos arbitrais, mas cada vez mais desprestigiada nos processos jurisdicionais estatais. Assim, se as partes convencionarem que haja audiência não prevista em lei, a convenção deverá ser respeitada, apenas que com a observância (presumivelmente veraz e leal) da disponibilidade de pauta do juízo. Mesmo em processos já em grau de recurso (ordinário e ao menos por uma vez), parece lícito que se convençione que haverá audiência com o relator, para que as partes possam objetivamente debater a causa de forma presencial.

---

14 Cf. nosso “Que futuro está reservado para as convenções das parte sem matéria processual?”, in Carta Forense, dez/2016.



Nesse ponto, conforme já dissemos<sup>15</sup> pode ter utilidade e relevância tomar como norte fundamental para o controle dos limites das convenções, para além daqueles constantes expressamente do art. 190, os *escopos da jurisdição*: o processo existe para superar conflitos (e, portanto, restabelecer a paz social com racionalidade e presteza possível) mediante a atuação do direito objetivo (suposto que não seja possível solução consensual). É certo que tais escopos, conquanto sejam complementares sob certo aspecto, também são de alguma conforma contraditórios entre si: para atuar a vontade concreta do direito é preciso tempo e, em contrapartida, para pacificar mediante a superação da controvérsia é preciso presteza<sup>16</sup>. Então, como também já dissemos, não se descarta que, eventualmente, seja preciso recorrer à técnica da ponderação de valores, como forma de conter eventual excesso na intervenção estatal sobre a atividade das partes. Será caso, então, de avaliar a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito de determinado óbice que o juiz oponha à autonomia da vontade das partes.

### 3 - SEGUE: AUTONOMIA DA VONTADE EM MATÉRIA PROBATÓRIA.

Tudo isso se aplica – ou, por coerência, quando deveria se aplicar – às *convenções sobre prova*, que aparentemente envolvem três importantes questões cujo exame, contudo, convém seja precedido de nova advertência ou até exortação: tanto quanto possível, é preciso ser realista e tentar trabalhar com situações factíveis. Certamente não se pode subestimar as inúmeras possibilidades que se abrem às partes nesse terreno. Contudo, é preciso novamente considerar que a inserção de cláusulas processuais em contrato pode encontrar relevantes obstáculos, de tal sorte que convém lidar com as convenções que mais utilidade possam trazer às partes, sob sua própria perspectiva, que, por sua racionalidade, seja vista pelo órgão judicial como úteis.

Justamente nesse contexto está um primeiro dado relevante: prova é um daqueles institutos que podem ser considerados “bifrontes”, na medida em que, a depender do enfoque, podem ser qualificados como regidos por direito material ou processual, sendo disso uma boa ilustração o fato de haver disciplina da matéria tanto no Código Civil quanto no de Processo Civil. São conhecidas as relações entre prova e forma do negócio jurídico,

15 Cf. nosso *Curso de Direito Processual Civil*, São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 43/44.

16 Esse aspecto foi muito bem captado e examinado por Marília Siqueira da Costa, em sua dissertação de mestrado “*Convenções Processuais sobre a intervenção de terceiros*”, defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 01/12/2017.

seja ou não o tema tratado sob o prisma de solenidades indispensáveis à validade do ato. Não se trata aqui de rediscutir temas ligados ao “Direito processual material”, mas, na esteira das considerações anteriores, constatar que, num contrato, disposições sobre prova não necessariamente têm roupagem ou função “processual”.

Isso pode ser uma vantagem na medida em que, sob essa perspectiva, a pré-constituição da prova de forma consensual pode surgir de forma mais natural entre as partes, no evoluir das negociações, até como forma de prestigiar a boa-fé, mediante o adequado registro de ocorrências ligadas à execução do contrato, sem que isso naturalmente estabeleça formalismo ou burocracia indesejável (lembremo-nos dos custos de transação!). Por experiência comum, sabe-se que, após a formalização e assinatura de um contrato, sua execução (em sentido material) pode ensejar circunstâncias de fato das mais variadas, com potencial para afetar o objeto do que foi contratado ou, quando menos, interferir na interpretação do que se avençou, se isso for necessário.

Nesse terreno, parece lícito e factível imaginar convenções que criem o *ônus de documentação* de fatos ocorridos no decorrer da execução do contrato, submetendo-se a determinada forma que, embora garantindo a prova dos fatos, evite a tentativa de pré-constituição unilateral de prova documental; por exemplo, limitando o campo de emprego de e-mails entre partes ou, pelo contrário, criando o encargo de que todo e qualquer fato ou objeção relevante seja documentado por essa forma. Em contratos de construção e mesmo em outras formas de fornecimento de serviços, as “medições” se prestam justamente a essa finalidade. Também é possível, nessa linha de raciocínio, projetar convenções que imponham uma vistoria ou mesmo exame por técnico no decorrer da execução do contrato, em tais ou quais condições. Isso pode envolver profissionais de ambas as partes ou mesmo um terceiro desde logo indicado por elas, convencionando-se o caráter vinculante ou não das conclusões a que chegar o terceiro sobre determinado ponto potencialmente controvertido. Mais uma vez, há o óbice dos custos, mas as partes podem e devem avaliar até que ponto esse custo intermediário pode compensar um possível custo que viria mais adiante, se tal ou qual controvérsia não fosse desde logo debelada.

Indo um pouco além, também parece possível imaginar que eventual pré-constituição de prova mereça outras disposições consensuais: a) previsão de que a produção antecipada de prova, mesmo em caso de haver cláusula compromissória, seja admissível com base nos incisos II e III do art. 381 do

CPC, caso em que podem as partes convencionar, por questão de adequação de trabalho e custos, que o árbitro instrutor será apenas um, talvez até “ad hoc”; b) colheita prévia de depoimentos de partes e de testemunhas, de forma semelhante ao que se passa nos modelos de *common law*; c) ônus de exibição de documentos, quando solicitado – prevendo-se, talvez, as hipóteses e momentos em que isso seria devido; d) possibilidade de solicitação de documentos das partes em poder de terceiros. Enfim, são possibilidades a explorar.

Um segundo aspecto relevante – dos três acima enunciados – diz com o fato de que, não obstante essa estreita ligação com o Direito material, prova é um desdobramento do direito de ação e de defesa. Disso decorreria um potencial problema, consistente em não se poder convencionar em detrimento do devido processo legal. Portanto, disposições que, por exemplo, limitassem a prova de tal ou qual fato à documental ou que determinassem que a prova oral deveria ser colhida de forma extrajudicial e apenas apresentada em juízo sob a forma de declarações escritas poderiam ser tidas por inadmissíveis por cercear o direito à prova.

Contudo, conforme exposto anteriormente, eventuais limitações bilaterais e isonômicas devem ser admitidas, bastando que se preserve a paridade de armas. Não se deve – a pretexto de garantir o devido processo legal – negar o próprio caráter instrumental do processo, que é instrumento de superação de controvérsias, e não de atuação do direito objetivo de forma desvincula de tal finalidade. Mais uma vez, convém lembrar que se as partes podem transigir no plano material, inclusive sem a necessidade de qualquer processo, seria incoerente entender que elas não poderiam voluntariamente transigir com posições emergentes da relação processual. Dar ao direito à prova uma dimensão de ordem pública, no contexto da vontade livre e consciente das partes (em temas em que a disponibilidade vigora), seria sobrepor o meio aos fins.

Tal aspecto, aliás, liga-se ao terceiro e último de que acima se cogitou: não seria possível transigir sobre a prova porque seu destinatário é o juiz. Portanto, quer porque ele seria terceiro em relação ao negócio, quer porque a liberdade de valoração da prova – ou, a regra de persuasão racional – seria postulado indissociável do poder jurisdicional, a convenção nessa matéria seria inadmissível. Ou, dito de outra forma, eventuais restrições fruto de convenção poderiam ser assim traduzidas: as partes até poderiam dispor sobre seu direito à prova, mas de qualquer modo o órgão judicial não ficaria jungido pelo negócio e, querendo, poderia determinar a produção de prova excluída ou limitada pela vontade das partes.

É bem provável que essa objeção jamais seja vencida. Se for assim, só se tem a lamentar porque, ao invés de se construir uma solução mais coerente com o sistema e de acordo com os escopos da jurisdição, ter-se-á optado por uma visão desgastada e – forçoso reconhecer – pouco aderente à realidade no que diz com o exercício de poderes de instrução pelo órgão judicial, de ofício. E há argumentos objetivos que autorizam a assertiva.

Desde logo, a objeção de que o juiz é o destinatário da prova (e, portanto, terceiro em relação ao negócio celebrado pelas partes) decididamente não procede nos casos de prova antecipada fundada nos incisos II e III do art. 381 do CPC/15. Neles, conforme já procuramos destacar<sup>17</sup>, destinatárias são as partes, que buscam conhecer fatos relevantes e, assim, determinar suas chances de êxito e riscos ou mesmo a conveniência de buscar solução não adjudicada. Nesses casos, o juiz – assim como o árbitro, caso a prova seja colhida nesse âmbito – está inclusive impedido de se pronunciar sobre a ocorrência dos fatos e respectivas consequências jurídicas, conforme § 2<sup>a</sup> do art. 382 do mesmo diploma – cuja constitucionalidade não consta tenha sido posta em discussão. Portanto, não havendo que se falar em livre apreciação da prova ou persuasão racional, nem mesmo em tese se pode cogitar de óbice às convenções processuais probatórias sob aquele pretexto. Por outras palavras: em tema de antecipação de prova, é ampla a possibilidade de convenção das partes em matéria processual.

Aliás, isso é igualmente válido para as hipóteses em que a antecipação se dá no caso de urgência (art. 381, I) que, embora já constasse do CPC/73, tem em comum com as hipóteses anteriores o fato de que a atividade é apenas probatória e não há apreciação ou valoração do material colhido.

Além disso, a tese de que o juiz tem o poder de produzir prova de ofício contra a expressa vontade das partes, preservada convicção em contrário, não encontra justificativa no sistema.

Primeiro, é forçoso reconhecer que o modelo de juiz ativo, que toma a iniciativa da prova, que supre a inércia das partes e que, mesmo no terreno de direitos patrimoniais disponíveis entre partes maiores e capazes, engaja-se em verdadeira cruzada pela descoberta da verdade para fazer justiça é muito mais uma aspiração da doutrina do que propriamente uma realidade. Esta, mesmo

---

<sup>17</sup> Cf nosso **Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova**, São Paulo: Malheiros, 2009, tratam do assunto, os seguintes tópicos: 7 - ônus da prova, interesse das partes e interesse público; 8 - interesse pública e antecipação da prova; 9 - ônus da prova objetivo e subjetivo: exame crítico; 12 - Ônus de produzir prova antecipadamente para evitar o processo e o julgamento estatal: os mecanismos de instrução preliminar dos sistemas de “common law”; 43 - direito à prova e investigação; 47 - segue, ainda o direito à prova e o direito material; 68 - necessidade da prova para a busca de soluções de autocomposição.

à míngua de dados estatísticos que respaldem a assertiva, revela que, embora o juiz controle a produção da prova, ele aguarda a iniciativa das partes e, no momento próprio, *considera as regras de distribuição do ônus probatório*. Aliás, embora ainda sem poder apresentar estatísticas, arrisca-se dizer que a realidade está mais para paradoxais indeferimentos de prova requerida pela parte e posteriores assertivas de que a parte não se desincumbiu do respectivo ônus probatório; para precipitados julgamentos antecipados que limitam o direito à prova, do que propriamente para juízes ávidos por atividade instrutória. Portanto, aceita que possa ser essa premissa, se a questão ora posta não é exatamente um falso problema, sua dimensão concreta tende a ser consideravelmente menor do que talvez possa ser seu tratamento teórico.

Certo que o divórcio entre a doutrina e a jurisprudência não deve levar aquela a esmorecer e a abandonar as teses que entenda adequadas. Também é certo que a conveniência de iniciativa probatória oficial é reconhecida pela primeira, de forma praticamente unânime, nos domínios de direitos indisponíveis e naqueles em que há desigualdades substanciais – o que, diga-se de passagem, é correto, mas apenas confirma que só aí é que a iniciativa oficial se justifica. Mas nem uma coisa nem outra muda o que foi dito acima: juiz que atua de ofício entre partes maiores e capazes, em tema de direitos patrimoniais disponíveis, se considerada a realidade, está mais para exceção do que para a regra<sup>18</sup>. Se algo diverso ocorre nos casos de hipossuficientes, isso é praticamente irrelevante neste assunto, porque esse ambiente é, também de forma realista, menos favorável para convenções processuais (se é que possíveis)<sup>19</sup>.

Segundo, uma coisa é dizer que o juiz tem o dever de suprir *omissão* das partes e, de ofício, determinar as provas que entenda necessárias; outra coisa, substancialmente diversa, é ordenar prova *contra* a vontade explicitada pelas partes. Mais uma vez é preciso atentar para o paradoxo: no contexto aqui examinado, o juiz não pode impedir que as partes abram mão de suas posições substanciais, justamente porque a premissa, nesse terreno, é de que elas sejam disponíveis; mas, estranhamente, o juiz poderia contrariar a vontade das partes para um tema instrumental, que é o da produção da prova. Talvez o problema até não seja exatamente de continência, mas o raciocínio não dei-

---

18 De forma paradoxal, a experiência em arbitragem (local) revela que árbitros tem atuação oficiosa em matéria probatória muito superior que a estatal; o que não deixa de ser curioso porque seria de se esperar que nesse outro âmbito a prova fosse tida essencialmente como um assunto das partes. Essa intervenção é equivocada, mas esse é assunto a ser tratado em outro trabalho.

19 A favor, Fernando da Fonseca Gajardoni, “Negócio jurídico processual em contratos de consumo: possibilidade”, in Carta Forense, janeiro/2018 e contra, Flávio Tartuce, “Negócio jurídico processual em contratos de consumo: posição contrária”, in Carta Forense, janeiro/2018.

xa de ser válido: se as partes podem transigir quanto ao “mais” que é direito substancial, indaga-se: qual seria fundamento lógico e jurídico para impedir que as partes transijam sobre prova – o que é “menos”, na medida em que diz respeito a uma parte da controvérsia, que é seu aspecto fático?

Sob essa ótica, a disposição probatória pode e deve ser entendida como uma convenção que resolve parcial e gradualmente a controvérsia; resolução que em nada é vedada pelo sistema e até pelo contrário. Para ilustrar, no âmbito do saneamento e organização do processo, é lícito às partes apresentarem “delimitação consensual das questões de fato e de direito”, inclusive de sorte as vincular (e ao juiz, conforme expressamente dispõe o § 2º do art. 357 do CPC/15). Ora, se é verdadeiro que o primeiro passo para resolver um problema é seu exato diagnóstico, então a delimitação consensual do objeto da prova é uma contribuição das partes para a solução global da controvérsia. Ademais, mesmo se considerada a solução adjudicada, ela também pode se dar de forma progressiva, tal como ilustram as ditas “sentenças parciais” na arbitragem<sup>20</sup> e o julgamento antecipado parcial do mérito (CPC/15, art. 356).

Naturalmente, se o juiz, a partir de dados objetivos e racionais, suspeitar que a convenção tenha conteúdo ou finalidade ilícita, ou de que ela pode encobrir a prática de ato simulado, nesses casos – e em outros que possam ser análogos – é irrefutável que a atuação estatal tenda a obstar tais ilícitos intentos. Aliás, isso já era objeto da regra contida no art. 129 do CPC/73, reiterada pela do art. 142 do CPC/15. Mas tais hipóteses são excepcionais e particulares e, como tal, merecem solução de igual natureza, não sendo correto tomar a ilicitude e a exceção como argumentos para negar ou limitar a liberdade de convenção.

Como variação disso, mesmo se o magistrado suspeitar que a disposição probatória busque (bilateralmente) impedir a revelação de tais ou quais fatos – por exemplo, dados cobertos por sigilo bancário e fiscal –, ainda assim não parece ser propriamente caso de se negar efeito à regra probatória, mas de eventualmente se dar notícia ao órgão competente para investigação de possível ilícito – suposto que irrelevantes para o desfecho da controvérsia, considerados os limites do objeto do processo, tal como posto pelo autor (e eventualmente pelo réu).

Mas há um argumento final que – somado aos demais ou mesmo se considerado de forma isolada – parece ser fundamental para descartar se o

---

20 Que podem ter por objeto não apenas partes do objeto do processo (mérito), mas outros temas, como a validade da cláusula compromissória e a arbitrabilidade da controvérsia.

juiz teria poder de determinar prova contra a vontade expressa pelas partes em convenção processual. É que, nesse contexto, o juiz não perde sua liberdade de convencimento, nem fica prejudicada a regra de persuasão racional. Basta ter em mente que o julgamento de mérito há que considerar o conjunto da prova e, portanto, igual e eventualmente, a *falta dela*. Por outras palavras, se a prova fruto da convenção entre as partes levar a um quadro insatisfatório, em que o estado originário de ignorância do julgador sobre os fatos não pode ser vencido, então o magistrado deverá simplesmente considerar as regras de distribuição do ônus da prova.

Sobre isso, o CPC/15 positivou a regra segundo a qual o juiz pode – desde que o faça de maneira fundamentada – distribuir o ônus da prova de forma “dinâmica”, isto é, de forma diversa daquela “estaticamente” prevista pela lei. É a conhecida regra do § 1º do art. 373 do CPC/15 que, a rigor, busca preservar a inafastabilidade do controle jurisdicional, o contraditório e a ampla defesa, de sorte a permitir que o juiz distribua o encargo probatório segundo as peculiaridades da controvérsia e especialmente a condição – absoluta e relativa – de cada um dos litigantes.

Ora, se ao juiz foi outorgado o poder de determinar a regra de distribuição do ônus da prova, e se a comunicação às partes sobre isso deve ser feita de forma a permitir que a parte se desincumba do encargo, então parece razoavelmente claro que a lei já deu ao juiz o poder de interferir nos domínios da prova de forma altamente eficiente. Não é preciso exercer poderes de instrução de ofício na medida em que, de antemão, as partes já sabem que eventual dúvida remanescente se resolverá em desfavor de uma delas.

E nem se diga que assim já ocorria antes porque deixar a atribuição do ônus à lei, de um lado, e permitir que o juiz o faça, de outro, são coisas consideravelmente diversas. Mais ainda: mesmo sob a vigência do CPC/73 já era possível objetar a atuação oficial em matéria de prova nos casos em que o Direito substancial estabelece presunções que, afinal de contas, partem da experiência comum e que, atuando sobre o ônus da prova, têm por finalidade prestigiar uma das partes. Nesses casos, a atuação oficial conflitaria – de forma se não desnecessária e inútil, ao menos desproporcional – com a opção feita pelo legislador.

Certo que sempre haverá o argumento segundo o qual o juiz deve buscar a *verdade* no processo, porque só assim se fará justiça. Sobre isso, vale registrar algumas observações.

Primeiro, novamente convém ser realista e considerar – tanto mais num contexto de grande massa de processos, a gerar o que se afirma ser uma carga invencível – que essa busca, ao menos na generalidade dos casos submetidos ao Judiciário, não corresponde à realidade. Na vida real, mesmo à míngua de estatísticas que respaldem a assertiva, a iniciativa probatória do juiz quando muito é verificada em processos que envolvem direitos indisponíveis e, mesmo assim, se o órgão do Ministério Público que se presume deva intervir quedar-se inerte – o que, forçoso convir, não pode ser erigido à condição de regra, mas de exceção. Entre partes maiores e capazes que litigam sobre direitos patrimoniais disponíveis, alegação e prova são – como deve mesmo ser – assuntos substancialmente a cargo do interessado.

Segundo, a busca da verdade não é um escopo do processo, que, na realidade, busca pacificar mediante a eliminação das controvérsias – embora realmente o faça mediante a atuação do direito objetivo. O tema – cercado de relevantes aspectos filosóficos – já foi tratado doutrinariamente, mas parece ainda surpreendente a reiteração da ideia de que é a busca da verdade que move o juiz. Essa visão, por sobre ser mais uma vez irrealista, é desde logo parcial: o conhecimento dos fatos é, sem dúvida, instrumento para consecução do objetivo de aplicar o direito no caso concreto, mas em boa medida conflita com o escopo social, de mais rápida superação da controvérsia e, como dito, de consequente pacificação social. Mesmo no processo penal, em que se diz que o juiz buscaria a verdade real, não é factível nem correto que o juiz, diante da omissão do órgão acusador, empreenda atividade de ofício para suprir a inércia do demandante. Certamente que o juiz não é indiferente à busca da verdade pelo simples fato de que a atividade probatória se destina à revelação dos fatos. Então, se o juiz admite tal ou qual prova, é natural que ele se interesse pelo resultado que tal atividade pode proporcionar. Mas isso é coisa consideravelmente diversa do que dizer que o escopo do processo – e, portanto, do juiz – seja o de descobrir a verdade. Não é porque a sentença de mérito é dada na premissa de que a prova foi insuficiente para revelar os fatos que ela é menos valorosa sob o prisma dos escopos do processo.

A regra legal que permite às partes a escolha consensual do perito, cuja perícia “substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz” (art. 471, *caput* e § 3º do CPC/15) é uma boa ilustração para tudo o que foi dito.



A propósito, há quem sustente que “O fato de o perito ter sido indicado pelas partes não retira do juiz o dever de valorar a qualificação do profissional indicado e não retira do juiz seus poderes instrutórios atribuídos pela lei”. Assim, “o dispositivo legal não significa, contudo, dada a impossibilidade de as partes limitarem a formação do convencimento judicial, que não possa o juiz indicar outro perito para a realização de uma segunda perícia, se considerar que a primeira perícia, aquela realizada pelo profissional indicado pelas partes, não esclareceu de maneira suficiente a questão controvertida (...)”<sup>21</sup>. Da mesma forma, já se disse que “Considerando-se que o destinatário da prova é o juiz, este poderá determinar a realização de uma segunda perícia, a ser realizada por perito nomeado pelo juízo, na forma do art. 480”<sup>22</sup>.

Contudo, preservada tal convicção, e sempre com a ressalva de que a realidade dificilmente levará a situações concretas e recorrentes que apresentem esse tipo de problema, essa solução é inconciliável com determinação legal de que a “perícia consensual substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz”, cuja constitucionalidade, ao que se sabe, não foi sequer posta em dúvida. Tal solução, por sobre ser legal, não infirma a persuasão racional porque essa haverá que se dar mediante recurso às regras de distribuição do ônus da prova que, nesse caso, são o parâmetro jurídico e legal a ser considerado pelo juiz que, de todo modo, terá que justificar a razão pela qual entende seja a prova consensual imprestável para o conhecimento e revelação dos fatos controvertidos. Ora, se a lei – aparentemente sem reação contrária à altura dessa outra – diz que a simples fixação de pontos controvertidos vincula o juiz (art. 357, § 2º), seria incoerente que a convenção sobre a própria prova não vinculasse o julgador.

Certamente que a perícia consensual não retira do juiz o poder de presidir as atividades relativas à prova e, nessa medida, de exercer o *case management* (que a tanto não se limita, mas que tem ali uma boa ilustração), relativamente ao objeto e à duração da prova. O magistrado pode – na verdade, continua a poder – apresentar seus próprios quesitos e determinar sejam feitos esclarecimento, inclusive oralmente em audiência, se necessário. Aqui, sim, eventuais disposições que excluíssem tais prerrogativas poderiam ser tidas como inaceitáveis. Não parece possível, contudo, que o juiz simples-

21 Paulo Henrique dos Santos Lucon, “Prova Pericial no CPC/2015”, Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 267, maio/2017, pp. 211/223.

22 Paulo Magalhães Nasser, ao comentar o art. 471 do CPC, in **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**, coord. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 470.

mente determine a realização de nova perícia, nem mesmo por perito a ser novamente escolhido pelas partes<sup>23</sup>, porque isso, mais uma vez, equivaleria a passar por cima da vontade das partes. O argumento fundado no art. 480 não colhe<sup>24</sup>: a possibilidade de se determinar de nova perícia é ali dada ao juiz na premissa de que a ele caiba essa tarefa. Mas, tendo as partes excluído tal possibilidade, permitir-se que uma segunda perícia substituísse a primeira seria, novamente, contornar a norma legal.

Isso naturalmente não quer dizer que o julgador não possa submeter o tema – necessidade de ser feita nova perícia – ao debate, preferencialmente pessoal e em audiência, para que a oralidade preste a relevante função de servir de instrumento para o efetivo contraditório. Mas se não houver consenso, é com a regra de distribuição do ônus da prova que o juiz deve trabalhar. Naturalmente, vale aqui a mesma ressalva que antes fora feita de forma genérica: caso o juiz identifique possível ilícito, então ele deve adotar providências para que tal prática não se consuma<sup>25</sup>.

#### 4- À GUIA DE CONCLUSÃO.

Como se disse no preâmbulo, a eleição do tema considerou – e procurou relacionar – dois temas que foram tratados pelo ilustre homenageado com o brilhantismo que o caracterizava. Por razões óbvias, não se poderá saber ao certo se nosso Mestre concordaria com o que aqui foi dito. É bem provável que ele discordasse da tese essencial aqui desenvolvida, embora até pudesse aceitar algumas das considerações feitas.

Com efeito, embora o Professor José Carlos Barbosa Moreira tenha sido, entre nós, um dos precursores no trato das *convenções processuais*, o conjunto de sua obra leva a crer que ele dificilmente aceitaria a prevalência da vontade das partes sobre a iniciativa probatória do juiz. Tal é o que se extrai da grande ênfase com que defendia o exercício de ofício dos poderes de instrução pelo juiz, assim como de seu ceticismo – para não dizer repúdio – em relação às ideias que atenuassem o caráter público do processo e que,

---

23 Essa possibilidade é vislumbrada por Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, in *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 2, 16ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 347.

24 Em sentido diverso do texto, vide Leonardo de Faria Beraldo, in *Comentários às Inovações do Código de Processo Civil*, Belo Horizonte: DelRey, 2015, p. 186.

25 Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, ao comentarem o art. 471 do CPC, ponderam que o juiz “não pode permanecer alheio a qualquer evidência de manipulação do acordo, que deverá ser prontamente reprimida (CPC art. 139 III). Sendo assim, caso entenda que a pura e simples nomeação do perito favoreça uma das partes (em razão de alguma relação entre ambos, por exemplo), pode desconsiderar o consenso em torno do nome do perito e nomear outro” (cf. *Código de Processo Civil Comentado*, 16ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1188). Mas, o tema é complexo porque o exemplo dado envolve possível vício de consentimento ou social; e, nesse caso, é preciso preservar o contraditório e, principalmente, definir a forma pela qual se poderia reconhecer a invalidade e a ineficácia do acordo.

de alguma forma, pudessem apontar para uma espécie de “neoprivatismo” – expressão de que o próprio Mestre se valeu<sup>26</sup>.

De outra parte, é certo que o decréscimo (quantitativo, bem claro) da produção de novos textos pelo homenageado coincidiu em alguma medida com uma série considerável de modificações no Direito processual brasileiro. Ainda que essas alterações não possam ser tidas como propriamente inéditas para o Mestre (inclusive pela notável capacidade de antever o futuro, de que se falou no tópico precedente), o advento do novo Código de Processo Civil é disso uma razoável ilustração. Mas não foi apenas isso: nos últimos anos, o processo arbitral ganhou crescente importância e o tema tem merecido a atenção dos estudiosos, inclusive no paralelismo que guarda com a possibilidade de um processo jurisdicional estatal fruto da vontade das partes. Além disso, cresceu o interesse pelas soluções não adjudicadas de conflitos, a fazer do processo mais do que um mero instrumento de atuação de poder estatal, para soluções imperativas. A concepção de prova como elemento destinado exclusivamente à formação do convencimento do juiz caiu por terra e, se não temos propriamente um modelo igual ao que admite a *discovery*, hoje o papel das partes em matéria probatória tem uma relevância maior do que a de décadas atrás.

Enfim, nesse “novo” contexto, *talvez* o Mestre estivesse em alguma medida disposto a rever ideias e conceitos. Mas, seja como for, seu legado é perene. Ainda que – como é inevitável – mudem as concepções de vida e de mundo e, com ela, o modo de fazer e de interpretar o Direito, as lições de José Carlos Barbosa Moreira serão sempre lembradas e cultuadas, como fonte inesgotável de aprendizado e de reflexão. ❖

---

26 Cf. José Carlos Barbosa Moreira, “O neoprivatismo no processo civil”, in **Temas de Direito Processual**: nona série, São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 87/101.