



VETORES DA REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA VALORAÇÃO DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

EDILTON MEIRELES¹

RODRIGO ANDRES JOPIA SALAZAR²

Resumo

O presente estudo visa demonstrar quais são os vetores de regulamentação normativa da valoração da prova judicial no Código de Processo Civil. A análise parte de um conceito puro de prova judicial, passando pela interpretação dos dispositivos legais previstos no Código de processo Civil, investigando ainda a possibilidade de limitações à valoração da prova estabelecidas em negócio jurídico processual, concluindo pela possibilidade das partes estabelecerem limites à cognição judicial e aos poderes instrutórios do juiz.

Palavras-Chave: Prova judicial; Poderes instrutórios do juiz; Valoração da prova; Negócio jurídico processual; Cognição judicial

VECTORS OF NORMATIVE REGULATION OF THE VALUATION OF CIVIL JUDICIAL EVIDENCE

Abstract

The present study aims to demonstrate which are the vectors of normative regulation of the valuation of judicial evidence in the Code of Civil Procedure. The analysis starts from a pure concept of judicial evidence, including the interpretation of the legal provisions provided for in the Code of Civil Procedure, investigating the possibility of limitations to the assessment of evidence established in a procedural legal transactions, concluding that the parties can establish limits to judicial cognition and to the instructional powers of the judge.

Keywords: Judicial evidence; Instructing powers of the judge; Assessment of evidence; Procedural legal transactions; Judicial cognition

1 INTRODUÇÃO

¹ Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor de Direito Processual Civil na Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor de Direito na Universidade Católica do Salvador (UCSal). Desembargador do Trabalho na Bahia (TRT 5ª Região). edilton_meireles@uol.com.br

² Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Teoria Geral do Processo (UFBA), Especialista em Direito Processual Civil (Faculdade Jorge Amado), Professor Auxiliar da Universidade do Estado da Bahia (UNEB). professor.rodrigosalazar@gmail.br



Ainda é possível afirmar que a prova judicial é instrumento voltado a convencer o juiz e que a sua valoração é livre no sistema processual civil brasileiro? Essa pergunta é a que orienta o presente estudo, demandando análise dividida em duas frentes: a primeira, localizada no plano da Teoria Geral do Processo, que trata do conceito de prova; e, a segunda, no plano normativo.

Os vetores normativos utilizados neste estudo são os dispositivos legais que regulamentam a valoração e destinação da prova, mas também as disposições de eventual negócio jurídico processual sobre o tema.

A metodologia utilizada é a da pesquisa exploratória, com viés dedutivo, com a exposição das construções doutrinárias que tenham relação com o tema e problemas propostos, bem como do exame de textos legislativos e posicionamentos jurisprudências, de modo que ao final possam ser atingidas conclusões teóricas e reflexões capazes de influir na prática processual.

Desta forma, o presente estudo está dividido em três partes: primeiro será analisado o conceito de prova; em um segundo momento serão analisadas as normas que regulamentam a valoração e destinação da prova presentes no Código de Processo Civil (CPC); e, por fim, será analisada a possibilidade de negócio jurídico processual, em que as partes estabeleçam normas próprias para a utilização da prova pelo juízo. Após fixadas as premissas, serão expostas as conclusões.

2 CONCEITO CLÁSSICO DE PROVA

O vocábulo prova não possui um único sentido, ligando-se às atividades de convencimento, verificação, inspeção, exame, argumento, razão ou confirmação de uma ideia (BENHTAM, 2001, p.15).

Essa plurissignificação também é percebida na sua acepção jurídica, sendo referenciada a prova (SANTOS, 1955, p.4), tanto para designar o meio considerado em si mesmo (prova testemunhal, prova documental, por exemplo) como o ato de produção (quando se refere a prova pericial como o procedimento para se obter a prova) (MARINONI, 2010, p.55), ou ainda como o resultado produzido em torno da valoração de uma alegação (CARNELUTTI, 2003, p.63).



Tomada a prova jurídica em si, sem analisar a quem cabe fazer sua valoração e análise, é possível conceitua-la como um meio dirigido a formar convencimento sobre uma determinada proposição que importa ao Direito (CARNELUTTI, 2003, p.67).

Nesta conceituação ressaltam ideias que são importantes para o entendimento do papel da prova no contexto jurídico, bem como para visualizar como determinado ordenamento processual pode vir a tratar do tema: observa a prova como um meio retórico, ou seja, a prova é um meio que se presta a um raciocínio dialético ligado à ideia de argumentação. Tal delimitação primeira considera a prova jurídica de forma geral e não apenas no processo; em um segundo momento, considera a prova dentro de um contexto jurídico e, por fim, relaciona a prova a confirmação de uma proposição.

É um conceito de prova que não traz em seus elementos o sujeito que pode se valer da prova, delimitando a noção de prova dentro de suas características intrínsecas e não de sua valoração futura por um sujeito processual específico³. Essa característica conceitual é importante para analisar o destinatário da prova em um processo e será tratado em item posterior.

Definido o conceito de prova que será utilizado neste estudo, é possível afirmar que a regulamentação normativa da prova é construída a partir de dois ângulos distintos: um objetivo (SANTOS, 1955, p.44) e outro subjetivo (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 38).

Objetivamente cabe regulamentar a atividade probatória, os meios de prova admitidos em direito, os sujeitos que podem produzir prova, bem como os momentos processuais de produção de prova.

Subjetivamente, a regulamentação normativa visa delimitar o impacto das provas na convicção em torno de uma determinada proposição relevante para o Direito (MARINONI e ARENHART, 2016, p. 80).

Dada a proposta do presente estudo, investigaremos o tratamento normativo dado ao ângulo subjetivo de valoração da prova, bem como ao contorno objetivo da participação das partes e do juiz na atividade probatória. São esses os objetos dos itens que se seguem.

³ Não é incomum a construção de conceitos de prova que tragam para o elementos do conceito o destinatário da prova, como mostra, a qual indicamos como paradigma desse pensamento, a definição apontada por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “Nessa perspectiva, se retorna à definição que já lançamos, e que parece refletir, razoavelmente, a natureza da prova, como se pretende denotá-la: a prova, em direito processual, é *todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido dentro dos parâmetros fixados pelo direito e critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.*” (MARINONI e ARENHART, 2016, p. 72).



3 VALORAÇÃO DA PROVA E CONVENCIMENTO DO JUIZ

A atividade probatória, em um processo judicial, liga-se à confirmação de proposições⁴, geralmente, ligadas aos fatos, mas que podem tratar, excepcionalmente, sobre a vigência e existência de normas jurídicas⁵.

Uma vez produzidas, as provas existentes serão valoradas para possibilitar a confirmação das proposições, de forma a que se construa uma conclusão coerente sobre as preposições apresentadas em uma demanda. A valoração das provas, que nada mais é que a atividade de percepção dos resultados da atividade probatória que se realiza em um processo, influencia diretamente no subjetivismo presente na fundamentação de uma decisão judicial.

A forma do direito lidar com tal aspecto subjetivo da prova não é única, variando no tempo e espaço. É nesse contexto, de regulamentação normativa da valoração da prova que se construíram os sistemas de apreciação da prova, sendo necessária a análise de como as disposições legais influenciam a valoração do juiz em um contexto processual.

A solução legal dada ao problema, pelos diversos ordenamentos jurídicos processuais não é única, advindo daí a existência de diversos sistemas que possuem características próprias e diversas.

O Sistema da prova legal (SANTOS, 1955, p. 354) é marcado pela preponderância de regras de valoração da prova, estabelecidas pela lei em caráter geral e abstrato e não pelo juiz em cada caso que julga. Antecipando-se a este, o legislador estabelece juízos valorativos ao impor normas que graduam, exaltam, limitam ou excluem a eficácia das variadas fontes ou meio probatórios, mediante verdadeiras tabelas de valores a serem observadas pelos juízes em geral. Daí falar-se em provas tarifadas (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 425).

No sistema de convencimento íntimo, em posição diametralmente oposta à da prova legal está o sistema do convencimento moral ou íntimo que é marcado pela extrema insegurança, no qual o juiz teria o poder de decidir segundo seus próprios impulsos ou impressões pessoais, sem o dever de alinhar fundamentos ou dar satisfações a quem quer que fosse (SANTOS, 1955, p. 455). Ele poderia, inclusive, formar convicção sobre fatos a partir da sua própria ciência privada quando tivesse conhecimentos deles graças a circunstâncias estranhas aos autos (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 430).

⁴ É um ambiente caracterizado pela argumentação, as proposições postas pelas partes é que constituem a base para delimitação do objeto da prova em um processo judicial.

⁵ Art. 376. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário.



Com premissas diversas de ambos, o sistema de convencimento racional e motivado orienta que, ainda que livre, o convencimento do juiz deve ser racional e não emocional, ligando-se, necessariamente, ao material colhido nos autos do processo. Em tal sistema, o juiz tem o dever de justificar a valoração dada à prova ao motivar racionalmente a decisão (OLIVEIRA, 1997, p. 163) ⁶.

Comumente a doutrina afirma que nosso direito regulamenta a valoração do juiz, tomando como base as características do sistema do livre convencimento racional e motivado do magistrado (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 427) ⁷. A base para tal vinculação era a menção expressa, no artigo 131, CPC/73, à possibilidade do juiz apreciar “livremente a prova”⁸.

Ocorre que tal disposição normativa foi modificada, inexistindo, no CPC atual, referência à possibilidade do juiz apreciar livremente a prova. Resta saber se essa omissão importa em modificação do sistema de valoração da prova pelo juiz.

Cassio Scarpinella Bueno entende que “o princípio do livre convencimento motivado é expressamente agasalhado pelo art. 371 (CPC/15), seguindo, no particular, os passos do art. 131 do CPC/73” (BUENO, 2015, p. 272), o que significa dizer que, ainda que o dispositivo legal anterior não encontre mais previsão no sistema atual, a norma que permite a norma do livre convencimento motivado remanesce em nosso sistema.

Daniel Amorim Assumpção Neves afirma que a supressão da expressão não indica modificação no sistema de valoração judicial da prova, mas faz ressalva ao fato da apreciação livre não permitir o “exame irracional das provas produzidas”, mas apenas afastar a tarifação legal da prova (NEVES, 2016, p. 668).

Humberto Theodoro Júnior, ainda que reconheça que o sistema se rege pela noção da liberdade de apreciação da prova, indica que a valoração do juiz deve recair sobre todo o contexto probatório e não apenas naquela que escolher (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 681).

Em diâmetro oposto, Fredie Didier Jr, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga entendem que não se pode mais referenciar o “livre convencimento motivado como um

⁶ Vale frisar que, em certos casos, nesse sistema, o valor da prova é dimensionado pela lei e não pelo juiz

⁷ Não se pode, porém, esquecer que em alguns casos ocorre uma fixação prévia dos critérios de valoração da prova que devem ser observados pelo magistrado em determinado caso concreto, revelando uma influência do sistema de provas tarifadas. Tal escolha legislativa limitativa é útil para afastar, ou ao menos diminuir, arbitrariedade em relação à valoração da prova pelo magistrado.

⁸ 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.



princípio fundamental do processo civil brasileiro” (DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2016, p. 103).

Lenio Luiz Streck também entende que a omissão da expressão, em todos os enunciados normativos que apareciam e não só no art. 371, CPC/2015, representa uma escolha clara em redimensionar a valoração da prova pelo juiz, de forma a vincular a decisão às soluções dadas pelo direito e não com base em “apreciação subjetiva dos juízes e tribunais” (STRECK, 2016, p. 300).

Existe, então, divisão doutrinária clara sobre a supressão, em nosso sistema, da cláusula geral do livre convencimento motivado na valoração da prova, sendo necessário firmar posição em torno de um dos dois polos doutrinários.

Não se pode negar que a supressão normativa à expressão “livre convencimento” foi proposital e possui significado. O juiz, ao valorar a prova, não pode atribuir o peso que entender, ainda que o faça de maneira motivada. A liberdade valorativa ampla permitiria construir norma jurídica para o caso, de acordo com os seus posicionamentos particulares, conforme a sua “livre consciência” como se costuma afirmar em decisões judiciais⁹.

É importante dizer que a forma de valorar a prova nunca foi livre. Em um processo, a valoração da prova precisa observar os fatos relacionados à relação jurídica discutida em um processo, às regras legais de prova, às máximas de experiência, bem como a racionalidade da valoração. Em um Estado laico, por exemplo, não pode o juiz decidir com base em questões de fé ou místicas (DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2016, p. 104).

A construção de normas pelos juízes e tribunais deve obedecer apenas e tão somente à juridicidade e não às subjetividades individuais, e para que exista um controle sobre tal atividade é indispensável regulamentar a forma como o contexto fático, a partir das provas, é definido.

Essa questão possui desdobramentos na pragmática processual. Por exemplo: a valoração da prova pericial estará vinculada aos mesmos limites estabelecidos para a prova em geral. Inclusive, há disposição normativa, ligada à prova pericial¹⁰ que faz menção

⁹ STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AgRg no AREsp 312470 ES 2013/0070161-6; STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AgRg no AREsp 415615 SP 2013/0343258-5; TJ-SP - Apelação: APL 00118964020138260566 SP 0011896-40.2013.8.26.0566.

¹⁰ Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.



expressa à norma presente no art. 371, CPC¹¹, não sendo plausível defender que o magistrado poderia, por sua livre convicção, afastar a prova técnica.

Assim, o juiz, ao valorar a prova, deve fazê-lo com base na juridicidade exigida para a prova em geral, não sendo permitido que seja afastada a prova pericial por força de conhecimento privado do juiz, ou de entendimento pessoal do magistrado sobre a técnica utilizada (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2016, p. 104).

Fixado que a análise das provas está ligada diretamente ao contexto dos autos, bem como ao conceito de juridicidade, o item seguinte tem como escopo analisar quais as normas, extraíveis de dispositivos legais, definem qual o destinatário da prova em um processo.

4 VALORAÇÃO DA PROVA E O DESTINATÁRIO DA PROVA

Classicamente, a finalidade da prova sempre esteve atrelada à formação do convencimento do juiz para compor uma lide. Assim, a função da prova seria permitir a apuração da verdade pelo juiz (NERY JUNIOR e NERY 2003, p. 721), bem como formar seu convencimento de quem teria razão. Partindo desse pressuposto é comum a conclusão de que o destinatário da prova seria o juiz (CARNELUTTI, 2003, p. 61).

É necessário redimensionar essa afirmação, pois, ainda que a mesma permaneça válida, atualmente é incompleta (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2016, p. 51). É que a prova se destina, também, às partes (LANES e POZATI, 2015, p. 101). Desde o início deste trabalho, ligamos a prova a confirmação de uma determinada proposição jurídica, não importando se será preponderante para a construção do convencimento do juiz ou de outro sujeito processual, inclusive das partes.

Demandas que girem em torno de uma crise de cognição da relação jurídica, por exemplo, podem ser dirimidas com a prova que venha a convencer a parte, que oferece a resistência à pretensão do outro, de seu comportamento ilícito tornando desnecessária a atuação judicial por meio da substitutividade à vontade das partes.

Da mesma forma, potencial autor pode avaliar como inviável uma demanda futura, ao levar em conta os elevados custos do processo, confrontados pelo proveito econômico que seria viável no caso concreto e que só foi possível de aferição com a obtenção de certos documentos ou de prova contábil.

¹¹ 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.



Assim, não há sustentação normativa para indicar que apenas o juiz é o destinatário da prova e negar que as partes também sejam destinatárias diretas do evento prova. Insistir que o juiz é o único destinatário da prova é manter como válida premissa que não mais se sustenta em nosso sistema normativo.

Não se afirme que a disposição normativa do art. 371, CPC/15, ao se referir a apreciação da prova pelo juiz, “independentemente do sujeito que a tiver produzido”, levaria a entendimento diverso. Aqui se consagra a idéia de que a valoração da prova não se relaciona com sua origem, podendo beneficiar ou prejudicar quem a tenha trazido aos autos ou requerido sua produção. É a consagração da comunhão da prova, sendo norma que apenas torna ainda mais objetiva e impessoal a valoração da prova quando direcionada a influenciar no convencimento do juiz, mas que não afasta as partes de serem tidas como destinatários da prova.

Não se trata de uma conclusão que advém apenas do conceito de prova utilizado, mas também, e principalmente, de normas que indicam claramente que a prova não se dirige somente para o juiz, permitindo afirmar que também as partes são destinatários diretos da prova. A possibilidade de produção antecipada de prova para “justificar ou evitar o ajuizamento de ação”¹² é exemplo direito desse reconhecimento.

Essa norma permite que as partes produzam, de forma antecipada e pela via judicial, prova que pode servir apenas e tão somente para dirimir um fato, permitindo que as partes avaliem o seu interesse de agir. Não há, nesse contexto, nenhum direcionamento à formação de convencimento do juiz (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2016, p. 51).

Além disso, não se sustenta mais o direcionamento da prova apenas para o juiz ante a possibilidade das partes se valer da prova judicial em meio adequado de solução de litígios diferente do jurisdicional¹³.

Reforça-se, assim, o conceito de prova como meio de confirmação de uma preposição jurídica e não necessariamente como meio de convencimento do juiz.

Resta analisar, no item seguinte, se é possível vetor normativo advindo de negócio jurídico processual interferir na forma como o magistrado lida com a prova em um determinado processo.

¹² 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.

¹³ Art. 381, II, CPC.



5 ATIVIDADE PROBATÓRIA E SUA DELIMITAÇÃO POR MEIO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

A categoria negócio jurídico processual nem sempre foi aceita pela doutrina processual (PASSOS, 2002, p. 69). A não recepção da possibilidade de negócio jurídico processual é fundamentada, principalmente, na visualização do processo como coisa pública (DINAMARCO, 2009, p. 484), voltada aos interesses da sociedade em pacificar seus conflitos, sendo a resolução de um conflito de interesses específico uma preocupação secundária (PACHECO, 2014, p. 344).

Diante de tal preceito publicista, seria vedada a modulação voluntária dos efeitos previamente determinados pelo legislador para os atos processuais (DINAMARCO, 2002, p. 485). Como consequência de tal premissa, de que não seria possível modular a eficácia dos atos processuais, seria inadmissível o negócio jurídico processual.

Tal problema é, em verdade, um falso problema. É que não se exige, para que exista um negócio jurídico processual, a manifestação de vontade com finalidade de modulação dos efeitos do ato (DIDIER JR, 2016, p. 378), mas sim para produção de um determinado efeito jurídico, mesmo que seja esse previamente estabelecido pelo legislador (BRAGA, 2007, p. 303).

Assim, o negócio jurídico processual é o fato jurídico voluntário (CABRAL, 2016, p. 20), em que o suporte fático confere ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados pelo ordenamento jurídico (MOREIRA, 1984, p.100), certas situações processuais (BRAGA, 2007, p. 312).

Em verdade, com a cláusula geral de negociação sobre o processo presente no art. 190¹⁴, CPC, não cabe a resistência doutrinária em torno do tema, sendo mais importante delimitar o objeto possível de tais atos do que negar a possibilidade dos mesmos.

Entre as diversas questões existentes sobre o objeto possível dos negócios jurídicos processuais atípicos, assumem significativa importância as que gravitam em torno da possibilidade das partes limitarem a participação instrutória do juiz, influenciando diretamente em seu campo de cognição, por meio de negócios jurídicos processuais, sejam esses uni ou bilaterais.

¹⁴ 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.



Sobre esse tema, as opiniões doutrinárias variam entre os dois extremos possíveis, ora admitindo que as partes possam limitar a atividade instrutória, ora negando essa possibilidade eficaz aos negócios jurídicos processuais bilaterais.

Basicamente, os argumentos utilizados para sustentar a admissibilidade de limitação cognição judicial com base em negócio jurídico processual bilateral gravitam em torno do reconhecimento do princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes (GODINHO, 2015, p. 63) no processo, o qual decorre diretamente do direito fundamental à liberdade (DIDIER JR, 2016, p. 134).

Como consequência do reconhecimento de tal princípio, os limites erigidos pelas partes em torno da instrução probatória vincularão não só as partes, mas também o juiz, pois, existindo “convenção sobre ônus da prova, o juiz não pode decidir contra o que foi convencionado” (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2016, p. 90).

Por fim, assumindo esta premissa, os chamados poderes instrutórios do juiz¹⁵, enunciados normativamente no art. 370¹⁶, CPC/2015 seriam sempre subsidiários à eventual negócio jurídico processual travado pelas partes em torno dos meios instrutórios.

Justifica-se, portanto, a iniciativa probatória oficial. Quanto melhor os fatos estiverem representados nos autos, maior a possibilidade de um provimento justo, que expresse perfeitamente a regra jurídica do caso concreto. E somente um resultado como esse possibilitaria a verdadeira paz social. Aquele que não vê reconhecido o seu direito, em decorrência de um provimento injusto, passa a não crer mais na função jurisdicional. Na medida em que essas frustrações se repetem, aumenta a tensão social, o que, evidentemente, não interessa ao Estado. (BEDAQUE, 2001, p. 43).

Entendimento contrário “significará concluir que o consenso pode ser superado, o que reduzirá significativamente seu âmbito de incidência, deixando-o a critério de um ato de vontade estatal” (GODINHO, 2016, 415).

No polo oposto, com base na existência de poderes instrutórios do juiz, defende-se que as “partes não podem querer revogar poderes do juiz conferidos pela lei” (LUCON, 2015, p. 371) por ser o processo “instituto de direito público e que a qualidade da prestação jurisdicional é de ordem pública, interessando a toda a coletividade e não exclusivamente as partes do processo” (NEVES, 2016, p. 323). É nítida a carga publicista que orienta tal posicionamento (CABRAL, 2012).

As duas correntes, em verdade, discutem que vontade deve prevalecer na delimitação da instrução processual, se a das partes, estabelecida em negócio bilateral, ou se a do juiz,



baseada na construção publicista da prevalência dos interesses públicos sobre os privados. É esse o resumo da oposição entre as duas correntes.

Pensamos, porém, que outra variável deve ser levada em conta na análise do problema que é investigar se as partes podem delimitar a cognição judicial.

É que discutir se as partes podem estabelecer limites aos poderes instrutórios do juiz é, em verdade, debater sobre a possibilidade das partes limitarem a forma de se efetivar a cognição judicial. Esse ponto é fundamental para a delimitação correta do problema que deve ser: se existe a possibilidade das partes limitarem a cognição judicial e não apenas se é possível limitação negocial dos chamados poderes instrutórios do juiz.

Essa observação é importante pois os poderes instrutórios do juiz são, em verdade, uma importante ferramenta para a cognição judicial, assumindo nítido caráter instrumental (BEDAQUE, 2001, p. 147), sendo insuficiente para a solução do problema analisar se os poderes instrutórios do juiz se sobrepõem à vontade das partes ou não. Indispensável, portanto, incluir na pesquisa se cognição judicial pode ou não ser limitada pelas partes no decorrer do processo.

Ainda que defenda que os poderes instrutórios do juiz são um instrumento a serviço da instrumentalidade do processo como meio de pacificação judicial, José Roberto dos Santos Bedaque não nega que existam limites para a utilização de tais poderes e aponta que tais limites são erigidos: a) em torno dos elementos objetivos da demanda, sendo que, por influência do princípio da correlação ou adstrição, não pode o juiz buscar provas relativas a fatos não submetidos pelas partes (BEDAQUE, 2001, p. 154); b) levando em conta os elementos dos autos, devendo o juiz levar em conta os fatos discutidos nos autos na utilização de seus poderes instrutórios (BEDAQUE, 2001, p. 155) e c) aqueles que decorrem da técnica processual, citando como exemplo a hipótese da presunção de veracidade das alegações feitas pelas partes como um dos efeitos da revelia (BEDAQUE, 2001, p. 156) quando o juiz não poderia, desde que verossímeis as alegações, utilizar seus poderes instrutórios para suprir eventual omissão das partes.

Analisando tais limites está claro que os poderes instrutórios do juiz cederão espaço ante os atos praticados pelas partes. Aduzir que o juiz não pode utilizar seus poderes para ir além dos limites objetivos da demanda é reconhecer que as partes, ao definir quais são os fatos que compõe a causa de pedir, seja na petição inicial ou na contestação, interferem de forma expressa diretamente na cognição judicial. Pensamento, aliás, corretíssimo.

¹⁶ Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.



Da mesma forma, afirmar que não cabe ao juiz utilizar seus poderes ante os fatos tidos como incontroversos por força de um dos efeitos da revelia é reconhecer que um ato omissivo da parte, qual seja a revelia ou ausência de impugnação, é capaz de limitar a cognição judicial.

Ora, se as partes influenciam, por meio de atos expressos ou tácitos, o campo de cognição do juiz, não há como negar, ante a cláusula geral de negociação jurídico processual presente no art. 190, CPC, que podem se valer de convenção processual para delimitar a instrução processual.

A conclusão, nesse particular, é que os poderes instrutórios do juiz, mesmo no sistema processual anterior, sempre estiverem limitados por atos das partes, sejam aqueles que definem os limites objetivos da demanda, sejam os que estabelecem a controvérsia dos fatos ligados à causa.

Negar a possibilidade das partes de delimitar a cognição judicial é negar, por exemplo, que a eficácia devolutiva recursal dependa, em sua extensão, da vontade das partes, o que fere frontalmente a norma extraível do art. 1.013, CPC¹⁷. É, em suma, defender o indefensável. Essa questão não possui apenas relevância dogmática, mas também é importante para a pragmática processual.

Caso exista convenção processual em sentido diverso, não poderá o magistrado distribuir de forma dinâmica o ônus da prova. É conclusão fundamentada na coerência da tese: as partes podem delimitar a cognição do magistrado, sendo a utilização dos chamados poderes instrutórios do juiz subsidiária à eventual delimitação probatória negocial.

Da mesma forma, o controle da distribuição dinâmica do ônus da prova feita pelo juiz deverá levar em conta não só a observância dos pressupostos formais consagrados no art. 373, §§1º e 2º, CPC¹⁸, mas também, como pressuposto negativo, a existência de convenção processual em sentido diverso.

¹⁷ Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

¹⁸ 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.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.



Outro efeito, não menos importante de tudo o quanto exposto, é que existindo escolha do perito pelas partes¹⁹, não poderá o magistrado nomear outro, salvo se encontrar alguma invalidade no acordo de escolha negocial.

Comprovado, então, que a cognição judicial é diretamente influenciada pela delimitação feita por vontade das partes, não sendo mais sustentável a defesa em sentido contrário no atual sistema normativo processual civil, devendo ser reconhecido o vetor normativo advindo de negócio jurídico processual como um dos que regulamentam a valoração da prova judicial.

5 CONCLUSÕES

Apartado do conceito de prova o seu destinatário, bem como analisando as disposições normativas ligadas às provas presentes no CPC, podemos concluir que atualmente não é mais completa a afirmação de que o juiz é o destinatário das provas em juízo, visto que as partes também as utilizam para formar suas convicções sobre uma determinada preposição jurídica. Tal afirmação possui sustentação não só em um conceito puro de prova, mas também nas normas relativas à produção antecipada de prova que direcionam a prova não só para resguardar o meio probatório, mas também para formar a convicção das partes e de terceiros que participem em meio adequado à solução do litígio que seja diverso da atividade jurisdicional estatal.

No que diz respeito à valoração das provas pelo juiz, será essa regulamentada não só pelas normas advindas de disposições legais presentes no CPC, mas também daquelas que tenham como base negócios jurídicos processuais.

Por fim, ainda que exista norma que consagre a existência de poderes instrutórios do juiz em nosso sistema, diante da comprovação de que os atos das partes sempre influenciam na cognição do juiz, afirma-se que a utilização de tais poderes será sempre subsidiária à vontade das partes.

REFERÊNCIAS

¹⁹ 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.



BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz, 3 ed.* São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. *Revista de Processo.* São Paulo: Revistas dos Tribunais, nº 147, jun. 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado.* São Paulo: Saraiva, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais.* Salvador: JusPodivm, 2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento. (Coleção Andrea Proto Pisani – Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Petrônio Calmon). Vol. 1. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova cível.* São Paulo: Leud, 2003.

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, v.1, 17 ed, Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil. v.2, 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Candido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil, v .2. 2 d.* São Paulo: Malheiros, 2002.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: MÉTODO, 2016

GODINHO, Robson Renault. *Negócios Processuais sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil.* São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In. CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios Processuais.* Vol. 1, Salvador: JusPodivm, 2015.

LANES, Júlio Cesar Goulart; POZATI, Fabricio Costa. O juiz como o único destinatário da prova (?). In *Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Direito Probatório. V.5, DIDIER JR, Fredie (coord. Geral).* Salvador: Juspodivm, 2015.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos [Comentários ao art. 370]. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coordenadores) Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto do novo código de processo civil. *In* Freire, Alexandre et ali (org.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: JusPodivm, v.3, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, 3a. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *In*: Temas de direito processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito Processual civil*. 8ªed. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvoro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 8a ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no cível e comercial*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1955.

STRECK, Lenio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim convencimento do NCPC. *In* *Coleção Novo CPC, Doutrina Seleccionada. Processo de Conhecimento – Provas*. V. 3, MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Salvador: Juspodivm, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil, v. I, 5ª ed*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.