

Coleção  
**Eduardo Espínola**

**Lara Dourado Mapurunga Pereira**

# **NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS SOBRE PRESUNÇÕES**

**2020**

 **EDITORA**  
*Jus***PODIVM**  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## 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 estudo.

Os vestígios iniciais<sup>1</sup> de uma teoria das presunções encontram-se nos direitos hebraico, indiano e persa<sup>2</sup>, tendo havido também utilização destacada pelos romanos<sup>3</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>4</sup>.

1. Também disseram 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.
2. COVELLO, Sergio Carlos. *A presunção em matéria civil*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 5-7.
3. 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.
4. 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.

## 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, 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>5</sup>, que corresponde à fundamentação que sustenta a crença na veracidade de uma afirmação sobre um fato<sup>6</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

- 
5. 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.
  6. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Os poderes instrutórios do juiz no Novo CPC. In: MÁCEDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. *Novo CPC Doutrina Selecionada: processo de conhecimento – provas*. Salvador: Juspodivm, 2015, v.3, p. 257-258.

# 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>1</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 di-

---

1. 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.

reito material que é apresentada em juízo ou condições particulares dos litigantes<sup>2</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>3</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 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>4</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>5</sup>, atualmente superada. Não se pode negar a existência dos negócios processuais, cujo uso na prática forense pode-se confe-

2. 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.
3. 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;
4. REDONDO, Bruno Garcia. *Adequação do procedimento pelo juiz*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 136-137.
5. Um estudo pormenorizado dessa discussão foi realizado em PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Legitimidade Extraordinária Negociada*. Curitiba: Prisma, 2018, p. 37-41.

rir até anteriormente ao CPC/39<sup>6</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>7</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 assistematização 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>8</sup> de negócio jurídico processual, inicialmente faz-se necessário entender o que confere a um ato jurídico *lato sensu* a característica da processualidade.

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>9-10</sup>.

6. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*: art. 1º a 153. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. 1, p. 481.
7. 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.
8. 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.
9. 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.
10. 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.

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>11</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>12</sup>. A referibilidade a um processo seria suficiente para considerar uma 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>13-14</sup>.

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>15</sup>.

Por isso, parece mais adequado adotar um conceito de negócio processual que una essas duas características principais. Assim,

- 
11. “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.
  12. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 62.
  13. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 172-173.
  14. 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.
  15. DIDIER JR., Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 33.

um negócio jurídico processual se demonstra quando a parte (ou as partes, no caso das convenções processuais) tem o poder de reger 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>16-17</sup>.

Conceituado o negócio jurídico processual, é possível traçar algumas classificações, como a que se refere ao seu suporte legal<sup>18</sup> (negócios típicos ou atípicos) e a divisão de acordo com o número de declarações de vontade<sup>19</sup> (expressas ou tácitas) necessárias para a celebração do negócio (negócios unilaterais ou plurilaterais).

Os negócios processuais típicos são aqueles que estão previstos legalmente. No CPC, pode-se mencionar o foro de eleição (art. 63<sup>20</sup>),

16. 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 negocio 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.
17. 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.
18. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm. 2016, p. 140.
19. "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.
20. 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.

a escolha consensual do perito (art. 471<sup>21</sup>), a convenção sobre o ônus da prova (art. 373, §3º<sup>22</sup>) e a suspensão convencional do processo, pelo prazo máximo de 6 meses (art. 313, II<sup>23</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>24</sup>. A tipicidade é reduzida a um grau mínimo, tornando o sistema de normas mais maleável<sup>25-26</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>27</sup>.

- 
21. 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.
  22. 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.
  23. CPC, Art. 313. Suspende-se o processo: II - pela convenção das partes;
  24. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 144-146.
  25. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivim, 2016, p. 173.
  26. 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 exequente (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.
  27. Outros exemplos de negócios processuais atípicos foram indicados no enunciado nº 19 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: 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

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>28</sup>. São exemplos a escolha do procedimento a ser seguido<sup>29</sup>, o parcelamento do débito pelo executado (art. 916, CPC)<sup>30</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>31</sup>. Há dúvida sobre se a vontade do juiz poderia ser considerada para formação do negócio processual plurilateral<sup>32</sup>. Essa questão será explorada mais a frente, no tópico 2.4.

---

art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, subrogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC- RIO, no V FPPC-Vitória e no VI FPPC-Curitiba).

28. 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.
29. 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.
30. 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.
31. 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.
32. Concordam: Francesco Carnelutti, Fredie Didier Jr., Pedro Henrique Nogueira, Lorena Barreiros e Leonardo Carneiro da Cunha. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*:

Há autores que utilizam a denominação contrato processual para tratar dos negócios processuais em geral<sup>33</sup>, o que não se mostra adequado, porque o vocábulo contrato remete a interesses contrapostos, além de também ter conotação essencialmente patrimonial<sup>34</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>35</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

- 
- 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.
33. 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.
34. “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.
35. BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Ristampa corretta della II edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 305.

## 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>234</sup>. Dinamarco lista quatro tipos de conteúdo das normas que definem o procedimento. Existem as normas que precepcionam 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

---

234. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. 2, p. 515.

direcionamento com relação aos diferentes tipos de tutela jurisdicional<sup>235</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>236</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>237</sup>. É nesse quesito que se torna possível aferir a rigidez ou flexibilidade do procedimento.

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 sequenciamento 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

235. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. 2, p. 515-516.

236. 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.

237. Seria o “manual do litigante”, ou seja, uma metodologia que lei estabelece para guiar quem deseja acionar o Judiciário, conforme Calamandrei. Salieta 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 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.

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>238</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>239</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>240</sup>. Assim, o autor externa dois postulados acerca das preclusões: 1) só seriam passíveis de preclusão as matérias disponíveis às partes, estando impossibilitada a preclusão de matérias de ordem pública<sup>241</sup>; 2) somente precluem as decisões passíveis de recurso.

---

238. 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.

239. 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.

240. 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 coisa julgada e a perempção; 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 de conhecimento, não puderem ser atacadas por agravo de instrumento.

241. 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

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>242</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>243</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>244</sup>.

Bernardes de Mello, por sua vez, entende as situações jurídicas como categoriais eficáciais, que em sentido lato equivaleriam a “qualquer posição em que se encontre o sujeito no mundo jurídico”<sup>245</sup>. Aponta, então, duas espécies do gênero situação jurídica: a relação jurídica e a situação jurídica *stricto sensu*<sup>246</sup>, esta correspondendo às situações uniposicionais e aquela às relacionais, segundo a classificação de Torquato Castro.

---

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.

242. 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.”
243. CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legítimo do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 50.
244. CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legítimo do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 74-75.
245. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia - 1ª Parte*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 78.
246. 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>247</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>248</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>249</sup>.

Quanto às normas secundárias (de organização, estrutura, competência<sup>250</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>251</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. Giu-

---

247. 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.

248. LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981, p. 105.

249. LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981, p. 106.

250. Nesse contexto, trata-se das normas de organização em contraposição com as normas de comportamento. Enquanto estas concernem a 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.66 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.

251. LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981, p.106. Essas ideias também podem ser encontradas em HOFELD, 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.